

REVISTA DERECHO

REVISTA DERECHO

REVISTA DERECHO

Primera edición: marzo 2021

Tiraje: 500 ejemplares

© **Editor:**

Universidad nacional de San Agustín

Av. Venezuela s/n. Arequipa, Perú

Mg. Juan José Romero Anguerry

Hecho el Depósito Legal en la Biblioteca Nacional del Perú N° 2021-05135
ISSN en trámite.

Diseño y diagramación:

Omar Suri

Reservados todos los derechos. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transferirse por ningún procedimiento electrónico ni mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación, sin permiso expreso del editor y autor.

REVISTA DERECHO

CONSEJO DIRECTIVO

Decano: Mg. José Alejandro Herrera Bedoya

Director General: Dr. Dennis J. Almanza Torres

Directora Administrativa: Dra. Yamile Sacca Urday

Dirección Administrativa Ejecutiva: Mg. Víctor Alfonso Mamani Cusiatau

Director Académico: Mg. Marco Manuel Zevallos Echegaray

Adjunto de dirección académica: Dr. Patricio Manolo Cárdenas Hinojoza

Editor General: Mg. Juan José Romero Anguerry

COMITÉ EDITORIAL

Julio César Santa Cruz Cahuata (Universidad Nacional de San Agustín)

Martin Sigifredo Carrera Cabrera (Universidad Nacional de San Agustín)

Miguel Ángel Linares Riveros (Universidad Nacional de San Agustín)

José Palomino Manchego (Universidad Nacional Mayor de San Marcos)

Wendy Jarquin Orozco (Universidad Castilla-La Mancha – España)

Julio Alberto Neyra Barrantes (Universidad Privada Antenor Orrego)

Raúl Gutiérrez Canales (Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas)

Natalina Stamile (Universidad de Bergamo – Italia)

Giovani Ribeiro Alves (Pontificia Universidad Católica de Paraná – Brasil)

Juan Antonio Gaviria Gil (Universidad Pontificia Bolivariana – Colombia)

Marcelo Ariel Fernández Peralta (Universidad Católica de Cuyo – Argentina)

Roberto Bueno Pinto (Universidad Federal de Uberlandia – Brasil)

Roger Vidal Ramos (Universidad San Martín de Porres – Perú)

COMITÉ CONSULTIVO

Jorge Guillermo Portela (Universidad Buenos Aires – Argentina)

Milagros Otero Parga (Universidad Santiago de Compostela – España)

Andrés Botero Bernal (Universidad Industrial de Santander – Colombia)

Florencia Ratti Mendaña (Universidad Católica Argentina – Argentina)

Carmen Vásquez Rojas (Universidad de Girona – España)

Marcia Carla Pereira Ribeiro (Pontificia Universidad Católica de Paraná – Brasil)

Fernando Galindo Ayuda (Universidad de Zaragoza – España)

ÍNDICE

Presentación	11
Prólogo	13
DERECHO CONSTITUCIONAL	17
El enemigo, la ecuación terrorista-extranjero y el ataque al Estado democrático de Derecho	
Lucio Pegoraro	19
La Institución del Precedente: Una Mirada Constitucional desde el Derecho Comparado Occidental y las Técnicas de su Apartamiento en el Perú	
José Humberto Ruiz Riquero	45
La Vigencia de los Derechos Fundamentales en Tiempos del Covid-19	
Raúl Yvan Lozano Peralta	93
La Mediación como Medio de Tutela Efectiva	
Esteban Carbonell O'Brien	111
DERECHO PENAL	125
Fundamentos Dogmáticos sobre La Inteligencia Artificial y el Criminal Compliance Program desde el enfoque de la Criminología Empresarial	
Hilmer Fernando Carranza Sánchez	127
As Comunidades Indígenas do Brasil, a Corte Penal Internacional e os Direitos da Personalidade: A Jurisdição Global como Fator de Implementação de Políticas Públicas	
Dirceu Pereira Siqueira, Raphael Farias Martins e Isabela Natani Ferreira	147

DERECHO ADMINISTRATIVO	171
O Consenso como Mecanismo de Aprimoramento da Eficácia Regulatória	
Renata Carvalho Kobus	173
EMPRESARIAL	197
Abuso de Voto e Conflito de Interesses nas Sociedades Empresárias	
Giovani Ribeiro Rodrigues Alves y Uriel Wesley dos Santos Souza	199
TEORÍA GENERAL DEL DERECHO	215
Una aproximación a la vetusta interpretación literal	
Ana Sofía Laos Gamero	221
MISCELÁNEA	237
Concesiones mineras, comunidades campesinas y conflictos sociales en la región de Puno	
Julio F. Zevallos Yana	239
COMUNICACIONES	263
El espectáculo más grande del mundo	
Gerardo Eto Cruz	265

PRESENTACIÓN

Agradezco a Dios por honrarme y concederme la oportunidad de presentar la primera edición de la Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa, titulada: “REVISTA DERECHO”, la cual sin duda alguna se abrirá y servirá para el mundo entero; asimismo mi más sincero reconocimiento fraterno a todos y cada uno de los Señores conformantes del Consejo Directivo, Comité Editorial y Comité Consultivo de dicha Revista.

Como Decano de esta casa de estudios me siento muy enaltecido de poder presentar a la comunidad académica de Arequipa, del Perú, y del mundo, este material que ha sido elaborado con mucho compromiso y empeño, con la finalidad de estar a la vanguardia de las mejores Facultades de Derecho del Perú y a nivel internacional.

Cabe resaltar que se contó con el apoyo de docentes de la Facultad de Derecho de la UNSA, también enfatizar en contar con el soporte de connotados invitados externos, todos ellos con su pasión por las leyes y su importante reflexión a la doctrina promueven este proyecto, que después de un largo periodo de espera ve la luz y que se mantendrá vigente, asumiendo el deber que sobre mis hombros he responsabilizado.

A los lectores, se agradece el interés que tienen en revisar este material con el objeto de afianzar las bases del conocimiento jurídico y reflexiones críticas de la legislación actual a través de diferentes ópticas, que aunque pueden converger, concordar o no en las ideas esbozadas, siempre resulta de suma relevancia extraordinaria tener un discernimiento o razonamiento abierto, franco y sincero a nuevas ideas.

Se pretende difundir conocimientos en materia sobre derecho penal, civil, administrativo, laboral, económico, constitucional y otras, que por su interés, actualidad y relevancia resulten de importancia ser publicadas

llevándose a conocimiento de la sociedad en general de mano de nuestra Facultad, como parte de la Responsabilidad Social.

Por lo antes señalado, para poder entender el mensaje de los diferentes artículos de la presente revista, no se requiere de ningún rigor literario o académico, pues se distingue por su sencillez en su lectura, a pesar de la profundidad en su contenido.

Finalmente, expreso mi agradecimiento y complacencia, asumiendo el compromiso, respeto y responsabilidad para con los lectores.

Mg. José Alejandro Herrera Bedoya
Decano de la Facultad de Derecho • UNSA
Arequipa, Abril de 2021

PRÓLOGO

Durante estos últimos años se han producido importantes cambios en la educación universitaria peruana. Estas mudanzas, tienen como objetivo situar a esta importante institución en un lugar privilegiado dentro de la estructura de la sociedad. En este nuevo escenario, la universidad peruana busca convertirse en un centro de cultura, conocimiento y debate, ahnelando ver en las nuevas generaciones agentes de cambio con un pensamiento crítico y humanista.

La vigente Ley Universitaria, entre sus principales innovaciones ha traído la necesidad de priorizar la investigación, señalando que esta es una de las principales funciones de la universidad. Este desafío debe plasmarse en todas las áreas del conocimiento, incluido, claro está, en el derecho.

La investigación jurídica, como señala Álvarez, es el conjunto de procedimientos de carácter reflexivo, sistemático, controlado, crítico y creativo, cuyo objetivo es la búsqueda, indagación y el estudio de las normas, los hechos y los valores, considerando la dinámica de los cambios sociales, políticos, económicos y culturales que se desarrollan en la sociedad, ha tenido un amplio desarrollo durante las últimas décadas, ello se ve reflejado en el creciente número de publicaciones en esta área y en el mayor número de indexaciones de revistas jurídicas en las principales bases de datos del mundo entero.

Este incremento, probablemente se deba, a los cambios que se vienen dando en la conceptualización de la investigación en ciencias jurídicas, al buscar otorgarle un contenido amplio que no limite las modalidades de investigación en esta área. Hasta hace unas décadas, no era raro oír sendos

debates sobre la cientificidad del derecho; sobre el carácter científico del derecho. Hoy ese debate no está más presente, puesto que se han reformulado los cánones básicos de la investigación científica excluyendo alguna forma de fetichismo metodológico para adecuar la investigación jurídica a los conceptos de ciencia existentes.

Por otro lado, se tiene la dificultad para definir lo que es el derecho. Como explica Carlos Santiago Nino: la palabra derecho es ambigua, y la falta de univocidad de este término ha generado discusiones interesantes que a la fecha se mantienen; estas disputas que tuvieron su ápice en los trabajos de Kelsen, Hart, Dworkin y muchos otros, problematiza aún más la conceptualización de lo que es la ciencia jurídica en general y la investigación jurídica en particular.

Carlos Ramos Núñez, resalta doctamente esta problemática, al afirmar que investigar en ciencias jurídicas requiere una metodología “plástica” que se adapte al entorno social y se adecúe a los objetivos que el investigador plantea. No es posible someter el derecho - sin saber a ciencia cierta, qué es el derecho -, a métodos científicos propiamente dichos, inaplicables, muchas veces a la realidad de esta área.

Aunado a todo ello, nuestra disciplina viene atravesando importantes transformaciones producto de los constantes y cada vez más vertiginosos cambios en nuestras sociedades, lo que comporta un gran reto y desafío, en particular para la investigación jurídica. De ahí la importancia, no solo de propiciarla, sino también de contar con espacios para su difusión y discusión.

Entender estos cambios, y asimilarlos, nos llevarán a trabajar la investigación jurídica con rigurosidad académica y goce profesional; para, de esta manera, contribuir con el desarrollo académico de nuestra región, de nuestro país y de la comunidad académica en general.

La Universidad Nacional de San Agustín, la Facultad de Derecho, y en especial, el equipo editorial de la Revista Derecho, consciente de estos cambios, asume el compromiso encomendado, por ello, en la presente publicación, exterioriza a la comunidad académica, el resultado de investigaciones jurídicas inéditas y de alta calidad, sumándonos así a los desafíos de las grandes universidades, al contribuir con el conocimiento, la novedad y la reflexión.

Cerramos el presente prólogo, antes que el lector se introduzca a su contenido, haciendo una invitación muy sincera a contar con su participación, a dejar sus ideas críticas y reflexiones en esta obra que la Facultad de Derecho pretende dejar a la sociedad.

Equipo editorial:

Dr. Dennis J. Almanza Torres

Mg. Juan José Romero Anguerry

Mg. Víctor Alfonso Mamani Cusiatau

DERECHO CONSTITUCIONAL

El enemigo, la ecuación terrorista-extranjero y el ataque al Estado democrático de Derecho

The enemy, the equation terrorist-foreigner and the attack against the rule of law (*)

Lucio Pegoraro¹

«People are strange when you're a stranger
faces look ugly when you're alone»
Jim Morrison, *People are strange* (1967)

«Si può difendere la tolleranza
solo con l'intolleranza più inesorabile»
Piero Gobetti, *Guerra agli apolitici*,
en *Rivoluzione liberale*, 4 marzo 1924

Resumen:

El ensayo examina la dicotomía amigo-enemigo utilizada por partidos y líderes políticos populistas y racistas, para individualizar hoy en los terroristas y extranjeros, homogeneizados en un enemigo único, el objeto de sus políticas represivas de la libertad y negadoras de la igualdad. El Estado democrático de derecho está amenazado más por este cambio de naturaleza que por la acción de los terroristas/extranjeros. Las políticas de discriminación

1 Professore ordinario di Diritto pubblico comparato nel Dipartimento di Scienze politiche e sociali dell'Università di Bologna e profesor afiliado nell'Universidad Autónoma de Nuevo León; docente nei dottorati di Derecho constitucional dell'Universidad Libre (Bogotá) e dell'Universidad Mayor de Sant' Andrés (La Paz). E-mail: luciopegoraro@hotmail.com

(*) Artículo escrito en el marco del Proyecto de investigación DER2017-DER2017-83436-C2-1-R "Las respuestas en un Estado de Derecho a los retos de seguridad: fortalecimiento democrático, derechos fundamentales y deberes de la ciudadanía", concedido por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad de España. Período 2018-2020 (3 años).

son funcionales a los objetivos de la globalización más que a la soberanía nacional. Estas políticas no son coherentes con los “valores” tradicionales del Estado democrático, porque implican la progresiva renuncia a *privacy*, garantías procesales, pluralismo político, etc. por parte de la opinión pública, condicionada por la propaganda de las autoridades públicas.

Palabras-clave:

Seguridad - Enemigo - Terrorismo - Extranjeros - Estado democrático.

Abstract:

The essay examines the friend-enemy dichotomy used by populist and racist political parties and leaders, to identify, today, in terrorists and foreigners, as a single enemy, the object of their repressive policies against freedom and denying equality. The democratic State based on the rule of law is threatened more by this change of nature than by the action of terrorists/foreigners. Discrimination policies are functional to the objectives of globalization rather than to national sovereignty, not coherent with the traditional “values” of democratic State, because they imply the progressive reduction of privacy, procedural guarantees, political pluralism, etc. by a public opinion conditioned by the propaganda of public authorities.

Key-words:

Security - Enemy - Terrorism - Foreign - Democracy.

1. TERRORISMO, EXTRANJEROS, DEMOCRACIA

Una de las paradojas de la globalización es la exclusión de los derechos, con base en vínculos de ciudadanía, de quienes no pertenecen a los Estados. Las razones prácticas son especialmente dos y se confunden entre ellas: el terrorismo y las olas migratorias. Ambas fomentan fenómenos de miedo y rechazo por parte de amplios sectores de las poblaciones de los Estados (con consecuencias en la legislación correspondiente).

Las normativas discriminatorias a los extranjeros, respecto a los ciudadanos, son a menudo graves limitativas de derechos, sean estos denominados, “fundamentales” o “humanos”.

Sobre el adjetivo “fundamentales”, ya he intentado demostrar que no existe un sentido compartido de la palabra. Cada ordenamiento y cada época histórica establecen su propia axiología, y en el Derecho comparado no hay ninguna acepción común (lo que sí sucede en cada

sistema jurídico, relacionado a fases determinadas de su historia)². Acerca de los derechos “humanos”, su característica debería ser su pertenencia a todos y, justamente, eso representa uno de los fundamentos de la concepción occidental de “democracia” forjada por el iluminismo francés, y, en parte también, por la herencia de la historia jurídica anglosajona.

«*No taxation without representation*», es decir los hombres libres que producen riqueza tienen el derecho de controlarla en los parlamentos. Esta es la base del constitucionalismo inglés como también de la revolución americana. Este concepto de democracia, separado de la ciudadanía, casi siempre es olvidado por la doctrina y por quienes elaboran políticas diferenciadas con base en la ciudadanía, o redactan normas limitativas de los derechos, incluso los más elementales como el *habeas corpus*, que, en sentido contrario, deberían pertenecer al supuesto núcleo duro de las constituciones democráticas.

El primer elemento se une así al segundo.

La protección del Estado, de la democracia, de cada ciudadano, ha sufrido en los últimos años un giro debido a la exigencia por combatir el terrorismo internacional e interno; no obstante, a nivel comunicativo, el terrorista se identifica con el extranjero. Si en el pasado, las batallas en nombre de la seguridad fueron combatidas contra minorías étnicas o religiosas, como los judíos, facciones en lucha para independizarse, grupos políticos como los “comunistas”; ahora la defensa de la seguridad se dirige contra “terroristas” y “extranjeros”, a veces incluidos en la misma categoría.

Mucho más que ayer, hoy, los límites entre las restricciones de los derechos en tiempos de guerra y en tiempos de paz parecen efímeros, ya que las guerras no se declaran, sino que se hacen y, debido a

2 Véase L. Pegoraro, “Direito constitucional e uso conotativo dos direitos (e dos adjetivos que o acompanham)”, en *Rev. brasileira est. const. – RBEC*, n. 12, 2009, 93 ss., trad. esp. “Derecho Constitucional Comparado y uso connotativo de la palabra “derechos” (y de los adjetivos que la acompañan)”, en *An. iberoam. der. const.*, n. 14, 2010, 347 ss., y en L. González Placencia, J. Morales Sánchez (Eds), *Derechos Humanos en perspectiva: actualidad y desafíos en el siglo XXI*, México, 2012, 39 ss. [también, con el título “Diritto costituzionale comparato e uso connotativo di ‘diritti’ (e degli aggettivi che li accompagnano)”, en *Studi in onore di Claudio Rossano*, Napoli, 2013, I, 421 ss.].

las conexiones entre los frentes de guerra y los frentes internos, no es posible distinguir un periodo de guerra de uno de paz. Pero mientras que la defensa contra amenazas externas a través de la guerra, es una suerte de condición previa para la existencia misma del Estado –de cualquier Estado, independientemente de su “forma”–, y las limitaciones impuestas a los derechos y libertades, caracterizan a todos los ordenamientos (se llamen o no “democráticos”), la emergencia entra en la vida diaria, así, el mismo núcleo de la democracia puede verse comprometido.

Hoy, ningún Estado declara la guerra, pero los medios para garantizar la paz interna en contra de la amenaza terrorista han sugerido en muchos casos el uso de medidas excepcionales, típicas de un estado de guerra. No solo eso, sino que, en ocasiones, tales medidas son por tiempo indeterminado y de hecho, se mantienen en vigor por períodos más bien largos respecto a los de una guerra tradicional, poniendo en crisis la distinción entre fisiología y patología de los sistemas constitucionales “democráticos”³.

La internacionalización de los conflictos contribuye a difuminar los confines de las áreas semánticas de las palabras-clave que delimitan subjetiva, objetiva y procedimentalmente el derecho de los estados de emergencia, y que, en definitiva, permiten distinguir la regla de la excepción y, de todas formas, el núcleo duro de la democracia de otras formas de organización del poder⁴.

3 Para la distinción entre emergencia en tiempos de paz y guerra, véase por ejemplo H.P. Lee, *Emergency powers*, Sidney, 1984, y D. Bonner, *Emergency Powers in Peacetime*, London, 1985. Sobre el derecho de emergencia: O. Gross, *Law in Times of Crisis: Emergency Powers in Theory and Practice*, Cambridge, 2006; D. Dyzenhaus, *The Constitution of Law: Legality in a Time of Emergency*, Cambridge, 2006; C. Fatovic, B.A. Kleinerman, *Extra-Legal Power and Legitimacy: Perspectives on Prerogative*, New York, 2013; R. Tur Ausina, “Constitución en tiempos de crisis. La necesaria búsqueda de una nueva identidad constitucional”, en S. Bagni, G.A. Figueroa Mejía, G. Pavani (Eds), *La ciencia del derecho constitucional comparado. Estudios en homenaje a Lucio Pegoraro*, 3 vols, México, 2017, I, 1345 ss.; Id. (Ed.), *Problemas actuales de Derecho constitucional en un contexto de crisis*, Granada, 2015. Amplia bibliografía en el vol. B, cap. X, secc. III, de L. Pegoraro, A. Rinella (Eds), *Derecho constitucional comparado*, tomo II, L. Pegoraro, A. Rinella, *Sistemas constitucionales*, 2 vols, Buenos Aires, 2018.

4 Los ejemplos de Reino Unido y sobre todo de Estados Unidos, con el *Anti-terrorism Act* y los *Patriot Acts*, demuestran que hay una conexión entre democracia militante, base subjetiva, degradación y administrativización de las garantías que

2. LA DICOTOMÍA AMIGO/ENEMIGO

«El fin del Estado es, particularmente, la seguridad», escribe el gran Hobbes⁵. Pese a lo que afirman algunas constituciones⁶, algunas sentencias⁷ y parte de la doctrina, la seguridad no es un derecho⁸, no es un principio, no es un valor; es justamente la finalidad para la cual surgen y existen los Estados llamados a alcanzar el nivel más alto de protección frente a las amenazas desde el exterior y en el interior. Sin embargo, la imprecisión del concepto deja a la discrecionalidad absoluta de la política la tarea: a) de individualizar las amenazas; b) de proponer y actuar las medidas proclamadas como necesarias para frustrar tales amenazas.

Para fortalecerse a sí mismo, el poder político siempre ha utilizado –donde tiene que responder a otros poderes, sea el pueblo, sean otras *constituencies*– argumentos retóricos conectados a amenazas internas o externas, ofreciendo así, concreción a la tesis de Carl Schmitt sobre la

perjudican a los extranjeros. Para profundizaciones y bibliografía véase *infra*, § 4 y. L. Pegoraro, S. Pennicino, “Seguridad y libertad hacia la búsqueda de un difícil equilibrio: los derechos de los extranjeros”, en *Rev. eur. der. fund.*, n. 6, 2005, 17 ss. y en L. Pegoraro, *Ensayos sobre justicia constitucional, la descentralización y las libertades*, México, 2006, 309 ss.

5 T. Hobbes, *Leviathan* (1651), edición e introducción de M. Oakshott, Blackwell, Oxford, 1955, Part II, ch. 17 “Of the Causes, Generation, and Definition of a Commonwealth”: «This is more than consent, or concord; it is a real unity of them all in one and the same person, made by covenant of every man with every man, in such manner as if every man should say to every man: I authorise and give up my right of governing myself to this man, or to this assembly of men, on this condition; that thou give up, thy right to him, and authorise all his actions in like manner. This done, the multitude so united in one person is called a COMMONWEALTH; in Latin, CIVITAS. This is the generation of that great LEVIATHAN, or rather, to speak more reverently, of that mortal god to which we owe, under the immortal God, our peace and defence». Sobre la primera ley natural de Hobbes (buscar la paz), el recurso a la guerra, la muerte del enemigo («the object is to every man his own good»; «every man has a right to every thing; even to one another’s body»: *Leviathan*, cit., 99 y 85), véanse las espléndidas páginas de U. Scarpelli, *Thomas Hobbes. Linguaggio e leggi naturali. Il tempo e la pena*, Milano, 1981, 41 ss.

6 Ej. Constitución de Bolivia, primera parte (“Bases fundamentales del Estado. Derechos, deberes y garantías”), título II (“Derechos fundamentales y garantías”).

7 Ej. TEDH, J.N. v. *Staatsecretaris van Veiligheid en Justitie*, C. 601/15 PPU.

8 Como J. Isensee, *Grundrecht auf Sicherheit*, Berlin-New York, 1983; al respecto véase el estudio crítico de T. Fenucci a la edición en italiano (*Il diritto fondamentale alla sicurezza. A proposito dei doveri di protezione dello Stato liberale di diritto*, Napoli, 2017), titulada “Alcune considerazioni sul diritto fondamentale alla sicurezza”.

dicotomía amigo/enemigo⁹. Para Schmitt, «La diferenciación específicamente política, con la cual se pueden relacionar los actos y las motivaciones políticas, es la diferenciación entre el *amigo* y el *enemigo*. Esta diferenciación ofrece una definición conceptual, entendida en el sentido de un criterio y no como una definición exhaustiva ni como una expresión de contenidos. En la medida en que no deriva de otros criterios, representa para lo político el mismo criterio relativamente autónomo de otras contraposiciones, tales como el bien y el mal en lo moral; lo bello y lo feo en lo estético, etc. [...] El enemigo político no necesita ser moralmente malo, ni tiene que ser estéticamente feo; ni necesita presentarse como competidor económico; incluso puede parecer ventajoso hacer negocios con él; sino que el enemigo es simplemente el otro, el extraño, y basta para su esencia el que en un sentido particularmente intensivo sea otro, sea algo distinto, y sea un extraño, de suerte que en el caso extremo sean posibles con él conflictos que no pueden decidirse mediante una normación general establecida de antemano ni mediante la sentencia de un tercero “no implicado” y, por tanto, “imparcial”»¹⁰.

Es emblemático –después de Nerón y los cristianos– lo que ocurrió en la primera posguerra con el surgimiento del partido nacionalsocialista, que buscó cohesión y fortaleció su poder –aprovechando la situación de profunda crisis económica de Alemania debido a las cláusulas del Tratado de Versalles– atacando a los judíos como única causa de la crisis¹¹.

9 C. Schmitt, “Der Begriff des Politischen”, en *Archiv für Sozialwissenschaft und Sozialpolitik* 58 (1927), S. 1-33, reimpr. Berlin, 2015, trad. it. *Le categorie del “politico”*, Bologna, 1984, trad. esp. *El concepto de lo político*, Madrid, 1991, reimpr. 2009; Id., *Theorie des Partisanen. Zwischenbemerkung zum Begriff des Politischen*, Berlin, 1963, trad. it. *Teoria del partigiano. Integrazione al concetto del politico*, Milano, 2005.

10 C. Schmitt, *El concepto de lo político*, cit. Y además, *ibid.*: «Enemigo no es, por tanto, alguien que me hace la competencia, ni tampoco el adversario en general. Enemigo tampoco es mi adversario privado al que profeso una profunda antipatía. Enemigo es sólo una totalidad de hombres que, por lo menos eventualmente, es decir, que con base en posibilidades reales de ello, puede enfrentarse a otra totalidad de hombres. Enemigo es solo el enemigo público, porque todo lo que tiene que ver con una totalidad de hombres, y en particular todo lo que tiene que ver con la totalidad de un pueblo, por ello mismo se convierte en público. Enemigo es *hostis*, no *inimicus* en sentido amplio, es *polemios*, no *echthros*».

11 De otro lado, cabe recordar que la propaganda política de muchos regímenes árabes fortalece su imagen interna frente a los ciudadanos, para ocultar la negación de cualquier libertad y de la igualdad, la concentración del poder, la discriminación entre hombres y mujeres, a veces la pobreza, fomentando acusaciones al Estado de Israel como único responsable de la inestabilidad de la región y de la opresión de la población palestina.

Un segundo ejemplo es el de los Estados Unidos en la segunda posguerra. Aquí los enemigos individualizados fueron los comunistas. Por razones derivadas de la tipología y del ciclo constitucional al que pertenece, la Constitución de EE.UU. nada dice acerca de la protección, sin embargo, atribuye al Congreso la facultad de reprimir las insurrecciones y rechazar las invasiones¹², consentir la suspensión del *habeas corpus* cuando la seguridad pública lo requiera en casos de rebelión o invasión¹³, y permite la exclusión de las garantías de defensa de los militares en tiempo de guerra o peligro público¹⁴. Por tanto, la protección de la democracia en los Estados Unidos, no tiene una directa base constitucional. Esto no ha impedido el desarrollo de una legislación y de una elaborada jurisprudencia constitucional que han introducido a los EE.UU. en el cauce de la democracia protegida¹⁵. Se hace notar, en particular, la legislación aprobada durante la llamada Guerra Fría (*Internal Security Act* y *Communist Control Act*), acompañada de las medidas tomadas por el Ejecutivo encaminadas a la protección de la Administración Federal de infiltraciones comunistas¹⁶. A este respecto se habló de “*national hysteria*” y de “*paranoid style*”¹⁷. La jurisprudencia, en 1956, en el famoso caso *Dennis vs United States*, que, de hecho convertía la cláusula del *clear and present danger* en un *clear and probable danger*, se manifestó para inclinar la balanza en favor de la protección de la seguridad, y no de la libertad de pensamiento, recogida en la Primera Enmienda¹⁸.

12 Art. I, secc. VIII, § 15.

13 Art. I, secc. IX.

14 V Enmienda.

15 Véase por todos A. Reposo, *La disciplina dell'opposizione anticostituzionale negli Stati Uniti d'America*, Padova, 1997.

16 Por ejemplo el *Federal Civilian Employee Loyalty-Security Program*. Sin embargo, había estado precedido por otros *Acts*, como –después *The Alien and Sedition Acts* del 1798–, el *Espionage Act* del 1917. Sucesivas medidas fueron *The Alien Registration Act of 1940*, mejor conocida como *Smith Act*, y muchas leyes estatales igualmente restrictivas. Vid. por ej. J.M. Smith, *Freedom's Fetters: The Alien and Sedition Acts and American Civil Liberties*, New York, 1956, y J.C. Miller, *Crisis in Freedom: The Alien and Sedition Acts*, Boston, 1951.

17 Respectivamente véase R.K. Murray, *Red Scare: A Study in National Hysteria, 1919-1920*, Minneapolis, 1955, y R. Hofstadter, *The paranoid Style in American Politics and Other Essays*, New York, 1965.

18 Incluso la jurisprudencia posterior (por ejemplo, *Subversive Activities Control Board v. Communist Party*, 367 US 1, 1961), que intentó atenuar los requisitos sobre la obligación de declarar la propia pertenencia a una asociación *a priori* considerada transgresiva, y como tal inscrita en un registro llevado por el *Attorney General*, nunca llegó a reequilibrar

En Europa, entre los años 70 y 80, la seguridad de las instituciones democráticas fue amenazada, principalmente, por grupos armados terroristas con base independentista (IRA, ETA) o clasista (*Rote Armee Fraktion* en Alemania, *Action directe* en Francia, *Brigate Rosse*, *Prima linea* y otros en Italia), o en ocasiones, con base fascista (*Ordine nuovo* y otros en Italia). Al lado de la legislación antiterrorista, se desarrollaron varias tesis doctrinales sobre la defensa de la democracia, incluso “teoremas” sobre los “extremismos opuestos” (Italia)¹⁹.

Los ejemplos referidos muestran el objeto variado de las batallas en nombre de la seguridad puesto que podrían tratarse de enemigos internos, de una minoría étnica o religiosa, como los judíos, de una facción en lucha para independizarse (Irlanda, España), o de grupos políticos ideologizados como los “comunistas” (Italia, Francia, Alemania, y especialmente Estados Unidos). Solo la historia (y a veces ni siquiera la historia, si los enemigos fueron aniquilados) podría demostrar que el enemigo representó una amenaza real y efectiva para la seguridad, un “*clear and present danger*”; y quedó demostrado, por ejemplo, que no lo fueron los judíos en los años 30, tampoco los intelectuales “comunistas” perseguidos por el senador Joseph McCarthy, el *Government Operations Committee*, su *Permanent Subcommittee on Investigations of the U.S. Senate* y el *House Committee on Un-American Activities* (HCUA) en la famosa caza de brujas de los años 50.

Distintos, por supuesto, fueron los reclamos a la seguridad para combatir el terrorismo político (e independentista) en Europa de la posguerra, puesto que, en general, las juntas golpistas latinoamericanas no necesitaban el respaldo de la sociedad civil para actuar. De hecho, la forma de Estado de la dictadura no necesita el apoyo de la comunidad civil, ni de

totalmente el test de “*peligro manifiesto e inminente*” a favor de la libertad de pensamiento y de expresión. La literatura es muy amplia: véase, al menos, W. Mendelson, *The American Constitution and the Judicial Process*, Homewood, 1980, 397 ss.; M. Shapiro, *Freedom of Speech: The Supreme Court and Judicial Review*, Englewood Cliffs, 1966.

19 En cuanto a América Latina, en el pasado el abuso de los poderes en caso de emergencia, concurrió a alterar profundamente las relaciones normales entre los poderes y la misma forma de gobierno presidencial (por sí misma, fisiológicamente deformes en comparación con el prototipo de Estados Unidos) [D. Valadés, *La dictadura constitucional en América latina*, México, 1974; D. García Belaunde, “Regímenes de excepción en las constituciones latinoamericanas”, en Aa.Vv., *Normas internacionales sobre derechos humanos y derecho interno*, Lima, 1984, 77 ss.; G. de Vergottini (Ed.), *Costituzione ed emergenza in America latina*, Torino, 1997].

la propaganda, porque se sostiene solo por la fuerza; distintamente de las democracias y del “totalitarismo”²⁰, término acuñado por Mussolini con una connotación positiva (contrapuesto a las “demo-plutocracias”), que perseguía la unidad también espiritual entre sociedad (nación) y Estado a través del papel unificador del partido, órgano del Estado proveniente de y que está anclado en la sociedad²¹.

3. SIGLO XXI: LA PROPAGANDA DESPUÉS DEL 11 DE SEPTIEMBRE DE 2001

El falso convencimiento de que el pensamiento no pueda ser limitado – como fue sostenido, siguiendo a Kant, en dádiva al dogma individualista de la libertad de información, en el curso de los trabajos preparatorios del art. 21 de la Constitución italiana– se pone en contraste con la realidad histórica de los trágicos eventos que habían precedido a la redacción de nuevos textos, sean esos de los años 40, o tal vez los sucesivos. La importancia, en los regímenes totalitarios, de los ministerios de propaganda, el rol ejercitado por la radiofonía y por la cinematografía (instrumentos que hoy parecen más primordiales) para conquistar o ampliar el consenso no fueron considerados suficientes para mirar, no sólo el pasado, sino también el futuro²². Es decir, para prevenir el riesgo que, más allá de los remedios formales elaborados para asegurar el pluralismo de la información, podrían ir más a fondo y cambiar perspectivas, para de esta manera, evitar repeticiones en la manipulación del consenso, incluso en el lapso de tiempo entre una elección y la sucesiva. En materia de propaganda

20 Respecto a las otras formas de autocracia, la forma de Estado totalitaria está caracterizada por la presencia de un Estado que invade cualquier aspecto de la vida social, de la afirmación de una ideología oficial, del papel penetrante del partido único, *trait d'union* entre el Estado y las masas, de la movilización de estas últimas a los fines de adquisición del consenso (característica opuesta a la de las dictaduras), de la función de la propaganda política, de la estructura corporativa de la vida social y económica. Lo consideramos una forma de Estado en sí, L. Pegoraro, A. Rinella (Eds), *Sistemas constitucionales*, vol. A, cit. 121 ss.

21 Sobre el Fascismo véase S. Cassese, *Lo Stato fascista*, Bologna, 2010, para las reflexiones sobre sus elementos constitutivos y su carácter autoritario. Además L. Paladin, voz “Fascismo”, en *Enc. dir.*, XVI, Milano, 1967, 887 ss.; E. Gentile, *La via italiana al totalitarismo. Il partito e lo Stato nel regime fascista*, Roma, 1995; A. Aquarone, *L'organizzazione dello Stato totalitario* (1965), reimpr. Torino, 1995; M. Palla (Ed.), *Lo Stato fascista*, Milano, 2001.

22 Cfr. L. Paladin, “Problemi e vicende della libertà d'informazione nell'ordinamento giuridico italiano”, en Id. (Ed.), *La libertà d'informazione*, Torino, 1979, 6.

política²³, la liberal democracia, como hacía el Estado liberal decimonónico con la igualdad, no va más allá del respeto formal a las reglas, y (por lo demás) establece pocas disposiciones destinadas a asegurar una correcta información fuera de la fase temporal, conectada a la celebración de las elecciones. Todo el resto queda, en general, sostenido en base a reglas éticas, al control parlamentario, a la periódica validación del electorado.

Paradójicamente, aunque sus estructuras y finalidades sean bien distintas, democracias y totalitarismos requieren medidas parecidas para fortalecer el consenso de la sociedad²⁴. A veces, incluso en numerosas democracias, algunos partidos (y líderes) buscan apoyo electoral evocando “enemigos” reales o supuestos - como en los años 20 y 30 del siglo pasado, aprovechando la crisis económica, el miedo, la “falta de seguridad” - y cuando ganan las elecciones, sus programas se convierten en leyes que atacan a los “enemigos”. Con particular referencia al siglo XXI, no parece controvertido que también en muchos ordenamientos democráticos la política haya utilizado muchísimo los principios de propaganda de Goebbels, Ministro de la Propaganda del Tercer Reich²⁵.

23 Véase S. Freud, *Massenpsychologie und Ich-Analyse*, Wien, 1921, trad. it. *Psicologia delle masse e analisi dell'io*, Torino, 1975. Pueden ser de utilidad al jurista que quiera estudiar la propaganda, por ejemplo, libros de sociólogos, lingüistas, politólogos que analizan los modelos interpretativos del comportamiento político, como G. Mazzoleni, *Comunicazione e potere: mass media e politica in Italia*, Napoli, 1992; Id., *La comunicazione politica*, 2a ed., Bologna, 2004; M. Raiteri, *Come comunicano le istituzioni*, Torino, 1995; F. Tonello, *La politica come azione simbolica*, Angeli, Milano, 2003; D. Marchetti (Dir.), *Communication et médiatisation de l'Etat. La politique invisible*, Grenoble, 2008. Entre los estudios de lingüistas que se ocupan del discurso político, véase D.R. Miller, N. Vasta (Eds), *Il discorso persuasivo*, Padova, 1996.; Id., *La costruzione linguistica della comunicazione politica*, Padova, 1997; M.M. Mechel, N. Vasta, C. Chiaruttini Leggeri (Eds), *Rappresentazioni dell'identità: la dimensione linguistica del conflitto*, Padova, 1998.

24 Cfr. G. Lucatello, “La fonction de la propagande politique dans l'Etat totalitaire et son organization dans les Etats Italien et Allemand”, en *Rev. dr. int.*, n. 4, 1939, n. 3, 1940, n. 1 y 2, 1941, y en *Scritti giuridici. Nuova raccolta*, coordinados por A. Reposo, N. Olivetti Rason, L. Pegoraro, Padova, 1990, 241 ss.; M. Gobbo, *La propaganda politica nell'ordinamento costituzionale. Esperienza italiana e profili comparatistici*, Padova, 1997; L. Pegoraro, “La propaganda política. Un test para un acercamiento interdisciplinario a una búsqueda de derecho comparado”, en *Pensamiento const.*, n. 14, 2010, 141 ss., y en *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 8, 2010, 1 ss., trad. it. “La propaganda política. Un test per un approccio interdisciplinare a una ricerca di diritto comparato”, en *Studi in onore di Maurizio Pedrazza Gorlero*, 2 vols, II, *La libertà di informazione e la democrazia costituzionale*, Napoli, 2015, 503 ss.

25 «1. Principio de simplificación y del enemigo único: adoptar una única idea, un único símbolo. Individualizar al adversario en un único enemigo. 2. Principio del método de

Después del 11 de septiembre de 2001, en una primera fase, y de manera general, el enemigo fue individualizado en “el terrorismo”. Según D. Fonseca²⁶, «*Comment, pour finir, le “monde vrai” devint fable*»²⁷, écrit Nietzsche en 1880. La lutte contre le “terrorisme” repose de plus en plus sur une logique de l’anticipation qui finit par construire, à partir d’éléments virtuels, une “réalité” délogeant ce “monde vrai” dont parle Nietzsche. Il est difficile de l’ignorer. Mais on n’atteindra pas ainsi le fond du problème, c’est-à-dire la construction d’un monde dans lequel la réalité devient une éventualité. Ce n’est pas de *Matrix* dont il s’agit: il n’y a rien en dessous des images, ni machine cachée, ni autre monde. Car c’est dans les images mêmes, à même les dess(e)ins, que travaillent les opérateurs de croyance, les agents de société de clairvoyance qui renforcent peu à peu les modalités de la surveillance et du contrôle. Après avoir détruit l’idée d’un

contagio: reunir diversos adversarios en una sola categoría o individuo. Los adversarios han de constituirse en suma individualizada. 3. Principio de la transposición: cargar sobre el adversario los propios errores o defectos, respondiendo el ataque con el ataque. “Si no puedes negar las malas noticias, inventa otras que las distraigan”. 4. Principio de la exageración y desfiguración: convertir cualquier anécdota, por pequeña que sea, en amenaza grave. 5. Principio de la vulgarización: “Toda propaganda debe ser popular, adaptando su nivel al menos inteligente de los individuos a los que va dirigida. Cuanto más grande sea la masa a convencer, más pequeño ha de ser el esfuerzo mental a realizar. La capacidad receptiva de las masas es limitada y su comprensión escasa; además, tienen gran facilidad para olvidar”. 6. Principio de orquestación: “La propaganda debe limitarse a un número pequeño de ideas y repetirlas incansablemente, presentarlas una y otra vez desde diferentes perspectivas, pero siempre convergiendo sobre el mismo concepto. Sin fisuras ni dudas”. De aquí viene también la famosa frase: “Si una mentira se repite suficientemente, acaba por convertirse en verdad”. 7. Principio de renovación: hay que emitir constantemente informaciones y argumentos nuevos a un ritmo tal que, cuando el adversario responda, el público esté ya interesado en otra cosa. Las respuestas del adversario nunca han de poder contrarrestar el nivel creciente de acusaciones. 8. Principio de la verosimilitud: construir argumentos a partir de fuentes diversas, a través de los llamados globos sondas o de informaciones fragmentarias. 9. Principio de la silenciación: acallar las cuestiones sobre las que no se tienen argumentos y disimular las noticias que favorecen al adversario, también contraprogramando con la ayuda de medios de comunicación afines. 10. Principio de la transfusión: por regla general, la propaganda opera siempre a partir de un sustrato preexistente, ya sea una mitología nacional o un complejo de odios y prejuicios tradicionales. Se trata de difundir argumentos que puedan arraigar en actitudes primitivas. 11. Principio de la unanimidad: llegar a convencer mucha gente que piensa “como todo el mundo”, creando una falsa impresión de unanimidad».

26 D. Fonseca, “Parler du terrorisme. Une approche philosophique”, en *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 21, 2017.

27 *Crépuscule des idoles*, Paris, 1993, 30 s. (cita del Autor).

au-delà (“*Dieu est mort!*”), nous assistons à la remise en cause, également, du monde de l’ici-bas qui lui était attaché, l’un n’allant pas sans l’autre. Monde dans lequel on a insufflé du virtuel, de la fiction, du “*spectacle*” et du “*storytelling*”. Monde qui n’est plus ni là-bas, ni ici, mais entre les deux, dans les limbes, où se joue désormais un drame somnambulique. Mais ce monde *fictionné* est devenu pourtant crédible. *Minority report*, donc, plus que *Matrix*. Précisément, voici venu le temps de la réalité telle qu’elle est construite par les nouvelles méthodes de détection policière, par *data mining*, par exemple, technologie informatique ayant pour enjeu de prévoir les comportements: prévision par corrélations, par augmentation exponentielle du nombre de fichiers».

A los terroristas le son asignados solo un tipo de calidad: «la monstruosidad, corolario de su inhumanidad. El terrorismo se convierte en la encarnación del Mal», y se ha escrito que la noción de terrorismo aparece como una «*sinistre catégorie attrape-tout*²⁸».

Al final de los años Noventa –recuerda Alain de Benoist– «Arbatov, asesor de Gorbachov, declaró a los americanos: “Nosotros infligiremos el golpe más terrible: estamos a punto de quitaros al enemigo”²⁹. [...] En consecuencia, los americanos necesitaban encontrar un enemigo alternativo [...] Es lo que hicieron los Estados Unidos elaborando, en 2003, dos años después de los atentados del 11 de septiembre, el concepto de “guerra global contra el terrorismo”. [...] El terrorismo es la guerra en tiempo de paz –o aún más una guerra en cuanto paz– y es una guerra “global”, es decir, total. Gorge W. Bush, dirigiéndose en 2001 al Congreso, dijo que la guerra no acabará “hasta cuando todos los grupos terroristas que disponen de un radio de acción global no sean descubiertos, bloqueados y derrotados”. Lo que vale decir, que esta guerra no declarada es incluso una guerra sin fin».

Escribe Fonseca que «Quand on fait de l’écroulement des Twin Towers l’événement inaugural de notre siècle, on se condamne à rater le sens de cette époque, à ne pas comprendre les processus de reconfigurations

28 M. Davis, *Les héros de l’enfer*, Paris, 2006, 9.

29 A. de Benoist, “Du partisan au terroriste global”, en <https://theatrum-belli.com/du-partisan-au-terroriste-global-par-alain-de-benoist>, trad. it. “Dal partigiano al terrorista ‘globale’. Riflessioni sulle forme attuali di terrorismo”, en https://s3-eu-west-1.amazonaws.com/alaindebenoist/pdf/dal_partigiano_al_terrorista_globale_.pdf. El escrito original se encuentra en Id., *Carl Schmitt actuell*, Paris, 2007. Véase también Id., *Guerre “juste”, terrorisme, état d’urgence*, “*Nomos de la Terre*”, Paris, 2007.

politiques, économiques, technologiques qui se sont mis en place dans le dernier quart du XXe siècle. Et lorsqu'on réduit le terrorisme et l'Islam à l'islamisme, ou la contestation politique à la soif de destruction nihiliste, on a définitivement cessé de penser. De partout, on entend venir pourtant ce discours, complot désastreux des assis, comme un grand bruit qui n'a rien d'hasardé. Qui ennuie la pensée, dans un immense ensilencement d'un monde chu en tombe après le 11-Septembre. Rarement on a vu tant de faste dépensé pour autant d'absence de pensée, qui voudrait faire de nous des "avaleurs silencieux" (R. Char)»³⁰.

4. LA ECUACIÓN TERRORISMO-EXTRANJEROS E (IN) SEGURIDAD-EXTRANJEROS

La legislación antiterrorista introducida en muchos Estados después del 11 de septiembre de 2001, comprime, en primer lugar, los derechos del extranjero, sea directamente sea ampliando los poderes de los ejecutivos y de las administraciones públicas y dejando un amplio margen a la intervención de fuentes de naturaleza reglamentaria. En muchos países fueron introducidas normas que restringen el ingreso o bien aumentan o agravan las condiciones para la expulsión (el refuerzo de los controles en las fronteras); la expansión de la definición de la actividad terrorista y su inclusión entre las condiciones de expulsión de los Estados y las que comprimen la *privacy* del individuo (la obligación de someterse a registros de huellas dactilares de alta tecnología, la implementación de los programas de control hacia los titulares de visado por motivos de trabajo o de

30 D. Fonseca, "Parler du terrorisme", cit. Sobre terrorismo, la seguridad y las medidas extraordinarias en clave comparada: K. Roach, "Must We Trade Rights for Security? The Choice Between Smart, Harsh, or Proportionate Security Strategies in Canada and Britain", en *Cardozo L.R.*, n. 27, 2006, 2151 ss.; M. Rosenfeld, "Judicial Balancing in Times of Stress: Comparing the American, British and Israeli Approaches to the War on Terror", en *Cardozo L.R.*, n. 27, 2006, 2079 ss. Sobre el post-11 de septiembre, P. Bonetti, *Terrorismo, emergenza e costituzioni democratiche*, Bologna, 2006; T. Groppi (Ed.), *Democrazia e terrorismo. Diritti fondamentali e sicurezza dopo l'11 settembre 2001*, Napoli, 2006; M. Cavino, M.G. Losano, C. Tripodina (Eds), *Lotta al terrorismo e tutela dei diritti fondamentali*, Torino, 2009; y anteriormente S. Ceccanti, *Le democrazie protette e semi-protette da eccezione a regola. Prima e dopo le Twin Towers*, Torino, 2004. Véase además L. Ortega Álvarez (Ed.), *La seguridad integral europea*, Valladolid, 2005, y el dossier "Security and Human Rights" de la Revista *Líneasur* (Quito, Ecuador), n. 6, 2013.

estudio, la puesta en común de las bases de datos entre las diversas ramas de la administración o agencias, a perfiles raciales, etc.)³¹.

La legislación de Estados Unidos³² ha logrado “administrativizar” los procedimientos contra los extranjeros considerados sospechosos, a través de la suspensión (no judicial) de los derechos y garantías procesales hasta casi dos años; la legislación ordinaria ha introducido (especialmente con los *USA Patriot Act I y II*) graves limitaciones a los derechos constitucionales (reducción de las garantías de defensa, restricciones a las libertades personales para los extranjeros, amplia facultad de interceptar las comunicaciones)³³. En el ordenamiento británico, después de los *Antiterrorism, Crime and Security Act* del 2001, el *Prevention of Terrorism Act* del 2005, y el *Terrorism Act* del 2006, ha permitido la detención (sin *habeas corpus*) hasta por 28 días de extranjeros sospechosos de terrorismo, sobre la base de procedimientos administrativos³⁴.

31 Véase N. Garay Montañez, “Constitución ciega al color, racial profiling e inmigración latina”, en *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 17, 2015. En Italia, por ejemplo, en el año 2002 el Parlamento votó algunas enmiendas relativas a la antigua ley sobre inmigración (Decreto legislativo 286/98), introduciendo algunas disposiciones que restringen de manera inequívoca el estatuto jurídico del extranjero: en particular, la posibilidad de alejar a aquéllos sobre los que esté pendiente una orden de expulsión, lo que no puede ser recurrido en apelación ante un juez. A través de las sentencias 222 y 223 de 15 de julio de 2004, la Corte Constitucional ha declarado inconstitucionales las disposiciones mencionadas, obligando al legislador a intervenir nuevamente.

32 Con referencia a EE.UU., la *section 412* del *Patriot Act* establece que cuando el *General Attorney* considere (“on reasonable grounds”) que el extranjero puede constituir un peligro para la seguridad nacional (o bien que responde a las condiciones establecidas por la *Immigration and Nationality Act (INA)* del 1996 –cuya entrada en vigor se produjo con anterioridad a los ataques terroristas– puede activar el procedimiento de la *certification*. La *certification* es el procedimiento a través del cual el extranjero puede ser “certificado” por el *General Attorney*, que puede, discrecionalmente, decidir si ordena o no su detención.

33 En la doctrina estadounidense, en su mayoría en clave de ponderación con las libertades, D.B. Cohen, J.W. Wells (Eds), *American National Security and Civil Liberties in an Era of Terrorism*, New York, 2004; K.F. Balkin, *The War on Terrorism: Opposing Viewpoints*, Detroit, 2005; T.E. Baker, J.F. Stack, Jr., *At War with Civil Rights and Civil Liberties*, Lanham, 2006; R.M. Pious, *The War on Terrorism and the Rule of Law*, Los Angeles, 2006; E.A. Posner, A. Vermeule, *Terror in the Balance: Security, Liberty, and the Courts*, Oxford-New York, 2007; L.K. Donohue, *The Cost of Counterterrorism: Power, Politics and Liberty*, Cambridge, 2008; G. Blum, P.B. Heimann, *Laws, Outlaws and Terrorists: Lessons from the War on Terrorism*, Cambridge, 2010.

34 El Reino Unido, en el año 2002, modificó su legislación en materia de inmigración derogando el derecho anteriormente existente del detenido a un *automatic bail review*. En

Aunque tribunales y cortes constitucionales han declarado ilegítimas muchas normas, la ecuación terrorismo-extranjeros se ha visto fortalecida debido a las nuevas crisis causadas por las dos guerras del Golfo, la caída de los regímenes nacionalistas árabes de África del Norte, la guerra en Siria, la desestabilización de Magreb y Medio Oriente, las hambrunas, epidemias, pobreza de las respectivas áreas, incluyendo el Cuerno de África y África sub-sahariana.

En América, la defensa de la Nación frente a la inmigración hispana (y fundamentalmente mexicana) fue el caballo de batalla de la campaña de Trump y luego, de su política interior; aunque en este caso, no hubo identificación de los extranjeros hispanos (latinos) con los terroristas, diferentemente de lo que sucedió con migrantes procedentes de países islámicos y en general de los que fueron definidos como “países letrina”.

Sigue estando vigente, tanto en Europa como en América, la ecuación (in)seguridad-extranjeros. Los inmigrantes representan al “enemigo” ideal; la categoría o clase, tiene confines vagos, dúctiles, indeterminados y privados de individualidad y de humanidad; en ella se funde la amenaza exterior (terrorista) e interior (seguridad ciudadana, porque según los lugares comunes roban, venden droga, quitan el trabajo a los residentes, piden por la calle, etc.)³⁵.

Los partidos populistas han atacado las categorías de la política (y no solo sus desviaciones como la corrupción), abriendo el camino, en los escombros así producidos, a los nuevos fascismos; confirmando así, la intuición de Piero Gobetti: «Chi sta in mezzo non è indipendente, né disinteressato. Gli scettici sono grati al regime. Esso non chiede ai cittadini

efecto el *Nationality, Immigration and Asylum Act* de 2002 derogó el derecho que tenía el extranjero detenido a que su orden de privación de libertad fuese revisada automáticamente; la revisión de la orden de privación de libertad ahora sólo es posible si el extranjero retenido interpone un recurso. Sobre el Reino Unido véase D. Bonner, “Responding to Crisis: Legislating Against Terrorism”, en *Law Q.R.*, n. 122, 2006, 602 ss.; C. Walker, “The Legal Definition of ‘Terrorism’ in United Kingdom Law and Beyond”, en *Public Law*, Summer, 2007, 331 ss.; Id., “The Treatment of Foreign Terror Suspects”, en *Modern L.R.*, n. 3, 2007, 427 ss.

35 C. Amirante, M. Pascali, *Alien. Immigrazione clandestina e diritti umani*, Napoli, 2015, 16, destacan que «El debate político, la ‘vulgata’ multimedial y a veces también la investigación científica, ignoran o subestiman las relaciones dialécticas fundamentales que impiden apreciar en su realidad, no solo ideológica, la presencia de inmigrantes en el territorio nacional».

che di abdicare alla loro dignità e ai loro diritti politici»³⁶; y además: «Gli apolitici hanno sempre torto: la loro apoliticità è partigiana; essi sono difensori dell'ordine costituito, sono una forza inerte che pesa a vantaggio del regime, degli interessi conservatori»³⁷. Los partidos populistas y los abiertamente racistas han fomentado –en concordancia con las tesis de Goebbels– el «sustrato preexistente, ya sea una mitología nacional o un complejo de odios y prejuicios tradicionales» para fortalecerse y a veces ganar las elecciones, como varios países de Este de Europa e Italia, favorecidos por la debilidad de los partidos tradicionales, los fenómenos de corrupción y las incertidumbres de las políticas europeas.

La política tiene su traducción en leyes, decretos y actas de otra naturaleza. En nombre de la seguridad se rechazan a los migrantes que cruzan el mar, incluso niños y mujeres embarazadas, se construyen muros, se agravan las medidas de detención acompañados por declaraciones y propuestas de ulteriores agravaciones. Se percibe como “normal” que el ministro del Interior de Italia proponga, como en el Tercer *Reich* o en la Italia fascista de las leyes raciales, fichar con base étnica a los roma (gitanos), y que otro ministro del partido aliado solo comente sobre esta propuesta, que “no está en el contrato de gobierno”, sin añadir alguna evaluación ética³⁸. Los representantes de la Unión Europea tratan el asunto de los inmigrantes en términos de “cuotas” y solo eso, como cosas materiales³⁹. La seguridad puede justificar cualquier medida.

5. DEL ESTADO Y LA DEMOCRACIA A LOS PARTICULARES: LOS CAMBIOS DEL BIEN PROTEGIDO POR LA PROPAGANDA.

Hay otro perfil de interés, que afecta no tanto a la individualización del enemigo, sino a los bienes protegidos: de vez en cuando pueden ser la (seguridad de la) Nación (“*the Nation*”, EE.UU.), la raza (Alemania nazi,

36 P. Gobetti, “Guerra agli apolitici”, en *Rivoluzione liberale*, 4 marzo 1924.

37 P. Gobetti, “Democrazia”, en *Rivoluzione liberale*, 13 mayo 1924.

38 Véase P. Gobetti, “Problemi di libertà”, en *Rivoluzione liberale*, 24 abril 1923: «il vizio storico della nostra formazione politica consisterebbe nell'incapacità di pesare le sfumature e di conservare un'onesta intransigenza nelle posizioni contraddittorie, suggerita dalla coscienza che le antitesi sono necessarie e la lotta le coordina più che sopprimerle».

39 Cr. A. Colomer Viadel, *Inmigrantes y emigrantes. El desafío del mestizaje*, Buenos Aires, 2016, 39.

Italia fascista), el Estado (España), hasta la democracia; y ahora, los particulares. Individualizar a un enemigo no basta, en el altar de la seguridad, es necesario también solicitar la protección de bienes percibidos como “propios” por los ciudadanos, esto amerita el sacrificio de otros bienes como la libertad y tal vez la propia democracia.

Si en principio, como en Hobbes, para evitar el “*bellum omnium contra omnes*” y alejar el miedo de ser matados, los individuos confieren al Estado sus armas para nombrarlo custodio de la recíproca seguridad y someterse a él⁴⁰, desde la segunda posguerra la propaganda para justificar medidas limitadoras de los derechos ha evocado la palabra “democracia”, despertando el gran problema de los límites.

La carga connotativa, simbólica, evocativa, el valor mágico de la palabra “democracia”⁴¹, se usa (incorrectamente) para las operaciones conceptuales que dejan en el olvido palabras y conceptos que en un tiempo fueron fuertes, pero que hoy son escasamente adquiridos en el *free trade market of ideas*, como la “estatalidad”. La seguridad se convierte, pues, en el parámetro o en el valor ponderable, no para la defensa del Estado, sino para la defensa de la democracia; y los no ciudadanos, los inmigrantes, los extranjeros, los que en definitiva no pertenecen al Estado, no son sacrificados –cuando lo son–, en nombre de la estatalidad, sino en nombre de la defensa del mismo valor: la democracia y la exigencia de su defensa⁴².

40 T. Hobbes, *Leviathan*, cit., Part II, ch. XVII, y sobre el mismo véase C. Schmitt, *Der Leviathan in der Staatslehre des Thomas Hobbes: Sinn und Fehlschlag eines politischen Symbols* (1938), reimpr. Stuttgart, 1995.

41 L. Pegoraro, “Costituzioni e democrazia: definizioni e classificazioni nel costituzionalismo contemporaneo”, en *Rass. parl.*, aprile-giugno 2014, 249 ss., en *Rev. latino-am. de est. const.*, n. 16, 2014, 121 ss., y en P.E. González Monguí (Ed.), *Los derechos fundamentales en la teoría jurídica*, Bogotá, 2016, 83 ss. Observa R. Guastini, parte II, cap. VII, “Troper sulla funzione giurisdizionale”, § 2, de Id., *Discutendo*, Madrid-Barcelona-Buenos Aires-São Paulo, 2017, 274, que el concepto jurídico de democracia usado también por Troper «Es algo *naïf*: la Ciencia política empírica ha demostrado durante mucho tiempo que los sistemas políticos llamados “democráticos” no son más que sistemas de competencia de élites. La definición actual de democracia debería ser reemplazada por una noción más “realista” (en el sentido del realismo político)». Sobre la vaguedad de la expresión, por último O. Duhamel, G. Tusseau, *Droit constitutionnel et institutions politiques*, 4a ed., Paris, 2016, 13 ss.

42 Véase la atenta reconstrucción relativa al ordenamiento italiano de P. Bonetti, “Terrorismo e stranieri nel diritto italiano, disciplina legislativa e profili costituzionali”, en *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, n. 3, 2005, 13 ss., y n. 4, 2006, 13 ss. Empero, como lo recuerda E.

Así fue hasta cuando –durante la Guerra fría– un Estado como URSS se consideraba un peligro manifiesto y presente. Así también, hasta cuando los ataques internos a la democracia (y anteriormente al Estado), eran objetivamente dirigidos a las instituciones, como en el caso del terrorismo de IRA, ETA, Brigadas Rojas, etc. Así, finalmente después el ataque a las Twin Towers.

Hoy en día el mensaje es que los extranjeros son peligrosos en sí mismos, también porque amenazan la seguridad de cada ciudadano, su vivir tranquilo, su trabajo. No todos están dispuestos a limitaciones de libertad en nombre de entidades ideales, como las representadas por las instituciones y la propia democracia. Es más útil hacer palanca con el miedo individual. La opinión pública, por su parte, asustada por la escasa definición del “enemigo”, en su mayoría apoya las políticas de limitación, y la idea de que la seguridad es un valor absoluto.

Por supuesto, las estadísticas demuestran otros datos. En los Estados Unidos, los muertos por armas de fuego fueron 38.000 en 2016; en los diez años anteriores nunca bajaron 30.000 cada año. Después las Twin Towers, más de 500.000 personas fallecieron por armas de fuego frente a pocas decenas o centenas por terrorismo o por obra de extranjeros. En Italia, los delitos “graves” bajan cada año, pese a las fuertes olas migratorias, aunque es verdad que la relación entre ciudadanos e inmigrantes por algunos delitos como robo, hurto en tiendas, allanamiento de morada, explotación de la prostitución, etc., es de 1 a 4. No hay duda que la marginalización social conduce a cometer delitos. En cambio, más de 1/3 de los homicidios se cometen en el ámbito familiar... Aunque hay miles de inmigrantes explotados por empresarios nacionales (especialmente en agricultura), pagados ilegalmente 3-5 euros por hora, que viven en situaciones de pobreza extrema, infrahumanas, el “peligro” no es quien los explota, sino los mismos inmigrantes.

Denninger, «el estado de prevención es el estado de la aspiración de la máxima seguridad. Parece paradójico, pero es así: las estrategias de prevención, elaboradas para producir seguridad, acaban por destruir la seguridad jurídica» (E. Denninger, *Menschenrechte und Grundgesetz. Zwei Essays*, Weinheim, 1994, trad. it. *Diritti dell'uomo e Legge Fondamentale*, Torino, 1998, 89 ss.). Y, como se ha afirmado, no se puede proteger la democracia usando instrumentos que no son coherentes con los principios de la democracia [Véase A. Di Giovine, “La protezione della democrazia fra libertà e sicurezza”, en Id. (Ed.), *Democrazie protette e protezione della democrazia*, Torino, 2005, 5].

6. EL CONTEXTO DEL ATAQUE AL “ENEMIGO”: LA CRISIS DE LOS VALORES DEMOCRÁTICOS

Todo lo dicho hasta ahora es coherente con el progresivo ataque a la misma democracia.

Frente al descrédito de la política en gran parte de los países del mundo, al declive de las asociaciones intermedias entre el Estado y la sociedad, la crisis de los partidos políticos, la elasticidad de la información política; la palingenesia de la dicotomía amigo-enemigo sirve para ocultar o justificar la destrucción de la jerarquía de fuentes y el ocaso del formalismo de las fuentes (especialmente el *soft law*⁴³), la limitación de los derechos, el control social, la concentración del poder en los ejecutivos, y sobre todo en entidades sin legitimidad democrática; también para justificar el ataque que incluso la constitución sufre hoy por parte de fuentes supranacionales o transnacionales (y las corrientes neoconstitucionalistas) a favor de los “núcleos duros” de las constituciones individualizados, con técnicas casuísticas impulsados por profesores y tribunales constitucionales con total arbitrariedad, aprovechando el léxico a menudo vago o ambiguo de los textos⁴⁴.

Hay una aceptación difusa de la idea de la existencia de una “hiper-constitución” metafísica transnacional, basada en los derechos humanos (o fundamentales) de impronta occidental y sobre la división de poderes como única estructura admisible del *frame of government*. Mientras las constituciones las escriben sus constituyentes, las reformas

43 Varios perfiles del *soft law* son analizados por A. Somma (Ed.), *Soft law e hard law nelle società postmoderne*, Torino, 2009, y E. Mostacci, *La soft law nel sistema delle fonti: uno studio comparato*, Padova, 2008. Se ha observado (S. Bagni, “Comparative law and... love”: contro la globalizzazione del diritto, per la globalizzazione del giurista”, en *Ann. dir. comp. st. leg.* 2017, 50 s.) que «los conceptos de *transnational law*, *global law*, *soft law* representan “el Mal” al cual el comparatista debe oponerse, precisamente porque ya sea en el proceso de elaboración, y en el momento de la aplicación a casos concretos, ignoran lo que por el contrario deben presuponer, es decir las vidas de las personas y comunidades a quienes están destinadas estas normas, y no dependen de los contextos históricos, económicos, culturales y sociales en que viven, obedeciendo por lo contrario a los intereses superiores del paradigma de desarrollo, humanizado (...) por el adjetivo “sostenible”».

44 Tanto en su actividad de delimitación de competencias de poderes y entidades, como en la reconstrucción de las ponderaciones de principios, valores, derechos, elaborados por el poder constituyente y el legislativo: L. Pegoraro, A. Rinella, *Sistemas constitucionales*, cit., vol. B, 379 ss.

constitucionales los órganos habilitados por la constitución, y las leyes los legisladores; la hiper-constitución la escriben, avalados por la doctrina que llaman como apoyo, los jueces constitucionales y transnacionales. La conjunción entre (parte de la) doctrina y jurisdicciones constitucionales (y transnacionales), genera una nueva fuente de legitimación de los sistemas jurídicos del mundo que condiciona toda la producción jurídica y que traduce el activismo judicial de “dictatura comisaria”, autorizada democráticamente, a “dictatura soberana”, autorizada solo por sí misma y por otro “poder” no democrático, la doctrina. Ello no solo en áreas jurídico-culturales donde no hay fractura entre formante cultural y formantes jurídicos, sino también –con reclamos hegemónicos, y a veces, mera aceptación – donde el desprendimiento sea profundo y arraigado en los siglos. Sin embargo – afirma Guastini⁴⁵– «Hoy en día no pocos juristas y filósofos políticos sostienen que (...) los derechos fundamentales están en conflicto con los principios democráticos, los cuales exigen que las decisiones políticas sean tomadas por órganos representativos (electivos) por mayoría. Según esta forma de pensar, los derechos constitucionales inciden de manera destructiva en el núcleo mismo de la democracia, la soberanía popular, y contradicen, por su proclamada inmodificabilidad, la exigencia de mantener fluidas las relaciones entre orden social y orden jurídico».

En particular, la crisis democrática se percibe con el otorgamiento a los tratados internacionales (aprobados casi siempre por los gobiernos o con la mayoría simple del parlamento) de un rango superior a las propias constituciones; o con reformas constitucionales aprobadas por el poder constituyente o por amplias mayorías y/o por el pueblo⁴⁶. La “*higher law*”

45 Cfr. R. Guastini, “La grammatica dei diritti”, parte I, cap. XIV de Id., *Discutendo*, cit., 169, en contradicción con S. Rodotà, *Il diritto di avere diritti*, Roma-Bari, 2012.

46 Sobre el derecho convencional, bibliografía en L. Pegoraro, A. Rinella, *Costituzioni e fonti del diritto*, Torino, 2018, trad. esp. L. Pegoraro, A. Rinella (Eds), *Derecho constitucional comparado*, cit., tomo III, L. Pegoraro, A. Rinella, *Constituciones y fuentes del Derecho*, Buenos Aires, 2019, cap. II, § 3. En particular para América Latina: V. Bazán, “Control de convencionalidad y diálogo judicial”, en S. Bagni, G.A. Figueroa Mejía, G. Pavani (Eds), *La ciencia del derecho constitucional comparado*, cit., III, 115 ss.; H.E. Olano García, “El control de convencionalidad en el sistema interamericano”, *ivi*, III, 1179 ss.; G. Aguilar Cavallo, “Diálogo judicial y protección multinivel de los derechos humanos”, *ivi*, III, 67 ss.; C. Landa Arroyo, “¿Diálogo entre la justicia constitucional y la jurisdicción internacional? Entre la incorporación y la manipulación de los estándares de derecho internacional de los derechos humanos en el ordenamiento jurídico peruano”, *ivi*, III, 853 ss.; H. Nogueira Alcalá (Ed.), *El diálogo transjudicial de los Tribunales Constitucionales entre sí y con las Cortes*

por lo tanto no es la ley aprobada por “*we the people*”, sino la ley decidida por gobiernos y parlamentos, pese a lo que decía Hamilton en el ensayo número 78 del *Federalist*⁴⁷. Dicho de otra manera, incluso donde la superioridad de los tratados está establecida en la constitución, ésta se convierte en flexible, confiando en las mayorías simples (o en los gobiernos), a través de los tratados, para individualizar las reglas supremas⁴⁸.

Por lo que afecta al principio de soberanía, la erosión del *Welfare State* y la reintroducción de formas puras de libre mercado son obra de órganos externos (FMI, Banco Europeo, órganos de la UE, etc.) y a menudo se llevan a cabo sin seguir ningún tipo de procedimiento formal de revisión,

Internacionales de Derechos Humanos, Santiago de Chile, 2012; Id., *Diálogo judicial multinivel y principios interpretativos favor persona y de proporcionalidad*, Librotecnia, Santiago de Chile, 2013; Id., *Derechos fundamentales, bloque constitucional de derechos, diálogo interjurisdiccional y control de convencionalidad*, México, 2014; E. Ferrer Mac-Gregor (Ed.), *El control difuso de convencionalidad*, Querétaro, 2012; E. Ferrer Mac-Gregor, *Panorámica del Derecho procesal constitucional y convencional*, Madrid et al., 2013; E. Ferrer Mac-Gregor, A. Herrera García (Eds), *Diálogo jurisprudencial en Derechos Humanos entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales*, México, 2013; L.G. Marinoni, V. de Oliveira Mazzuoli, *Controle de Convencionalidad. Un panorama latino-americano*, Brasilia, 2013; M. Carducci, V. de Oliveira Mazzuoli, *Teoria tridimensional das integrações supranacionais*, Rio de Janeiro, 2014.

47 «Si hubiera una antinomia irremediable entre la ley constitucional y la ley ordinaria, se deberá, naturalmente, dar preferencia a aquella que estamos ligados por obligaciones mayores o, en otros términos, se deberá preferir la constitución, a la voluntad de los representantes del pueblo la voluntad del pueblo mismo». Si los jueces de las leyes están habilitados a criticar en la forma y/o en el mismo contenido la revisión constitucional, como ocurre en muchos ordenamientos o por expresa disposición de la constitución o como consecuencia de las decisiones jurisprudenciales, evidentemente hay una deformación de la idea misma de control: desde el control sobre los abusos de la mayoría, en nombre de la supremacía constitucional, se convierte en el control del poder constituyente sobre el poder constituido, en *todas* sus manifestaciones. Se desplaza a otro lugar, entonces, la pregunta inicial puesta por Hamilton, por la filosofía política francesa y luego por Schmitt y por Kelsen: la pregunta hoy no es (solo) «¿quién controla la ley?» o «¿qué legitimación tienen los jueces para anular los actos del pueblo soberano, decididos por la mayoría de sus representantes?», sino más bien «¿puede el mismo pueblo soberano, incluso con los procedimientos establecidos por el pacto constituyente, modificar el mismo?» y, en consecuencia, “¿quién es el custodio (no de la constitución sino) del núcleo de tal pacto?».

48 Aún más: se inaplica cuando el nivel de protección no es coherente con lo que establecieron los tribunales internacionales/supranacionales confiando en las mayorías simples (o en los gobiernos), a través de los tratados, para individualizar las reglas supremas. No casualmente, la Constitución de EE.UU. prevé en su artículo II, sección II, § 2, que los tratados necesitan la aprobación de los 2/3 de los senadores.

esquivando las disposiciones constitucionales y atacando el núcleo de las constituciones nacionales hasta llegar a la base misma de la soberanía⁴⁹.

La crisis democrática se nota también en la individualización de límites al propio poder de reforma constitucional; puesto que, con escasas excepciones, los tribunales constitucionales, apoyados en doctrina académica, prohíben - a pesar de las supermayorías previstas en cada constitución para aprobar la reforma (e incluso del pueblo “soberano”) -, reformar lo que a ellos no les gusta⁵⁰.

Pese a su enfatización en la teoría, y solo cuando sirve para atacar a quienes la rechazan, desaparece la división de poderes, no sólo debido al fortalecimiento de los ejecutivos a expensas del legislativo, sino también del judicial; de esta manera, se asiste, de un lado, a la judicialización de la política, y de otro (sobre todo), a la politización de la justicia⁵¹.

49 Véase [a partir del análisis en el clásico B. de Jouvenel, *De la souveraineté*, Paris, 1955, trad. it. *La sovranità*, Milano, 1971, y las críticas profundas de L. Duguit (quien define la soberanía una “entidad metafísica”), en *Leçons de droit public général faites à la Faculté de Droit de l'Université égyptienne (pendant les mois de janvier, février et mars 1926)*, Paris, 1926], M. Fondevila Marón, *La disolución de la soberanía en el ámbito estatal. El proceso de integración europea*, Madrid, 2014; R. Louvin, *Legami federativi e declino della Sovranità. Quattro percorsi costituzionali emblematici*, Torino, 2001; A Somma, *Sovranismi. Stato, popolo e conflitto sociale*, Roma, 2018.

50 Sobre este aspecto S. Ragone, *I controlli giurisdizionali sulle revisioni costituzionali. Profili teorici e comparativi*, Bologna, 2011, trad. esp. *El control judicial de la reforma constitucional. Aspectos teóricos y comparativos*, México, 2012; Id., “El control material de las reformas constitucionales en perspectiva comparada”, en *Teoría y real. const.*, n. 31, 2013, 391 ss.; sobre la importancia del control (cada vez más frecuente) sobre la reforma constitucional cfr. K. Gözler, *Judicial Review of Constitutional Amendments: A Comparative Study*, Bursa (Turquía), 2008; S. Bagni, “Riforme costituzionali e super-maggioranze parlamentari: per un aggravamento variabile del procedimento di revisione”, en D. Butturini, M. Nicolini (Eds), *Giurisdizione costituzionale e potere democraticamente legittimato*, 2 vols, I, *I soggetti, gli strumenti e i meccanismi del dialogo*, Bologna, 2017, y en E. Álvarez Conde (Ed.), M. Álvarez Torres (Ed.), *Reflexiones y propuestas sobre la reforma de la Constitución española*, Granada, 2017. Ulterior bibliografía en L. Pegoraro, A. Rinella, *Sistemas constitucionales*, cit., vol. B, 407, nota 200.

51 V. al respecto M. Shapiro, A. Stone Sweet, *On Law, Politics, and Judicialization*, Oxford, 2002; R. Hirschl, *Towards Juristocracy: The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge-London, 2004; G. Grandjean, J. Wildemeersch (Eds), *Les juges: décideurs politiques? Essais sur le pouvoir politique des juges dans l'exercice de leur fonction*, Bruxelles, 2016, e *ivi*, 169 ss., espec. G. Tusseau, “Les juges constitutionnels comme autorités normatives: éléments d'une taxonomie des sentences constitutionnelles”; Id., “Remarques sur l'arsenal' des juges constitutionnels. A propos de l'arme ultime de la substitution aux

En el campo de los derechos, además de la erosión de los derechos sociales, la *privacy –the right to be let alone–* desvaneció en Occidente a favor del control cotidiano del Estado y de entidades públicas y privadas, realizando, no ya en el mundo del socialismo real, como imaginaba Orwell, sino en las liberal-democracias, la pesadilla del Gran Hermano. Sobre todo, se afirma la limitación de los derechos individuales, como el *habeas corpus*, el *due process*, etc., y derechos asociativos, como el de asociación política; las cuales las nuevas constituciones permiten solo si son respetuosos con varios principios: no «dañar o eliminar el ordenamiento fundamental democrático y liberal», o que no se encuentren «en conflicto con las leyes penales, o se dirijan contra el ordenamiento constitucional o contra el principio de tolerancia entre los pueblos»⁵².

Desde otra perspectiva, los “estándares” de democraticidad elaborados por las organizaciones supranacionales o internacionales (en particular las dirigidas a finalidades prácticas, como la admisión de un Estado en la Unión Europea) acogen la pretensión universalística. El *Document of the Copenhagen Meeting of the Conference on the Human Dimension of the CSCE*⁵³, utilizado para evaluar la apertura de la UE a nuevos Estados, minucioso e incluso pedante en cierta medida, es lagunoso en algunos parajes, casi confirmando un concepto de democracia compartido que acoge muchos puntos en común (prevalentemente derivados de las conquistas del constitucionalismo clásico), mientras que deja fuera otros perfiles controverti-

autorités politiques”, en S. Bagni, G.A. Figueroa Mejía, G. Pavani (Eds), *La ciencia del derecho constitucional comparado*, cit., II, 1615 ss.

52 Art. 92 GG alemán. En este sentido, no existe mucha diferencia en esta disciplina, entre la Constitución alemana y Europa del Este. Así por ejemplo, las Constituciones de Rumanía (art. 40), Bulgaria (arts 11 y 44), Georgia (art. 26) . En América Latina, la Constitución brasileña –art. 17– pone como límites a los partidos la soberanía nacional, el régimen democrático, el pluralismo, los derechos fundamentales de la persona humana. En Costa Rica, los partidos deben respetar en sus programas «el orden constitucional» y asegurar la organización interna y el «funcionamiento democrático»: art. 98 Const. En muchos ordenamientos, como Estonia, República Checa, Lituania, la constitución encomienda a las leyes –según el esquema de las constituciones ochocentistas– establecer los límites. Un conjunto de estos límites véase en L. Pegoraro, A. Rinella, *Sistemas constitucionales*, cit., vol. B, 439 ss., y en L. Pegoraro, “Entre sociedad y Estado: los partidos políticos. Un acercamiento desde la perspectiva del Derecho constitucional comparado”, en *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 23, 2018”, § 7.

53 Para un análisis con otros ejemplos, v. S. Cassese, *Global standards for national democracies?*, en *Riv. trim. dir. pubbl.*, n. 3, 2011, 701 ss.

dos. Así, por ejemplo, sobre el tratamiento de los extranjeros, en el punto 22.1 los Estados «agree that the protection and promotion of the rights of migrant workers are the concern of all participating States and that as such they should be addressed within the CSCE process». Otras cláusulas se refieren a acuerdos multilaterales o compromisos genéricos. Autorizan disciplinas discriminatorias entre ciudadanos y extranjeros, incluso en el goce de los derechos civiles; no se citan los derechos políticos, en particular el control, con el voto o con otras modalidades, de la renta producida con el trabajo de los extranjeros⁵⁴.

La idea “*no taxation without representation*”, verdadero pilar de nuestro constitucionalismo, es sacrificada en el altar de la ciudadanía, de la soberanía y de la seguridad⁵⁵. Con evidencia, los emigrantes extranjeros no son seres “humanos”, y no se contesta la clara contradicción que existe entre “derechos humanos” y “ciudadanía”⁵⁶. Se pretende, sin embargo, atribuir sentidos universales (y de manera que se pretende vinculante) a palabras vagas como “dignidad”, “democracia”, “debido proceso”, “derechos humanos”, etc., interpretando “universalísticamente” los conceptos de libertad individual y colectiva, respeto de las tradiciones, rol de la minoría, pluralismo y decisionismo, relaciones entre derecho y ética, concentración y reparto del poder, control, descentralización, percepciones del ambiente y de la naturaleza, funcionalización del beneficio, dependencia de decisiones externas, posesión, etc.⁵⁷

54 Véase los puntos por los que los Estados (22.2): «reaffirm their commitment to implement fully in their domestic legislation the rights of migrant workers provided for in international agreements to which they are parties»; (22.3): «consider that, in future international instruments concerning the rights of migrant workers, they should take into account the fact that this issue is of importance for all of them»; (22.4): «express their readiness to examine, at future CSCE meetings, the relevant aspects of the further promotion of the rights of migrant workers and their families». Su questo aspetto *infra*, § 8.1. Cfr. L. Pegoraro, “Costituzioni e democrazia”, cit., 260 ss.

55 M.G. Núñez Torres, A. Cavazos Guajardo Solís, “El principio de *no taxation without representation*, la migración y su impacto en los ordenamientos jurídicos latinoamericanos”, en *Rev. gen. der. públ. comp.*, n. 20, 2017.

56 Véase la investigación histórica de A. Colomer Viadel, *Inmigrantes y emigrantes*, cit., y en clave metodológica S. Bagni, “Lo Stato interculturale: primi tentativi di costruzione prescrittiva della categoria”, en S. Bagni, G.A. Figueroa Mejía, G. Pavani (Eds), *La ciencia del derecho constitucional comparado*, cit., II, 111 ss.

57 Como testimonio acerca de que la fractura entre visiones distintas no es reconocida, R. Dworkin, “Taking Rights Seriously in Beijing”, en *The N.Y. rev. of books*, New York, 26th

Las corrientes neoconstitucionalistas, alimentadas por estudiosos de diferentes países⁵⁸, pueden ser utilizadas para legitimar el “no derecho” de la globalización, proporcionando el fundamento teórico para justificar el vacío de poderes de los parlamentos, de la democracia directa y del propio poder de reforma constitucional; en definitiva, del mismo principio de soberanía popular.

El reclamo a la seguridad desempeña un papel estratégico en esta fase de cambio hacia la alineación de formantes y de ajuste del nuevo orden mundial⁵⁹. Aunque evocada muchas veces por líderes, partidos populistas y racistas; y gobiernos “soberanistas”, es funcional para los objetivos y las

september 2002, 64 ss., afirma, enfatizando las coordenadas del individualismo protestante/anglosajón (de posesión y de éxito), que, aunque existen diferencias entre los valores asiáticos y los valores occidentales, «a pesar de las grandes diferencias históricas y culturales, todos nosotros compartimos la misma situación humana fundamental. Nosotros tenemos una vida que llevar y una muerte que afrontar. Compartimos el mismo deseo de tener una justa parte de los recursos disponibles y una justa ocasión de realizar nuestra vida, antes que la de los otros». Cabe subrayar que estas teorías se pretende aplicarlas (y de hecho se aplican) no solo donde hay coherencia entre textos constitucionales y cultura jurídica liberal-democrática (que pone por encima de la jerarquía al ser humano, a la persona), sino también donde otros elementos históricamente estratificados condicionan pre-jurídicamente y vertebran el modo de concebir lo que en la cultura occidental se define “derecho”.

58 ... y muy evocada en América Latina, para contrarrestar el modelo de *political law* que caracteriza todavía el continente. Cfr. R. Sieder, L. Schjolden, A. Angell (Eds), *The Judicialization of Politics in Latin America*, New York, 2005. Sobre neoconstitucionalismo v. M. Carbonell Sánchez (Ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, 4a ed., Madrid, 2009; R. Dworkin, *Taking Rights Seriously*, Harvard U.P., Cambridge, 1977, trad. esp. *Los derechos en serio*, 2a ed., Barcelona, 1989; en clave crítica, R. Guastini, “A proposito di neo-costituzionalismo”, en *Teoria pol.*, nueva serie, n. 1, 2011, 147 ss., y –con un enfoque diferente– A. Reposo, “Dal costituzionalismo al neocostituzionalismo”, en S. Bagni, G.A. Figueroa Mejía, G. Pavani (Eds), *La ciencia del derecho constitucional comparado*, cit., I, 1251 ss.; también S. Sastre Ariza, *Ciencia jurídica positivista y neoconstitucionalismo*, Madrid, 1999.

59 Entre los escritos más recientes, Á. Figueruelo Burrieza, “Retos del derecho constitucional ante la crisis de una sociedad globalizada”, en S. Bagni, G.A. Figueroa Mejía, G. Pavani (Eds), *La ciencia del derecho constitucional comparado*, cit., I, 947 ss.; A. Somma, “Il diritto privato europeo e il suo quadro costituzionale di riferimento nel prisma dell’economia del debito”, *ivi*, I, 411 ss.; D. Amirante, “L’economia viaggia veloce, il diritto lento: note minime autobiografiche su comparatisti e globalizzazione”, *ivi*, I, 121 ss. En la globalización, ve algunas ventajas S. Galera Rodrigo, “The Benefits of Legal Globalization: Soft law: A Case Study of Heritage Law”, *ivi*, I, 965 ss. Una “Visión panorámica del constitucionalismo en el Siglo XX” se encuentra en el exhaustivo ensayo así titulado de D. Valadés, *ivi*, I, 1401 ss. Véase también G. Grasso, *Il costituzionalismo della crisi. Uno studio sui limiti del potere e sulla sua legittimazione al tempo della globalizzazione*, Napoli, 2012, y G. Capuzzo, *Modernismo giuridico e uniformazione del diritto. Ascesa e declino di un paradigma*, Napoli, 2018.

herramientas de la globalización, pues sus presupuestos son el ataque a la cultura, la simplificación de la comunicación política, la destrucción de las sociedades y asociaciones intermedias (partidos, sindicatos ...) para llegar a la marginalización de los parlamentos, la ductilización del derecho, el otorgamiento de los poderes de decisión a los jueces, especialmente constitucionales y a árbitros privados, y la falta de control sobre los gobernantes “reales” para evitar actuar el mito del mercado como valor en sí.

La búsqueda de falsos enemigos es coherente con las formulaciones hobbesianas de la búsqueda de la paz «para sentirse seguro»⁶⁰, y de perseguirla (solo) con quienes son útiles; sin embargo, traiciona las reglas de la razón que están en la base de la obra de este gran filósofo: «la justicia, respetar los pactos, nunca la injusticia, traicionar los pactos»⁶¹. «Por consiguiente [...], quien declara, a la vez, que puede hacer tal cosa con razón, no puede ser tolerado en ninguna sociedad que una a los hombres para la paz y la defensa, a no ser por el error de quienes lo admiten; ni, habiendo sido admitido, puede continuarse admitiéndole, cuando se advierte el peligro del error. Estos errores no pueden ser computados razonablemente entre los medios de seguridad puesto que el resultado es que, si se deja fuera o es expulsado de la sociedad, el hombre perece, y si vive en sociedad es por el error de los demás hombres, error que él no puede prever, ni hacer cálculos a base del mismo. Van, en consecuencia, esos errores contra la razón de su conservación; y así, todas aquellas personas que no contribuyen a su destrucción, sólo perdonan por ignorancia de lo que a ellos mismos les conviene»⁶².

60 U. Scarpelli, *Thomas Hobbes*, cit., 43.

61 U. Scarpelli, *Thomas Hobbes*, cit., 48.

62 *Leviatán*, trad. esp. en *Obras completas de Thomas Hobbes* en pdf (obras de dominio público - descarga gratuita) - actualizado al 26/01/2016, en <https://tiduscoop.wordpress.com/hobbes-leviathan>, Parte I, cap. XV, “De otras leyes naturales”, 61. Sobre estas páginas y la polémica con Maquiavelo v. U. Scarpelli, *Thomas Hobbes*, cit., 48 ss.

LA INSTITUCIÓN DEL PRECEDENTE: UNA MIRADA CONSTITUCIONAL DESDE EL DERECHO COMPARADO OCCIDENTAL Y LAS TÉCNICAS DE SU APARTAMIENTO EN EL PERÚ¹

THE INSTITUTION OF PRECEDENT: A CONSTITUTIONAL LOOK FROM WESTERN COMPARED LAW AND THE TECHNIQUES OF ITS APARTMENT IN PERU

José Humberto Ruiz Riquero²

Resumen:

El presente artículo se propone examinar la manera y el alcance con que la magistratura constitucional presenta una teoría de la institución del precedente necesaria para la primacía de la Constitución y el carácter vinculante de los derechos fundamentales, a partir de cómo se utiliza y se le aplica en el Derecho Constitucional comparado, y en nuestro propio país. Y si bien se hace una comparación con los países donde surge dicha institución – Inglaterra o sobre todo Estados Unidos –, se hace a efectos de que mejore, se enriquezca y optimice, a fin de que se consolide por el bien de nuestro ordenamiento

1 Este artículo condensa los estudios e investigaciones realizados al interior del Seminario internacional “Justicia Constitucional comparada”, a cargo del Prof. Dr. D. F. Francisco Javier Díaz Revorio, Universidad de Castilla-La Mancha (Toledo, España). En el marco de las actividades académicas 2019-II realizadas por la Maestría en Derecho con mención en Política Jurisdiccional de la Pontificia Universidad Católica del Perú (Lima, Perú).

2 Abogado por la Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. Con estudios complementarios en Justicia Constitucional y Teoría e interpretación de los Derechos Fundamentales por el Centro de Estudios Constitucionales [CEC-TC]. Maestrando en Derecho con mención en Política Jurisdiccional de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Presidente de la Comisión de Derecho Constitucional de la Sociedad Peruana de Derecho y asesor jurisdiccional del Tribunal Constitucional de la República del Perú. Lima, Perú. Contacto: jhriquero@gmail.com ORCID: 0000-0002-6110-1679.

jurídico y sistema democrático; ello sobre las bases doctrinarias existentes en el Derecho comparado occidental y sus técnicas de apartamiento.

Abstract:

The purpose of this article is to examine the way and the scope with which the constitutional magistracy is presenting a theory of precedent necessary for the primacy of the Constitution and the binding nature of fundamental rights, based on how it is used and applied in comparative Constitutional Law and in our own country. And although a comparison is made with the countries where this institution arises -England or especially the United States-, it is done for the purpose of improving, enriching and optimizing it in order to consolidate it for the good of our legal system and democratic system, this on the existing doctrinal bases in Western comparative law and its techniques of deviation.

Palabras Clave:

Precedentes judiciales / Interpretación constitucional / Jurisdicción constitucional / Derechos fundamentales / Tribunal Constitucional.

Keywords:

Judicial precedents / Constitutional interpretation / Constitutional jurisdiction / Fundamental rights / Constitutional Court.

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

En los últimos tiempos se ha aceptado, casi mayoritariamente, que en América Latina los sistemas modernos de administración de justicia se desempeñen gracias a la intervención especializada de tribunales, salas o cortes constitucionales, con el propósito de garantizar la vigencia efectiva del texto constitucional y de los derechos fundamentales, en tanto principios que irradian todo el ordenamiento jurídico, así como el control constitucional sobre el poder político, que supere la clásica y conservadora estructura de un poder judicial exclusivo y excluyente para la impartición de justicia en los países latinoamericanos.

Por ende, a partir de la puesta en vigor de la Constitución austriaca de 1920, bajo la dirección y creación del modelo europeo-kelseniano [o el de la *Veifassungsgerichtsbareit*³], cada país en Iberoamérica ha incorporado

3 Cfr. Fernández Segado, F. (2009). *La Justicia constitucional: Una visión de derecho comparado*. Madrid: Dykinson, p. 180.

particularmente el modelo concentrado de jurisdicción constitucional⁴, posicionando el contenido jurídico material de la Constitución — que se concretiza vía las acciones de garantía y/o procesos constitucionales — todo alrededor del control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes, tema que sin lugar a dudas pertenece a lo que en Europa se denomina “justicia constitucional”; en Estado Unidos, “revisión judicial de constitucionalidad; y, en Latinoamérica “derecho procesal constitucional” [este último como un Derecho Constitucional concretizado⁵].

Uno de los retos actuales más importantes del sistema de justicia en nuestro país, por ejemplo, es el análisis crítico del rol de la jurisprudencia como fuente de Derecho y el aseguramiento de la calidad argumentativa en las decisiones judiciales, debido a que es a través de ellas que se robustece la legitimidad de jueces y tribunales jurisdiccionales [sea a través de las denominadas mutaciones constitucionales o mediante la interpretación conforme u orientada a la Constitución⁶]; y, en tal sentido, resulta de suma importancia analizar el papel protagónico del juez constitucional en los sistemas que pertenecen a las familias del *common law* y del *civil law*.

En este escenario, la institución del precedente, su naturaleza y función, según una parte de la doctrina (o también según algunos estudiosos), surgiría como un instrumento fundamental para lograr dicha solidez argumentativa⁷, al interior de un modelo dual o paralelo donde

4 En lo concerniente a su noción, el Tribunal Constitucional considera que “[...] la afirmación del doble carácter de los procesos constitucionales [...] [y la] necesaria la configuración de un proceso constitucional en el que subyace una defensa del orden público constitucional [...] permite definir la jurisdicción constitucional no en el sentido de simple pacificadora de intereses de contenido y alcance subjetivos, sino del orden constitucional [normatividad] y de la realidad social [normalidad] en conjunto; pues, con relación a la Constitución, la jurisdicción constitucional no actúa ni puede actuar como un órgano neutro, sino, por el contrario, como su principal promotor” (Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. 00023-2005-PI/TC, del 27 de octubre de 2006, f.j. 12). Agregar referencia bibliográfica

5 *Vide* Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. 04903-2005-PHC/TC, del 8 de agosto de 2005, f.j. 5.

6 Cfr. García Belaunde, D. (2006). *El precedente vinculante y su revocatoria por parte del Tribunal Constitucional: a propósito del caso Provias Nacional*. Disponible en http://www.alfonsozabrano.com/corte_constitucional_ec/doctrina/190211/cce-doc-precedente_GARCIA.pdf. [Web Site], p. 1.

7 Hoy en día el nuevo paradigma constitucional de la constitucionalización del orden jurídico y la crisis del imperio de la ley, se inspira “de la argumentación en el Derecho al Derecho como argumentación” (Aguiló Regla, 2008, p. 14).

ejercen jurisdicción constitucional el Tribunal Constitucional y el Poder Judicial⁸, como elementos de equilibrio en el Estado social y democrático de Derecho⁹, en la medida en que refuerza la coherencia de las decisiones judiciales dentro del sistema jurídico [en aras de otorgar seguridad jurídica y de garantizar la predictibilidad de las decisiones judiciales] y respeta la igualdad ante la ley a todos los ciudadanos para resolver un caso concreto¹⁰.

Entre los principios fundamentales reconocidos por el constitucionalismo moderno, que aluden en la actualidad a la democracia y a los derechos, se encuentran los referidos a la separación o división de poderes¹¹ y el reconocimiento, respecto y tutela de los derechos fundamentales [desde un

8 Es más, para algún sector de la doctrina constituye una tendencia de la jurisdicción constitucional el confiar el control de constitucionalidad a entidades de fisonomía jurisdiccional. En esta línea de pensamiento puede revisarse, Espinosa-Saldaña Barrera, E. (2003). *Jurisdicción constitucional, impartición de justicia y debido proceso*. Lima: Ara Editores, p. 47 y ss.

9 A mayor abundamiento, cabe precisar, que la jurisdicción constitucional en general y el Tribunal Constitucional en particular, como elementos de equilibrio en el Estado social y democrático de Derecho, “[...] niega mérito a las tesis que pretenden sostener que el Poder Legislativo es superior al Poder Jurisdiccional. Entre los Poderes Legislativo y Jurisdiccional no existen relaciones de jerarquía, sino de complementación y equilibrio en la ejecución de sus respectivas competencias [...] De este modo, la jurisdicción constitucional es el elemento de equilibrio que garantiza el no retorno al absolutismo parlamentario, en el que, so pretexto de representar a “la mayoría”, se culmina por instaurar el dominio autocrático frente a quienes, ajenos al poder, no participan de los idearios del gobierno de turno. Este poder de la jurisdicción constitucional [control difuso y concentrado de las leyes] conlleva el deber de los jueces de comprender el mensaje normativo, tanto de la Constitución como de las leyes, a través de la interpretación, a efectos de determinar la compatibilidad o incompatibilidad entre ambas” (Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. 0030-2005-AI/TC, del 27 de octubre de 2006, ff.jj. 42-45).

10 Cfr. Díaz García, I. (2012). Igualdad en la aplicación de la ley. Concepto, iusfundamentalidad y consecuencias, en: *Revista Ius et Praxis*, Año 18, Número 2, pp. 33-76. *Vide* Sentencia del Tribunal Constitucional español 49/1982, del 14 de julio de 1982, f.j. 2.

11 Cfr. Chaires Zaragoza, J. (2004). La independencia del poder judicial (pp. 523-545), en: *Revista Jurídica Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Año XXXVII, N.º 110, México D.F.: Biblioteca Jurídico Virtual, Instituto de investigaciones Jurídicas de la UNAM. Recuperado de: <<http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2004.110.3795>>. Esto nos recuerda lo siguiente: “[...] hace mucho tiempo que los jueces eran seres inanimados por cuya boca salían las palabras de la ley, seres inanimados que no podían moderar ni la fuerza ni el rigor de la ley. Para esta concepción originaria, la jurisdicción no era más que la labor desarrollada por un órgano estatal para la simple aplicación de la ley al caso concreto, a través de jueces que eran la boca por la que habla la ley” (Ruiz Molleda, 2006, p. 27). Aquí falta completar esta referencia

concepto garantista de Constitución bajo el criterio *favor libertatis*¹²], siendo una pieza clave la fuente jurisprudencial en relación a la fuente originaria que es la ley, toda vez que esta última, y más aún el mismo texto constitucional, no siempre resultan claras, precisas o completas sus disposiciones legales y constitucionales, por lo que su lectura e interpretación requiere que la justicia constitucional explicita sus alcances en cada caso particular al momento de resolverse un conflicto jurídico o determinarse la situación jurídica de los particulares, acorde con aquel contenido material que guarda para sí nuestra Constitución [de principios y valores superiores], con lo cual se reafirma su posición como principal fuente de derecho y se rompe definitivamente con el paradigma del Estado de Derecho que le atribuía esa virtud a la ley positiva¹³.

Al respecto, ello ha tenido como punto de partida la universalidad y la versatilidad de los distintos modelos jurídico-políticos, tales como el monárquico o absolutista, la legitimidad democrática [legislador] y la legitimidad constitucional [Tribunales Constitucionales] cuyo enfoque comparado se ha extendido en los ordenamientos jurídicos actuales, al tiempo de respetarse un equilibrio entre la institucionalidad, las garantías [control] y los límites del poder político como pautas de un Estado Constitucional, a fin de brindar soluciones “justas” a los problemas políticos del gobierno mediante parámetros jurídicos, que – en su gran mayoría – se ven reflejados en las decisiones judiciales expedidas por dichos órganos especializados, y especialmente, mediante la emisión de ciertos pronunciamientos considerados como vinculantes¹⁴.

En ese contexto, la función principal de dicho órgano jurisdiccional especializado en materia de interpretación de la Constitución, de los

12 Cfr. Pedro Sagüés, N. (2002). La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional, en: AA. VV., *Derechos humanos y Constitución en Iberoamérica*, [José Palomino Manchego y José Carlos Remotti (Coordinadores)], Lima: Editorial Grigley, pp. 35-36.

13 Cfr. Salas Villalobos, S. (2008). Control judicial en el Estado Constitucional, en: *Revista Institucional N.º 08*, Artículos y ensayos en torno a la reforma del sistema procesal penal y apuntes sobre la justicia constitucional. Lima: Academia de la Magistratura - (AMAG), Proyecto de Apoyo a la reforma del Sistema de Justicia del Perú - (JUSPER), pp. 193 y 194.

14 Cfr. Neyra Zegarra, A. (2009). Algunas reflexiones sobre los criterios del Tribunal Constitucional para adoptar precedentes vinculantes, en: *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional: Análisis Multidisciplinario de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Tomo 17. Lima: Gaceta Jurídica, p. 17.

derechos fundamentales en todos los espacios en donde se ejerce poder y de fiscalización máxima de los demás órganos constitucionales recae en un tipo de Tribunal Constitucional iberoamericano [como son los Tribunales Constitucionales de Chile, Perú, Ecuador, Bolivia; o Cortes constitucionales como de Guatemala o Colombia; o Salas constitucionales como las de Honduras, Nicaragua; o Cortes Supremas que hacen rol de Tribunal Constitucional como México, Argentina, Brasil, entre otros], el cual, viene interpretando dicho cuerpo normativo, de manera vinculante y/o persuasiva, varios de sus dispositivos constitucionales¹⁵. Es así que, a través de estos fallos reiterativos, se unifican las decisiones de los jueces; siendo un tribunal, el único organismo capaz de interpretar e integrar la Constitución, a pesar de los tropiezos que ha tenido en el Perú para finalmente independizar la justicia constitucional¹⁶.

Así las cosas, queda claro que lo que se busca — a partir de la justicia constitucional desde un enfoque comparado — es identificar aquellos elementos comunes que se resaltan de la actuación del juez en los sistemas del *common law* y del *civil law*, para luego abordar el tema concreto de la construcción material del concepto de precedente en los ordenamientos jurídicos de tradición romano-germánica, como el nuestro, por ejemplo, por obra del referido Alto Colegiado Constitucional peruano y de lo previsto en la parte *in fine* del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, a través de una dinámica del sistema de fuente propia del modelo norteamericano, desde sus orígenes normativos hasta su formulación jurisprudencial.

En consecuencia, en una publicación nuestra titulada *La teoría general del precedente vinculante: sus aspectos conceptuales básicos y sus enraizados*

15 Landa Arroyo, C. (2009). Los precedentes constitucionales, en: *Justicia Constitucional* N° 5. Especial: El precedente constitucional. Lima: Palestra, p. 129.

16 Naturalmente, la Constitución no escapa a tal labor jurisdiccional y es objeto también de una serie de interpretaciones jurisdiccionales por los altos tribunales de justicia nacional en el campo de la justicia ordinaria (Corte Suprema) y la justicia constitucional (Tribunal Constitucional) que a través de sus fallos posee un efecto vinculante, por lo menos persuasivo, en los diversos niveles de la jurisdicción. En el caso peruano, el Tribunal Constitucional ha interpretado que su tipo de precedente y su grado de vinculación se cumplen sin dudas ni murmuraciones, contradiciéndose con el carácter dinámico y flexible del precedente en los EE. UU. Cfr. Morales Saravia, F. (2017). *Los precedentes constitucionales vinculantes y su aplicación por el Tribunal Constitucional. Análisis jurisprudencial de la última década*, Lima: Gaceta Jurídica, p. 29.

prejuicios en el sistema jurídico peruano, se pueden afirmar la hipótesis de que el actual escenario de:

La figura del precedente se encuentra enraizada en el sistema anglosajón, donde la jurisprudencia expedida por los órganos constitucionales debe ser vinculante tanto para ellos mismos como para los jueces de nivel inferior; sin embargo, no se debe olvidar que un magistrado nunca deja de ser juez del caso en concreto. Él puede examinar y concluir razonadamente que el caso a resolver es un supuesto de hecho distinto respecto del cual se formula el precedente o respecto del cual se formula una *ratio decidendi*. De esta manera, el juez solo va a aplicar la consecuencia de la regla jurídica cuando tiene cumplido el supuesto de hecho; si no se cumple el supuesto de hecho no se aplica la consecuencia jurídica. Por tanto, no se podría sancionar funcional ni penalmente a un magistrado del Poder Judicial, so pretexto de que ha incumplido el precedente, puesto que el magistrado no renuncia a ser autoridad del caso concreto; decir lo contrario es condenar al juez a ser mero replicador de lo que dice el Tribunal Constitucional, es decir, convertir al juez en la boca muerta que repite el precedente.

Por esta razón, se pretende graficar una teoría de la institución del precedente necesaria para la primacía de la Constitución y el carácter vinculante de los derechos fundamentales a partir de cómo se utiliza y se le aplica en el Derecho Constitucional comparado y en nuestro propio país¹⁷. Y si bien se hace una comparación con los países donde surge dicha institución —Inglaterra o sobre todo Estados Unidos—, se hace a efectos de que mejore, se enriquezca y optimice a fin de que se consolide por el bien de nuestro ordenamiento jurídico y sistema democrático, ello sobre las bases doctrinarias existentes en el Derecho comparado occidental y sus técnicas de apartamiento, tales como el *distinguish*, el *overruling* y/o el *fact-adjusting*.

17 El precedente como técnica argumentativa “es utilizado, principalmente en la actividad jurisdiccional y consiste en extraer de una resolución jurisdiccional el principio o fundamento que permite la solución del caso, con la finalidad de que sea considerado como regla al momento de resolver otro similar o idéntico, pero posterior. Esto implica un proceso de retroalimentación entre los jueces de primera instancia y los tribunales supremos”. Lozano Tello, J. (2011). ¿Hasta qué punto era necesario adaptar el precedente constitucional peruano a nuestra realidad jurídica?, en: *Actualidad Jurídica. Información multidisciplinaria para abogados y jueces*. N.º 217. Lima: Gaceta Jurídica, p. 178.

II. EL PRECEDENTE EN EL DERECHO CONSTITUCIONAL COMPARADO OCCIDENTAL

Como se ha señalado en líneas anteriores, la justicia constitucional examina una teoría procesal de las sentencias constitucionales en donde es vital demostrar las asimetrías de las decisiones judiciales comunes respecto de las ellas mismas y su proyección en los efectos de la cosa juzgada; por ello, que comienza instalando el significado actual que tiene el Estado Constitucional¹⁸ en los países de tradición romano-germánica, donde los poderes públicos actúan como sujetos de derecho, y bajo la orientación dispuesta por el manto protector de los derechos fundamentales que limitan y condicionan la producción, interpretación y aplicación del Derecho¹⁹.

En la actualidad, el *civil law* y el *common law* parecen estar en un continuo y permanente proceso de reencuentro, desarrollo e interacción, con puntos más homogéneos que diferenciables. Más hoy en día, desde la aparición del Estado Constitucional. Asimismo, Fernández Segado (2009) afirma:

La enorme expansión de la justicia constitucional ha propiciado una mixtura e hibridación de modelos, que se ha unido al proceso preexistente de progresiva convergencia entre los elementos, supuestamente contrapuestos de antaño, de los dos tradicionales sistemas de control de la constitucionalidad de los actos del poder²⁰.

Por su parte, con la materialización del control constitucional, la Norma Fundamental del Estado deja de ser una plétora de reclamos o un postulado de principios, para ser una norma [carácter normativo] en sí misma que consagra reaseguros con el formato de garantías que se resguardan con

18 Haciendo una retro memoria, importante a lo que vamos a desarrollar, podemos recordar que entre “el constitucionalismo fue la conquista de los pueblos en su lucha contra el absolutismo monárquico y, desde el punto de vista histórico, representó la culminación de un esfuerzo mil veces secular para convertir el gobierno del más fuerte en un régimen jurídico, expresión de la justicia, en el cual el hombre no se impone al hombre ni se somete al hombre, sino que este obedece a la ley, al Derecho formulado en normas, como dice tan lúcidamente el jurista español Adolfo Posada [1860 – 1944]”. Borja, R. (2010). *Sociedad, cultura y sociedad*. Quito: Editorial Planeta del Ecuador S. A., p. 335.

19 Cfr. Carmona Tinoco, J. (1995). La jurisprudencia obligatoria de los Tribunales del Poder Judicial de la Federación, en: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, N.º 83, p. 233.

20 Fernández Segado, F. (2009). *La Justicia constitucional: Una visión de derecho comparado*. Madrid: Dykinson, p. 133.

dos formatos básicos para conseguir la eficacia: El control constitucional dual y paralelo, que reflejan los métodos difuso y concentrado.

En efecto, una de las cuestiones de mayor complejidad que tiene que investigar el mundo de la eficacia de la cosa juzgada, debe partir por comprender la naturaleza jurídica de la llamada “sentencia constitucional”, concepto que puede despertar confusiones inmediatas en los países donde el control jurisdiccional de la constitucionalidad lo tienen todos los jueces [Argentina 1860; México 1857; Venezuela 1858; Brasil 1890; República Dominicana 1884; Colombia 1850], de modo que al aplicar en sus decisiones el principio de la supremacía y el deber de controlar la eficacia de los derechos y garantías fundamentales, cualquier sentencia sería constitucional por sus efectos; pero que, en lugares donde el control de constitucionalidad es concentrado, el desconcierto se atenúa porque la sentencia que profiera el Tribunal [político o jurisdiccional] será constitucional por esencia, y derivación directa de la teoría del órgano, que define la naturaleza de la decisión por la institución de la que proviene. Inclusive puede ocurrir que el sistema permita que sean tribunales especiales y jueces ordinarios los que fiscalicen el cumplimiento de la Norma Fundamental, supuesto en los que la naturaleza constitucional de la sentencia podrá ser común²¹.

Claro está que el modelo mixto o compartido que tiene Perú agudiza la interrogante en los llamados procesos constitucionales de tutela o de la libertad [amparo, *habeas data*, *habeas corpus*, acción de cumplimiento, etc.] donde la sentencia dictada, lógicamente también sería “constitucional”, en este caso por el tipo de procedimiento, así como por los efectos y alcances del pronunciamiento judicial²². Lo cierto es que el panorama está abierto a varias interpretaciones, llevando a la necesidad de definir cuándo se está ante una sentencia constitucional y poder, así, cualificar su esencia y, sobre todo, calidad de sus efectos.

21 Cfr. Sagüés, M. (2004). Las acciones afirmativas en los recientes pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos: implicancias del dato sociológico en el análisis jurisprudencial, en: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Proceso y Constitución*, N.º 02, México D. F.: Editorial Porrúa, p. 56.

22 En Municipalidad Distrital de Lurín (Exp. N.º 0024-2003-AI/TC) o las precisiones hechas a las mismas en Salazar Yarlenque (Exp. N.º 3741-2004-AA/TC). Preocupa entonces que el criterio esbozado primero en Teodorico Bernabé Montoya (Exp. N.º 03173-2008-PHC/TC) y consolidado en Provias Nacional (Exp. N.º 03908-2007-PA/TC).

Como sabemos, el *common law* se fundamenta en una visión concreta y dinámica del Derecho, tal como es su creación judicial por parte de la judicatura [casuística], es decir, el derecho se elabora y concretiza en reglas jurídicas a partir de los elementos y hechos de un caso. En ese contexto, el criterio jurídico para resolver una controversia no es una norma legal positivizada, sino que ésta se obtiene en base al conjunto de decisiones judiciales previas [línea jurisprudencial] que han resuelto casos anteriores sobre la misma materia [relevancia fáctica normativa]²³. Por su parte, dentro del *civil law* la situación en principio es al revés: el operador jurisdiccional para resolver una controversia acude a la norma positiva [normas jurídicas positivas de origen legislativo y codificadas] y busca en base a la simple subsunción [visión abstracta y estática del Derecho], encajar el caso al supuesto de hecho de la norma para aplicarle la consecuencia jurídica, considerando que los pronunciamientos judiciales y la costumbre ilustran las normas positivas solo cuando estas son oscuras o ambiguas, es decir, son fuentes auxiliares de interpretación e integración que solo operan en casos de silencio de la fuente primaria [que nace de lo general a lo particular]²⁴.

Sin embargo, en el actual Estado Constitucional la jurisprudencia se torna en un arma imprescindible para el operador jurisdiccional al momento de resolver los casos. Ya no se trata de que solo el legislador crea el Derecho preferente o exclusivamente por la obediencia de las reglas establecidas, por razón de un predominio indiscutido de la ley, sino que el juez, en base a su labor interpretativa y aplicativa al caso en concreto de la norma positiva también lo crea a través de sus decisiones judiciales²⁵. Con lo cual, hoy en día la orientación legista es totalmente rebatida, criticada

23 Cfr. López Medina, D. (2008). *El derecho de los jueces: Obligatoriedad del precedente constitucional,*

análisis de sentencias y líneas jurisprudenciales y teoría del derecho judicial. 2.^a ed., Colombia: Legis Editores, p. 29.

24 Tomamos aquí como base, aunque introduciéndole algunas en nuestra opinión necesarias modificaciones, la noción esbozada por Neyra Zegarra, A. (2008). Breves reflexiones sobre los actuales alcances y límites de la actividad judicial y su compatibilidad con el precedente, en: Espinoza-Saldaña Barrera, E. & Gutiérrez, G. (directores). *Limitación del Poder y estructura del Estado.* Lima: Grijley, p. 178.

25 Cfr. Guastini, R. (2005). Problemas de interpretación, en: *Programa de Formación de Aspirantes. VI Curso PROFA.* Academia de la Magistratura. Lima: Razonamiento Jurídico, p. 121.

y rechazada por la doctrina jurídica bajo la llamada constitucionalización y/o convencionalización del ordenamiento jurídico, que se sustenta en una nueva visión o modelo institucional del Derecho.

Siendo ello así, a partir de la jurisprudencia como fuente de derecho, se concretiza la interpretación de los jueces, y es en base a esta última que aparece la doctrina del precedente. Por consiguiente, dicha institución comienza a esbozarse en el derecho anglosajón y, muchos siglos después, pasa a los países que beben sus fuentes en el derecho romano-germánico a través del referido proceso de constitucionalización que estos desarrollan en los últimos tiempos [Chile, Perú, Ecuador, Bolivia, Guatemala, Colombia, México, Argentina y Brasil]²⁶.

III. LA ESPECIAL CONFIGURACIÓN DE UN DERECHO JUDICIAL POR CASOS

Afirmar que una sentencia [o parte de ella] pueda ser considerada una fuente de derecho, parece ser mal recibido por los seguidores de la familia del Derecho Continental o neorromanista [cunas del *civil law*]²⁷. Inmediatamente, surgen las voces que acusan a tal suceso de significar una usurpación de las competencias del Parlamento [vulneración del principio de separación o división de poderes, principio de legalidad, etc.], advirtiéndole, además, que ello supondría importar instituciones del *common law* a tradiciones jurídicas ajenas²⁸.

Vale la pena decir que el principio fundamental del derecho y sus fuentes que instauran los textos legales iberoamericanos inspirados en el Código Civil de Bello y en el Código de Napoleón, establecen la prohibición de que los jueces, por medio de sus sentencias, pudieran pronunciarse

26 Cfr. Eto Cruz, G. & Palomino Manchego, J. (2005). En tres análisis: el primer Código Procesal Constitucional del mundo. Su iter legislativo y sus principios procesales, en: *Derecho Procesal Constitucional peruano. Estudios en homenaje a Domingo García Belaunde*. Tomo I. (José F. Palomino Manchego. Coordinador). Lima: Grijley, pp. 288-291.

27 Los países que se rigen bajo un sistema de derecho civil son típicamente aquellos que fueron colonias o protectorados franceses, holandeses, alemanes, españoles o portugueses, incluyendo varios de Centroamérica y Sudamérica, asimismo como la mayoría de Europa Central, Oriental y Asia del Este.

28 Cfr. Márquez Piñero, R. (1994). El sistema jurídico de Estado Unidos, en: *Cuadernos Constitucionales México-Centroamérica*, Número 13, México: UNAM-Corte Constitucional de Guatemala, pp. 12 y ss.

por la vía de disposición general y reglamentaria sobre las causas que se les sometiesen, como lo señala el artículo 5 del Código Civil francés. De este modo, el único que podía crear derecho a través de la generación e interpretación de la ley, es el legislador y no el juez.

En la concepción que plasman estos textos legales, la “ley” predomina totalmente sobre la costumbre y la jurisprudencia, y esta circunstancia tiene como explicación histórica, el hecho de que en Francia aquello era una forma de creación del derecho propia del *ancien régime* [antiguo régimen], por lo que los códigos pos-revolucionarios prohibían utilizar la costumbre y la jurisprudencia como fuentes, para impedir que estas fuentes del derecho antiguo usurpen la voluntad general soberana que solo se puede expresar por medio de la ley positiva²⁹.

La posición antijurisprudencial del legalismo francés fue modificándose con el tiempo en Europa Continental, y desde la mitad del siglo XIX los franceses empezaron a hablar de la jurisprudencia constante, mientras los españoles hicieron de la doctrina legal, expresiones que tradujeron un cambio en la concepción del Derecho³⁰. Invariablemente, el resultado fue que comenzó a rehabilitarse el valor normativo de la jurisprudencia, que tuvo en Francia autoridad persuasiva y en España, obligó a los jueces inferiores, hasta el punto de que la violación de la doctrina legal era causal suficiente para cesar el fallo.

Para tal fin, precisamente, surge la idea del precedente, que en clave anglosajona determina que un tribunal inferior siempre está vinculado por el precedente establecido por los tribunales superiores, correspondiéndole a aquel determinar que hay identidad sustancial entre los casos, en virtud de que esta circunstancia es la que da lugar a la obligación de aplicar el precedente.

Una de las expresiones de la crisis del Derecho en el *civil law*, es que el exceso de la legalidad ha determinado que se haya perdido la certeza del Derecho, probablemente uno de los objetivos más importantes que debe alcanzar un sistema jurídico. En el *civil law*, se ha enfrentado el tema

29 Cfr. Castro Patiño, N. (2009). Hay que establecer un verdadero precedente vinculante. En *Revista de Derecho Público de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*. N.º 2, p. 112.

30 Cfr. Brocos Fernández, J. (2010). *El Antiguo Régimen y la Revolución Francesa*. Libros para la Historia en Libertad, coordinado por Ángel David Martín Rubio. Disponible en <http://www.religionenlibertad.com/articulo.asp?idarticulo=9626>.

de la certeza con la formulación de reglas abstractas que ordenen la vida en sociedad, con la ley. En el *common law*, el mismo problema ha sido enfrentado con la doctrina del precedente, esto es, vinculado al juez a las decisiones expedidas por ellos mismos y, sobre todo, por sus superiores.

Por lo tanto, refiere que la mera subsunción de los hechos en la norma jurídica y el papel pasivo del juez queda de lado para dar paso a un nuevo horizonte del Derecho, en el que cobra protagonismo tanto el Tribunal Constitucional, como los criterios interpretativos de la ponderación y los principios de interpretación constitucional o en el control constitucional abstracto.

Contrariamente de que el *civil law* ha adquirido la calidad de valor, entendida la tesis de que el juez crea derecho cuando resuelve un caso, queda claro del mismo modo que la afirmación sobre plenitud del ordenamiento jurídico es solo una ficción [es decir, algo que se acepta sin crítica] que sostiene la eficacia del *civil law*; pero que siempre será inevitable que el intérprete —entre ellos los jueces de preferencia— cubra los vacíos³¹. Esta función creadora resulta vital mostrarse de acuerdo a que la ley no solo esta desvalida de alternativas, sino que regularmente no se desplaza al compás del cambio social. Por esta razón, no es excepcional advertir, como en muchos sistemas del *civil law*, que la jurisprudencia es la que incorpora figuras jurídicas casi en simultáneo con lo que ocurre en el *common law*.

De ahí que, normalmente se exponga la necesidad de pretender una adaptación óptima de la doctrina argumentativa del precedente, por la extrema necesidad de referir un Derecho que sea previsible para sus usuarios, pero que a su vez tenga suficiente flexibilidad y dinámica de las reglas como para enfrentar con fallos justos los diferentes retos de una sociedad en constante cambio³². Entonces, cuando indagamos en la posibilidad de obtener consecuencias efectivas de la doctrina del precedente, estamos admitiendo que la certeza sigue siendo, a pesar de los actuales tiempos modernos, un valor que debe ser perseguido y obtenido, sin renunciar a un derecho que no se colme en fundamentos que se respetan solo por su antigüedad.

31 Cfr. Prieto Sánchez, L. (1993). *Ideología e interpretación jurídica*. Madrid: Tecnos, p. 13.

32 Una concepción instrumental del Derecho que significó exigir a los jueces que se involucrasen en la reforma del Derecho y elaborasen consideraciones sustantivas de carácter extranormativos, buscando así configurar un nuevo orden jurídico a través de un proceso de casuística judicial flexible y dinámica (Magaloni Kerpel, 2001).

Aquí cabe cuestionar, entonces, si el precedente en los sistemas del *civil law* debe ser un dato estadístico a tener en cuenta, o un valor formal previamente establecido por la norma, o un efecto vinculante sobre los jueces inferiores de quien expidió la regla o finalmente, una técnica que debe ser incorporada sin prescindir de presupuestos que requiere necesariamente.

Algo que también se hace manifiesto en la doctrina del precedente, es que uno de los fenómenos más relevantes de los ordenamientos constitucionales actuales ha sido la universalización de la jurisdicción constitucional³³, en sus lineamientos fundamentales. Hoy en día se señala la creciente aproximación de los dos sistemas clásicos y se advierte, por una parte, que el régimen de la *judicial review* norteamericana se ha acercado en forma muy apreciable al modelo europeo continental, debido a la institución de la autoridad del precedente que se adopta con la existencia de un órgano jurisdiccional supremo para todo el ordenamiento jurídico, y que además, ha culminado con otorgar a las sentencias de este último, así sea de manera indirecta, efectos generales o *erga omnes*, bien diferentes a la mera desaplicación en el caso en concreto, procurando articularlas de manera dinámica³⁴, con lo cual en la práctica este tipo de resoluciones ha dado la eficacia del precedente en términos semejantes al modelo norteamericano.

Definitivamente, de esta manera, es normal comprender que algunos pueblos iberoamericanos hayan adoptado, al presente, una dualidad de los dos modelos tradicionales de control constitucional [v. gr., caso peruano

33 Los dos polos opuestos de los sistemas de justicia constitucional, en el que el modelo norteamericano calificado como difuso tiene una vía prejudicial que solo puede proponerse por las partes y en ocasiones por el juez en una controversia concreta, sus efectos son especiales para la desaplicación de las normas legislativas aplicables en relación con las partes en el proceso y de una naturaleza declarativa que implicaba la declaración de certeza retroactiva de la decisión. Por el contrario, el modelo continental europeo, denominado como concentrado, de manera que es ejercido el control por un único y especial órgano constitucional, al cual se accede por vía principal y cuestiona la legitimidad constitucional de las normas legales impugnadas sin tomar en cuenta una controversia concreta; sus efectos son generales y tienen carácter constitutivo pues valen para el futuro, pero se respeta para el pasado la validez de la ley inconstitucional (Fernández Segado, 2002).

34 Al respecto, “[...] La óptica dinámica del sistema jurídico americano, lo relevante es explicar el modo como las decisiones judiciales van desarrollando el derecho [...], la doctrina del precedente constituye la herramienta jurídica básica para penetrar en el mundo de las decisiones judiciales y descubrir cómo el derecho se mueve bajo ciertos patrones de orden [...] que van desarrollando y transformando el derecho al ritmo de los cambios sociales, políticos y económicos” (Magaloni Kerpel, 2001, p. XXVII).

o colombiano], como de las figuras y prácticas de ambos sistemas. No solo en Iberoamérica sino en el mundo entero. Justamente, el valor del precedente que tradicionalmente constituye un rasgo característico en los países del *common law*, poco a poco se ha propagado en algunos de los países de tradición romano-germánico. Una de las manifestaciones de esta hibridación aparece cuando las jurisdicciones constitucionales concentradas progresivamente han venido incorporando instituciones con arraigo en el sistema del *common law*.

Esto sucede precisamente con la fuerza vinculante del precedente, que fue creado por el sistema jurídico anglosajón y ha tenido especial eco en los países derivados de la doctrina del *stare decisis* en la práctica judicial de los Estados Unidos; si bien con ciertos acondicionamientos, no sin cierta polémica y complicaciones que la acompañen. Por esa razón, la figura del precedente se encuentra enraizada en el sistema anglosajón, donde la jurisprudencia expedida por los órganos jurisdiccionales debe ser obligatoria tanto para ellos mismos como para los jueces de nivel inferior; sin embargo, no son pocos los ordenamientos de tradición romano-germánica que consagran normas expresas en las que regulan la institución del precedente.

Actualmente, el precedente se aplica en el Perú, España y Alemania, por aparecer reguladas tales facultades en las leyes orgánicas de sus tribunales constitucionales o en leyes especiales. En México, también aparece en su Ley de Amparo; en Colombia, por creación jurisprudencial; y, en el caso brasileño por una enmienda ha quedado establecido que la jurisprudencia constitucional sea vinculante.

IV. CARACTERES Y FUNCIONAMIENTO DEL PRECEDENTE EN EL DERECHO NORTEAMERICANO

En afinidad a ello, a propósito de elaborar una especie de guía para los jueces recién nombrados, el jurista inglés Henry de Bracton [hacia a mediados del siglo XIII], ha sostenido que:

Si surgieran en el reino asuntos nuevos y desconocidos y si casos similares se hubieran presentado con anterioridad, dejad que se aplique la misma sentencia sobre los mismos asuntos, puesto que es la ocasión propicia para avanzar de un caso similar a otro similar. Henry de Bracton (citado en Barker, 2014)

De esta apreciación, se extrae la idea de que los tribunales inferiores deberán acatar y aplicar las decisiones del tribunal supremo dentro de su jurisdicción, en asuntos de Derecho que impliquen el mismo o similar problema legal.

En ese contexto, el precedente vinculante aparece en 1821 en el caso *Cohen's vs. Virginia*, conocido como el que más puntualizó la tesis del juez Marshall sobre la competencia de la Suprema Corte para revisar decisiones de las Cortes Supremas de los Estados federales. La Suprema Corte norteamericana establece que van a incorporar y aplicar — de la misma manera — la figura del *stare decisis* de los ingleses, es decir, de una manera rígida y estricta (Ahumada Ruiz, 2003).

Queda claro, entonces, que en los Estados Unidos se encuentran verticalmente instaurados los jueces del Distrito Federal, las Salas de Apelaciones, la Corte Suprema de un Estado Federal y, por encima de estos, la Suprema Corte de los Estados Unidos. Y, además, considerando que en la resolución de casos — en su mayoría — no se elevan a la Suprema Corte; estos, por el contrario, se quedan en la Corte Suprema de un determinado Estado Federal. Solo en los casos especiales de la figura del *Writ of Certiorari*³⁵ o el uso de la discrecionalidad, suben a la Suprema Corte norteamericana; es decir, cuando una vez agotada toda la jurisdiccional ordinaria de un Estado Federal se puede solicitar a la Suprema Corte el examen de un caso [la facultad de escoger los casos que resolverá]. Morales Saravia (2017), nos dice que:

Cosa distinta ocurre en el Perú, donde la institución del “*certiorari*” no se aplica y nuestra Corte Suprema y el Tribunal Constitucional deben conocer todos los casos que lleguen de manera

35 En este contexto, es importante enfatizar otro aspecto del Derecho angloamericano: “el principio de *stare decisis*, que significa que la Jurisprudencia de los tribunales superiores es vinculante para los jueces y tribunales inferiores”. Gracias a este principio, la jurisprudencia constitucional de la Corte Suprema de los Estados Unidos es vinculante para todos los demás tribunales y jueces, y así se garantiza la uniformidad de la jurisprudencia constitucional en todo el país. En un aumento del número de casos en la Corte Suprema de los Estados Unidos, a través de los años, entre 1891 y 1928. La ley *Certiorari* “limita la competencia obligatoria de la apelación de la Corte Suprema, y concede a la Corte la discrecionalidad de aceptar o rechazar, de acuerdo con su propio criterio, la gran mayoría de los casos presentados para su revisión [Regla N.º 10 de la Corte Suprema]” (Barker, 2005, p. 49).

obligatoria conforme a la competencia fijada por la Constitución y la ley. (p. 34)

No obstante, es la Suprema Corte la que tiene la potestad discrecional de resolver o no resolver el pedido de revisión, pues escoge los casos con más relevancia jurídica y sobre esos casos que elige y se pronuncia es que emite sus precedentes. Sobre este aspecto Fix Zamudio señala que:

Podemos mencionar a la Corte Suprema Federal de los Estados Unidos, que en apariencia es el tribunal de mayor jerarquía en el clásico sistema difuso por medio de su competencia discrecional denominada *Certiorari* [...] pero se ha convertido en un verdadero Tribunal Constitucional, ya que la mayoría, por no decir la totalidad de los asuntos que conoce, tienen carácter directamente constitucional, en especial en materia de derechos humanos. Fix Zamudio (citado en Quiroga León, 2012, p. 7)

Es necesario resaltar que la constitucionalidad de una ley se presume, empero, la inconstitucionalidad se tiene que declarar por el órgano controlador. Resulta, por tanto, que desde 1821 hasta 1867, la Suprema Corte norteamericana comenzó a emitir precedentes vinculantes aplicando también la *judicial review*. Se trabajaba con dos instituciones que iban de la mano, es decir, se inaplicaba una ley y se emitía un precedente vinculante que era rígido y estricto del cual se desprendía la regla de la que nadie – verticalmente ubicado – podía tener la mínima intención de querer apartarse (Carbonell, 2010). De esto resulta que la identificación del caso y sus particularidades se convierte en el centro de discusión para la imputación de vínculos al razonamiento constitucional del tribunal a través de sus sentencias.

Sin embargo, comenzó a darse un tema de abuso, despotismo y arbitrariedad de la figura del precedente vinculante. En 1929, enfrentándose a la peor crisis económica de *Wall Street* con la caída de la bolsa, el presidente Franklin Delano Roosevelt, emite un conjunto de leyes [decretos legislativos emitidos por el Poder Ejecutivo], para reinsertar y darle un flote a la economía norteamericana que se estaba viniendo abajo (Díez Canseco, L. y Pasquel Rodríguez, E., 2004).

Con todo, la Suprema Corte norteamericana – de un momento a otro – empezó a declarar la inconstitucionalidad, y por ende, a

aplicar la *judicial review* de forma indiscriminada al fardo de normas económicas que se derogaban a causa de los precedentes vinculantes que esta emitía, con lo que el presidente Franklin Roosevelt defendiendo su política de Estado para reactivar la economía agonizante en los Estados Unidos, manifiesta frente a la Suprema Corte que su medida perjudica a la nación y escapa a sus competencias judiciales (Legarre, 2005), lo que provocaría un choque y conflicto de funciones entre el Poder Ejecutivo y el Poder Judicial. Tanto así que, en 1942, el presidente Franklin Roosevelt planteó un proyecto de ley ante el Parlamento que hacía referencia al actuar abusivo de la Suprema Corte y establecía lo siguiente:

Primero, que de nueve magistrados nombrados solamente se reduzca a seis; segundo lugar, que ya no se establezcan precedentes vinculantes; y finalmente, que no se puede aplicar más *judicial review* sobre normas que emite el Poder Ejecutivo con facultades delegadas por el Parlamento. (Legarre, 2005, p. 18)

Es decir, lo que se buscaba era restringir las facultades de la Suprema Corte norteamericana. En ese momento, la doctrina comparada afirma que se aconteció un punto de quiebre en Estados Unidos y la Universidad de Harvard, al observar la situación complicada de dos poderes del Estado enfrentados y en un momento crucial en la Segunda Guerra Mundial, cuando Japón había declarado la guerra un año antes, dispuso traer a los vocales de la Suprema Corte norteamericana, al Gabinete de Ministros y al representante del presidente Franklin Roosevelt, quien no pudo asistir a esa reunión, para tratar el tema de las cuestiones políticas que evitaran que se tornen en cuestiones judiciales³⁶.

Entonces, comienza un cambio en la Suprema Corte norteamericana, que origina a una institución que se ve plasmada y sacramentada en el

36 En ese sentido, las *political questions* son “aquellas cuestiones políticas en donde la Suprema Corte no puede tener injerencia, es decir, una cuestión que los Tribunales Federales deben negarse a resolver, ya que pertenece propiamente a la autoridad de toma de decisiones de los funcionarios electos. Por ejemplo, si el Gobierno emite una norma por una cuestión de carácter político, se torna impertinente la actuación de la Suprema Corte” (Barker, 2005, p. 55).

precedente vinculante *Cooper vs. Aaron*³⁷ en 1950: la figura del *distinguish*³⁸. Pero, ¿qué significaba apartarse del precedente? Significa claramente que, para un caso en concreto, dicho precedente no va ser aplicado. Los norteamericanos han sostenido que los jueces están facultados para aplicar esta figura en cuatro casos, aunque quizás de su expresión se entienda como un solo caso nada más (Martínez Marón, 2008).

En un primer caso, se establece que en un supuesto de hecho que va a resolver el Juez, y que este no sea idéntico y/o análogo al supuesto de hecho que dio origen al precedente, esto trae como consecuencia una posibilidad de alejamiento a la vinculatoriedad de dicho precedente; es decir, como una norma jurídica, el precedente vinculante también tiene una estructura [un supuesto de hecho y una consecuencia jurídica]. Para poder ser aplicado se debe tener en cuenta, en el caso concreto, que exista un supuesto de hecho idéntico al supuesto de hecho que dio umbral al precedente emitido (Sagüés, 2006). Si el supuesto de hecho de un caso no es idéntico, por tanto, no se aplica el precedente y se le faculta a poder apartarse.

En una segunda situación, cuando existe un contexto social [económico, político, sociológico, cultural, etc.] que provee de motivación a la entrega de un precedente vinculante; pero, imprevisiblemente este contexto coyuntural originario ha devenido en cambiante, se presenta la ocasión para poder apartarse de aquella regla jurídica. Un precedente es similar a una ley en el sentido de que la ley se crea para regular un acontecimiento específico en la realidad; no obstante, si la realidad cambia, la ley también

37 Una aplicación estricta de *Cooper vs. Aaron* obliga a advertir que en el mejor de los casos el régimen judicial de control de constitucionalidad norteamericano, insuflado de *stare decisis*, podrá ser básicamente difuso [cualquier juez practica la revisión de constitucionalidad], pero resulta simultáneamente jerarquizado, esto es, con distintas jerarquías en función del tribunal del caso; y que, de cierta manera, pasaría a ser parcialmente concentrado en la Corte Suprema, cuando ella define una cuestión constitucional, ante la imperatividad de la doctrina que sienta en sus veredictos, lo que limita la competencia en materia de razonamiento y de decisión en esos temas para los tribunales inferiores. Dicho de otro modo: “todos los jueces pueden controlar, pero no todo [lo ya controlado por la Corte Suprema]” (Sagüés, 2004, p. 225).

38 El *distinguish* es la facultad de los jueces de poderse apartar del precedente vinculante. En efecto, “una técnica que se utiliza para demostrar que el caso que se juzga no es igual a aquel que originó el precedente y, por lo tanto, no debemos seguir la regla que este contiene en el caso concreto” (Tito Puca, 2011, p. 132).

cambiará en su contexto o, en todo caso, la ley se dejará de tomar en cuenta³⁹. Entonces, el precedente se formula para una determinada cuestión de la realidad, pero si esa realidad o contexto social evoluciona, se transforma o muta, no habría por qué estar obligado a vincularse a dicho precedente, por más que el supuesto de hecho sea el mismo.

En una tercera situación, se verifica que tampoco se llega a aplicar un precedente vinculante cuando se acepta que el supuesto de hecho es idéntico a un precedente, pero que la consecuencia de su aplicación vinculante finalizaría afectando derechos fundamentales de terceros⁴⁰. Recuérdese – a modo de información – que, en principio, la aplicación de la figura del debido proceso material o sustantivo⁴¹, buscaba ver que las resoluciones judiciales al momento de ejecutarse no vulneren los derechos fundamentales de las personas en general [o sea, aplicando razonabilidad y proporcionalidad].

En esta línea, la dimensión material del debido proceso exige que todos los actos de poder, sean normas jurídicas, actos administrativos o resoluciones judiciales, inclusive, sean justos, es decir, que sean razonables y respetuosos de los valores superiores, de los derechos fundamentales y de los demás bienes jurídicos constitucionalmente protegidos, a tal punto que su inobservancia debe ser sancionada con la inaplicación de aquel acto o con su invalidez⁴². En consecuencia, los norteamericanos constataban que al tener el *due process of law*, no sería obligatorio para un juez aplicar el precedente, cuando al darse cuenta de que aplicarlo a un caso en

39 Cfr. Ahumada Ruiz, M. (2003). Stare decisis y creación judicial de derecho (Constitucional): A propósito del precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano, de Ana Laura Magaloni Kerpel, en: *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 23, N.º 67. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 353.

40 Cfr. Iturralde Sesma, V. (1995). *El precedente en el Common Law*, 1.ª ed. Madrid: Civitas, p. 24.

41 En este ámbito, entre los pasos más audaces que ha dado el Tribunal – sin contar los retrocesos plasmados en casos como el del magistrado Almenara Bryson [Exp. N.º 1941-2002-AA/TC] – se encuentra el reconocimiento de la dimensión sustantiva del derecho al debido proceso.

42 Cfr. Bustamante Alarcón, R. (2003). *Estado de Derecho, constitución y debido proceso. Algunos comentarios a propósito de la reforma constitucional*. Lima: Boletín de Justicia Viva, N.º 14, p. 58.

concreto ocasionaría —a través de la resolución judicial— una afectación de derechos fundamentales de terceros⁴³.

Finalmente, la cuarta situación para aplicar la técnica del *distinguish* es cuando los jueces vislumbran y comprenden que la Suprema Corte norteamericana, en cualquier momento, puede cambiar de precedente vinculante. Este supuesto se llama *anticipatory overruling* [hacer caso omiso, adelantarse al cambio y tener la posibilidad de cambio del precedente vinculante por quien lo estableció]. La Suprema Corte norteamericana emite un precedente, pero de repente se han llevado otros casos donde se manifiesta que esta Corte ya está dando indicios o señales de que el precedente que emitió en cualquier momento va a ser cambiado⁴⁴. Entonces, lo que pasa es que el juez norteamericano se anticipa a ese cambio, y al resolver el caso concreto expresa las razones que lo llevan a determinar el inminente cambio de precedente que se avecina por parte de la Suprema Corte, por lo que ante dicho precedente no se encontraría obligado a cumplir y obedecer.

V. TÉCNICAS DE APARTAMIENTO DEL PRECEDENTE EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO PERUANO

1.1. La distinción del caso: el *distinguish*

Estas fueron las cuatro situaciones que manifiesta un apartamiento a la aplicación de la figura del precedente [*stare decisis*]⁴⁵. Ahora obsérvese que en el caso peruano —en especial, el Tribunal Constitucional— de manera implícita permite que los jueces se aparten en un solo supuesto de la *praxis* norteamericana. Este, el primero, describe que en supuestos de

43 En el mismo sentido, Ruiz Riquero, J. (2014). El contenido constitucionalmente protegido del derecho al debido proceso. Junto al derecho a la tutela judicial efectiva, ¿son dos derechos fundamentales o un solo derecho con distintas manifestaciones?, en: *Gaceta Civil & Procesal Civil: Información Especializada para Abogados y Jueces*, T. 08, Lima: Gaceta Jurídica, pp. 191-203.

44 Cfr. Sagües, N. (2006). La eficacia vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en EE. UU. y Argentina, en: *Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales*. Año 4, N.º 1, Santiago de Chile. Universidad de Talca: Editorial LIBROTECNIA, p. 21. Disponible en // www.cecococh.cl/docs/pdf/revista_ano4_1/revista_ano4_1_1.pdf.

45 La doctrina ha vinculado esta figura con la tradición inglesa de *stare decisis*, que da vocación normativa a las decisiones judiciales, y con la problemática de la *ratio decidendi*, o sea, de la parte de las sentencias que presenta carácter vinculante por ser los elementos de razonamiento que sustenta el fallo (Quiroga León, 2012).

hechos diferentes que dieron origen al precedente vinculante se permite el apartamiento de la regla jurídica emitida por la Suprema Corte. Por ello, en el caso de la Municipalidad Distrital de Lurín [Expediente N.º 0024-2003-PI/TC], el Tribunal Constitucional definió al precedente vinculante como aquella regla jurídica que deviene en parámetro normativo por su condición de tal, produciendo efectos similares a una ley de carácter *erga omnes* y que es de aplicación a casos futuros homólogos [similar, relacionado y análogo]⁴⁶.

Ahora bien, aunque el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional prevé que el Alto Colegiado Constitucional cambie un precedente, la figura del *distinguish* no está prevista en nuestro ordenamiento constitucional como tal [según hemos visto de los casos reseñados en el punto anterior], pero la técnicas de distinción y apartamiento de los precedentes contemplan que son una herramienta al alcance de los tribunales inferiores para evadir los efectos del precedente [lo cual no sería posible para el precedente constitucional] y para la inaplicación del precedente en caso se trate del mismo tribunal que lo emitió⁴⁷; sin embargo, dicho apartamiento fue reconocido legislativamente por la antigua Ley de Hábeas Corpus y Amparo [Ley N.º 23506] y su Ley complementaria [Ley N.º 25398], pero para la jurisprudencia nacional.

Sin embargo, cabe hacer una observación con respecto a la cuarta situación [hacer caso omiso y tener la posibilidad de cambio de precedente vinculante], y a la segunda situación, en donde se deja una cierta discrecionalidad por parte de los jueces a la hora de aplicar o inaplicar un precedente. Pero en cuanto a la tercera situación de no aplicar un precedente cuando se sabe que vulneraría derechos fundamentales de un tercero, esta también podría aplicarse al caso peruano implícitamente, entendiendo que también el Tribunal Constitucional en el caso Apolonia Ccolcca Ponce [Exp. N.º 3179-2004-PA/TC] habla de un debido proceso

46 Cfr. Tito Puca, Y. (2011). *Guía para reconocer un verdadero criterio vinculante del Tribunal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica, pp. 114-115.

47 Según Landa Arroyo, se requiere una “intensa argumentación del cambio de criterio en un caso en concreto, para revertir la presunción de constitucionalidad de dicha doctrina que asegura el principio de unidad y coordinación jurisprudencial en materia constitucional, del cual el supremo intérprete es el Tribunal Constitucional”. Landa Arroyo, C. (2010). Los precedentes constitucionales, en: Castañeda Otsu, S. (Dir.) y Velezmoro Pinto, F. (Coord.). *Comentarios a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*, Lima: Grijley, p. 103.

sustantivo⁴⁸. Por lastima, el Tribunal Constitucional, en ese caso, ha evitado pronunciarse y solo se limita expresar eso.

De considerarse que, como se ha dicho con anterioridad, los jueces estarían facultados para aplicar la técnica del *distinguish* en cuatro casos, a efectos de no pretender hacer que estos fuesen boca muerta que repite las palabras de los criterios jurisprudenciales del Tribunal Constitucional. Castañeda Otsu (2012) refiere que los jueces posteriores pueden razonablemente y, sobre la base de una adecuada motivación apartarse del precedente vinculante, ejercer el control difuso e inaplicar la disposición por incompatibilidad con la Constitución, si evidencian que la interpretación de la resolución judicial que establece un precedente no ha considerado el artículo 138 de la Carta Magna, los artículos VI [primer y segundo párrafo] y VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, ni las decisiones de la Sala Constitucional y Social de la Corte Suprema y del Tribunal Constitucional, al caso en concreto. Con relación al ejercicio del control judicial de la constitucionalidad, constituye un deber-poder del juez la inaplicación de disposiciones que contravengan a la Constitución.

En ese sentido, cabe mencionar que hoy por hoy a nivel de los supuestos de apartamiento justificado del precedente vinculante puede establecerse la posibilidad de que los jueces posteriores que administran justicia, puedan apartarse de un precedente constitucional vinculante al utilizar un control a nivel supranacional⁴⁹, cumpliendo con las obligaciones

48 Vide Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. 3179-2004-AA/TC, del 18 de febrero de 2005, ff.jj. 5 y 6, 18. Asimismo, “en la misma STC 2050-2002-AA/TC [ff.jj. 18 y 19], este Tribunal recordó que el principio ne bis in ídem tiene una doble dimensión: [...] una dimensión material, según la cual el enunciado ‘nadie puede ser castigado dos veces por un mismo hecho’, expresa la imposibilidad de que recaigan dos sanciones sobre el mismo sujeto por una misma infracción, puesto que tal proceder constituiría un exceso del poder sancionador contrario a las garantías propias del Estado de derecho. Su aplicación, pues, impide que una persona sea sancionada o castigada dos [o más] veces por una misma infracción cuando exista identidad de sujeto, hecho y fundamento”. Vide Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. 2868-2004-AA/TC-ÁNCASH, del 24 de noviembre de 2004, f.j. 4.

49 Considerado como un “principio” que, debidamente empleado, puede contribuir a la aplicación armónica, ordenada y coherente del derecho vigente en cada Estado, abarcando sus fuentes internas e internacionales. Véase García Belaunde, D. y Palomino Manchego, J. (2013). El control de convencionalidad en el Perú (p. 224). En *Revista Pensamiento Constitucional*, N.º 18, Vol. 18, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.

internacionales asumidas por el Estado peruano para respetar el acervo jurídico interamericano en materia de derechos humanos.

1.2. El cambio del precedente: el *overruling*

Además del *distinguish*, en Estados Unidos hay otra figura conocida como *overruling*⁵⁰. No es apartamiento del precedente vinculante, sino que implica hacer un cambio, variación o permutación de un precedente. Los norteamericanos son unánimes al expresar que el único que puede cambiar el precedente es el órgano que lo emite. De hecho, el Tribunal Constitucional podrá desvincularse de él, pero para que ocurra, la ley exige que se razone y se justifique el cambio del precedente, expresando los fundamentos de hecho y de derecho que sustenta la sentencia y las razones que justifican el cambio, teniendo en cuenta que este opera con posterioridad y no para el caso concreto (Quiroga León, 2015).

Puede observarse en la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional peruano que este se encuentra realizando polémicos cambios en torno a sus precedentes vinculantes, en algunos casos limitándolos o en otros simplemente dejándolos sin efecto [Exp. N° 3908-2007-PA/TC, del 5 de mayo de 2009 y Exp. N° 04293-2012-PA/TC, del 18 de marzo de 2014]. Así las cosas, por ejemplo, el Tribunal Constitucional dispuso dejar sin efecto el precedente Salazar Yarlenque que por desnaturalizar competencias

50 Sobre su origen en la historia constitucional de los Estados Unidos, “el ejemplo más conocido, tuvo lugar en relación a la segregación racial impuesta por el Gobierno. En el año 1896, en el caso *Plessy vs. Ferguson*, la Corte Suprema decidió que una ley estatal que estipulaba que los pasajeros de ferrocarril, blancos y negros, ocuparan diferentes vagones por motivos de segregación racial, no violaba la Decimocuarta Enmienda sobre la protección igual ante la ley siempre que los asientos y el ambiente fuesen iguales en un sentido material y en su presentación. Por consiguiente, el precedente así establecido fue conocido como la doctrina de iguales, pero separados. Cincuenta y ocho años después, en 1954, la Corte analizó el caso *Brown vs. Board of Education*, en el que los demandantes negros sostenían que la segregación racial en las escuelas públicas les negaba la ‘protección igual ante la ley’ a pesar de cualquier ‘igualdad’ tangible de estas escuelas. Por supuesto que la Corte Suprema se enfrentó a su precedente de iguales, pero separados y por unanimidad, decidió revocarlo [...] En sus doscientos dieciocho años de existencia, la Corte Suprema de los Estados Unidos ha desestimado sus propios precedentes en casi 204 veces, 124 de las cuales implicaba cuestionamientos constitucionales” (Barker, 2014, pp. 49-51).

constitucionales en la función jurisdiccional [caso Consorcio Requena]⁵¹. Gutiérrez-Ticse (2015), en línea que suscribimos, afirma:

El Tribunal Constitucional ha corregido un pronunciamiento anterior que contravenía los mandatos constitucionales que habilitan únicamente al poder jurisdiccional la potestad del control constitucional difuso. Lo que por cierto no excluye en ningún caso el deber de la administración pública de ejercer sus competencias en resguardo de la Constitución frente a vacíos normativos o conflictos entre leyes, pero si el mandato legal es expreso, no cabe ningún control a la luz de la interpretación constitucional, potestad exclusiva del juez y de los órganos a los que la Constitución extiende dicha atribución [militar y arbitral]. (p. 101)

En consecuencia, todo tribunal u órgano colegiado de la Administración Pública —conforme a la Constitución— carecen de competencia, facultad o potestad para ejercer el control difuso de constitucionalidad, por lo que se referirá especialmente a esto para tratar la técnica del *overruling* o cambio de precedente. Así, el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional señala “cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de Derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente”. Para llevar a cabo esta tarea, Martínez Morón (2009) refiere que el Alto Colegiado se ha valido de la técnica proveniente de la práctica del *Common Law* conocida como *overruling*, es decir, revocar [*overrule*] el precedente. Por esa razón, a fin de aplicar el *overruling* en los Estados Unidos, existen tres clases de técnicas: un *overruling* en sentido estricto, un *retrospective overruling* y un *prospective overruling* (Sagüés, 2006).

Cuando hablamos de un *overruling* en sentido estricto, se refiere al precedente que se aplica al caso donde se está cambiando y a los casos futuros; es decir, a los casos que se encuentran en trámite se les aplica el precedente anterior. Por otro lado, el *retrospective overruling* se manifiesta

51 Refiere la sentencia citada: “[...] permitir que los tribunales administrativos u órganos colegiados realicen control difuso de constitucionalidad, afecta el sistema de control dual de jurisdicción constitucional establecido en la Constitución y reservado para el Poder Judicial y/o el Tribunal Constitucional, según corresponda, conforme a los artículos 138 y 201 de la Constitución, respectivamente”. *Vide* Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. 04293-2012-AA/TC, del 18 de marzo de 2014, f.j. 33/c.

cuando el nuevo precedente se aplica no solo al caso que está cambiando, sino a todos los casos que se encuentre en trámite como si el precedente anterior nunca hubiese existido. Y, finalmente, en el *prospective overruling*⁵² se estará haciendo referencia a que al precedente ya cambiado no se aplicará ni al caso donde se está cambiando de precedente ni a los otros que estén en trámite, sino que se aplicará a los casos futuros. Mientras que el caso que cambia y los que están en trámite, se aplicaría para el precedente anterior.

De las tres técnicas de *overruling* descritas, solo dos se aplican en el sistema jurídico peruano: la *retrospective overruling* y la *prospective overruling* (Tito Puca, 2011). Aunque no se entiende por qué el Tribunal Constitucional peruano no ha querido proveer la primera figura [el *overruling* en sentido estricto]. No es que el precedente se aplica a casos futuros solamente, sino que también se aplica al caso que está en trámite, aún con la deficiencia práctica en nuestro país de no existir un criterio a la hora de cambiar el precedente.

Ugo Mattei (citado en Martínez Morón, 2009) refiere que mientras que la Suprema Corte norteamericana aplica cualquiera de estas tres técnicas o situaciones, pero debidamente motivada la resolución judicial, a fin de distinguir qué es lo mejor: si un *overruling* en sentido estricto, un *retrospective* o un *prospective overruling*. En definitiva, hasta aquí se puede localizar y descubrir a las dos instituciones o vías del *Common Law* que versan sobre la figura del precedente vinculante.

1.3. La técnica del control difuso de convencionalidad

En ese orden de ideas, al fundamentar las razones de apartamiento del precedente constitucional vinculante, el control de convencionalidad se convierte en una herramienta necesaria para limitar aquella *ratio decidendi* que en sus efectos jurídicos contraviene el *corpus iuris* convencional y su jurisprudencia establecida en materia de derechos humanos.

En dicho sentido, se razonan argumentos interesantes que llevan a establecer que los derechos humanos de los ciudadanos al interior de un Estado Constitucional que se precie de serlo, tienen fuerza normativa

52 La primera sentencia interpretativa emitida por el Tribunal Constitucional peruano fue en rigor la Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. 010-2002-AI/TC [caso Tineo Silva y otros]. El uso más notorio del *Prospective Overruling* se encuentra en la Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. 090-2004-AA/TC [caso Juan Carlos Callegari Herazo].

superior no sólo en el momento de la producción de normas [una labor del legislador], sino también en el momento de la interpretación de ellas [una labor de los jueces y de los operadores jurídicos en general]. Este es un claro ejemplo de cómo la Constitución, la vigencia de la Convención y de otros instrumentos internacionales se convierten en fuentes de derecho con la única finalidad de integrar o reinterpretar sus alcances, al elevar a rango constitucional y/o convencional principios y derechos específicos [en sentido estático] y al aplicar un derecho constitucional transversal para la resolución de las controversias [en sentido dinámico]⁵³.

En ese sentido, las normas del ordenamiento jurídico peruano producto de la expansión de los principios constitucionales, los derechos fundamentales y los instrumentos internacionales, tales como la Convención Americana de Derechos Humanos, el Convenido Europeo de Derechos Humanos, el Convenio N.º 169 OIT o la Convención sobre los Derechos del Niño; se han visto sometidos y limitados a una fuente plena y a una fuente de validez, cuyos efectos generan una recreación y un replanteamiento del sentido de los actos, disposiciones o normas jurídicas del Estado, al momento de tomarse decisiones en la solución de un determinado conflicto.

También corresponde destacar, lo que Michele Taruffo denomina “la circulación del derecho extranjero”, al mencionar que:

Se trata de una tendencia que se conoce bajo el nombre de “judicial globalization”, que consiste en la referencia que jueces nacionales, en particular, las cortes supremas, hacen a la jurisprudencia de otras cortes supremas o de cortes supranacionales. Sin duda, no se trata de precedentes en sentido propio, empero, la fuerza de los argumentos, especialmente cuando fijan o desarrollan principios, son de suma utilidad a manera de ejemplos, tienen una fuerza persuasiva en la justificación de la decisión, siempre que se conozca la autoridad y prestigio de las cortes que las han pronunciado. Michele Taruffo (citado en Talavera Elguera, 2016)

Actualmente, la sociedad se encuentra sumergida en los avatares de la globalización y la universalización de los derechos humanos. Así, el tema de la interrelación entre el Derecho Internacional y los ordenamientos jurídicos estatales, se centra en los pronunciamientos de los órganos

53 Cfr. Magaloni Kerpel, A. (2001). *El precedente constitucional en el sistema norteamericano*. Madrid: McGraw-hill, 2001, p. 64

de control de derechos humanos o incluso de tribunales penales internacionales, a efectos de juzgar en casos concretos si un acto o disposición normativa de derecho interno resulta compatible con los instrumentos internacionales en el área de los derechos humanos⁵⁴.

En el caso peruano y también en otros países [v. gr., Argentina o México], la constante utilización y adecuación de las normas y pronunciamientos internacionales en la parte argumentativa y resolutive de sus sentencias, ha conllevado a que los jueces de cada uno de los Estados Parte de la Convención Americana inapliquen – vía un análisis de compatibilidad o confrontación normativa – cualquier disposición normativa infraconstitucional que contravenga la interpretación del tratado americano⁵⁵. Por su parte, Morales Saravia (2017) refiriéndose a la justificación del precedente y sus críticas señala:

Los precedentes suelen conservar y mantener el “statu quo” en el ámbito del Derecho, lo cual es bueno es términos generales. Sin embargo, hay áreas del Derecho, como los derechos humanos, donde a veces mantener los precedentes podría conducir a graves injusticias. (p. 17)

Así, vale entender por disposición normativa, no solo el conjunto de leyes o normas con rango de ley o infralegal, sino también aquellas reglas jurídicas con efectos similares a una ley que el Tribunal Constitucional pronuncia y establece a través de sus sentencias al invocar la aplicación del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional con la calidad de precedente constitucional vinculante. Juan Ruiz Manero (citado en Landa Arroyo, 2013) refiere que para realizar el control de constitucionalidad y/o convencionalidad de las normas, es preciso tener en cuenta la existencia de una razonable y justificada interpretación constructiva a

54 Cfr. Ferrer Mag-Gregor, E. (2004). El control difuso de convencionalidad en el Estado Constitucional, en: *Revista Jurídica Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. N.º 110. México: Biblioteca Jurídico Virtual, Instituto de investigaciones Jurídicas de la UNAM, p. 176. Disponible en <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2873/9.pdf>

55 Existen diversas decisiones en las que el Alto Colegiado Constitucional ha inaplicado normas con rango de ley o actos estatales, haciendo uso del control de convencionalidad, entre ellos: Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. 0007-2007-AI/TC, f.j. 16; 679-2005-PA/TC, ff.jj. 17 al 18 y 50; 01458-2007-PA/TC, ff.jj. 2 y 3; 01679-2005-PA/TC, f.j. 9; 0275-2005-PHC/TC, ff.jj. 5 y 6; 0025-2005-PI/TC y 0026-2005-PI/TC, f.j. 26. En el mismo sentido, Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. 00047-2004-AI/TC, f.j. 61.

partir de la relación que se establece entre el Tribunal Constitucional, la Constitución, los tipos de interpretación y de sentencias y los estándares interpretativos que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha formulado a través de su jurisprudencia.

Con mayor grado de detalle el ex presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, García Ramírez (citado en García y Palomino, 2013), y según lo considerado en el caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*, se ha señalado que:

Al ejercer interpretativamente la confrontación entre actos domésticos y las disposiciones convencionales, con el propósito de apreciar la compatibilidad entre aquellos y estas, y resolver la contienda a través de la sentencia declarativa y condenatoria que corresponda, representa la obligatoriedad de los Estados y sus funcionarios [como lo son los magistrados del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial] de aplicar un control competente, original y exclusivo de la Corte⁵⁶.

En definitiva, ese control es la potestad conferida o reconocida a los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial para verificar la congruencia entre un precedente constitucional vinculante [acto interno] con las disposiciones del *corpus iuris* convencional y su jurisprudencia.

El propósito que persigue el carácter subsidiario del sistema interamericano, en particular, es que los jueces posteriores prevengan efectivamente que todo ciudadano alcance la más alta justicia y seguridad jurídica posible en su propio país. De este modo, se configura un juez interamericano que aplica, en su ámbito de competencias, un ordenamiento supraestatal de creación colectiva y se establece un precedente que sirva de parámetro no solo al realizar un control de constitucionalidad, sino adicionalmente un control de convencionalidad.

Desde el punto de vista de la Corte Interamericana, cuyo objetivo primordial es el ser la guardiana última y definitiva del sistema interamericano, el parámetro de control para el ejercicio de esta tarea requiere de una verdadera actividad integradora, toda vez que se consienten las tendencias de la jurisprudencia convencional como elemento hermenéutico

⁵⁶ Se recomienda la lectura de la Corte IDH: caso *Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C N.º 154, párr. 124.

y de control de la normativa interna por parte de los propios tribunales internos, frente a graves violaciones a los derechos humanos y en materia referida al debido proceso⁵⁷.

Si bien las sentencias constitucionales del Tribunal Constitucional peruano que contienen un precedente vinculan en función de un análisis de compatibilidad con la norma constitucional nacional, cualquier norma, disposición o actuación estatal debe ser analizada, además, en función de las obligaciones internacionales asumidas en materia de derechos humanos; es decir, en función de la Convención Americana como una norma plena que prima sobre las normas nacionales y frente a las que el juez debe actuar como controlador de la validez de estas [un control difuso para convalidar o invalidar la disposición normativa objeto de cuestionamiento], cuyo examen se ha denominado “control de convencionalidad propio”⁵⁸.

En dicho contexto, Alvarado Tapia (2011) nos dice que:

La jurisdicción constitucional enmarca entonces un sistema jurídico-político que establece y permite el control del poder, de manera que los diversos poderes estatales [como es el caso del Poder Judicial y sus jueces] puedan limitarse mutuamente, así como mediante su división y distribución. En otras palabras, el poder puede frenar al poder. (p. 2)

Y es que solo en un sistema constitucional donde exista el control del poder puede haber garantía esencial de todos los valores y principios propios de la democracia, como el respecto de la supremacía de la Constitución, la limitación del poder y la salvaguarda de los derechos fundamentales. Por lo que, el mencionado análisis de confrontación normativa que realicen los jueces posteriores y cuya consecuencia jurídica sea la inconventionalidad del precedente constitucional, importa una causal suficiente para invalidar, inaplicar, pero no derogar, la norma, disposición o actuación estatal así descalificada y, en consecuencia, fundamentar el apartamiento justificado

57 Cfr. Eto Cruz, G. (2018). La autopercepción del control de convencionalidad por la propia Corte Interamericana: Breves apostillas críticas, en: *Nuevas Perspectivas del Derecho Procesal Constitucional. Ponencias desarrolladas en el IV Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional*, Jorge Luis Cáceres Arce y Jhonny Tupayachi Sotomayor (Coordinadores). Arequipa: Adrus, pp. 114.

58 Cfr. García Belaunde, D. y Palomino Manchego, J. (2013). El control de convencionalidad en el Perú, en: *Revista Pensamiento Constitucional*, N.º 18, Vol. 18. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú, p. 224.

del precedente emitido por el Tribunal Constitucional al carecer desde un inicio de efectos jurídicos.

De otro lado, la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución peruana señala: “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú”⁵⁹. Al respecto, a nivel de la justicia constitucional se ha establecido que dicha disposición implica: “[...] una adhesión a la interpretación que, de los mismos [de los tratados sobre derechos humanos] hayan realizado los órganos supranacionales de protección de los atributos inherentes al ser humano y, en particular, el realizado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, guardián último de los derechos en la región”⁶⁰. De esta manera, las interpretaciones efectuadas por la Corte Interamericana completan el ordenamiento constitucional peruano en materia de derechos humanos, de conformidad con el artículo V del Código Procesal Constitucional⁶¹.

En el caso peruano, el Tribunal Constitucional ha señalado, además, que “las sentencias de la Corte Interamericana son vinculantes para todos los poderes públicos y que esta vinculatoriedad no se agota en su parte resolutive, sino que se extiende a la *ratio decidendi*, incluso en aquellos casos en los que el Estado peruano no haya sido parte en el proceso” (Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. 0007-2007-AI/TC, fundamento 16). En ese sentido, el texto de la Convención Americana y su jurisprudencia son el paradigma interpretativo del control de convencionalidad que debe cumplir con las siguientes características: a) un control de iniciativa estatal justificado en el principio del *iura novit curia [ex officio]*; y, b) un control de aplicación inmediata, medida clara y directa sin necesidad de ninguna

59 Cfr. Landa Arroyo, C. (1998). Jerarquía de los tratados internacionales en la Constitución Política del Perú de 1993, en: *Revista Jurídica del Perú*. Trujillo: Editora Normas Legales S.A., N° 16. Julio-setiembre, p. 112.

60 Cfr. Neves Mujica, J. (1999). La Cuarta Disposición Final y Transitoria de la constitución y los derechos laborales, en: *Ius Et Veritas*, 9 (19), pp. 196-201. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/iusetveritas/article/view/15867>

61 *Vide* Código Procesal Constitucional, “Artículo VI. - Control Difuso e Interpretación Constitucional. Los Jueces interpretan y aplican las leyes o toda norma con rango de ley y los reglamentos según los preceptos y principios constitucionales, conforme a la interpretación de los mismos que resulte de las resoluciones dictadas por el Tribunal Constitucional”.

previsión territorial o recurso procedimental. De este modo, la necesidad de que los Estados procedan con este análisis se deriva inmediatamente de la norma internacional y de la jurisprudencia que precisa esta obligación y no de una norma nacional habilitadora o prescriptiva.

Ciertamente, el apartamiento de un precedente constitucional acontecido por ejercicio de un análisis y/o control de convencionalidad representa una obligación de cumplimiento al respetar y garantizar los derechos humanos y, además, al adoptar las medidas nacionales que promuevan el compromiso internacional. En consecuencia, propender a una interpretación armoniosa de las disposiciones nacionales con el marco normativo interamericano implica que la posibilidad de apartarse de un precedente vinculante del Tribunal Constitucional es una manifestación del principio de coherencia.

Finalmente, el proceso de constitucionalización y/o convencionalización del ordenamiento jurídico peruano otorga a los jueces del Poder Judicial la potestad de aplicar el control difuso en salvaguardia de las normas de derechos fundamentales [o derechos humanos] contenidos en la Convención Americana de Derechos Humanos, a pesar de que el Tribunal Constitucional peruano haya emitido una sentencia con la calidad de precedente constitucional vinculante.

Con esto se reconoce de forma implícita, la prevalencia de la Convención Americana de Derechos Humanos sobre dicha regla jurídica, cuya presunción de constitucionalidad se confirma por el Colegiado Constitucional, pero que vulnera los derechos regulados en la Convención Americana de Derechos Humanos [posición preferente de los tratados sobre derechos humanos] y protegidos por la jurisprudencia vinculante de la Corte Interamericana de Derechos Humanos [competencia contenciosa] (García y Palomino, 2013).

De tal manera, la repercusión particular de las denominadas “garantías de un debido proceso formal y sustantivo” aparecen como un hecho de indiscutible validez. Corresponde a los operadores jurídicos adecuar, dinamizar y flexibilizar las normas y su interpretación para dar solución a la controversia reclamada bajo los alcances del principio *pro homine*, como en Estados Unidos o en Colombia, con el único

propósito de aplicar una respuesta razonada, motivada y congruente por parte de los órganos judiciales⁶².

Con ello se demuestra, en esta explicación sobre los criterios orientadores del Tribunal Constitucional al interior del aparato judicial, cómo se ejerce el apartamiento del precedente constitucional vinculante cuando se acepta que el supuesto de hecho es idéntico a un precedente, pero que la consecuencia de su aplicación vinculante terminará afectando derechos fundamentales y al mismo Sistema Interamericano de Derechos Humanos, tal como ha sido desarrollado líneas arriba.

Ahora, en todo lo demás, se supone que los jueces ordinarios deben limitarse a seguir “rígidamente” el precedente constitucional para que el Poder Judicial resuelva los casos. De acuerdo con el Código Procesal Constitucional y el Alto Colegiado Constitucional, ya se habrían dado órdenes en el Exp. N.º 00001-2010-CC/TC [caso de la regulación relativa a los requisitos para la importación de vehículos y autopartes usados en competencia exclusiva del Poder Ejecutivo], cuyo fallo explica que aquellos jueces que resuelvan apartarse del precedente sean inmediatamente procesados en la vía administrativa por el ex Consejo Nacional de la Magistratura y el Órgano de Control de la Magistratura del Poder Judicial, pero no solamente queda en eso, sino que seguidamente el Ministerio Público los debe denunciar por el delito de prevaricato, con lo que se implanta una situación insalvable para el juez que se aparte injustificadamente⁶³.

De este modo, no hay mucho reparo ni censura con respecto al procedimiento administrativo, pero con respecto al tema penal hay que tener en cuenta que el tipo penal se cumple cuando se sanciona el incumplimiento de una ley. No obstante, ¿el precedente vinculante es una ley? Pues no. Tiene efectos similares a una ley, pero eso no significa que sea una norma con rango de ley, es decir, es la regla general externalizada como precedente a partir de un caso concreto que se convierte en una regla perceptiva común

62 Se recomienda la lectura de Ruiz Riquero, José Humberto. El proceso de transformación del ordenamiento jurídico peruano. Influencia de las normas constitucionales a través de la jurisprudencia del TC, en: *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional: Análisis Multidisciplinario de la Jurisprudencia*

del Tribunal Constitucional para Abogados y Jueces. Tomo 111. Lima: Gaceta Jurídica, 2017, pp. 149-177.

63 Vide Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. 00001-2010-CC/TC, del 12 de agosto de 2010, ff.jj. 27 y ss.

que alcanza a todos los justiciables y que es oponible frente a los poderes públicos (Tito Puca, 2011). No debemos confundir las consecuencias entre fuerza de ley y la vinculación, ya que si bien ambos conceptos recorren un mismo caudal tienen un impacto y propósito distinto⁶⁴.

Al respecto, se debe tener en cuenta la reciente jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la República de Perú [Sala Penal Permanente en la Apelación N.º 03-2016/Arequipa, de fecha 23 de noviembre de 2016] que con la finalidad de preservar la seguridad jurídica, y con ello, la predictibilidad de las decisiones jurisdiccionales, decidió absolver al juez penal José Luis Víctor Vilca Conde, de la acusación de emitir la Resolución N.º 06-2008, “infringiendo” lo dispuesto en el artículo 3 de la Ley N.º 28704 [entiéndase por ello el apartamiento de la interpretación del Tribunal Constitucional, Corte Suprema y ex Consejo Nacional de la Magistratura], que prohibía el beneficio penitenciario de redención de la pena por el trabajo y la educación, con lo que se advierte la necesidad de abordar los alcances normativos del delito de prevaricato, regulado en el artículo 418 del Código Penal⁶⁵.

Por lo expuesto, la Sala Penal Permanente estableció – respecto de los elementos de tipicidad subjetiva del delito de prevaricato⁶⁶ – que

64 Dentro de todo ese marco de sentencias constitucionales, se ha de tener en claro que dichas sentencias pueden estructurarse en dos subdivisiones. La primera, un tipo de sentencias que, por su carácter vinculante,

su fuerza de ley y cumplimiento obligatorio *erga omnes* se denominan precedente constitucional vinculantes. Si revisamos la Constitución de 1993, veremos que la figura del precedente no se encuentra contenida ni mucho menos definida allí, sino que se debe acudir, a partir del año 2004, con la entrada en vigencia del Código Procesal Constitucional, al artículo VII del Título Preliminar. Y, el otro tipo de sentencias del Tribunal Constitucional que no tienen el carácter de precedente, pero que ponen una pauta y marcan un camino o una guía para el Poder Judicial, se denominan jurisprudencia constitucional vinculante. Cfr. Grández Castro, P. (2006). Distinciones entre precedente vinculante y jurisprudencia constitucional: notas a la sentencia 1173/2006, Exp. N.º 3741-2004-AATC, en: *Palestra del Tribunal Constitucional, Revista mensual de Jurisprudencia*, Año 01, N.º 10. Lima: Palestra Editores, p. 430.

65 *Vide* Código Penal peruano, “Artículo 418. - El Juez o el Fiscal que a sabiendas dicta resolución o emite dictamen, contrarios al texto claro y expreso de la ley o citas pruebas inexistentes o hechos falsos, o se apoya en leyes supuestas o derogadas, será reprimido con pena privativa de libertad no menor de tres ni mayor de cinco años”.

66 Del tipo penal establecido en el artículo 413 del Código Penal, se desprende según la Corte, un sujeto activo calificado, esto es, un “un servidor público”. El verbo rector

todo magistrado debe tener plena conciencia del carácter injusto de la resolución que dicta, es decir, debe ser consciente de que la resolución que emite y las consecuencias derivadas, no está amparadas en “una interpretación razonable de la ley”⁶⁷; es decir, que dicho delito se comete solo cuando la resolución judicial es contraria al texto expreso y claro de una ley. Dicha Sala, al sustentar su fallo, determinó que en el caso en concreto no se está frente a una extralimitación judicial o abuso del derecho, toda vez que el apartamiento de un precedente o de la doctrina jurisprudencial, así sea vinculante, no da lugar al prevaricato por cuanto no tiene la categoría de ley⁶⁸.

En consecuencia, es absolutamente claro que no en todos los casos hay un supuesto infractor típico, máxime si se otorga prevalencia a principios constitucionales frente al texto de la ley. De otro lado, la Sala Suprema justifica que sí podría ser objeto de un procedimiento disciplinario, respetando las garantías constitucionales del derecho administrativo sancionador. ¿Acaso no se aplica la misma lógica cuando las garantías del derecho administrativo sancionador se equiparán a las del proceso penal? Consideramos que resulta un desatino incoherente y poco razonable la aplicación de una sanción — ya sea que se trate de una sanción penal o una sanción administrativa, incluso cuando esta última es menos gravosa — en caso que un juez se apartase de forma justificada de un presente vinculante.

Sin perjuicio de lo acotado, lo que viene creando el Tribunal Constitucional es una interpretación totalmente desafortunada, respecto a la resolución que denuncia a los jueces ordinarios por el delito de prevaricato, puesto que instituye como precedente vinculante una decisión contradictoria en su fundamentación. Más aún, cuando se sabe que, en materia penal, por principio, el artículo III del Título Preliminar del Código Penal establece que “no es permitida la analogía para calificar el hecho como delito”, por lo que no se conseguiría procesar a una persona por un hecho que al tiempo de cometido no estaba sancionado formalmente en la ley

corresponde a “proferir”, y que se trate de “una resolución, dictamen o concepto” con la característica de ser “manifiestamente contrario a la ley”.

67 La Sala Penal Permanente en la Apelación N.º 03-2016/Arequipa, de fecha 23 de noviembre de 2016: [Delito de Prevaricato] Absuelven a juez que prefirió principios constitucionales frente al texto de la ley.

68 Cfr. Reátegui Sánchez, J. (2009). Estudios de Derecho Penal. Parte especial. Lima: Jurista Editores, p. 542.

penal, enmarcado en el principio de legalidad [Exp. N.º 2405-95B-Huara, SPSs]. En ese sentido, una conducta como la antes descrita no reúne los elementos normativos exigidos por el tipo penal de prevaricato.

VI. LA RECEPCIÓN FORMAL DEL PRECEDENTE EN EL CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL: LA IDENTIDAD DE NUESTRO PRECEDENTE CONSTITUCIONAL “A LA PERUANA”

Sostiene el Tribunal Constitucional, en el caso *Municipalidad Distrital de Lurín*⁶⁹, que la introducción de la idea del precedente en el ordenamiento jurídico peruano se debe a la puesta en vigencia del artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, si bien el Colegiado había sido recompuesto desde fines del año 2000, sería a partir de fecha de entrada en vigencia de la norma procesal antes referida [1 de diciembre de 2004], que sumaría a la función jurisdiccional de resolución y revisión de conflictos la de fijar precedentes vinculantes con carácter normativo. Concisamente, para el Tribunal Constitucional se protege que un precedente vinculante sea una regla preceptiva, que nace de un caso concreto y se formula con alcance general [caso *Ramón Salazar Yarlenque*]⁷⁰. El fundamento parece radicar en la necesidad imperiosa de ejercer una potestad no reconocida legislativamente; es decir, ampliar los efectos de sus decisiones que inicialmente solo alcanzan a las partes del proceso⁷¹.

Al respecto, explica su definición de la siguiente manera: “precedente vinculante es aquella regla jurídica expuesta en caso particular y concreto que el Tribunal Constitucional decide establecer como regla general, y que, por ende, deviene en parámetro normativo para resolución de futuros procesos de naturaleza homóloga. El precedente vinculante tiene por su condición de tal, efectos similares a una ley, es decir, es la regla general externalizada como precedente, y a partir de un caso concreto se convierte en una regla preceptiva común que alcanza a todos los justiciables”⁷².

69 *Vide* Sentencias del Tribunal Constitucional Exp. 0024-2003-AI/TC, del 10 de octubre de 2005.

70 *Vide* Sentencias del Tribunal Constitucional Exp. 3741-2004-AA/TC, del 14 de noviembre de 2005.

71 Es lo que se deduce de la lectura conjunta de los fundamentos 38 y 39 de la Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. 3741-2004-AA/TC.

72 *Vide* Sentencias del Tribunal Constitucional Exp. 0024-2003-AI/TC, *cit.*, f.j. 28 y Exp. 3741-2004-AA/TC, *cit.*, f.j. 36.

La definición de precedente es realizada aquí sobre la base de un poder normativo que el Alto Colegiado se auto reconoce; por lo que, Donayre Montesinos (2007) afirma que los precedentes:

Son normas jurídicas creadas por el Tribunal Constitucional, a propósito de la resolución de los procesos que son sometidos a su conocimiento y que servirán de pauta obligatoria a ser aplicada por los demás jueces, entidades públicas y particulares, cuando se les presenten casos análogos a los que les dieron origen. (p. 108)

En efecto, el precedente constitucional vinculante es una figura que recién aparece con el Código Procesal Constitucional en el 2004. Antes de este Código adjetivo no se podía hablar de algún precedente constitucional, bajo la forma en la que ahora entendemos a esta institución. Sin embargo, hay que recordar – como antecedente directo del precedente constitucional – que en el artículo 9 de la Ley de Hábeas Corpus y Amparo N.º 23506, que entró en vigor el 24 de diciembre de 1982 y duró hasta el 30 de noviembre de 2004, se recaba un tipo de sentencia del Tribunal, pero que no era precedente constitucional vinculante, sino una jurisprudencia constitucional⁷³.

El artículo 9 de la Ley N.º 23506 señalaba, con respecto a la jurisprudencia obligatoria, que en los “casos excepcionales las resoluciones de Hábeas Corpus y Amparo sentarán jurisprudencia obligatoria cuando de ellas se puedan desprender principios de alcance general. Sin embargo, al fallar en nuevos casos apartándose del precedente, los jueces explicarán las razones de hecho y de derecho en que sustenten la nueva resolución”⁷⁴. Distíngase ahí que el artículo 9 en primer lugar, no se refería a sentencias sino a resoluciones, por lo que se pensaría que se está hablando de autos y sentencias⁷⁵. En segundo lugar, no se habla de precedente constitucional vinculante con carácter de ley, sino que simplemente hablaba de jurisprudencia obligatoria. Y, además de ello, quedaba claramente establecido que

73 A mayor abundamiento acerca de los antecedentes del precedente constitucional vinculante en el Perú, recomendamos revisar Rodríguez Santander (2007).

74 Artículo 9.- Jurisprudencia obligatoria. Casos excepcionales. Ley N.º 23506, Ley de Hábeas Corpus y Amparo.

75 Cfr. Gutiérrez-Ticse, G. (2015). *Comentarios al Código Procesal Constitucional*. Lima: Grijley, p. 112-113

los jueces podían apartarse con la única condición o exigencia de que se fundamenten las razones de hecho y de derecho.

Al respecto, es interesante la posición de Gutiérrez-Ticse (2015) al cuestionar los fundamentos dados por Rodríguez Santander y Pedro Grandéz cuando creen ver como antecedentes del precedente vinculante en el Perú, las leyes de Hábeas corpus y amparo, la Ley Orgánica del Poder Judicial, el Código Procesal Civil, entre otros dispositivos legales, que si bien estatuyen un grado de vinculación de las decisiones del Tribunal Constitucional y la Corte Suprema, éstas son solo líneas orientadoras para las decisiones jurisdiccionales propias de un modelo jurídico romano-germánico, en donde es la ley la que une al juez con un lazo casi indestructible salvo claro está la prevalencia de la Constitución, en atención al artículo 138 del referido cuerpo normativo superior.

Distinta es la realidad formulada en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional. Este artículo establece que “las sentencias del Tribunal Constitucional que adquieren la autoridad de cosa juzgada constituyen precedente vinculante cuando así lo exprese la sentencia, precisando el extremo de su efecto normativo”. Con respeto a este primer párrafo, hay que resaltar varias características:

Primero, que el artículo VII plantea claramente que no es cualquier resolución judicial en la que se establecen precedentes, sino que son las sentencias que emite el Tribunal Constitucional; segundo, que en esas sentencias se tiene que adjudicar la calidad de cosa juzgada⁷⁶ constitucional; y, tercero, se dice que para que la sentencia tenga la calidad de precedente vinculante, el Tribunal Constitucional lo tiene que señalar expresa y formalmente. (Figueroa Bernardini, 2007, p. 290)

76 En relación a los atributos de la cosa juzgada, el Tribunal Constitucional ha establecido que: “La sentencia que adquiere calidad de cosa juzgada tiene dos atributos esenciales: es coercible y es inmutable. La sentencia es coercible, ya que puede ser ejecutada compulsivamente en caso de eventual resistencia del obligado, como lo señala el artículo 715° del Código Procesal Civil, y es inmutable, porque ningún juez podrá alterar los efectos del fallo ni modificar sus términos, salvo las excepciones a que se refieren los artículos 178° y 407° del acotado”. Nuestra doctrina nacional ha considerado a la inimpugnabilidad como un tercer atributo de la cosa juzgada. *Vide* Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. 1546-2002-AA/TC, de fecha 28 de enero de 2003, f.j. 2.

De acuerdo al artículo VI del Código Procesal Constitucional, expone que la jurisprudencia tiene la calidad de cosa juzgada en los procesos constitucionales. Son aquellas sentencias que resuelven el fondo de la controversia⁷⁷. Es decir, un precedente constitucional vinculante no puede constar en una sentencia que declare improcedente la demanda; por el contrario, solamente podrá habitar en una sentencia que declare fundada o infundada la pretensión del recurrente⁷⁸. Asimismo, Campos Aspajo (2011) concluye: “No es que toda la sentencia sea precedente vinculante, son determinados fundamentos de la sentencia referida” (p. 57). El Tribunal Constitucional plantea que los fundamentos “b”, “d” y “j” constituyen precedente vinculante.

Por consiguiente, es clarísimo que, de encontrarse con una sentencia con ciento veinte páginas, por ejemplo, y la misma por ningún lado expresa o detalla que algún fundamento específico sea precedente, no se podrá afirmar que dicha sentencia contiene un precedente constitucional vinculante. En todo caso, esa sentencia o interpretación del Tribunal Constitucional —siguiendo el modelo español— podrá ser calificada como una jurisprudencia constitucional de los preceptos y principios constitucionales que vinculan a todos los jueces del Poder Judicial en todo tipo de procesos (Morales Saravia, 2017). Situación con alcances diferentes al precedente constitucional que es solo para casos similares.

Sin embargo, la polémica comienza con el segundo párrafo del artículo VII que describe: “cuando el Tribunal Constitucional resuelva apartándose del precedente, debe expresar los fundamentos de hecho y de derecho que sustentan la sentencia y las razones por las cuales se aparta del precedente”⁷⁹. En consecuencia, el cambio de criterio jurisprudencial como precedente solo puede efectuarlo el Tribunal Constitucional y a partir de aquí los jueces del Poder Judicial deberán cambiar el criterio jurisprudencial

77 Entre las características de la eficacia normativa de las sentencias constitucionales, la cosa juzgada constitucional supone la comprobación de que el Tribunal Constitucional se comporta de forma similar que un órgano jurisdiccional ordinario, es decir, es un ente que también imparte justicia y se pronuncia casuísticamente. Muchos estudios confirman los resultados (García Yzaguirre, 2009 y García Toma, 2014).

78 Cfr. Campos Aspajo, L. (2011). El precedente vinculante en el Derecho Constitucional: una visión sistemática, en: *Revista Jurídica del Perú: derecho privado y público*, N.º 119. Lima: Normas Legales, p. 57.

79 Artículo VII, Segundo apartado. Ley N.º 28237, Código Procesal Constitucional.

que venían aplicando (Castillo Córdova, 2006). No obstante, la Ley N.º 23506 [Ley de Hábeas Corpus y Amparo] decía que los jueces sí se podían apartar. Aquí lo que se estaría diciendo solamente, con el artículo VII, es que el único que puede apartarse del precedente constitucional vinculante es el Tribunal Constitucional.

Al señalar el Tribunal Constitucional, en sus resoluciones [caso Huatuco Huatuco, caso Elgo Ríos, caso Vásquez Romero, caso Toledo Manrique, caso Flores Callo y caso Carrillo Espejo] qué extremos de estas constituyen precedente constitucional vinculante, no solo estaría ligando y sometiendo a las correspondientes instancias inferiores judiciales a su interpretación sino atándose a sí mismo a dicha interpretación en los casos futuros, si bien de este último ligamen o autoprecedente puede dicho Colegiado desligarse mediante aquel requisito de aportar “las razones por las cuales se aparta”⁸⁰ [artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional, en su segundo apartado].

Aquí se origina el debate respecto a si los jueces se pueden o no apartar del precedente, es decir, aplicar la figura del *distinguish*. En rigor, aun cuando el precedente constitucional en el sistema anglosajón representa un mecanismo de verticalidad vía *stare decisis* y, por lo tanto, obliga a los jueces a través del *distinguish* y *overruling* [caso Álvarez Guillén⁸¹], se pueden apartar del precedente vertical siempre que exista fundamentación congruente de las razones por las cuales se apartan los juzgadores del precedente constitucional (Figueroa Gutarra, 2011)⁸².

Las preguntas formuladas siguen revistiendo actualidad en cuanto son permanentes las fricciones entre el Tribunal Constitucional y el Poder

80 Cfr. GARCÍA AMADO, Juan Antonio. “Precedente constitucional y Neoconstitucionalismo: a propósito de un trabajo de Fernando Velezmoro”. En *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional: Análisis Multidisciplinario de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, T. 51, Lima, Gaceta Jurídica, marzo 2012, p. 287.

81 *Vide* Sentencia del Tribunal Constitucional Exp.03361-2004-AA/TC, de fecha 12 de agosto de 2005, ff.jj. 4-8.

82 En el caso de la Corte Constitucional de Colombia, en la Sentencia SU-047 de 1999, expuso la posibilidad de desligarse de los precedentes en circunstancias concretas con base a las siguientes razones: “i) eventuales equivocaciones jurisprudenciales del pasado que hacen necesaria la corrección de una línea jurisprudencial; ii) una interpretación que habiendo sido útil y adecuada para resolver ciertos conflictos, en su aplicación actual, puede provocar consecuencias inesperadas e inaceptables en casos similares; iii) cambio históricos frente a los que resulta irrazonable adherir a la hermenéutica tradicional”.

Judicial en el contexto de fallos que emite el supremo intérprete de la Carta Fundamental con el carácter de vinculantes [caso Inversiones DREAMS SA; caso Pedro Lizana Puelles; caso Transportes Vicente, Eusebio, Andrea S.A.C.; caso Rosalía Huatuco Huatuco]⁸³.

VII. REFLEXIÓN FINAL

La recepción del precedente en el Perú ha significado contar con una herramienta distinta de aquella originaria del modelo norteamericano y de la clásica jurisprudencia de la tradición romano-germánica. Así lo entendió el Tribunal Constitucional al recibir del legislador la breve previsión sobre el precedente contenido en el artículo VII del Título Preliminar del Código Procesal Constitucional.

El Colegiado se encargó de definirlo, regularlo y precisarlo, dándole un sentido a su presencia en el ordenamiento: “la incorporación de la técnica del precedente constitucional en nuestro Derecho comparte la necesidad de fijar parámetros que respondan a nuestro contexto y a nuestra tradición jurídica”⁸⁴, esto en el marco de que el Tribunal Constitucional en el Derecho Procesal vigente es auspiciado por la autonomía procesal constitucional⁸⁵ que preconiza.

Sin embargo, el precedente no solo tendría valía por provenir de un poder conferido al Tribunal Constitucional, sino por derivar de la Constitución misma, de su cimiento material y axiológico. Lo que el

83 *Vide* Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. 2302-2003-PA/TC, caso Inversiones DREAMS SA; Exp. 5854-2005-PA/TC, caso Pedro Lizana Puelles; Exp. 5961-2009-PA/TC, caso Transportes Vicente, Eusebio, Andrea S.A.C.; Exp. 5057-2013-PA/TC, caso Rosalía Huatuco Huatuco.

84 *Vide* Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. 03741-2004-PA/TC, del 14 de noviembre de 2005, f.j. 38.

85 Este principio establece una potestad del juez constitucional para la interpretación e integración de las normas procesales constitucionales. De esta manera, la autonomía procesal constitucional denota “la potestad de creación judicial del derecho, más específicamente, la potestad de creación judicial del derecho procesal constitucional. Se trata de la creación de derecho procesal constitucional, pero no derecho constitucional sustantivo. En tanto se trata de creación judicial, ella viene a ser el producto del ejercicio de función jurisdiccional y, por ello, son las resoluciones [autos y sentencias] los medios a través de los cuales se crea ese derecho procesal constitucional” (Mendoza Escalante, 2007, pp. 1 y 4). Este principio, apareció en el contexto del derecho procesal constitucional y tuvo lugar en el ámbito de la jurisprudencia constitucional alemana [1950].

Tribunal Constitucional hace, en esas normas generales y abstractas a las que llama precedente vinculante, es dar tal forma expresa de normas generales y abstractas a lo que ya era norma implícita o tácitamente presente en la Constitución.

El precedente, en esta perspectiva, valdría por ser explicitación de una norma constitucional que hasta ese momento no se había hecho visible para todos, aunque cualquiera que el adecuado método de conocer ya podía antes encontrarla allá donde vive, en la Constitución [material] misma.

Por ello, es bien importante saber lo que significa el deber de los jueces de sujetarse a la jurisprudencia constitucional del Tribunal Constitucional. Esta sujeción, como principio constitucional, no puede quebrantar absolutamente la independencia judicial ni vacilar de contenido la labor jurisdiccional de los jueces, ambos también valores constitucionales. Deberá dársele a esa vinculación un contenido que permita armonizar tanto uno como otro principio, por así exigirlo y permitirlo la consideración de la Constitución como una unidad sistemática.

VIII. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Aguiló Regla, J. (2008). *Sobre Derecho y argumentación*. España: Editor Leonard Muntaner.

Ahumada Ruiz, M. (2003). *Stare Decisis y creación judicial de Derecho (Constitucional): A propósito del precedente constitucional en el sistema judicial norteamericano*, de Ana Laura Magaloni Kerpel. En *Revista Española de Derecho Constitucional*. Año 23, N.º 67. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

Alvarado Tapia, K. (enero - junio de 2011). El Tribunal Constitucional como instaurador de la Jurisdicción Constitucional. En *IUS - Revista de Investigación Jurídica de la Facultad de Derecho de la USAT*. Vol. I. Chiclayo: Universidad Católica Santo Toribio de Mogrovejo. Recuperado de: <<http://www.usat.edu.pe/usat/ius/files/2011/07/ELTRIBUNAL-CONSTITUCIONAL-COMO-INSTAURADOR-DE-LAJURISDICCION-CONSTITUCIONAL-2.pdf>>.

Barker, R. (2005). *La Constitución de los Estados Unidos y su dinámica actual*, Lima: Grijley, Asociación Peruana de Derecho Constitucional, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

Barker, R. (2014). *El precedente y su significado en el Derecho Constitucional de los Estados Unidos*, Trad. de Domingo García Belaunde, N.º 2 de la serie Cuadernos Constitucionales, Lima: Grijley.

Borja, R. (2010). *Sociedad, cultura y sociedad*. Quito: Editorial Planeta del Ecuador S. A.

Bustamante Alarcón, R. (2003). Estado de Derecho, constitución y debido proceso. Algunos comentarios a propósito de la reforma constitucional. En *Boletín de Justicia Viva*, N.º 14, Lima.

Campos Aspajo, L. (2011). El precedente vinculante en el Derecho Constitucional: una visión sistemática. En *Revista Jurídica del Perú: derecho privado y público*, N.º 119. Lima: Normas Legales.

Carbonell, M. (2010). *Marbury versus Madison: en los orígenes de la Supremacía Constitucional y el Control de Constitucionalidad*. [Universidad Centroamericana José Simeón Cañas, Departamento de Ciencias Jurídicas]. Recuperado de: <http://www.uca.edu.sv/deptos/ccjj/media/archivo/4fa7a1_03carbonellmarburyvmadisonlosorigenesdelasupremaciaconstitucional.pdf>.

Castañeda Otsu, S. (2012). *Responsabilidad disciplinaria de los jueces: fundamentos constitucionales, normativa y jurisprudencia*, Lima: Jurista Editores.

Castañeda Otsu, S. (Dir.) y Velezmoro Pinto, F. (Coord.). (2010). *Comentarios a los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional*, Lima: Grijley.

Castillo Córdova, L. (2006). *Comentarios al Código Procesal Constitucional*. T. I, Lima: Palestra Editores.

Castro Patiño, N. (febrero de 2009). Hay que establecer un verdadero precedente vinculante. En *Revista de Derecho Público de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*. N.º 2.

Chaires Zaragoza, J. (mayo - agosto de 2004). La independencia del poder judicial (pp.523-545). En *Revista Jurídica Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. Año XXXVII, N.º 110, México D.F.: Biblioteca Jurídico

Virtual, Instituto de investigaciones Jurídicas de la UNAM. Recuperado de: <<http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2004.110.3795>>.

Congreso de la República del Perú (1982) 8 de diciembre. Ley 23506 – Ley de Hábeas Corpus y Amparo. *El Peruano*. Recuperado de: <<https://www.refworld.org/cgi-bin/texis/vtx/rwmain/opendocpdf.pdf?reldoc=y&docid=52cbc4d44>>.

Congreso de la República del Perú (2004) 1 de diciembre. Ley 28237 – CÓDIGO PROCESAL CONSTITUCIONAL. *El Peruano*. Recuperado de: <<https://diariooficial.elperuano.pe/pdf/0002/5-codigo-procesal-constitucional-ley-n-28237-1.pdf>>.

Díez Canseco, L. y Pasquel Rodríguez, E. (2004). *Stare decisis*, intercambios comerciales y predictibilidad: una propuesta para enfrentar la reforma del poder judicial (pp. 7-27). En *Revista de Economía y Derecho*, Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC).

Donayre Montesinos, C. (enero – junio de 2007). Precedente vinculante a la peruana: algunas observaciones a la regulación del precedente vinculante en el Código Procesal Constitucional. En *Justicia Constitucional: Revista de Jurisprudencia y Doctrina*. Año III, N.º 5. Lima: Palestra Editores.

Espinosa-Saldaña Barrera, E. (2003). *Jurisdicción constitucional, imparcición de justicia y debido proceso*. Lima: Ara Editores.

Fernández Segado, F. (2009). *La Justicia constitucional: Una visión de derecho comparado*. Madrid: Dykinson.

Fernández Segado, F. (24 septiembre de 2002). *La jurisdicción constitucional ante el siglo XXI: la quiebra de la bipolaridad sistema americano-sistema europeokelseniano y la búsqueda de nuevas variables explicativas de los sistemas de control de constitucionalidad*. [Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Córdoba, Argentina]. Recuperado de: <http://www.acaderc.org.ar/doctrina/articulos/artjurisdiccionconstitucional/at_download/file>.

Figueroa Bernardini, E. (2007). El precedente vinculante desde la perspectiva del Tribunal Constitucional. En *Jus Doctrina & Práctica*. T. 09. Lima: Grijley.

Figuerola Gutarra, E. (2011). Vinculatoriedad de las categorías interpretativas constitucionales: un acercamiento conceptual a las sentencias contradictorias del Tribunal Constitucional. En *Revista Ipso Jure*, Año 4, N.º 14, Lambayeque: Corte Superior de Justicia de Lambayeque.

Figuerola Gutarra, E. (24 de abril de 2018). Prevalencia de la interpretación. El legislador y el juez constitucional. En *Jurídica, Suplemento de análisis legal de El Peruano*, segunda etapa, Año 11, N.º 684, Lima: El Peruano. Recuperado de: <<https://elperuano.pe/suplementosflipping/juridica/684/web/pagina06.html>>.

García Amado, J. A. (2012). Precedente constitucional y Neoconstitucionalismo: a propósito de un trabajo de Fernando Velezmoro. En *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional: Análisis Multidisciplinario de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, T. 51, Lima, Gaceta Jurídica.

García Belaunde, D. y Palomino Manchego, J. (2013). El control de convencionalidad en el Perú. En *Revista Pensamiento Constitucional*, N.º 18, Vol. 18, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado de: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/pensamiento-constitucional/article/view/8955/9363>>.

García Toma, V. (2014). Garantía de Eficacia de las Sentencias Constitucionales. En: Cáceres Arce, J. (Coord.). *Libro de Ponencias del V Congreso Nacional de Derecho Procesal Constitucional. A diez años de vigencia del Código Procesal Constitucional*. Arequipa: Adrus D&L Editores.

García Yzaguirre, J. (2009). Los efectos de las sentencias del Tribunal Constitucional (pp. 764 y ss). En Tupayachi Sotomayor, J. *Código Procesal Constitucional comentado*. Arequipa: Adrus D&L Editores.

Gutiérrez-Ticse, G. (2015). *Comentarios al Código Procesal Constitucional*, Lima: Grijley, 2015.

Häberle, P. (enero - junio 2000). El Estado Constitucional europeo (pp. 87-104). En *Cuestiones Constitucionales*. Revista Mexicana de Derecho Constitucional. N.º 2, México D.F.: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas. Recuperado de: <<http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2000.2.5581>>.

Landa Arroyo, C. (2013). La Constitucionalización del derecho peruano (pp. 13-36). En *Derecho PUCP*, Revista de la Facultad de Derecho, N.º 71, Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú. Recuperado de: <<http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derecho-pucp/article/view/8895/9300>>.

Legarre, S. (2005). Stare decisis y derecho judicial: a propósito de las enseñanzas del profesor Bidart Campos. En *El Derecho*. Suplemento de Derecho Constitucional, Buenos Aires: Biblioteca Digital de la Universidad Católica Argentina. Recuperado de: <<http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/stare-decisis-derecho-judicial-enseñanzas.pdf>>.

Lozano Tello, J. (2011). ¿Hasta qué punto era necesario adaptar el precedente constitucional peruano a nuestra realidad jurídica? En *Actualidad Jurídica. Información multidisciplinaria para abogados y jueces*. N.º 217. Lima: Gaceta Jurídica.

Magaloni Kerpel, A. (2001). *El precedente constitucional en el sistema norteamericano*, Madrid: Mc Graw Hill Edit.

Martínez Marón, A. (2008). Las técnicas de distinción del precedente: El caso peruano. En *Revista Actualidad Jurídica*, T. 80, Lima: Gaceta Jurídica.

Martínez Morón, A. (2009). La técnica del *overruling* en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En AA. VV., *Compendio de instituciones procesales creadas por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, 1ra Edición, Lima: Gaceta Jurídica.

Mendoza Escalante, M. (2007). La autonomía procesal constitucional (pp. 97-127). En *Justicia Constitucional*. Revista de Jurisprudencia y Doctrina, II, N.º 4 (julio-diciembre 2006). Lima: Palestra Editores. Recuperado de: <<http://www.consultoriaconstitucional.com/articulospdf/ii/autonoma.proc.const.pdf>>.

Morales Saravia, F. (2017). *Los precedentes constitucionales vinculantes y su aplicación por el Tribunal Constitucional. Análisis jurisprudencial de la última década*, Lima: Gaceta Jurídica.

Priori Posada, Giovanni (Coord.). (2013). *Proceso y Constitución. Las garantías del justo proceso, ponencias del Tercer Seminario Internacional Proceso y Constitución*. Lima: Palestra Editores.

Quiroga León, A. (2012). Manual del Litigante en Derecho Procesal Constitucional. En *Revista de Análisis Especializado de Jurisprudencia*. Lima: Ediciones Caballero Bustamante.

Quiroga León, A. (2015). Interpretación vinculante del Tribunal Constitucional y sus efectos en la jurisprudencia del Poder Judicial (pp. 814 - 864). En *Derecho Constitucional Contemporáneo Homenaje al Profesor Rubén Hernández Valle*, San José: Editorial Investigaciones Jurídicas S.A.

Rodríguez Santander, R. (2007). El precedente constitucional en el Perú: Entre el poder de la historia y la razón de los derechos. En E. Carpio Marcos y P. Grández Castro (Coords.). *Estudios al Precedente Constitucional* (pp. 15 - 78). Lima: Palestra Editores.

Ruiz Molleda, J. (2006). *En Defensa del Tribunal Constitucional: 10 razones jurídicas para resguardar sus potestades interpretativas*. Lima: Consorcio Justicia Viva, Instituto de Defensa Legal. Pontificia Universidad Católica del Perú - Facultad y Departamento Académico de Derecho. Recuperado de: <http://www.justiciaviva.org.pe/publica/10_razones.pdf>.

Ruiz Riquero, J. (2013). La teoría general del precedente vinculante: Sus aspectos conceptuales básicos y sus enraizados prejuicios en el sistema jurídico peruano. En *Actualidad Jurídica. Información multidisciplinaria para abogados y jueces*. N.º 238. Lima: Gaceta Jurídica.

Ruiz Riquero, J. (2014). El contenido constitucionalmente protegido del derecho al debido proceso. Junto al derecho a la tutela judicial efectiva, ¿son dos derechos fundamentales o un solo derecho con distintas manifestaciones? En *Gaceta Civil & Procesal Civil: Información Especializada para Abogados y Jueces*, T. 08, Lima: Gaceta Jurídica.

Ruiz Riquero, J. (2017). El proceso de transformación del ordenamiento jurídico peruano. Influencia de las normas constitucionales a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. En *Gaceta Constitucional & Procesal Constitucional: Análisis Multidisciplinario de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional para Abogados y Jueces*, T. 111, Lima: Gaceta Jurídica.

Sagüés, M. (2004). Las acciones afirmativas en los recientes pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia de Estados Unidos: impli-

cancias del dato sociológico en el análisis jurisprudencial. En *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, Proceso y Constitución*, N.º 02, México D. F.: Editorial Porrúa.

Sagüés, N. (2006). La eficacia vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en EE. UU. y Argentina (pp. 17-32). En *Revista Semestral del Centro de Estudios Constitucionales*, Vol. 4, N.º 01, Santiago de Chile: Universidad de Talca, Editorial Librotecnia. Recuperado de: <<https://www.redalyc.org/pdf/820/82040202.pdf>>.

Talavera Elguera, P. (2016). *Jurisprudencia vinculante penal, procesal penal y de ejecución penal*, T. II. Lima: Instituto Pacifico SAC.

Tito Puca, Y. (2011). *Guía para reconocer un verdadero criterio vinculante del Tribunal Constitucional*. Lima: Gaceta Jurídica.

LA VIGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN TIEMPOS DEL COVID-19

THE VALIDITY OF FUNDAMENTAL RIGHTS IN TIMES OF COVID-19

Raúl Yvan Lozano Peralta¹

Resumen:

En el presente trabajo, se analiza la vigencia de algunos derechos fundamentales en las actuales condiciones sanitarias por causa del Covid-19, que han generado un impacto importante en la restricción y limitación de distintos derechos fundamentales como la vida, la salud, la dignidad, la libertad, el trabajo, el acceso a servicios básicos, entre otros; cuyas repercusiones vienen siendo de tal magnitud que se viene estableciendo un estado de cosas de permanente afectación, y cuyos principales perjudicados vienen a ser los ciudadanos de escasos recursos, dada la precariedad que se ha generado.

Palabras clave:

Vigencia y limitaciones, derechos fundamentales, derecho a la vida, derecho a la salud, derecho al trabajo, derecho de acceso a la justicia.

Abstract

This work analyzes the validity of some fundamental rights in the current sanitary conditions due to Covid-19, which have generated a significant impact on the restriction and limitation of different fundamental rights such as life, health, dignity, freedom, work, access to basic services, among others; whose repercussions have been of such magnitude that a state of things of permanent affectation is being

1 Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Mayor de San Marcos.
Maestro en Derecho Constitucional por la Universidad Castilla La Mancha - Toledo- España.
Maestro en Derecho Constitucional por la Universidad de Piura.
Director de Escuela Profesional de Derecho de la Universidad Privada Antenor Orrego.

established, and whose main victims are the citizens with limited resources, given the precariousness that has been generated.

Keywords

Validity and limitations, fundamental rights, right to life, right to health, right to work, right of access to justice

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos meses, el COVID-19 ha obligado a los Estados a adoptar medidas que tienen por finalidad controlar y evitar su dispersión. De tal manera, en el Perú se han adoptado las siguientes medidas: declaratorias de estados de emergencia, establecimiento de medidas de aislamiento social, cierre de fronteras; entre otros, que tienen una repercusión directa en los derechos fundamentales de los ciudadanos.

Si bien de lo que se ha tratado es de proteger a la población y de preservar la vida ante esta pandemia de carácter mundial, en ese objetivo, se han ido afectando otros derechos también esenciales que nos llevan a realizar un análisis justamente para ver las repercusiones que se han venido generando en algunos de los derechos fundamentales.

Así, en las siguientes líneas, se realizará un análisis de las medidas adoptadas por el Poder Ejecutivo con relación a la vulneración de los derechos fundamentales, teniendo un enfoque principal en el derecho a la libertad personal, a la salud, al trabajo y al acceso a la justicia.

2. VIGENCIA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN TIEMPO DE COVID-19

De acuerdo con el artículo 137° de la Constitución, el estado de emergencia es decretado por el Presidente, con acuerdo del Consejo de Ministros, ante una situación de perturbación de la paz o del orden interno, de catástrofe o de circunstancias graves que afectan la vida de la nación, por un plazo determinado, que tiene como límite 60 días, prorrogable por un nuevo decreto, y puede abarcar parte o todo el territorio nacional.

De tal manera, ante el aumento de casos de COVID-19, en el país y toda vez que afecta la vida de la nación, el Poder Ejecutivo, a través del Presidente de la República, emitió el Decreto Supremo No. 044-2020-PCM, declarando el estado de emergencia nacional, que fue prorrogado mediante los posteriores Decretos Supremos.

En el Decreto Supremo referido, se estableció una serie de medidas con la finalidad de controlar y evitar la dispersión del COVID-19; por lo que, se restringió, de manera directa los derechos fundamentales, tales como: el derecho a la libertad de tránsito, de reunión, a la inviolabilidad de domicilio, entre otros.

Así también, es importante notar que de manera indirecta se afectaron o establecieron serias restricciones a otros derechos, tales como el derecho a la salud, al acceso a la justicia, al trabajo, entre otros.

Con relación al estado de emergencia, ALBÁN PERALTA ha señalado que:

“(...) la existencia de un estado de emergencia no implica la ausencia de la Constitución ni de los tratados sobre derechos humanos, y tampoco la desaparición de los derechos fundamentales de las personas. Solo autoriza a la autoridad competente a restringir los derechos a que se refiere el objeto de la declaratoria del régimen de excepción en aquellos casos en que se justifique en función de los motivos de dicha declaración. Tal como se adelantó líneas arriba, los actos de Estado, que supuestamente se realizan como una manifestación de este régimen de excepción, deben regirse por los principios de razonabilidad y proporcionalidad a los que se refiere el artículo 200 (párrafo final) de la Constitución (...)” [El énfasis es agregado] (2009, págs. 19-20)

Como se aprecia, durante el estado de emergencia los derechos fundamentales de las personas no desaparecen, solo se restringen, mediante una serie de medidas que, como en el caso peruano, tienen por finalidad controlar y evitar la dispersión del COVID-19.

Asimismo, es importante agregar que existe una serie de derechos que no pueden restringirse con la declaratoria del estado de emergencia, de acuerdo al artículo 4° del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, tales como:

- *El derecho a la vida;*
- *Prohibición de tortura;*
- *Prohibición de esclavitud y servidumbre;*
- *Prohibición de cárcel por incumplimiento de obligaciones contractuales;*

- *Principio de legalidad en materia penal;*
- *Derecho a la personalidad jurídica;*
- *Libertad de pensamiento, conciencia y religión.*

En concordancia, el artículo 27° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos agrega otros derechos como:

- *Protección a la familia;*
- *Derecho al nombre;*
- *Derechos del niño;*
- *Las garantías judiciales indispensables para la protección de los anteriores derechos;*
- *Derechos políticos;*
- *Principio de legalidad y retroactividad;*
- *Reconocimiento de la personalidad jurídica.*

3. DERECHOS FUNDAMENTALES AFECTADOS

3.1. Derecho a la salud:

En el artículo 7° de la Constitución peruana se establece que: *“todos tienen derecho a la protección de su salud, la del medio familiar y la de la comunidad, así como el deber de contribuir a su promoción y defensa. La persona incapacitada para velar por sí misma a causa de una deficiencia física o mental tiene derecho al respeto de su dignidad y a un régimen legal de protección, atención readaptación y seguridad”.*

Además, en el artículo 9° del texto constitucional se establece que *“el Estado determina la política nacional de salud. El Poder Ejecutivo norma y supervisa su aplicación. Es responsable de diseñarla y conducirla en forma plural y descentralizadora para facilitar a todos el acceso equitativo a los servicios de salud”.*

En concordancia, el artículo 11° de la Constitución se establece que *“el Estado garantiza el libre acceso a prestaciones de salud y a pensiones, a través de entidades públicas, privadas o mixtas. Supervisa asimismo su eficaz funcionamiento”.*

De la lectura conjunta de los artículos referidos, se desprende que el derecho a la salud garantiza que las personas puedan conservar un adecuado nivel de funcionamiento físico y mental. Para ello, es necesario que el Estado garantice el libre acceso a las prestaciones de salud, brindado por entidades privadas o públicas (LANDA ARROYO, 2017, pág. 160).

A mayor abundamiento, el Tribunal Constitucional ha señalado que este derecho presenta dos dimensiones:

- **Dimensión positiva:** Esta dimensión lo configura como un derecho “programático”, es decir un derecho que para su satisfacción requiere que el Estado realice acciones prestacionales. (Sentencia del Expediente No. 00925-2009-PHC/TC).
- **Dimensión negativa:** Esta dimensión proyecta al derecho a la salud como la conservación y el restablecimiento de ese estado armónico. Ello implica que nadie, ni le Estado, ni un particular puede afectarlo. (Sentencia del Expediente No. 0925-2009-PHC/TC).

Contrario a ello, durante el tiempo de COVID-19, el Poder Ejecutivo ha destinado los recursos económicos del Estado en mejorar las condiciones materiales y tecnológicas de los hospitales; así también, en varias partes del país se han destinado espacios para la implementación de lugares para la atención de personas con COVID-19.

Como se aprecia, los esfuerzos del Poder Ejecutivo se han enfocado en las personas contagiadas de COVID-19, dejándose a un lado a las personas que presentan otro tipo de enfermedades y que requieren de un tratamiento constante.

Así, en ciertos lugares del país, las personas que presentan una enfermedad diferente al COVID-19, han visto vulnerado su derecho a la salud, toda vez que no han podido atenderse en el hospital de su localidad, debido a que todos los espacios fueron ocupados por pacientes COVID-19.

La situación se agrava mucho más en las regiones del país, dada la precariedad de infraestructura de los hospitales, la falta de aparatos tecnológicos, médicos y enfermeras que han visto retrasado su pago.

Frente al problema existente, el Poder Ejecutivo no ha promovido una política pública que permita el acceso a la prestación de servicio de salud a las personas que presentan enfermedades diferente al COVID-

19, quedando demostrado la vulneración del derecho a la salud de estas personas.

Es importante señalar que al grupo de personas con enfermedades diferentes de COVID-19, debe agregarse las mujeres embarazadas y aquellas personas que requieran algún tipo de tratamiento.

Conjuntamente con este derecho, hemos podido apreciar algunas otras situaciones que también han tenido repercusión directa en el derecho a la vida y dignidad de aquellas personas que, encontrándose en condiciones de riesgo inminente de muerte a causa de esta enfermedad, han tenido que pasar por duras etapas que finalmente han culminado con la pérdida de la vida en estas lamentables circunstancias. Nos referimos sobre todo a aquellas personas adultas o con pocas posibilidades de sobrevivencia ante la escasez de servicios de urgencias sanitaria, que no solo genero el colapso del sistema de salud, sino la selección de pacientes a quienes se debería dar preferencia en salvarles la vida. En tanto, un grupo de pacientes en estado de gravedad, dado el colapso del sistema de salud, simplemente fueron destinados a la muerte inminente. Situación que se pudo advertir en Italia y España durante la etapa más cruda de esta crisis sanitaria.

De manera que, la afectación más grave al derecho a la salud que se generó por el colapso sanitario, fue el tener que elegir entre los pacientes en estado grave, a quienes salvar y a quienes dejar simplemente morir por falta de instalaciones, servicios y medicamentos. Este ultimo grupo de pacientes, tuvo que asumir el costo de una situación lamentable. En muchos casos, se implementaron protocolos para que pudieran despedirse de sus familiares, materializando así su derecho a una muerte digna; pero en muchos otros, simplemente perdieron la vida sin ninguna posibilidad de despedirse de sus seres queridos. Muchos mueren en el completo anonimato, e incluso, son sepultados o cremados, sin que sus familiares puedan rendir un breve homenaje².

2 RPP (2020). "Chiclayo: Denuncian que entierran a fallecida por la COVID-19 sin avisar a sus familiares", En: <https://rpp.pe/peru/lambayeque/coronavirus-en-peru-chiclayo-denuncian-que-entierran-a-fallecida-por-la-covid-19-sin-avisar-a-sus-familiares-noticia-1280181>. En este caso, un paciente de 81 años falleció por Covid-19 y fue enterrado sin dar aviso a sus familiares, quienes se enteraron del hecho posteriormente.

De esta manera, en estas circunstancias se viene afectando no solo el derecho a la vida, sino también a la dignidad de las personas que vienen falleciendo, así como de sus familiares a rendirles un homenaje.

3.2. Derecho a la libertad personal

El derecho a la libertad personal o individual se encuentra reconocido en el inciso 24 del artículo 2° de nuestra Constitución. La libertad personal es definida como el derecho, constitucionalmente reconocido, de disponer y determinar la propia voluntad y actuar de acuerdo con ella, sin que nadie pueda impedirlo, siempre que no exista una prohibición constitucionalmente legítima (GARCÍA MORILLO, 1995, págs. 42 - 43).

En la misma línea, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente No. 0019-2005-PI, señala que: “(...) *Se trata de un derecho subjetivo en virtud del cual ninguna persona puede sufrir una limitación física o ambulatoria, ya sea mediante detenciones, internamientos o condenas arbitrarias (...)*”.

Del mismo modo, SAGUES ha señalado que:

“El derecho de locomoción comprende el derecho a entrar, permanecer, transitar y salir del territorio (...) y de no ser arrestado sin orden escrita de autoridad competente, comprende la facultad de cuestionar incorporaciones al servicio militar (...) prohibiciones a la Argentina o expulsiones del país. También incluye el derecho a no ser afectado con perturbaciones menores (molestias, seguimientos infundados, etc.), la libertad de circulación” [el énfasis es agregado] (SAGUES, 1997, pág. 92)

Así entonces, al respecto, el derecho al libre tránsito permite al ciudadano trasladarse dentro y fuera del territorio nacional, sin restricciones en tanto no exista orden escrita de la autoridad competente que limite dicho derecho.

Con relación al contenido del presente derecho, LANDA ARROYO (2017, pág. 49) menciona lo siguiente:

- No privación arbitraria de la libertad individual, proscribiéndose todo tipo de detención sin autorización del Juez competente, salvo los casos previstos en la ley y la Constitución.
- No ser detenido sino por mandato judicial debidamente motivado.

- No ser detenido por la policía, salvo caso de flagrancia.
- Garantía de revisión judicial de la detención
- Garantía de la no privación de la libertad por deudas, a excepción de la omisión de deberes alimentarios.

No obstante, mediante la entrada del Decreto Supremo No. 044-2020-PCM, se restringió el derecho a la libertad personal con la finalidad de controlar y evitar la dispersión del COVID-19.

Las medidas impartidas por el Poder Ejecutivo, fueron las siguientes:

a. El cierre de fronteras y, en consecuencia, la restricción del tránsito internacional

Como es sabido, el COVID-19 se inició en el país de China, para precisar la ciudad de Wuhan; desde ahí, con la concurrencia de turistas y ciudadanos que se trasladaban a otros países, el virus fue llegando a los ciudadanos de todo el mundo, incluyendo al Perú.

Con el aumento de casos en el Perú y las informaciones que llegaban de otros países en relación con el COVID-19, el Poder Ejecutivo decidió declarar estado de emergencia nacional, restringiendo el tránsito internacional y cerrando las fronteras.

Frente a la medida tomada por el Poder Ejecutivo, varias personas se preguntaron si dicha medida resultaba proporcional y razonable en concordancia con su finalidad.

Es importante notar que el COVID-19 se trata de un virus de fácil transmisión, así como también la existencia de un grupo de personas denominadas “asintomáticas”, que son susceptibles de realizar contagios.

En tal sentido, y considerando que el COVID-19 tuvo su inicio fuera del territorio nacional, la medida resultaba adecuada con su finalidad, toda vez que al cerrarse las fronteras se iba a restringir, a la vez, la llegada de personas contagiadas al país.

Una pregunta que surge de lo planteado hasta aquí es: ¿si existía otra medida menos lesiva al derecho de libre tránsito? En respuesta a ello, se tiene que el Estado, en principio, adoptó medidas como la toma de temperatura a quienes ingresaban al territorio nacional, que resultaron

insuficiente toda vez que quedó demostrado que las aerolíneas no cumplían con dicho protocolo.

Si bien mediante el cierre de fronteras y, en consecuencia, la restricción del libre tránsito internacional se vulneró el derecho a la libertad personal, es preciso señalar que al no permitirse la llegada de personas con COVID-19, se tuvo logro proteger el derecho a la salud y a la vida de los peruanos.

Con relación a lo anotado, el Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente No. 06057-2007-HC/TC, ha señalado que:

“(...) El derecho a la vida es el primero de los derechos fundamentales, ya que sin este no es posible la existencia de los demás derechos. No solo es un derecho fundamental reconocido, sino un valor superior del ordenamiento jurídico (...)”. [El énfasis es agregado]

Por tanto, la medida analizada se rige por los principios de razonabilidad y proporcionalidad, a la luz del artículo 200° de la Constitución.

b. La restricción del tránsito a nivel nacional

Otra medida con relación a la finalidad de controlar y evitar la dispersión del COVID-19, fue la restricción del tránsito a nivel nacional.

De esta manera, se prohibió los viajes entre provincias, se limitó el transporte privado y público, se prohibió transitar de un lugar a otro sin contar con la autorización respectiva y solo se permitió salir para la compra de alimentos.

Claramente, las medidas interpuestas vulneran el derecho a la libertad personal toda vez que restringe el tránsito en territorio nacional. No obstante, debe analizarse si las medidas se rigen por los principios de proporcionalidad y razonabilidad³.

3 Al respecto el Tribunal Constitucional ha señalado que: “Por virtud del principio de razonabilidad se exige que la medida restrictiva se justifique en la necesidad de preservar, proteger o promover un fin constitucionalmente valioso. Es la protección de fines constitucionalmente relevantes la que, en efecto, justifica una intervención estatal en el seno de los derechos fundamentales. Desde esta perspectiva, la restricción de un derecho fundamental satisface el principio de razonabilidad cada vez que esta persiga garantizar un fin legítimo y, además, de rango constitucional”, STC del Exp. 2235-2004-AA/TC, FJ 6, segundo párrafo.

En tal sentido, y considerando que el COVID-19 es un virus de fácil transmisión, la restricción del tránsito resulta adecuada con su finalidad toda vez que, si las personas no se transportan de un lugar a otro, el virus tampoco se transportará.

Una pregunta que surge de lo planteado hasta aquí es: ¿si existía otra medida menos lesiva al derecho de libre tránsito? En respuesta a ello, se tiene que, con la implementación de un adecuado protocolo, que sea cumplido por la población, se alcanzaría la finalidad planteada; sin embargo, como se ha visto en estos días, resulta difícil que la población cumpla con los protocolos, aumentando el número de casos de personas con COVID-19.

Es importante notar que en el contexto en el que el Poder Ejecutivo adoptó las medidas analizadas, el número de contagios, como hasta ahora, iba en aumento y se tenía mucho menos información sobre las formas de contagio.

Por tanto, y toda vez que la población tiende a incumplir lo dispuesto por el Estado, ha de considerarse que la medida analizada se rige por los principios de razonabilidad y proporcionalidad, a la luz del artículo 200° de la Constitución.

3.3. Derecho al trabajo

Al respecto, LANDA ARROYO señala que *“el Derecho del trabajo es la disciplina que se encarga de regular la relación laboral, es decir la relación jurídico-económica de carácter contractual entre dos sujetos denominados “empleador” y “trabajador”, procurando establecer un equilibrio de igualdad”* (2014, pág. 222). A su turno, BORRAJO DACRUZ señala que: *“El Derecho del trabajo regula las distintas relaciones sociales que tienen su presupuesto o razón de ser en la prestación de servicios profesionales privados por cuenta ajena”* (2002, pág. 53).

En la misma línea, CARRO IGELMO menciona que: *“El derecho del trabajo es el derecho relativo a la prestación de servicios por cuenta y dependencia ajena, y a la ficción y cumplimiento de dicha acción”* (1991, pág. 26)

Como se aprecia, las definiciones planteadas hacen referencia al derecho del trabajo en el ámbito de una relación laboral, procurando establecer un equilibrio de igualdad entre empleador y trabajador, dada la desigualdad existente.

El Tribunal Constitucional, en la Sentencia recaída en el expediente No. 00008-2005-AI/TC, señala que de conformidad con el artículo 23° de la Constitución, el Estado tiene las siguientes funciones con relación al trabajo:

- Promover condiciones para el progreso social y económico. En ese sentido, el Estado tiene la función de establecer políticas públicas que brinden a sus ciudadanos mejores condiciones para alcanzar un puesto de trabajo y fomentar el empleo.
- Asegurar que las relaciones laborales entre el empleador y empleado se realicen en respeto de los derechos y principios constitucionales.
- Asegurar que ningún trabajador preste servicios sin recibir retribución económica o sin su libre consentimiento.
- Proteger la actividad laboral de la madre, el menor de edad y el impedido.

No obstante, con la entrada del Decreto Supremo No. 044-2020-PCM, se vulneró el derecho al trabajo de cierto grupo de personas que no laboraban en compañías relacionadas con la producción, transporte o venta de productos de primera necesidad.

Como consecuencia de ello, varias empresas quedaron endeudadas con sus trabajadores. Para ello y en vía de asegurar la remuneración de los trabajadores, el Estado ofreció subsidiar el 35% de la planilla para sueldos hasta por S/ 1 500 Soles.

Otra medida adoptada es la entrada en vigor de la suspensión perfecta de labores, que permite a las empresas mantener la relación laboral con sus trabajadores sin estar obligadas a realizar algún pago por el trabajo no realizado, dado el contexto del COVID-19. La suspensión perfecta de labores viene siendo aplicada desde 15 de abril (fecha que se considera viable) hasta el 8 de octubre del 2020 (SANCHEZ y SAÉNZ, 2020).

Una tercera medida son los préstamos que ha dispuesto el Estado a través de la banca privada a tasas compensatorias prácticamente nulas. Contrario a ello, dado los requisitos para obtener dichos préstamos, resultó siendo beneficioso, en su mayoría, para las grandes empresas.

Como se aprecia, el Poder Ejecutivo adoptó medidas con la finalidad de mantener la relación laboral entre empleadores y trabajadores, asegurando la remuneración de estos últimos.

Así también, tuvo por finalidad que no disminuyeran las oportunidades laborales para sus ciudadanos. Para ello, era necesario que las empresas no quebraran.

No obstante, ello se logró de manera parcial toda vez que, de acuerdo con el INEI, la población ocupada en Lima Metropolitana en los meses de marzo, abril y mayo de 2020, disminuyó en un 47.6% (INEI, 2020).

Paralelamente a estas situaciones, no debemos de dejar de labor el incremento considerable del teletrabajo o trabajo remoto, y con ello también una serie de afectaciones de los derechos laborales como la salud, la seguridad, beneficios sociales, jornada laboral máxima, entre otros. En la situación actual la mayor parte de instituciones públicas y privadas, vienen implementando este tipo de modalidad en la prestación de los servicios, que, si bien puede servir para mantener las actividades laborales a cierto ritmo, pueden constituirse en el escenario de vulneración constante de derechos laborales, donde además la supervisión o fiscalización laboral, es una labor compleja y muchas veces ausente.

3.4. Acceso a la justicia

El derecho al acceso a la justicia es un componente del derecho a la tutela jurisdiccional efectiva, que se está reconocido en el inciso 3 del artículo 139° de la Constitución.

Con relación al alcance del presente derecho, el Tribunal Constitucional, en la Sentencia recaída en el expediente No. 010-2001-AI/TC, ha señalado que:

- Garantiza que todas las personas tengan acceso al tribunal de justicia independiente, imparcial y competente para la sustanciación de cualquier acusación de orden penal, demanda de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.
- Garantiza que el proceso iniciado se desarrolle como un procedimiento de tutela idóneo para asegurar la plena satisfacción de los intereses accionados.

Durante el estado de emergencia, las entidades estatales, incluso el Poder Judicial, suspendieron sus labores en concordancia con el Decreto Supremo No. 044-2020-PCM.

De esta manera, se vio vulnerado el derecho de las personas al acceso a la justicia. No obstante, frente al problema en cuestión, varias entidades estatales, entre ellas, el Poder Judicial optaron por implementar las Tecnologías de la Información y Comunicación (en adelante, las “TIC”).

Las TIC comprenden 3 aspectos: (a) los dispositivos de transmisión y recepción de comunicaciones, tales como la computadora, el celular, la tableta, entre otros, (b) los servicios de mensajería por medio de correo electrónico, tales como *Hotmail*, *Gmail*, entre otros y (c) los servicios prestados por medio de internet, que incluirían las plataformas de comunicación, tales como *Zoom*, *Google Hangouts Meet*, entre otros (DÍAZ REVORIO, 2010, págs. 20-21)

En tal sentido, mediante Resolución Administrativa No. 000146-2020-P-CSJLI-PJ, se aprobó el “*Protocolo de actuación en los órganos jurisdiccional de emergencia de la Corte Superior de Justicia de Lima durante el Estado de Emergencia Nacional a consecuencia del brote del Coronavirus (COVID-19) en el país*”.

De esta manera, se implementó las TIC en la actuación judicial. La plataforma elegida fue *Google Hangouts Meet*. Así lo informó el diario Gestión:

“El Poder Judicial implemento la solución corporativa denominada *Google Hangouts Meet* para realizar reuniones administrativas y audiencias virtuales de los diferentes órganos jurisdiccionales durante la emergencia sanitaria por el coronavirus (Covid - 19).” (Gestión, 2020)

En complemento a lo dispuesto, se realizó la entrega de dispositivos electrónicos para los magistrados y autoridades judiciales, con la finalidad de que ejerzan sus funciones de manera adecuada.

Asimismo, la Corte Suprema de Justicia también implementó las TIC, con la finalidad de permitir al procesado impugnar a nivel de casación una resolución cuando esta haya vulnerado el debido proceso, se haya interpretado y aplicado el derecho de manera incorrecta.

En este espacio, el acceso a la justicia, sobre todo para aquellas partes procesales con carencia de recursos económicos y técnicos, se vuelve una constante, generándose lo que ese conoce como la “asimetría informativa”: unos tienen acceso a las plataformas tecnológicas y puedes hacer uso de ella en forma efectiva; en tanto, otro grupo importante, no tiene acceso ni puede hacer uso de las herramientas tecnológicas para acceder a la justicia.

Esta emergencia sanitaria, viene excluyendo a un grupo considerable de ciudadanos y abogados, de toda posibilidad de acceso a la justicia para solicitar alguna pretensión, pedir el avance de sus procesos judiciales en trámite, solicitar la emisión de la sentencia respectiva o pedir el cumplimiento de lo decidido judicialmente. De modo que, el derecho al acceso a la justicia en su triple dimensión de (acceso, a la emisión de una sentencia motivada en derecho y al cumplimiento de lo decidido judicialmente), viene siendo seriamente afectado.

4. CONCLUSIONES

- a) Durante la vigencia del estado de emergencia, los derechos fundamentales de las personas no desaparecen, solo se restringen, mediante una serie de medidas que, como en el caso peruano, tienen por finalidad controlar y evitar la dispersión del COVID-19.
- b) El Poder Ejecutivo no ha promovido una política pública que permita el acceso a la prestación de servicio de salud a las personas que presentan enfermedades diferente al COVID-19, vulnerándose de derecho a la salud de estas personas.
- c) La afectación más grave al derecho a la salud que se generó por el colapso sanitario, fue el tener que elegir entre los pacientes en estado grave, a quienes salvar y a quienes dejar simplemente morir por falta de instalaciones, servicios y medicamentos, y respecto a este último grupo de pacientes, muchos simplemente perdieron la vida sin ninguna posibilidad de despedirse de sus seres queridos afectándose su derecho a una muerte digna.
- d) El cierre de fronteras y restricción del tránsito nacional e internacional se rigen por los principios de razonabilidad y proporcional toda vez que son medidas necesarias para controlar y evitar la dispersión del COVID-19, protegiéndose el derecho a la vida, que es la base de los demás derechos.
- e) Las medidas interpuestas por el Poder Ejecutivo, no permitieron que las personas puedan asistir al trabajo, afectando la economía de las empresas y de los trabajadores. Frente al problema, se adoptó una serie de medidas para evitar extinciones de relaciones laborales, que resultaron insuficientes toda vez que, según cifras del INEI, casi el 50% en Lima Metropolitana quedó desempleada.

- f) La emergencia sanitaria ha conllevado a que muchas instituciones públicas y privadas, haya implementado el teletrabajo o trabajo remoto para la prestación de servicios, que, si bien puede servir para mantener las actividades laborales a cierto ritmo, pueden constituirse en el escenario de vulneración constante de derechos laborales como: la salud, la seguridad, beneficios sociales, jornada laboral máxima; entre otros, y donde, además, la supervisión o fiscalización laboral, es una labor compleja y muchas veces ausente.
- g) Las medidas interpuestas por el Poder Ejecutivo no permitieron que los funcionarios públicos, tales como jueces puedan realizar el trabajo de impartir justicia, lo que afectó el derecho al acceso a la justicia. Frente al problema, las entidades estatales, incluyendo el Poder Judicial y la Corte Suprema, adoptaron las TIC para ejercer su función, logrando salvaguardar el derecho al acceso a la justicia.
- h) La asimetría informativa genera un alto grado de afectación en el acceso a la justicia de un sector importante de la población, quienes tienen serios impedimentos de acceso a la justicia para solicitar alguna pretensión, pedir el avance de sus procesos judiciales en trámite, solicitar la emisión de la sentencia respectiva o pedir el cumplimiento de lo decidido judicialmente, vulnerándose permanentemente el derecho de acceso a la justicia en su triple dimensión de acceso, el derecho a la emisión de una sentencia motivada en derecho y el derecho al cumplimiento de lo decidido judicialmente.

5. RECOMENDACIONES

- a) En materia del derecho a la salud es necesario se adopten medidas urgentes a nivel del gobierno donde se incluyan no solo cuestiones presupuestarias y recursos humanos necesarios para garantizar el acceso al sistema de salud de la población, sino también que se establezcan una serie de medidas efectivas para el control preventivo de enfermedades, un protocolo de atención para pacientes distintos al Covid-19 que requieran atención urgente, un protocolo para aquellos casos de fallecimiento, a fin de garantizar el derecho a una muerte digna y los derechos morales de los familiares.
- b) En el ámbito del derecho al trabajo, es necesario también establecer medidas adecuadas para el control, la supervisión y la fiscalización

del trabajo remoto, donde se viene dando una serie de situaciones vulneratorias de los derechos laborales tanto en el ámbito público como privado.

- c) En relación al derecho de acceso a la justicia, es necesario establecer lineamientos de actuación y participación de los principales involucrados en el sistema de justicia como: los Colegios de Abogados, los Ministerios, el Poder Judicial, Ministerio Público, Policía Nacional del Perú; entre otros, donde se capacite a las personas que no tiene conocimientos básicos para utilizar adecuadamente los sistemas digitales para el acceso y consulta a los procesos judiciales o para plantear nuevas pretensiones, donde además se establezcan centros provistos de equipos de cómputo, audio y video e internet, para que los interesados puedan tener facilidades del acceso y puedan además participar de las distintas audiencias virtuales que se vienen realizando.

6. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALBÁN PERALTA, W. (2009). Estado de Emergencia y Estado de Derecho. Lima: Derecho y Sociedad Asociación Civil.
- ANACLETO GUERRERO, V. (2015). Manual de Derecho del Trabajo. Lima: LEX & IURIS.
- BORRAJO CRUZ, E. (2002). Introducción al Derecho del Trabajo. Madrid: Editorial Tecnos.
- CARRO IGELMO, A. (1991). Curso de Derecho del Trabajo. Barcelona: Bosch.
- DIAZ REVORIO, F. J. (2010). Tecnología de la Información y la Comunicación y Nuevas Dimensiones de los derechos fundamentales. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- GARCÍA MORILLO, J. (1995). El derecho a la libertad personal. Valencia: Tirand lo Blanch .
- Gestión. (27 de Marzo de 2020). Poder Judicial contará con plataforma virtual para audiencias durante emergencia. Gestión.

- INEI. (30 de Mayo de 2020). INEI. Obtenido de INEI: <http://m.inei.gob.pe/prensa/noticias/empleo-disminuyo-25-en-lima-metropolitana-en-el-trimestre-febrero-marzo-abril-del-2020-12188/>
- LANDA ARROYO, C. (2014). El derecho del trabajo en el Perú y su proceso de constitucionalización: Análisi especial de caso de la mujer y la madre trabajaadora. Lima: Themis.
- LANDA ARROYO, C. (2017). Los derechos fundamentales. Lima: Fondo Editorial PUCP.
- SAGUES, N. P. (1997). Elementos del Derecho Constitucional. Buenos Aires.
- RPP (2020). “Chiclayo: Denuncian que entierran a fallecida por la COVID-19 sin avisar a sus familiares”, En: <https://rpp.pe/peru/lambayeque/coronavirus-en-peru-chiclayo-denuncian-que-entierran-a-fallecida-por-la-covid-19-sin-avisar-a-sus-familiares-noticia-1280181>
- SÁNCHEZ, Fressia Y SÁENZ, Mariapía, (2020). “Suspensión perfecta de labores. ¿En qué supuestos las empresas pueden aplicarla?, En: La ley, recuperado de: <https://laley.pe/art/9649/suspension-perfecta-de-labores-en-que-supuestos-las-empresas-pueden-aplicarla>.

LA MEDIACION COMO MEDIO DE TUTELA EFECTIVA

MEDIATION AS A MEANS OF EFFECTIVE PROTECTION

Esteban Carbonell O'Brien¹

Resumen:

La mediación como medio de tutela efectiva, a efectos que las partes en conflicto arriben a un entendimiento a fin de alcanzar paz social por intermedio de un tercero imparcial, denominado mediador. Se analiza la distinción entre la figura de la mediación y el arbitraje. Su íntima relación como método de resolución de conflictos. Asimismo, se presentan los principios caracterizadores de la mediación, como la voluntariedad, la confidencialidad y la igualdad de las partes y equidad. La actividad del mediador en la vida útil y en particular en el deporte como derecho fundamental, a través de la mediación deportiva.

Palabras Clave: Mediación; Arbitraje; Confidencialidad; Voluntariedad; Igualdad; Mediador; Actividad; Deporte.

Abstract:

Mediation as a means of effective protection, so that the parties to the conflict reach an understanding in order to achieve social peace through an impartial third party, called mediator. The distinction between mediation and arbitration is analyzed. Its intimate relationship as a method of conflict resolution.

1 Lima (1970) Abogado. Doctor en Derecho y Magister en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla La Mancha, España. Magister en Justicia Constitucional y DD.HH. por la Università di Bologna, Italia. Candidato al Master en Derecho Procesal por la Universidad de Salamanca, España. Post grado en Economía y Finanzas por la Universidad Pompeu Fabra, España. Catedrático universitario en los cursos de Derecho Comercial, Derecho Concursal y Arbitraje. Socio de la Unión Internationale des Avocats-UIA en el Comité de Derecho de las Insolvencias. Conferencista internacional en América Latina y Europa. Autor de 18 libros en su especialidad. Socio Fundador de Carbonell O'Brien Abogados. www.carbonell-law.org. Correo: ecarbonell@carbonell-law.org

It also presents the defining principles of mediation, such as voluntariness, confidentiality and equality of the parties and equity. The activity of the mediator in the useful life and in particular in sport as a fundamental right, through sport mediation.

Keywords: Mediation; Arbitration; Confidentiality; Voluntariness; Equality; Mediator; Activity; Sport.

1.- EL CONFLICTO. DISTINCION ENTRE MEDIOS HETEROCOMPOSITIVOS Y AUTOCOMPOSITIVOS

El conflicto es el factor o detonante para aplicar la mediación, siendo su aparición conjuntamente con el conflicto en la necesidad de alcanzar una pronta solución. En tal sentido, el conflicto es inherente a una connotación negativa, siempre asociada a un sentimiento de crisis o incumplimiento.

Sin perjuicio de lo enunciado, en el conflicto puede aparecer un factor positivo con ventajas, que quizás a simple vista no se observan. El conflicto puede fortalecer la unión del grupo, reducir tensiones poniendo de relieve problemas existentes, clarificar objetivos y ayuda a establecer normas de grupo².

Además, la historia y la realidad demuestran que a través del conflicto el hombre revela su creatividad y evoluciona en los variados aspectos de la vida. En efecto, los orígenes y causas del conflicto podrán ser diversos, desde factores biológicos, psicológicos o antropológicos hasta factores políticos y sociales³.

En los medios heterocompositivos es evidente la distinción esencial y distintiva respecto de la naturaleza autocompositiva referida de la mediación. Si bien, es cierto la mediación se sustenta en la construcción de la solución del conflicto por las propias partes, en el arbitraje es el árbitro quien decide la controversia. Sin embargo, se presentan más peculiaridades a saber:

El arbitraje y la mediación tienen naturaleza distinta que las diferencian en cuanto a los sujetos decisores del conflicto. A pesar de ello, los dos institutos muchas veces se interconectan en la práctica. Un claro ejemplo de ello son las denominadas cláusulas Med-Arb o Arb-Med que conducen

2 Cfr. J. FOLBERG y A. TAYLOR. *Mediation: A Comprehensive Guide*, p. 19

3 Para un análisis más detallado de los factores del conflicto, vid. E. VINYAMATA CAMP, *Conflictología: teoría y práctica en resolución de conflictos*, 1 Ed. Ariel, Barcelona, 2001, pp. 67-90

a la aplicación sucesiva de la mediación y el arbitraje, proyectándose en una situación de *multi-step conflict resolution*, es decir, el intento de solución de un conflicto, en diversas etapas y mediante diferentes medios.

Las primeras y significativas diferencias se pueden corroborar respecto de los alcances del principio de voluntariedad. Es cierto, que en el arbitraje las partes manifiestan su voluntad de aplicar este medio, mediante el denominado convenio arbitral, de igual manera en la mediación, pero en este último caso, las partes podrían eventualmente renunciar o desistirse de continuar si se comprueba un desequilibrio, del cual nos referiremos más adelante.

Como bien señala Carballo Martínez⁴, en el ámbito de la impugnación, es perceptible que los árbitros no pueden conocer de cuestiones sometidas a su decisión; sin embargo, el mediador puede abordar temas no planteados por las partes directamente, puesto que investiga no solamente los intereses suscitados, sino también los intereses ocultos o latentes de las partes a efectos de conducir a las partes con el alcance de propuestas equitativas.

El conflicto siempre estará inherente al ser humano y, por tanto, es el llamado a solucionarlo. Esa solución puede ser pacífica y muchas veces, es preferible sin la intervención directa, siendo el mediador quien actúa como facilitador de la solución.

Dicha situación cargada de diferencias entre las partes puede tener varias etapas, como una pirámide. El ideal de cada parte es ganar o triunfar frente a dicha situación, pero dicho ideal se ve limitado por las situaciones ventajosas que obran a favor de la contraparte.

En tal sentido, los resultados del conflicto pueden ser destructivos o constructivos: a) pérdida para las dos partes (pérdida-pérdida); b) éxito para uno, pérdida para el otro (triunfo-pérdida); c) éxito para ambos (triunfo-triunfo). Según Deutsch⁵, la mediación tiende a encontrar una solución en la que ambos participantes triunfen.

4 CARBALLO MARTINEZ, G. Mediación administrativa, pag.90. Refiere que la mediación facilita una composición más amplia de intereses en litigio, habida cuenta de que resuelve situaciones de pasado y permite crear bases de acuerdo para resolver eventuales conflictos futuros.

5 Ver WILDE, Zulema -GAIBROIS, Luis, Que es la mediación, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, pag. 35, con cita de DEUTSCH, M. The Resolution of Conflict, Yale University Press, New Haven, 1973.

Los principales elementos que integran el conflicto son las posiciones y los intereses. Es ésta la piedra angular sobre la cual debe apoyarse la actuación del mediador.

Lo usual es que las partes negocien basándose en las posiciones. En ese caso, cada parte debe exteriorizar su pretensión y argumentar con base en ella, debiendo ambas partes, concesiones recíprocas.

Según señalan Fisher y Ury⁶, cualquier método de negociación debe juzgarse conforme a tres criterios: a) debe conducir a un acuerdo sensato; b) ser eficiente; y, c) debe mejorar o por lo menos no deteriorar, la relación de las partes. A juicio de estos autores, la negociación según posiciones produce acuerdos insensatos, ineficientes y que ponen en peligro la relación entre las partes, más aún cuando ellas son varias.

Por ello, propician una alternativa, que es la del proyecto sobre negociación de Harvard. Este método, denominado negociación según principios o negociación con base en los méritos, se resume en cuatro puntos básicos:

- a) Las personas: separar a las personas del problema. No debe atacarse a las personas sino al problema;
- b) Los intereses: concentrarse en ellos, no en las posiciones. Las posiciones oscurecen lo que realmente quieren las partes;
- c) Opciones: generar una variedad de posibilidades que favorezcan los intereses compartidos es beneficioso (es llamado torbellino de ideas);
- d) Criterios: insistir en que el resultado se base en algún criterio objetivo. El acuerdo debe reflejarse en algún criterio justo y objetivo (por ejemplo: el valor de mercado, opinión de un experto, estadísticas, costumbre o ley).

En la mediación resulta de primordial importancia para el mediador distinguir los intereses de las posiciones, para trabajar sobre los primeros, dejando de lado las segundas, aunque sin prescindir totalmente de ellas.

6 FISHER, R. -URY, W. Si de acuerdo, cit. Trad. Del inglés Getting to yes, Negotiating Agreement without Giving in, pag. 4

2.- PRINCIPIOS CARACTERIZADORES DE LA MEDIACIÓN

Son aquellos que por sus innatas condiciones deben velar, a fin que la mediación se efectúe de manera eficiente y sus resultados sean plenamente válidos en la sociedad.

2.1. Voluntariedad

Evidentemente, el dialogo favorece que las partes en disputa puedan alcanzar el fin máximo, siendo éste, la solución del conflicto. Frente a la ausencia de este principio inspirador de la mediación sería inviable arribar a un punto en común.

El principio de voluntariedad se encuentra inmerso intrínsecamente en todo el procedimiento de mediación, en la medida que no sólo está presente, en la decisión de someter el conflicto a resolución a través de este método, sino también desde el momento en que cualquiera de las partes puede renunciar al mismo en cualquiera de sus fases y etapas, sin que la otra pueda formular oposición y sin tener que ofrecer motivos o razones.

A la fecha, efectuando un estudio, se verifica una tendencia para que los ordenamientos jurídicos restrinjan la exigencia de voluntariedad, solamente a la obtención del acuerdo, consagrando sistemas obligatorios de mediación, donde las partes se someten con carácter previo de acceso al sistema judicial o arbitraje y, en consecuencia, formulan renuncia expresa a una etapa previa al enjuiciamiento en sede judicial o arbitral.

2.2. Confidencialidad

Este principio va como condición de efectividad y eficacia de la mediación, pues las partes solamente sentirán libertad de divulgar o poner de conocimiento aquellas informaciones al mediador, si estuvieren protegidas por el secreto de las declaraciones producidas en las sesiones. En tal sentido, la confidencialidad es esencial para la integridad del papel del mediador y de su neutralidad, pues depara un clima de confianza entre las partes y el citado profesional.

En tal sentido, la confidencialidad se erige en una preocupación común en los diferentes ordenamientos jurídicos, al declararse como un mecanismo que fomenta la construcción de un ambiente de confianza entre las partes y el mediador. Un ejemplo claro de esta manifestación,

es el incentivo de la imposición de multas, cuando las partes incumplan con este deber (como ocurre en Austria) a efectos que no existan dudas razonables de la divulgación de la información. Y en el caso del mediador frente a la existencia de un registro y un ente profesional, éste pudiera regular dicho atropello con la imposición de una sanción disciplinaria o en casos muy extremos, con la prohibición de su ejercicio⁷.

2.3.- Igualdad de partes y equidad

Es un principio que busca la protección de la igualdad de las partes en la mediación, aunque la certidumbre respecto a corroborar si existen situaciones de desequilibrio, pues no únicamente el posible desbalance puede ser provocado por un asunto emocional entre las partes. A nuestro juicio, el legislador no debería obligar a las partes a participar de la mediación y si en pleno acto con el mediador una de las partes siente una situación de inferioridad pueda apartarse, dado que el primer punto cardinal deberá ser la voluntariedad pues debe existir un equilibrio entre los mediados o partes.

El mediador, por ende, cumple un rol fundamental en el control del principio de igualdad; por tanto, deberá ejercer control sobre una posible superioridad de una de las partes. Es esencial que la formación y capacitación del mediador se encuentre a la altura del conflicto. El empleo de técnicas para flexibilizar el alcance de una posible solución.

El mediador por ningún motivo deberá forzar un trato si persiste y es verificable, un entorno inequitativo para el desarrollo del procedimiento. Por dichas razones, juega un papel con soporte ético, que el mediador respete de manera irrestricta, al igual que el árbitro, su deber de imparcialidad e independencia. En consecuencia, el legislador debe prever al interior de las normas de la materia, mediante una regulación clara y expresa, aquellas consideraciones que conduzcan a violentar estos principios, cuya censura debe ser manifiesta, pues no cabe faltar al deber profesional.

Por tanto, se concluye que las partes deben acceder a todas las informaciones relativas a la mediación, y muy puntualmente al derecho de aceptación de una solución debidamente concertada y, asimismo, ambas partes deben expresar libremente sus puntos de vista u observaciones,

⁷ Más información sobre estos asuntos nos aportan J. A. Lee y C. Giesler, *Confidentiality in Mediation*, cit. Pp. 285-297

con acentuado énfasis al principio de colaboración. En un abierto derecho de defensa, las partes pueden escoger a un letrado de su libre elección, a efectos orientación o brinde consejo sobre el caso concreto. Ello, pues la mediación debe contribuir a brindar libertad y eficacia de este medio.

3.- EL MEDIADOR Y SU ACTIVIDAD. FIJACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN PERUANA

Explicado las características de la actividad del mediador, resulta importante señalar que la mediación tiene fases que engloban lo siguiente: El conflicto, los modelos de Mediación y los Tipos de mediación.

Dentro de la actividad del mediador existen fases claramente establecidas lo cual permite una flexibilidad, siendo divididas en dos grandes grupos: La Premediación y la Mediación en sentido estricto.

En el primer grupo se subdividen en los siguientes actos:

- Facilitar informaciones a los mediados;
- Organizar la mediación;
- Validar la mediación.

Asimismo, en el segundo grupo se establecen los siguientes actos:

- Investigación: Conflicto manifiesto vs. Conflicto oculto y Posición vs. Intereses;
- Agenda;
- Creación de opciones;
- Obtención del acuerdo.

Las técnicas que el mediador debe emplear para ayudar a las partes en conflicto se basan en herramientas que constituye una estrategia, gracias al dominio que dependerá en gran medida, a su experiencia y sapiencia en determinados casos concretos. Para ello, es necesario comprender la práctica activa del mediador siendo dichas técnicas las siguientes:

- La escucha activa; que consiste en el esfuerzo físico y mental de querer escuchar con atención la totalidad del mensaje que se emite, tratando de interpretar el significado correcto del mismo, a través del

comunicado verbal y no verbal que realiza el emisor, indicándole a través de la retroalimentación lo que creemos estamos entendiendo⁸.

- El arte de preguntar y clases de preguntas: abiertas o cerradas; que se sostiene sobre la base de dominar y tener un perfecto manejo tales como que cuestiones preguntar, como hacerlo y cuando preguntar⁹. Siendo que las preguntas abiertas buscan obtener información amplia, explicación de hechos, sentimientos; mientras las cerradas están relacionadas a obtener datos objetivos, tales como: cuando, como, donde y por lo general se suelen contestar con monosílabos. Por ello, la importancia de la formulación de las preguntas. Un ejemplo claro resultaría al preguntar: ¿Puedo fumar mientras rezo? Siendo que se recibe una respuesta negativa. Sin embargo, se cambia el sentido y se pregunta: ¿Puedo rezar mientras fumo? Es muy probable que la respuesta sea positiva por el propio contexto.
- El resumen del caso; siendo una sinopsis respecto a las manifestaciones de las partes o mediados, lo cual permitirá al mediador englobar ambas presentaciones en una sola, con el objeto de contar con una visión integrada que permita que, a pesar de diferencias quizás irreconciliables, caben puntos en común que sirvan para alcanzar un contacto.
- El Caucus que consiste en las entrevistas privadas y por separado. Ello para generar confianza en las partes, esclarecer cuestiones que una de las partes no desea revelar, ayudar a clarificar a una de las partes si su posición es objetiva y obtener nuevas informaciones.

Que, sin perjuicio de lo comentado, debemos precisar que guarda correspondencia la mediación con el arbitraje como medio de resolución de conflicto en el ámbito privado, siendo que el legislador incorpora en el texto del Art. 139 inciso 1 de la Carta Magna de 1993 (Peru) que: “La unidad y exclusividad de la función jurisdiccional. No existe ni puede establecerse jurisdicción alguna independiente, con excepción de la militar y la arbitral”.

8 Cfr. R.C. VAN DER HOFSTANDT, El libro de las habilidades de comunicación, 2 ed. Ediciones Diaz de Santos, 2005, p. 77

9 Cfr. R. de DIEGO VALLEJO y C. GUILLEN GESTOSO, Mediación p. 128.

Bajo ese contexto, se observa que la mediación no esté reconocida expresamente en nuestro país con rango constitucional, pero al tener relación con el arbitraje, no impide que este medio de tutela efectiva pueda ser usado por las partes en conflicto si lo deciden, pues se erige como un método de resolución de controversias de estrictamente privado.

Ello, pues a saber de muchos entendidos que restan fuerza al uso de métodos extrajudiciales, que indican que la jurisdicción es aquella facultad que tiene el Estado para administrar justicia en un caso concreto por medio exclusivo de los órganos judiciales. Para que tal facultad pueda ser cumplida a cabalidad, se debe reconocer el ejercicio de la función que admite los elementos siguientes, ausentes providencialmente en la mediación y el arbitraje, tales como:

- Notio: facultad para conocer una determinada cuestión litigiosa;
- Vocatio: facultad para compeler a las partes;
- Coertio: Facultad de emplear la fuerza pública;
- Judicium: facultad de resolver el litigio con efecto de cosa juzgada;
- Executio: facultad de ejecutar mediante el uso de la fuerza pública, la sentencia no acatada espontáneamente por las partes.

De igual forma el artículo 14 del mismo cuerpo de leyes, señala que: “La educación promueve el conocimiento, el aprendizaje y la práctica de las humanidades, la ciencia, la técnica, las artes, la educación física y el deporte. Prepara para la vida y el trabajo y fomenta la solidaridad”.

En ese entendido, el Estado asume una doble responsabilidad: primero en el fiel cumplimiento al objetivo; y, en su defecto, responde su inoperancia ante la sociedad.

La mediación y el arbitraje se erigen como mecanismos que se generan en el contexto cultural actual, en lo que la crisis del Estado lleva a la fragmentación del monopolio jurisdiccional hacia justicias privadas. De acuerdo a este esquema, el arbitraje y la mediación no surgen por la modernidad, como se pretende hacer ver, en oposición a un riguroso e inflexible anticuado proceso jurisdiccional; sino por el contrario, es el resurgimiento de una forma de solución de conflictos acorde con este nuevo derecho amorfo y plástico. Pero, como forma procesal, se debe dar en ese

espacio de encuentro entre lo social jurídica, no sacrificando presupuestos básicos del proceso¹⁰.

La intervención del mediador puede ser general o no contingente, y específica o contingente. Según Moore, los movimientos no contingentes permiten que el mediador: ¹¹

- a) Ingrese en la disputa;
- b) Ayude a las partes a elegir el método de resolución y el escenario conveniente para el conflicto;
- c) Recopile datos y analice el conflicto;
- d) Practique la conciliación;
- e) Ayude a las partes a comenzar negociaciones productivas;
- f) Identifique las cuestiones importantes y elabore una agenda;
- g) Ayude a las partes a desarrollar alternativas de arreglo;
- h) Promueva la negociación final, y;
- i) Ayude a desarrollar un plan de ejecución y supervisión.

Moore continúa señalando que los movimientos contingentes son respuestas a los problemas especiales que aparecen en ciertas negociaciones. Así, las intervenciones para afrontar la cólera, el engaño, el regateo de mala fe, errores de comunicación, etc.

4.- EL USO DE LA MEDIACION EN EL DEPORTE

Aquellas situaciones donde eventualmente se pueden someter ciertas situaciones vinculadas al mundo del deporte, como derecho fundamental de la persona humana, a saber y de aplicación en el deporte local:

- Impagos a jugadores o técnicos;
- Destituciones de los entrenadores durante la temporada;
- Rescisión del contrato por parte de los jugadores;

10 SUMARIA BENAVENTE, Omar. Arbitraje, cultura y autoridad. La lógica organizativa del siglo XXI y la ADRS: Presupuesto, relación y espacio. En Nuevos Enfoques de la conciliación y arbitraje. Instituto Pacífico, Lima, 2016, pag. 376.

11 MOORE, C. El proceso de mediación, Granica, Buenos Aires, 1995, pag. 59-62

- Negociación de la cláusula de rescisión;
- Disputas entre directivos de diferentes clubes;
- Disputas entre aficiones de distintos equipos;
- Conflictos entre clubes, intermediarios y jugadores;
- Problemas entre las juntas directivas y los socios;
- Procesos electorales de clubes y federaciones;
- Conflictos con derechos de imagen de deportistas;
- Conflictos de clubes /SAD /Federaciones con proveedores y patrocinadores;
- Conflictos relacionados con la celebración e interpretación de contratos con deportistas, técnicos, entrenadores, delegados, personal sanitario, etc;
- Conflictos en materia de licencias,
- Controversias entre las federaciones y las ligas profesionales;
- Conflictos por uso compartido de instalaciones deportivas, traspasos de jugadores en categorías inferiores, etc.;
- Cumplimiento del régimen disciplinario.

5.- VENTAJAS DE LA MEDIACIÓN DEPORTIVA ¹²

Los sistemas judicial y de arbitraje, son alternativas poco flexibles en el ámbito deportivo y la mediación ofrece no solo una solución adaptada a las características del deporte del que se trate, sea de la categoría que sea, sino también un enfoque más relacionado con la cultura de la pacificación, enfoque más que necesario dentro de un entorno como el deportivo, tremendamente pasional y competitivo.

La mediación se adapta como un guante a la filosofía deportiva, ya que se comparten una serie de valores como la cooperación, la comunicación y el fomento de una cultura pacificadora y de respeto, con una diferencia: en la mediación ambas partes ganan.

¹² Tomado de la página Acción Mediación Deportiva. <https://www.accionmediacion.org/mediacion-deportiva/>.

- Superación del conflicto de forma pacífica sin deterioro de las relaciones entre las partes.
- Ahorro de tiempo y dinero frente a los procesos judiciales tradicionales y el arbitraje.
- Preserva la buena imagen de las partes (clubes, deportistas, técnicos ...) al garantizarse la confidencialidad.
- Se elimina el desequilibrio que pudiese existir gracias a la búsqueda de soluciones basadas en la voluntad de las partes y no en argumentaciones jurídicas o recursos económicos.
- Hay una participación más activa y menos formalista que en el arbitraje.
- Las soluciones son más eficaces y duraderas facilitadas por la flexibilidad del procedimiento de mediación y porque son las propias partes las que crean el acuerdo respetando la normativa vigente deportiva que ningún órgano competente federativo, administrativo o judicial diseñaría.
- Posibilidades de acuerdos parciales.
- GANAR-GANAR: Aquí todas las partes ganan.

6.- CONCLUSIONES

Tal como expresaba Arthur Meyer, la tarea del mediador no es sencilla. Solo existen cartas de navegación de los mares que recorre, y lo variable de las costas hace difícil reconocerlas. Es un artista solitario, que sólo cuenta con unas pocas estrellas como guía y depende de su capacidad personal para prever acontecimientos, razón por la cual mantiene, a pesar de tener un medio de origen distinto al arbitraje, una íntima relación con éste, pues busca tender un puente de plata entre aquellas partes en conflicto, diferenciándose del árbitro pues no resuelve directamente la controversia puesta a su consideración sino guía a las partes a una justa solución.

En consecuencia, como señala Galeote Muñoz, el mediador deberá asegurarse de que las partes se escuchan entre ellas y no sólo oyen una determinada información.

La primera es la que realiza en todas las disputas. Esta actuación está vinculada con el esquema general de desarrollo y resolución del conflicto.

La mediación se enarbola como una bandera que inspira al ciudadano de a pie a buscar soluciones con justicia social y equidad, respetando los valores y al contrario por más diferencias que puedan existir.

En esa misma línea de ideas, la mediación es una herramienta legal que un tercero llamado mediador utiliza para unir a los mediados, y tiende un puente de plata que les permite cruzar y encontrar un interés común. En consecuencia, el mediador no juzga, sólo cumple un rol de verbalizar el conflicto y colabora para que las partes alcancen a concretizar un pacto.

En definitiva, la mediación y la justicia ordinaria deben avanzar hacia una integración total en la cual los procedimientos judiciales utilicen las fórmulas autocompositivas dentro del proceso y la mediación pueda recibir casos que se deriven del sistema de justicia.¹³

7.- RECOMENDACIONES

El sentido de neutralidad nunca debe perderse al interior de la mediación. Esa tenue línea no debe ser cruzada por el mediador, incluso así las partes lo permitan. Es provechoso alcanzar un acuerdo común, pero sin perjuicio de invadir un espacio reservado a los mediados. Se recomienda que el mediador guarde siempre esa regla y la respete fielmente.

Una necesidad básica es que los abogados busquen favorecer una tutela efectiva de los derechos para garantizar una negociación adecuada de los intereses de las partes, no únicamente de su patrocinado.

El papel del abogado antes, durante y al finalizar la mediación donde imparte consejo y vuelca su conocimiento y experiencia en aras de colaborar con el mediador en su tarea, lo cual nunca debe involucrar un interés subalterno y menos fraudulento. Por ende, debe efectuar un análisis exhaustivo y valorar los medios probatorios en búsqueda de alternativas de acuerdo y alcanzarlas al mediador. En tal sentido, debe señalar a su cliente, las bondades de la mediación como mecanismo alternativo al judicial y las ventajas de arribar a una solución en tiempo celeré, con flexibilidad y a bajo coste.

Finalmente, seguir el cumplimiento del acuerdo y asesorar al patrocinado tras la culminación de la mediación.

¹³ <https://incip.org/wp-content/uploads/Sistemas-20-web-14-marzo-2017.pdf> (P. 70, último párrafo)

REFERENCIAS

LIBROS:

- CARBALLO MARTINEZ, G. Mediación administrativa.
- DIEGO VALLEJO R. y C. GUILLEN GESTOSO, Mediación.
- FISHER, R. -URY, W. Si de acuerdo, cit. Trad. Del inglés Getting to yes, Negotiating Agreement without, Giving in.
- FOLBERG J. y A. TAYLOR. Mediation: A. Comprehensive Guide.
- MOORE, C. El proceso de mediación, Granica, Buenos Aires, 1995.
- SUMARIA BENAVENTE, Omar. Arbitraje, cultura y autoridad. La lógica organizativa del siglo XXI y la ADRS: Presupuesto, relación y espacio. En Nuevos Enfoques de la conciliación y arbitraje. Instituto Pacífico, Lima, 2016.
- VAN DER HOFSTANDT, El libro de las habilidades de comunicación, 2 ed. Ediciones Diaz de Santos, 2005.
- VINYAMATA CAMP, E. Conflictología: teoría y práctica en resolución de conflictos, 1 Ed. Ariel, Barcelona, 2001.
- WILDE, Zulema -GAIBROIS, Luis, Que es la mediación, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1994, pag. 35, con cita de DEUTSCH, M. The Resolution of Conflict, Yale University Press, New Haven, 1973.

PAGINAS WEB:

- Acción Mediación Deportiva. <https://www.accionmediacion.org/mediacion-deportiva/>.
- <https://inecip.org/wp-content/uploads/Sistemas-20-web-14-marzo-2017.pdf>

DERECHO PENAL

FUNDAMENTOS DOGMÁTICOS SOBRE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y EL CRIMINAL COMPLIANCE PROGRAM DESDE EL ENFOQUE DE LA CRIMINOLOGÍA EMPRESARIAL

DOGMATIC FOUNDATIONS ON ARTIFICIAL INTELLIGENCE AND THE CRIMINAL COMPLIANCE PROGRAM FROM THE BUSINESS CRIMINOLOGY APPROACH

Hilmer Fernando Carranza Sánchez¹

Como herramienta en construcción, los Criminal Compliance Programs requieren de análisis y delimitaciones puntuales. Si bien, juristas y legisladores están inmersos en la ruta de su configuración acorde con el sistema jurídico, la aportación del experto en Criminología puede resultar muy oportuna. (Vidaurri, 2019, p.86)

Resumen:

La complejidad del fenómeno de la Delincuencia Empresarial, requiere la elaboración de nuevas teorías del delito, consecuencias jurídicas del delito y normas procesales idóneas y eficaces que coadyuven a implementar

1 Adscrito a Escuela Académico Profesional de Derecho y egresado de la Universidad Señor de Sipán, Pimentel, Perú. Correo electrónico institucional: csanchezhilme@crece.uss.edu.pe Asimismo, Participante aprobado del Curso “Criminología y Respuesta Penal” organizado por la Dirección de Política Criminológica - Dirección General de Asuntos Criminológicos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Perú (2018), así como del “Taller de Compliance Práctico online” (II Edición) Organizado por DOCRIM - Una Spin Off de la Universidad de Granada (España: Abril 2020) e Investigador Ordinario de la Escuela Filoneista de Derecho - EFIDE.

un auténtico Derecho Penal y Procesal Penal de las Personas Jurídicas, teniendo como referencia para ello, la doctrina aceptada mayoritariamente por ostentar de evidencia científica. (Se recomienda organizar idea) Finalmente, resulta necesario también, esbozar fundamentos dogmáticos sobre la Inteligencia Artificial y el Criminal Compliance Program desde el enfoque de la Criminología Empresarial, con la finalidad de prevenir, detectar y sancionar eficazmente conductas delictivas tanto al interior como (al) exterior de la empresa.

Abstract

The complexity of the phenomenon of Business Crime requires the development of new theories of crime, legal consequences of crime and suitable and effective procedural rules that help to implement an authentic Criminal Law and Criminal Procedure of Legal Persons, having as a reference for this, the doctrine accepted by the majority for having scientific evidence. Finally, it is also necessary to outline dogmatic foundations on Artificial Intelligence and the Criminal Compliance Program from the point of view of Business Criminology, in order to effectively prevent, detect and punish criminal conduct both inside and outside the company.

Palabras Clave

Inteligencia Artificial, Compliance, Criminal Compliance, Criminología Empresarial y Personas Jurídicas.

Keywords

Artificial Intelligence, Compliance, Criminal Compliance, Business Criminology and Legal Persons.

I. INTRODUCCIÓN.

En el contexto actual, es sabido que la Inteligencia Artificial es la ciencia encargada de la creación y/o producción de programas y máquinas inteligentes con el objetivo de entender la inteligencia de los seres humanos en el sentido de realizar cosas comparadas con las que realizan las Personas. (Se sugiere reorganizar idea)

Nótese que con la IA se logra realizar análisis sofisticados que coadyuvan (debe decir coadyuva) la labor de los Profesionales en Compliance (factor humano), permitiendo utilizar información en tiempo real de los riesgos detectados por el Sistema basado en Inteligencia Artificial que cuente la Empresa, destacando con ello la interacción existente con los Compliance Programs.

Ahora bien, entiéndase que el Compliance, significa comportarse de conformidad con lo dispuesto en el derecho vigente, presentándose como

solución ante riesgos de índole operativo y jurídico de las empresas, debiéndose implementar conforme al diseño, aplicación, control y seguimiento que demanda todo Compliance Program. Por su parte, el Criminal Compliance Program, consiste en desplegar al interior de determinada organización un amplio espectro de medidas que contribuyan a mitigar eficazmente la probabilidad de que los miembros inmersos en dicha organización cometan delitos. (Debería ir un punto y coma en vez del punto) Cumpliendo con ello, tres funciones que caracterizan todo Criminal Compliance Program, a saber: Función de Prevención, Detección, y, Represión.

Por tales motivos, la vinculación entre los Criminal Compliance Programs y la Criminología, (no va la coma) resulta ser viable, pues, los Criminólogos ostentan(otro sinónimo) de la experiencia en modelar programas, acciones y estrategias que busquen prevenir el delito, lo cual perfectamente puede ser implementada al interior de una empresa, ello con la finalidad de prevenir el fenómeno de la criminalidad empresarial. Siendo necesario requerir la elaboración de Nuevas Teorías del delito, Consecuencias Jurídicas del delito y Normas procesales idóneas y eficaces que coadyuven a implementar un verdadero Derecho Penal y Procesal Penal de las Personas Jurídicas sin perder de vista también (se recomienda suprimirse) el enfoque Criminológico y el ámbito de actuación de los Compliance Programs. En consecuencia, también es viable la interacción entre la Inteligencia Artificial y los Criminal Compliance Program, pues, ambas disciplinas desempeñan un rol fundamental y nuevo objetivo de estudio para los conocimientos de la Criminología, específicamente el de la Criminología Empresarial.

En tal sentido, se buscará entender la necesidad de requerir la elaboración de Nuevas Teorías del delito, Consecuencias Jurídicas del delito y Normas procesales idóneas y eficaces que coadyuven a implementar un verdadero Derecho Penal y Procesal Penal de las Personas Jurídicas, teniendo en cuenta como referencia la doctrina aceptada mayoritariamente por ostentar de evidencia científica. Advirtiendo, sin embargo, que, dada la complejidad del fenómeno, es necesario superar obstáculos metodológicos, epistemológicos, financieros y políticos.

1. INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y SU INTERACCIÓN CON LOS COMPLIANCEPROGRAMS

a.1. Delimitación conceptual y Objetivo de la Inteligencia Artificial

En lo concerniente a la delimitación conceptual, Hernández citando al Diccionario de la Real Academia Española, señala que la Inteligencia Artificial es la “disciplina científica que se ocupa de crear programas informáticos que ejecutan operaciones comparables a las que realiza la mente humana, como el aprendizaje o el razonamiento lógico” (2019, p. 795).

Aunado a ello, McCarthy Jhon (1959) citado en Hernández (2019, p. 795) afirma que la Inteligencia Artificial es la ciencia e ingenio de hacer máquinas inteligentes, especialmente programas de cómputo inteligentes. Está relacionada con la tarea que consiste en el uso de ordenadores para entender la inteligencia humana, pero no se limita únicamente a criterios observables biológicamente, sino que va más allá.

Por su parte, Minsky Marvin (s.f) citado en Hernández (2019, p. 795) entiende que la Inteligencia Artificial es la ciencia de hacer que las máquinas hagan cosas que requerirían inteligencia si las hicieran las personas.

Ahora bien, respecto al Objetivo de la Inteligencia Artificial, el Comité Económico y Social Europeo señala que el objetivo fundamental que persigue esta disciplina es: “La automatización de comportamientos inteligentes como razonar, recabar información, planificar, aprender, comunicar, manipular, observar e incluso crear, soñar y percibir” (Hernández, 2019, p. 796).

Para Bourcier (2003) citada en Hernández (2019, p. 796) los objetivos de la Inteligencia Artificial son dos: Servirse de la máquina para probar las funciones cognitivas del hombre e Intentar reproducir los mecanismos humanos.

En consecuencia, se afirma entonces que la Inteligencia Artificial es la ciencia encargada de la creación y/o producción de programas y máquinas inteligentes con el objetivo de entender la inteligencia de los seres humanos en el sentido de realizar cosas comparadas con las que realizan las Personas, tales como: Aprender o Razonar de manera lógica.

a.2. Inteligencia Artificial en el Ámbito Jurídico

Resulta notable destacar el rol que desempeña la Inteligencia Artificial en el ámbito jurídico, así Gartner, en su informe “CoolVendors en AI for Legal Affairs, 2017”, ofrece una definición de inteligencia artificial legal, entendiendo que:

Es el conjunto de todos aquellos sistemas expertos tales como el procesamiento de lenguaje natural, las redes neuronales profundas o el aprendizaje automático aplicados en tareas legales como el análisis de un contrato, la preparación de una estrategia procesal o la investigación legal, con la finalidad de automatizar la tarea y mejorar la toma de decisiones. (Hernández, 2019, p. 797)

En tal sentido, del concepto antes esbozado se resalta lo referido al Sistema Experto Jurídico, el cual, según Hernández, es considerado como un “Programa capaz de responder como lo haría un jurista” (2019, p. 797).

Para Pedrera (2003) citado en Hernández (2019, p.797) el Sistema Experto Jurídico, es el programa jurídico que ante una situación jurídica da respuesta y solución al problema de acuerdo con la ley.

En el mismo orden de ideas, Bourcier (2003) citada en Hernández (2019, p. 797) menciona que las características que posee el Sistema Experto Jurídico son cuatro, a saber: Sistema de asistencia a la decisión (...), Se rige por reglas jurídicas, (...) Trata cuestiones de derecho (...), y, Proporciona un resultado válido y justificable jurídicamente.

Por tal motivo, cabe precisar que la Inteligencia Artificial ostenta de un rol fundamental en el ámbito jurídico, pues tal como se ha expuesto anteriormente, en dicho sector se emplea el Sistema Experto Jurídico capaz de procesar información de carácter legal y pronosticar decisiones válidas y justificadas jurídicamente, similares a las que puede realizar el Jurista con sujeción a los parámetros y/o reglas establecidos en la Ley.

a.3. Interacción entre la Inteligencia Artificial y los Compliance Programs

Para abordar correctamente lo referido a la interacción entre la Inteligencia Artificial y los Compliance Programs, debe advertirse lo siguiente:

Las dos tecnologías principales que están alterando la industria del Compliance en la actualidad, son la Inteligencia Artificial (IA) y el

Machine Learning (ML, aprendizaje automático). En contra de lo que comúnmente se piensa, este tipo de tecnología no está pensada para reemplazar a los humanos en su trabajo. (World Compliance Association, s.f.)

Ante ello, la World Compliance Association, en su publicación denominada “Cómo la Inteligencia Artificial está influyendo en el futuro del Compliance” señala que:

La Inteligencia Artificial puede realizar análisis sofisticados, como detectar anomalías, optimizar rutas, reconocer la voz y sus inflexiones y personalizar el contenido. Gracias a esto, tiene el potencial de reducir costes y aumentar la eficiencia en la administración de riesgos de terceros, dando a los empleados la libertad de desempeñar sus trabajos de manera más efectiva. Por ejemplo, si un empleado o una región determinada están realizando gastos excesivamente altos. Esto podría ayudar a automatizar el proceso de evaluación de riesgos, que aun así debería estar supervisado por expertos de análisis de datos para hacer más eficiente la Inteligencia Artificial. (s.f.)

En consecuencia, debe resaltarse que los beneficios potenciales de estas tecnologías emergentes para los profesionales del Compliance son notables. Por ejemplo, un sistema basado en la Inteligencia Artificial puede prever posibles problemas antes de que realmente se conviertan en problemas. Sin embargo, el elemento más importante para que un sistema de este tipo prospere es el factor humano. Para traducir los conocimientos adquiridos del sistema en oportunidades operativas, se necesitan profesionales con experiencia en Compliance para interpretar datos, tomar medidas y mejores decisiones al utilizar información en tiempo real. (World Compliance Association, s.f.)

En el mismo orden de ideas, Plus Comply, argumenta lo siguiente:

En medio de un ambiente regulatorio que exige cada vez más efectividad, surge la denominada Tecnología Regulatoria (Reg Tech), como esperanza para la industria financiera, ya que el desarrollo de Software inteligentes puede aumentar la eficiencia de los Programas de Cumplimiento, con la finalidad de evitar elevadas multas y reducir significativamente los costos de personal. (2019)

En tal sentido, resulta necesario destacar la interacción que existe entre la Inteligencia Artificial y los Compliance Programs, debido a que con la IA se logra realizar análisis sofisticados que coadyuvan la labor de los Profesionales en Compliance (factor humano) pues les permitirá utilizar información en tiempo real de los riesgos detectados por el Sistema basado en Inteligencia Artificial que cuente la Empresa, con la finalidad de optar por mejores decisiones, aumentando la eficacia y transparencia, con el fin de evitar la imposición de sanciones que acarree el menoscabo reputacional de determinada empresa afectada por aquella acción perjudicial.

2. COMPLIANCE, CRIMINAL COMPLIANCEPROGRAM, Y CRIMINOLOGÍA.

2.1. Compliance

Según Rotsch (2015) citado en Clavijo (2016, p. 25) el concepto Compliance en el derecho, en un sentido bastante básico, significa “*to be in compliance with the law*”, es decir, comportarse en conformidad con el derecho vigente.

Por su parte, Caro, refiriéndose al Compliance, señala que:

(...) Se presenta como solución ante los riesgos operativos y legales de las empresas. Pues, en los últimos cinco años, empresas y empresarios vienen sintiendo la demanda e incluso presión de sus socios, proveedores y clientes para implementar modelos o programas de compliance en sus organizaciones. Buscando evitar Riesgos de índole *Personal* de los funcionarios, de verse involucrados en procesos penales; *Patrimonial* de la empresa, de ser pasible de embargos de sus bienes y subsecuentemente de pagar el monto de la Reparación Civil; y, *Societario* a la empresa que puede ser pasible, provisional y definitivamente de la suspensión temporal o definitiva de sus actividades, el cierre de locales o incluso la disolución de la empresa. Situación generada e impulsada como consecuencia de la entrada en vigencia de la Ley de Responsabilidad Administrativa de las Personas Jurídicas, cuyos alcances son de índole penal. (2019, pp. 120-121)

Debiendo advertir que la implementación de los Compliance Programs, según Caro, comprende: “*Diseño del programa* aprobado por la dirección de la empresa; *Aplicación del programa* para lograr su materialización y fines preventivos; y, *Control y seguimiento*” (2019, p. 7).

No obstante, Aránguez, respecto al Compliance, sostiene lo siguiente:

El Compliance es “un traje a medida” y lo primero que tiene que saber un sastre es cuál es el objetivo del encargo, si va a hacer un vestido de novio o una equipación deportiva. Por supuesto, el siguiente paso será tomar medidas y adaptarse a la talla y gustos de la persona que le ha hecho el encargo; es decir, cada entidad requiere un sistema de cumplimiento distinto, especialmente adaptado a ella. Recuérdese que el Compliance es autorregulación, aunque esa autorregulación sea promovida por la amenaza de sufrir una sanción penal. La voluntad de establecer o no un programa de compliance penal es el equivalente al libre albedrío del comportamiento humano. (2020, pp. 1-4)

Ante dicha ilación de ideas, García, argumenta que:

El modelo de prevención debe contener medidas de vigilancia y control idóneos para prevenir el delito o para reducir significativamente el riesgo de su comisión. Por ende, el llamado sistema de cumplimiento normativo (compliance) pone de manifiesto que la persona jurídica se encuentra debidamente organizada, por lo que no debería ser responsabilizada por el delito cometido por su directivo, representante o trabajador. (2019, p. 77)

En tal sentido, Aránguez, recomienda huir de los “compliancepapers”, es decir, “descargar de internet un presunto manual de cumplimiento estereotipado, cambiar únicamente el nombre de la entidad (...), imprimirlo a todo color, encuadernarlo pomposamente y colocarlo en una estantería de la oficina hasta olvidar su existencia. Eso simplemente no es compliance” (2020, p. 3). Así también coincide, García, al manifestar que:

La adopción del compliance es un tema operativo que debe ser llevado a cabo correctamente, si es que se quiere asegurar el efecto exoneratorio de la responsabilidad penal. En efecto, si es que el sistema de cumplimiento normativo no es implementado en la empresa de manera adecuada, entonces no se podrá sostener que esta se encuentra debidamente organizada o que sus directivos han cumplido cabalmente con su deber de control o supervisión. Importante es, por lo tanto, determinar cómo debe instituirse este compliance para que sea idóneo. (2019, p. 78)

De manera concreta, se exige que el modelo de prevención de delitos cumpla con los siguientes requisitos: i) Persona u órgano nombrado por la persona jurídica que ejerza la función de auditoría interna de prevención con recursos y personal para cumplirla adecuadamente; ii) Medidas preventivas que identifiquen las actividades o los procesos de la persona jurídica que generen o incrementen los riesgos de comisión de delitos, establezcan los procesos específicos que permitan prevenir su realización, identifiquen los procesos de administración y auditoría de los recursos financieros que permitan su utilización en la comisión de los delitos, y que instauren sistemas de denuncia que protejan al denunciante y permitan la detección y sanción interna de los trabajadores o directivos que incumplan el modelo de prevención; y iii) Mecanismo de difusión y supervisión interna del modelo de prevención. (García, 2019, pp. 78-79)

En consecuencia, Aránguez, afirma que el Sistema de Compliance tiene el siguiente objetivo:

Que el carácter de la Persona Jurídica sea cumplidor, respetuoso siempre con las normas, e incluso si se desea puede servir para autoimponerse carácter, valores y ética que vaya mucho más allá de sus obligaciones legales. Conviene ahora destacar que ese carácter de la persona jurídica se plasma especialmente en su Código Ético, y en general en el nivel de exigencia del sistema de cumplimiento normativo que una determinada empresa está dispuesta a asumir. (2020, p. 5)

Por consiguiente, queda establecido que el Compliance, es comportarse de conformidad con lo dispuesto en el derecho vigente, presentándose como solución ante riesgos de índole operativo y jurídico de las empresas, debiéndose implementar conforme al diseño, aplicación, control y seguimiento que demanda todo ComplianceProgram. Advirtiendo que no se debe recurrir a descargar en internet Programas de Cumplimiento para después proceder a editarlos e “implementarlos” en determinada empresa, pues ello, sencillamente no es Compliance. Debido a que, cada entidad requiere un sistema de cumplimiento distinto, adaptado a ella. Todo ello con el objetivo de cumplir y respetar normas, coadyuvado también, de la autoimposición de caracteres, valores y ética que aspire trascender a obligaciones de índole legal impuestas por cada empresa.

2.2. Criminal Compliance

Para Aránguez, el Criminal Compliance o Modelo de prevención de delitos, consiste en:

Impulsar dentro de una organización un amplio conjunto de medidas que tiendan a disminuir eficazmente la probabilidad de que algún miembro de dicha entidad pueda realizar un delito aprovechándose de dicha estructura jurídica. Tratándose por ende, de una herramienta organizativa que cumple tres funciones principales: Prevención de delitos (función preventiva), Detección (función de detección), y, Eficaz sanción y/o denuncia a las autoridades correspondientes para que si lo estiman oportuno inicien una investigación penal (función represiva). (2020, p. 1)

Por su parte, García (2014) citado en Zaffaroni y Dias (2019, pp.65-66) señala que el Criminal Compliance es una especie del ComplianceProgram, que pretende que las personas jurídicas prevengan la comisión de delitos por sus socios, agentes y representantes, evitando sanciones que la perjudicarían. De este modo, reafirmarían la fidelidad a las normas por parte de la corporación.

Asimismo, Ontiveros (2018) citado en Vidaurri (2019, pp. 78-79) señala que el Criminal Compliance es el Programa de prevención del delito, diseñado e implementado al interior de una organización, cuya finalidad es excluir de responsabilidad penal al ente colectivo. Se configura por una diversidad de directrices, protocolos, manuales, directivas y estándares de cumplimiento de la legalidad que, derivados de un profundo diagnóstico de riesgos, generan las condiciones para que la actuación de la organización sea considerada acorde al ordenamiento jurídico.

Nótese, sin embargo, que estos “programas de cuidado penal tienen altos costos de implementación, lo que en la práctica impide que pequeñas y medianas empresas mayormente de capital local los desarrollen, convirtiéndose en un privilegio de las grandes corporaciones y, en especial, de las transnacionales” (Zaffaroni y Dias, 2019, p. 66). Refiriendo con ello la Selectividad que realiza el Criminal Compliance.

Por ende, Zaffaroni y Dias, advierten lo siguiente:

La presencia del Criminal Compliance en la corporación adquiere relevancia penal directa en el supuesto de comisión de algún delito

empresarial, porque influye en los criterios de imputación, dado que se lo considera un indicio de máximo cuidado preventivo. De este modo, las corporaciones cuentan a su favor con un elemento procesal que reduce su vulnerabilidad a la criminalización, al que, por su costo, no pueden acceder las empresas de menor dimensión. En realidad, el criminal compliance no deja de ser un asesoramiento para que las corporaciones se deslicen por los bordes de los tipos penales, sin caer en ellos. (2019, p. 66)

Ante lo expuesto, entiéndase que el Criminal Compliance Program, consiste en desplegar al interior de determinada organización un amplio espectro de medidas que contribuyan a mitigar eficazmente la probabilidad de que los miembros inmersos en dicha organización cometan delitos. Cumpliendo con ello, tres funciones que caracterizan todo Criminal Compliance Program, a saber: Función de Prevención, Detección, y, Represión. No obstante, es de entender también que no todas las empresas ostentan de capital suficiente para implementar determinado Criminal Compliance Program al interior de ella, por ende, se concluye que existe selectividad en su incorporación.

2.3. Criminal Compliance Programs y su vinculación con la Criminología

En lo concerniente a la vinculación de los Criminal Compliance Programs con la Criminología, Vidaurri, manifiesta que:

Si en algo son expertos los criminólogos es, justamente, en el diseño de programas, acciones y estrategias de prevención del delito. Al punto, no resulta extraño o ajeno vincular el Criminal Compliance Program con el quehacer criminológico. Con el establecimiento de aquel programa antes citado, se busca excluir de responsabilidad penal a la empresa, lo cual ubica a este instrumento en una conveniente perspectiva ex ante, esto es, adelantándose a los eventos delictivos que pudieran ocasionar trastornos o afectaciones relevantes para la organización empresarial. Por sus objetivos, contenido y alcances se sostiene, en definitiva, que es una herramienta indispensable en la empresa, cualquiera que sea su naturaleza, tamaño o pretensión. Y se sostiene también que su configuración, implementación, desarrollo y evaluación puede quedar a cargo del criminólogo especializado en la materia. (2019, p. 80)

Por tal razón, entre la Criminología y el Criminal Compliance Program existen amplias posibilidades de interacción. La fortaleza conceptual, teórica y de la experiencia práctica propia de la disciplina criminológica constituyen elementos insustituibles en el diseño e implementación de acciones estratégicas de índole preventiva del delito y la conducta antisocial; de este modo, la adaptación al espacio empresarial del saber criminológico suma positivamente cuando se trata de definir medidas de protección del patrimonio de la organización, al tiempo que se adelanta a eventuales afectaciones al mismo. Como herramienta en construcción, los Criminal Compliance Programs requieren de análisis y delimitaciones puntuales. Mientras aquello sucede, se impone preparar el terreno perfeccionando y consolidando dicho esquema (...). Empeño que, con toda certeza, será conquistado con el acompañamiento impetuoso de la ciencia criminológica. (Vidaurri, 2019, p. 86)

En tal sentido, es notable que la vinculación entre los Criminal Compliance Programs y la Criminología resulta ser viable, pues tal como se ha manifestado precedentemente, los Criminólogos ostentan de la experiencia en modelar programas, acciones y estrategias que busquen prevenir el delito, lo cual perfectamente puede ser implementada al interior de una empresa, ello con la finalidad de prevenir el fenómeno de la criminalidad empresarial. Recuérdese que con el Criminal Compliance Program, se busca mitigar eficazmente la probabilidad de comisión de delitos al interior de la empresa. En consecuencia, no cabe duda que los saberes de la Criminología prontamente conquistarán el diseño e implementación de los Criminal Compliance Programs desde dicho enfoque.

Adviértase también que la Responsabilidad Penal Internacional de las Empresa (DEBE IR EN PLURAL), es una realidad que conlleva a entender la presencia de la criminalidad en el ámbito empresarial y por ende urge la necesidad de contenerla en base a fundamentos dogmáticos bien estructurados. Pues, la Política Criminal impulsada actualmente respecto a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas ha llegado para implantarse y cambiar paradigmas históricos. Siendo necesario requerir la elaboración de Nuevas Teorías del delito, Consecuencias Jurídicas del delito y Normas procesales idóneas y eficaces que coadyuven a implementar un verdadero Derecho Penal y Procesal Penal de las Personas Jurídicas sin perder de vista también el enfoque Criminológico y el ámbito de actuación de los Compliance Programs.

3. ESPECIALIZACIÓN DE LA CRIMINOLOGÍA: CRIMINOLOGÍA EMPRESARIAL

Antes de abordar lo referido a la Criminología Empresarial, debe mencionarse que la Criminología en sentido estricto, según Vidaurri:

Tiene como principal función la de proporcionar conocimientos seguros y contrastados sobre el crimen, la persona del delincuente, la víctima y los diversos mecanismos de control social. Por ende, se la identifica como una actividad científica, cuyos análisis no se basan en la intuición o el subjetivismo, sino que, por el contrario, a la hora de estudiar el fenómeno criminal lo hace con técnicas adecuadas, básicamente, empíricas, siguiendo una metodología interdisciplinaria, es decir, considerando las aportaciones surgidas de otros campos del saber humano. (2019, p. 73)

En la misma línea de ideas, Von Liszt (citado en Cid & Larrauri, 2001; Valer, 2018) enfatiza que la importancia de la criminología como disciplina empírica, radica en que esta proporciona el conocimiento sobre la realidad del delito, en base a la cual se elaboran los programas de política criminal, por lo que su estudio sigue siendo trascendental para comprender el fenómeno delictual, las causas que lo originan, y de esta manera, diseñar Políticas Criminales más eficaces. (Carranza, 2020, p. 6)

Notándose entonces que la “Criminología es una disciplina que tiende a la especialización, ello con la finalidad de brindar propuestas específicas sobre un aspecto problemático en particular, que abordan, por ejemplo, temas relacionados con el medio ambiente o el ámbito laboral, educativo, sanitario, etc” (Vidaurri, 2019, p. 74).

Valer, advierte que en el devenir de la ciencia criminológica se han desarrollado teorías sobre la génesis de la delincuencia; siendo trascendental en el plano de la criminalidad económica los aportes de la Escuela de Chicago (teniendo como máximo exponente a: Edwin H. Sutherland), al ser pionera en el estudio de la delincuencia de las clases sociales altas que ostentan poder político y económico. (Carranza, 2020, p. 6)

Por consiguiente y frente a esta situación cualquier Estado de Derecho tiene la obligación moral de desplegar los recursos necesarios para combatir y prevenir esta clase de crímenes, que ponen en riesgo la estructura democrática del país. Uno de esos recursos es precisamente la ciencia de

la criminología, que puede proporcionar una comprensión del fenómeno de la corrupción respecto a su origen, complejidad, sus nexos con la criminalidad económica y criminalidad organizada (...). Pues “los delitos de cuello blanco son conductas sumamente gravosas para la sociedad, por lo que su estudio desde la óptica criminológica es más que necesario para hacerle frente, debido a que ello conllevaría a diseñar políticas criminales eficaces” (Valer citado en Carranza, 2020, p. 7).

No obstante, Nieto, sostiene que:

La más fructífera, y prometedora, es la aproximación a la delincuencia económica que se conoce como delito corporativo (corporate crime), que sitúa el foco de la investigación en el hecho de que el delito se comete en el interior de una empresa o colectivo y se realiza a su favor. (2018, p. 41)

En tal sentido, la utilidad de la criminología a la hora de desarrollar políticas públicas para la prevención de la criminalidad empresarial debiera ser tan importante como la que se tiene en el diseño de prevención de la delincuencia juvenil. De hecho, la explicación que se propone desde el punto de vista del delito corporativo, en el que los acentos se ponen en el grupo, resulta esencial para entender la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y la importancia cada vez mayor de los programas de cumplimiento normativo (...). Los modelos de prevención y detención constituyen la forma en que se contrarrestan los factores criminógenos que aparecen en el interior del grupo. La importancia de los códigos éticos y la formación en valores dentro de la entidad deben constituir un contrapeso a las técnicas de neutralización, fomentando una cultura de la legalidad (...). (Nieto, 2018, p. 45)

En dicho orden de ideas, es lógico que las empresas requieren para su funcionamiento de una multiplicidad de personas expertas en diferentes materias, entre otras: contables, económicas, jurídicas, administrativas, del desarrollo organizacional, a las que se suma la Criminología, en tanto auténtica disciplina poseedora del conocimiento y las técnicas más adecuadas para la prevención y control de la criminalidad. Los daños económicos que causa el delito a las empresas son considerables, debido a la pérdida de la necesaria confianza en las instituciones, aspecto sin duda indispensable para el buen desarrollo de la actividad productiva. Por ende, la aplicación del saber criminológico en el sector productivo servirá, en términos generales,

no sólo para identificar el origen de riesgos o daños patrimoniales, sino que también resultará útil para prevenir conductas delictivas o desleales, lo que, en efecto, no parece poco. (Vidaurri, 2019, p. 75)

Así, la Criminología Empresarial, según Vidaurri, es definida como:

La vertiente especializada de la Criminología que tiene a la empresa como objeto de estudio e intervención, con la finalidad de definir e instrumentar estrategias preventivas y acciones puntuales respecto de conductas delictivas o desleales que afecten o pongan en riesgo los intereses patrimoniales, científicos y tecnológicos de aquélla. (2019, p. 76)

Por su parte, Prieto (2016) sostiene que la Criminología Corporativa es la especialización que tiene como propósito gestionar la seguridad integral de las organizaciones y sus integrantes a través de la identificación, medición, control y prevención de los eventos delictivos o nocivos que tiene lugar en el contexto socio-laboral. Su objetivo es brindar seguridad a las personas, preservar los bienes, gestionar los riesgos y aumentar la rentabilidad disminuyendo los costos por efectos nocivos de la criminalidad o las amenazas internas y externas. Mediante el entendimiento del comportamiento humano, el análisis de infraestructura y entorno, los procesos, reglas y costumbres y todos aquellos factores que pueden propiciar un comportamiento antisocial o por el contrario, prevenirlo. (p. 1)

“Tal conceptualización constituye el marco de actuación del Criminólogo en el sector empresarial, estableciendo el objeto, finalidades y funciones perseguidas” (Vidaurri, 2019, p. 76).

En consecuencia, el Criminólogo que aplica sus conocimientos en el ámbito empresarial pondrá atención en el individuo y su proceder delictivo contra o desde la empresa, así como que tan grave es la conducta cometida, las probables consecuencias y afectaciones que la misma conlleva, las sanciones que amerita su proceder; procediendo a verificar las áreas de oportunidad y las posibilidades de eliminar los riesgos de victimización y la vulnerabilidad de la empresa, impulsando medidas de corrección y prevención; y, finalmente, evaluar qué medidas de control deben ser activadas o utilizadas ante el problema detectado. (Vidaurri, 2019, p. 77)

Por tales motivos, es importante resaltar que la Criminología Empresarial como especialización de la Criminología, tiene como objeto de análisis

y estudio a la empresa, con el fin de establecer medidas y estrategias que prevengan conductas delictivas y por ende pongan en inminente riesgo, intereses de índole patrimonial, científico y tecnológico de la organización empresarial. Recalcando que los saberes de la Criminología son de utilidad práctica para el correcto desenvolvimiento y continuidad de la empresa, estableciéndose con ello, el objeto, finalidades y funciones perseguidas por el Criminólogo en el ámbito empresarial. En consecuencia, si es viable la interacción entre la Inteligencia Artificial y los Criminal Compliance Program, pues, ambas disciplinas desempeñan un rol fundamental y nuevo objetivo de estudio para los conocimientos de la Criminología, específicamente desde el enfoque de la Criminología Empresarial.

II. CONCLUSIONES

La Inteligencia Artificial es la ciencia encargada de la creación y/o producción de programas y máquinas inteligentes con el objetivo de entender la inteligencia de los seres humanos en el sentido de realizar cosas comparadas con las que realizan las Personas, tales como: Aprender o Razonar de manera lógica. Además de ello, ostenta de un rol fundamental en el ámbito jurídico, pues, en dicho sector se emplea el Sistema Experto Jurídico capaz de procesar información de carácter legal y pronosticar decisiones válidas y justificadas jurídicamente, similares a las que puede realizar el Jurista con sujeción a los parámetros y/o reglas establecidos en la Ley.

En lo concerniente a la interacción que existe entre la Inteligencia Artificial y los Compliance Programs, resulta necesario destacarlo debido a que con la IA se logra realizar análisis sofisticados que coadyuvan la labor de los Profesionales en Compliance (factor humano) pues les permitirá utilizar información en tiempo real de los riesgos detectados por el Sistema basado en Inteligencia Artificial que cuente la Empresa, con la finalidad de optar por mejores decisiones, aumentando la eficacia y transparencia, con el fin de evitar la imposición de sanciones que acarree el menoscabo reputacional (se sugiere decir: menoscabo en la reputación) de determinada empresa afectada por aquella acción perjudicial.

Queda establecido también que el Compliance, es comportarse de conformidad con lo dispuesto en el derecho vigente, presentándose como solución ante riesgos de índole operativo y jurídico de las empresas, debiéndose implementar conforme al diseño, aplicación, control y seguimiento que demanda todo Compliance Program. Advirtiéndose que no se

debe recurrir a descargar en internet Programas de Cumplimiento para después proceder a editarlos e “implementarlos” en determinada empresa, pues ello, sencillamente no es Compliance. Debido a que, cada entidad requiere un sistema de cumplimiento distinto, adaptado a ella. Todo ello con el objetivo de cumplir y respetar normas, coadyuvado también, de la autoimposición de caracteres, valores y ética que aspire trascender a obligaciones de índole legal impuestas por cada empresa.

Por su parte, el Criminal Compliance Program, consiste en desplegar al interior de determinada organización un amplio espectro de medidas que contribuyan a mitigar eficazmente la probabilidad de que los miembros inmersos en dicha organización cometan delitos. Cumpliendo con ello, tres funciones que caracterizan todo Criminal Compliance Program, a saber: Función de Prevención, Detección, y, Represión. No obstante, es de entender también que no todas las empresas ostentan de capital suficiente para implementar determinado Criminal Compliance Program al interior de ella, por ende, se concluye que existe selectividad en su incorporación.

Respecto a la vinculación entre los Criminal Compliance Programs y la Criminología, ello si resulta ser viable, pues, los Criminólogos ostentan de la experiencia en modelar programas, acciones y estrategias que busquen prevenir el delito, lo cual perfectamente puede ser implementada al interior de una empresa, ello con la finalidad de prevenir el fenómeno de la criminalidad empresarial. Recuérdese que con el Criminal Compliance Program, se busca mitigar eficazmente la probabilidad de comisión de delitos al interior de la empresa. En consecuencia, no cabe duda que los saberes de la Criminología prontamente conquistarán el diseño e implementación de los Criminal Compliance Programs desde dicho enfoque.

Así también, debe advertirse que la Responsabilidad Penal Internacional de las Empresa, es una realidad que conlleva a entender la presencia de la criminalidad en el ámbito empresarial y por ende urge la necesidad de contenerla en base a fundamentos dogmáticos bien estructurados. Pues tal como se ha mencionado anteriormente, la Política Criminal impulsada actualmente respecto a la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas ha llegado para implantarse y cambiar paradigmas históricos. Siendo necesario requerir la elaboración de Nuevas Teorías del delito, Consecuencias Jurídicas del delito y Normas procesales idóneas y eficaces que coadyuven a implementar un verdadero Derecho Penal y Procesal Penal de las

Personas Jurídicas sin perder de vista también el enfoque Criminológico y el ámbito de actuación de los Compliance Programs.

Finalmente, es importante resaltar que la Criminología Empresarial como especialización de la Criminología, tiene como objeto de análisis y estudio a la empresa, con el fin de establecer medidas y estrategias que prevengan conductas delictivas y por ende pongan en inminente riesgo, intereses de índole patrimonial, científico y tecnológico de la organización empresarial. Recalcando que los saberes de la Criminología son de utilidad práctica para el correcto desenvolvimiento y continuidad de la empresa, estableciéndose con ello, el objeto, finalidades y funciones perseguidas por el Criminólogo en el ámbito empresarial. En consecuencia, si es viable la interacción entre la Inteligencia Artificial y los Criminal Compliance Program, pues, ambas disciplinas desempeñan un rol fundamental y nuevo objetivo de estudio para los conocimientos de la Criminología, específicamente desde el enfoque de la Criminología Empresarial.

III. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Ambos, K. (2018). *Fundamentos de la responsabilidad penal internacional de las empresas*. Alemania: Zeitschrift für Internationale Strafrechts dogmatik (ZIS). Disponible en www.zis-online.com
- Aránguez, C. (2020). *Taller de Compliance Práctico Online* (Segunda edición). Granada, España: División Operativa de Criminalística (DOCRIM).
- Caro, D. (2019). *Gobierno Corporativo: Los diez mitos del Corporate Compliance*. Lima, Perú: Semana Económica.
- Caro, D. (2019). *Régimen Penal de los Atentados contra la Seguridad y Salud en el Trabajo*. Lima, Perú: Caro & Asociados y CEDPE.
- Caro, D. (2019). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Perú y los criminal compliance programs como atenuantes y eximentes de la responsabilidad penal de la persona jurídica*. Lima, Perú: Gaceta Penal & Procesal Penal N° 123.
- Carranza, H. (2020). *La Corrupción en el Perú y sus efectos en los Derechos Humanos: Un enfoque criminológico de la delincuencia económica*. Lima, Perú: Derecho Penal Genial.

- Clavijo, C. (2016). *Criminal Compliance y Sistema Penal en el Perú* (Tesis para optar el Título de Abogado). Lima, Perú: Pontificia Universidad Católica del Perú (PUCP).
- García, P. (2019). *La lucha contra la criminalidad organizada en el Perú: La persecución del patrimonio criminal, el lavado de activos y la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. Lima, Perú: Fondo editorial del Poder Judicial del Perú.
- Hernández, M. (2019). *Inteligencia Artificial y Derecho Penal*. Actualidad Jurídica Iberoamericana N° 10.
- Nieto, A. (2018). *Introducción al Derecho Penal Económico y de la Empresa*. Madrid, España: DYKINSON.
- PlusComply (2019). *Regtech presente y futuro de la IA aplicada al Compliance*. Florida, Estados Unidos. Disponible en <https://pluscomply.com/?project=regtech-presente-y-futuro-de-la-inteligencia-artificial-aplicada-al-cumplimiento>
- Prieto, J. (2016). *¿Qué es la Criminología Corporativa?* México: Criminología Dinámica. Disponible en www.criminologiadinamica.com/2016/07/29/criminologia-corporativa/
- Valer, D. (2018). *Criminología de la delincuencia económica: Un breve repaso a la teoría de Sutherland a propósito del fenómeno de la criminalidad económica y su conexión con la corrupción en el Perú*. Lima, Perú.
- Vidaurri, M. (2019). *Criminología Empresarial y Compliance*. México: Revista Perfiles de las Ciencias Sociales. Disponible en <http://revistas.ujat.mx/index.php/perfiles>
- World Compliance Association (s.f). *Cómo la Inteligencia Artificial está influyendo en el futuro del Compliance*. Disponible en <http://www.worldcomplianceassociation.com/1567/articulo-como-la-inteligencia-artificial-esta-influyendo-en-el-futuro-del-compliance.html>
- Zaffaroni, E. y Dias, I. (2019). *La nueva crítica criminológica: Criminología en tiempos de totalitarismo financiero empresarial*. Buenos Aires, Argentina y Salvador de Bahía, Brasil: Asociación Latinoamericana de Derecho Penal y Criminología (ALPEC).

AS COMUNIDADES INDÍGENAS DO BRASIL, A CORTE PENAL INTERNACIONAL E OS DIREITOS DA PERSONALIDADE: A JURISDIÇÃO GLOBAL COMO FATOR DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

COMUNIDADES INDÍGENAS DE BRASIL, CORTE PENAL INTERNACIONAL Y DERECHOS DE LA PERSONA: LA JURISDICCIÓN MUNDIAL COMO FACTOR PARA LA APLICACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS

*Dirceu Pereira Siqueira*¹

*Raphael Farias Martins*²

*Isabela Natani Ferreira*³

1 Pós-doutor em Direito pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra (Portugal), Doutor e Mestre em Direito Constitucional pela Instituição Toledo de Ensino - ITE/Bauru (Brasil), Especialista Lato Sensu em Direito Civil e Processual Civil pelo Centro Universitário de Rio Preto (Brasil). Pesquisador Bolsista - Modalidade Produtividade em Pesquisa para Doutor - PPD - do Instituto Cesumar de Ciência, Tecnologia e Inovação (ICETI), Professor Permanente do Programa de Mestrado em Direito do Centro Universitário Cesumar (UniCesumar) (Brasil), e nos cursos de graduação em direito da Universidade de Araraquara (UNIARA), do Centro Universitário Unifafibe (UNIFAFIBE) e do Centro Universitário da Fundação Educacional de Barretos (UNIFEB), Professor Convidado do Programa de Mestrado em "Gestão Estratégica de Empresas - Master Of Science in Administrative Studies (MSAS)" - Disciplina: "Ética e Legislação" University Missouri State - EUA, Consultor Jurídico, Parecerista, Advogado. Endereço eletrônico: dpsiqueira@uol.com.br.

2 Doutorando em Direito pelo Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR) (Brasil), na condição de Bolsista da CAPES (Modalidade taxa/ PROSUP), Mestre em Ciências Jurídicas pelo Centro Universitário de Maringá (UNICESUMAR), na condição de Bolsista da instituição; Especialista Lato Sensu em Processual Civil pela Unibrasil. Endereço eletrônico: drraphael.adv@gmail.com.

3 Graduada em Direito pelo Centro Universitário Unifafibe - Bebedouro/SP (Brasil); Advogada. Endereço eletrônico: inataniferreira@gmail.com

Resumen:

El presente estudio busca, a través del tema propuesto, analizar los crímenes de genocidio practicados contra pueblos originarios, destacando para tanto, los actos perpetrados contra éstos desde la entrada en vigor de la Convención para la Prevención y Represión del Crimen de Genocidio en Brasil, hasta los días actuales. Así, se tiene como objetivo destacar la relevancia del compromiso contra la impunidad de los criminales responsables de la práctica del crimen de genocidio indígena en el contexto jurídico actual, incluso a través de la jurisdicción global internacional. Para tal fin, se realizó una investigación bibliográfica valiéndose de doctrina y artículos de investigación, también se analizó descriptivamente la legislación vigente y se trajo a colación noticias que abordan la problemática de los pueblos indígenas, así como la actuación del Estado juez.

Palabras-clave:

Genocidio Indígena; Tribunal Penal Internacional; Acceso a la justicia.

Resumo:

O presente estudo busca, através do tema proposto, analisar os crimes de genocídio praticados contra os povos originários, destacando-se para tanto os atos perpetrados contra estes desde a entrada em vigor da Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio no Brasil até os dias atuais. Assim, tem-se como objetivo destacar a relevância do empenho contra a impunidade dos criminosos responsáveis pela prática do crime de genocídio indígena no contexto jurídico hodierno, ainda que através de uma jurisdição global internacional. Para tanto, fez-se pesquisa bibliográfica por intermédio de doutrinas e artigos, bem como estudo descritivo da legislação vigente, de notícias que abordam os povos indígenas e da atuação do Estado-juiz.

Palavras-chave:

Genocídio Indígena; Tribunal Penal Internacional; Acesso à Justiça.

Abstract:

The present study seeks, through the proposed topic, to analyze the crimes of genocide practiced against indigenous peoples, highlighting for the acts perpetrated against them since the Convention on the Prevention and Suppression of the Crime of Genocide began. Brazil to the present day. Thus, it aims to highlight the relevance of the commitment against the impunity of the criminals responsible for the practice of the crime of indigenous genocide in the current legal context, although through an international global jurisdiction. For so much, a bibliographical investigation was made by means of doctrines and articles, as well as descriptive study of the current legislation, of news that deals with the indigenous towns and of the performance of the State judge.

Key-words:

Indigenous Genocide; International Criminal Court; Access to justice.

1 INTRODUÇÃO

A Constituição Federal de 1988 garante inúmeros direitos inerentes ao ser humano e assegura a igualdade entre todos, possuindo como cláusula pétrea a inviolabilidade do direito à vida e, com fundamento no Estado Democrático de Direito, a dignidade da pessoa humana, o que detém, por consequência, relevância para a conscientização da importância do respeito à diversidade cultural e social.

Nesse ponto, destacam-se no Art. 231 da Lei Maior os direitos reconhecidos aos povos indígenas, quais sejam: “organização social, costumes, línguas, crenças e tradições, e os direitos originários sobre as terras que tradicionalmente ocupam [...]”, possibilitando a previsão de direitos exclusivos aos mesmos.

Todavia, no decorrer do presente estudo, observou-se que atualmente as comunidades indígenas brasileiras sofrem diante de intencional massacre generalizado em decorrência da prática do crime de genocídio.

Como forma metodológica, realizou-se pesquisa bibliográfica através de doutrinas e artigos sobre a ciência jurídica, bem como o estudo descritivo da legislação vigente, de notícias que abordem o tema proposto e da atuação do Poder Judiciário no que tange aos crimes de genocídio praticados contra os povos originários, a fim de adquirir concepções de como o Brasil está posicionando-se juridicamente no processamento e julgamento dos casos em que o objeto seja o extermínio de comunidades indígenas.

Isto porque atos previstos na Convenção para Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, quais sejam, o “assassinato de membro do grupo, dano grave à integridade física ou mental de membro do grupo”, “submissão intencional do grupo a condições de existência que lhe ocasionem a destruição física total ou parcial”, “medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo” e “transferência forçada de menores do grupo para outro grupo”, encontram-se cada vez mais presente no dia-a-dia dos povos originário, o que ocasiona a morte de inúmeras tribos indígenas, bem como a violação dos direitos constitucionalmente assegurados aos povos originários.

Deparando-se com a realidade acima exposta, o presente artigo possui como objetivo demonstrar a necessidade da atuação da jurisdição estatal, através *jus puniendi*, para a proteção desses indivíduos, visto que

o Estado brasileiro não está responsabilizando criminalmente indivíduos que cometem o crime de genocídio dos povos originários, revelando-se como consequência a necessidade de atuação da Corte Penal Internacional, inclusive como fator de implementação de políticas públicas.

2 GENOCÍDIO: CONCEITO E EVOLUÇÃO

Foi no ano de 1944 que a expressão genocídio foi empregada, pelo polonês Raphael Lemkin, para intitular o crime que não possuía nome. Assim, surgiu o genocídio, proveniente do vocábulo grego *genus* (raça, nação, tribo), e do sufixo latino *cídio* (matar).⁴

Em consonância com as narrativas históricas, o surgimento do crime em análise deu-se pela necessidade de punir os fatos ocorridos pelos nazistas na 2ª Guerra Mundial. Isso porque a Alemanha não considerava o genocídio como crime, pelo contrário, chegou a crer que o relacionamento entre diversas etnias teria como consequência o retrocesso físico e intelectual:

[...] em toda mistura de sangue entre o ariano e povos inferiores, o resultado foi sempre a extinção do elemento civilizador. A América do Norte, cuja população, decididamente, na sua maior parte, se compõe de elementos germânicos, que só muito pouco se misturaram com povos inferiores e de cor, apresenta outra humanidade e cultura do que a América Central e do Sul, onde os imigrantes, quase todos latinos, se fundiram, em grande número, com os habitantes indígenas. Bastaria esse exemplo para fazer reconhecer clara e distintamente, o efeito da fusão de raças. O germano do continente americano elevou-se até a dominação deste, por se ter conservado mais puro e sem mistura; ali continuará a imperar, enquanto não se deixar vitimar pelo pecado da mistura do sangue.⁵

Baseada no argumento de regresso civilizatório foi que a Alemanha Nazista cometeu atrocidades como, por exemplo, fazer com que judeus e ciganos (entre outros grupos sociais) vivessem em campos de concentração, sendo torturados, além de serem cobaias para experiências científicas.

4 BUGARIB, Pedro Wilson. **O crime de genocídio**. Revista Juris da Faculdade de Direito, São Paulo, v.2, jul/dez. 2009.

5 HITLER, Adolf. **Minha luta**. Tradução: Klaus Von Puschen. São Paulo: Centauro, 2001, p.156.

Nesse sentido, pode-se dizer que o genocídio é um conflito possível de ser equiparado ou mais perigoso do que uma situação de guerra, tratando-se de um crime contra a humanidade que embora seja atual, há muito é praticado.

El genocidio es más peligroso y permanente que la guerra. Al finalizar la guerra una nación puede reconstruir lo perdido y salir adelante. Lo que se ha perdido por medio del genocidio, se ha perdido para siempre. Los asesinatos colectivos a pesar de constituir graves violaciones a los derechos humanos, no acarrear la específica pérdida de la civilización en la forma de contribuciones culturales que solo pueden ser producidas a través de grupos de personas, unidos por motivos nacionales, raciales, étnicos o culturales.⁶

Ressalta-se que em conformidade com o exposto acima, a partir das ideias de Raphael Lemkin, as autoridades internacionais admitiram o Holocausto praticado pelo governo Nazista como crime e, conseqüentemente, o ordenamento jurídico passou a reconhecer o genocídio como ato delituoso, com a elaboração de leis internacionais que abordam o tema.

Neste ponto destaca-se a Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, que classificou aludido crime nos seguintes termos:

Art. II – Na presente Convenção, entende-se por genocídio qualquer dos seguintes atos, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte, um grupo nacional, étnico, racial ou religioso, tal como:

- (a) Assassinato de membro do grupo;
- (b) Dano grave à integridade física ou mental de membro do grupo;
- (c) Submissão intencional do grupo a condições de existência que lhe ocasionem a destruição física total ou parcial;
- (d) Medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;
- (e) Transferência forçada de menores do grupo para outro grupo.

A citada Convenção entrou em vigor no Brasil com a promulgação do Decreto n° 30.822, de 6 de maio de 1952.

6 AIZENSTATD, Najman Alexander. Origen y evolución del concepto del genocidio. *Revista de Derecho de la Universidad Francisco Marroquín*. n.25, 2007, p.20.

3 LEGISLAÇÕES PÁTRIAS E PACTOS INTERNACIONAIS: PROTEÇÃO E GARANTIA AOS INDÍGENAS

Aproveitando a redação da Convenção para a Prevenção e a Repressão do Crime de Genocídio, em 1956 o Congresso Nacional decretou e sancionou a lei que define e pune o crime de genocídio, a Lei nº 2.889, que prevê a punição com as penas:

- a) Do art. 121, § 2º, do Código Penal (reclusão, de seis a vinte anos) se o agente criminoso matar os membros do grupo;
- b) Do Art. 129, § 2º (reclusão, de dois a oito anos) nos casos em que houver lesão grave à integridade física ou mental de membros do grupo;
- c) Do Art. 270 (reclusão, de dez a quinze anos) quando o agente submeter internacionalmente o grupo a condição de existências capazes de ocasionar-lhe a destruição física total ou parcial;
- d) Do Art. 125 (reclusão, de três a dez anos) na hipótese de adotar medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo;
- e) Do Art. 148 (reclusão, de um a três anos) se efetuar a transferência forçada de crianças do grupo para outro grupo.

Contudo, apesar da citada legislação possuir como objetivo inibir a prática do crime em questão esteve presente o genocídio indígena na Ditadura Militar no Brasil (1964-1985), ocasião em que vários direitos foram violados, excluindo-se em todos os ângulos de análise o princípio da dignidade da pessoa humana, o qual:

[...] se constitui em uma cláusula geral de proteção da pessoa que fundamenta a interligação dos direitos fundamentais e dos direitos da personalidade na ordem jurídica brasileira, tendo por objetivo assegurar o respeito, proteção e promoção dos direitos do indivíduo em todas suas concepções, como integridade física, moral e intelectual, bem como ao desenvolvimento de sua personalidade ⁷

7 ROSOLEN, André Vinícius; SIQUEIRA, Dirceu Pereira. Direitos da personalidade e a cláusula geral de proteção: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; AMARAL, Sérgio Tibiriçá (Org.). Democracia, liberdade e justiça social. Birigui: Boreal, 2015. p. 01.

No período Ditatorial houve conflitos com os povos indígenas de várias tribos, entre elas, a da etnia Waimiri-Atroari, visto o interesse dos militares na construção da BR-174, na mineração, além da hidrelétrica da Balbina, enquanto que os índios almejavam proteger o seu território.

Com a ajuda ao governo ditador dos denominados “Bugreiro” (pessoas contratadas para o extermínio dos povos indígenas do Brasil), a tribo Waimir que em 1968 totalizava o número de 3.000 indígenas teve a quantidade de índios reduzida para 332 em 1983 devido ao desaparecimento e morte dos mesmos. Nesse sentido, ressalta-se que as atividades exercidas pelos bugreiros foram um dos maiores responsáveis pelo extermínio dos povos originários:

Sempre, por ocasião de um assalto de índios, organizavam-se grandes turmas de expedicionários, tanto, por iniciativa particular, como até oficial, que em suas “batidas”, pelo modo mais bárbaro, assassinavam centenas de índios. Em seu regresso, exibiam então nos centros populosos, mulheres e muitas crianças de suas pobres vítimas, como “tropheoheróico”, e prova incontestável de que a chacina de um acampamento de índios havia sido completa. Traziam, destes pobres sobreviventes, armas e utensílios de toda a espécie, que pertenciam às infelizes vítimas, sorpreendidas quando no mais profundo somno. Ainda mesmo assim, o resultado fora negativo: não só atacavam os índios movidos pela necessidade em virtude da colonização progressiva que se realizava por todos os lados, como também ainda impelidos agora pelo mais justo espírito de vingança e ódio. Como se divulgassem crassamente os horrores perpetrados, contra os índios, nessas “batidas”, sempre almas houve que piedosas, levantassem protestos contra essas ignóbeis crueldades.⁸

As consequências desse período foram tamanhas que a pergunta mais frequente feita pela tribo Waimiri-Atroari aos professores no processo de alfabetização (entre fevereiro de 1985 e dezembro de 1986) foi: “Por quêkamña matou kiña?” (Por quê os não indígenas mataram a nossa gente?)⁹. A situação exposta não exige somente resposta da sociedade

8 HOERHANN, Eduardo. [Carta] 25 jan. 1921, Ibirama. [para] BARBOSA Luiz Bueno da Horta. Curitiba. 14f. Situação do Posto Plate. IN: HOERHANN, Rafael C.L.S.O **Serviço de Proteção aos Índios e a desintegração cultural dos Xokleng (1927 - 1954)**. 2012. 283 p. Tese (Doutorado) - UFSC - Florianópolis, p.48.

9 SCHWADE, Egydio; REIS, Wilson C. Braga. **O Genocídio do povo Waimiri-Atroati**. Manaus: Comitê da Verdade, Memória e Justiça do Amazonas; 17 de out. de 2012. 1º

nacional, mas punição dos crimes de genocídio praticados contra todas as tribos indígenas brasileiras.

Além disso, houve grave violação aos direitos indígenas de outras tribos (Kaingang, Terena, Krenaks e Kadiwéu) através de prisões ilegais, podendo-se considerá-los como presos políticos por expressarem discordância com o regime quando lutavam pelas suas próprias terras. Neste ponto, observa-se que:

Não há liberdade sem igualdade; não há igualdade sem liberdade; não há nem liberdade, nem igualdade onde não se garanta a dignidade – a vida conforme patamares mínimos de liberdades clássicas ambulatoriais (de pensamento, expressão, associação, religiosa e participação na vida política e em sociedade) e de prestações materiais aceitáveis (alimentação, saúde, educação, segurança, moradia, acesso à cultura e ao lazer).¹⁰

As prisões arbitrárias incluíam roubos, assassinatos, embriaguez e vadiagem como motivação, contudo, encontravam-se ausentes o processo e julgamento de tais atos.

Uno de los grandes logros de la cultura universal es el reconocimiento de los derechos humanos individuales, producto de un largo proceso histórico y de las experiencias dolorosas de las guerras y del exterminio. Al tener los Estados el monopolio de aplicar la violencia, garantizado por las Fuerzas Armadas y la Policía, fácilmente pueden cometer actos violentos contra los ciudadanos. Los individuos o las comunidades, generalmente, no tienen medios para oponerse a semejante poderío militar [...]. Sirven entonces como escudo de protección frente a los abusos que pueden cometer las autoridades del Gobierno. Todos los seres humanos, según la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), tienen derecho a gozar de los Derechos Humanos, como son el derecho a la vida, la libertad, la igualdad, la dignidad y la seguridad. [...] Los derechos individuales hacen referencia a los derechos de las personas o de miembros de minorías étnicas, mientras que los derechos de los Pueblos Indígenas

Relatório do Comitê Estadual da Verdade, p. 02.

10 SILVA, Rogério Luiz Nery da; TRAMONTINA, Robison; NELI Lino Saibo. A dignidade humana e a eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista jurídica Censumar**. V.15, n.1, 2015, p. 33.

se refieren a un sujeto de derechos colectivo. Los Pueblos Indígenas son entonces titulares colectivos del derecho como portadores de una cultura que nace de su forma de concebir el mundo y de las relaciones que desarrollan entre hombre, naturaleza y sociedad.¹¹

Ainda, os militares obrigavam os indígenas, enquanto presos políticos, a aprenderem o idioma português durante a prisão arbitrária, sendo torturados e obrigados a exercerem trabalhos forçados. Todavia, somente em 2014, no Relatório Final da Comissão Nacional da Verdade, foram reconhecidas as violações de direitos humanos indígenas neste período.

Vê-se, portanto, que o genocídio, por tratar-se de um crime que possui como justificativa o extermínio em decorrência da diferença étnica, fere o ordenamento jurídico como um todo. Neste ponto, destacam-se as Declarações e Convenções Internacionais quando aludido delito é praticado contra um indígena, tendo em vista a diversidade étnico-cultural que este possui.

4 A JURISDIÇÃO GLOBAL COMO FATOR DE IMPLEMENTAÇÃO DE POLÍTICAS PÚBLICAS

A garantia da contribuição jurisdicional palpável possui guarida no Art. 5º, inciso XXXV, da Constituição Federal de 1988. Isto porque, no momento em que o citado inciso expõe que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito”, preserva o direito de ação de todos os indivíduos. Nestes termos, alguns dos crimes de genocídio praticado contra os povos originários já foram apreciados pelos Tribunais Nacionais, inclusive pelo Supremo Tribunal Federal, no ano de 2006, oportunidade em que a corte manifestou-se sobre a competência para julgar aludido crime.

Na ocasião, diversos réus foram denunciados e condenados pela prática do crime de genocídio (Art. 1º, letras “a”, “b” e “c” da Lei nº 2.889/56) cometidos contra os índios Yanomami, denominado “massacre de Haximú”, que resultou na morte de 12 índios, sendo 01 homem adulto, 02 mulheres, 01 idosa cega, 03 moças e 05 crianças (entre 01 e 08 anos de idade), bem como em 03 índios feridos, entre eles, duas crianças.

¹¹ Programa de Formación de Líderes Indígenas de la Comunidad Andina (PFLICAN). **Módulo de Derechos Indígenas**. Manual del participante. Fondo Indígena. Banco Mundial. La Paz, Bolivia. 2005. p. 75-76.

Os recorrentes almejavam responder pela prática do crime de genocídio perante o Tribunal do Júri, ocasião em que demonstram os ministros da corte que, no caso em análise, os réus foram condenados à pena de 19 anos e 6 meses de reclusão pela prática do crime de genocídio enquanto que, se tivessem sido condenados pela prática dos crimes de homicídios contra doze indígenas, a pena seria muito mais severa. Ao final, o acórdão concluiu que:

[...] os recorrentes não foram condenados pelos crimes de homicídio, senão apenas pelo de genocídio. E o recurso é exclusivo da defesa, vedada, pois, *reformatio in pejus*. Assim, resta-me tão-só negar-lhe provimento, já que, como visto, o delito de genocídio não é crime doloso contra a vida, mas contra a existência de grupo nacional, étnico, racial ou religioso. Isto posto, nego provimento ao recurso.¹²

Contudo, a posição da maior instância, a de ambicionar condenação cujo *quantum* da pena imposta seja proporcional ao crime praticado, não se reflete aos Tribunais inferiores. Quando são propostas ações judiciais cujo objeto seja sobre os direitos indígenas estas, na maioria das vezes, são extintas sem julgamento de mérito. Como exemplo, observa-se o desabafo do representante do Ministério Público Federal de Dourados, o qual afirmou que: “[...] é a quarta vez que o juiz diz que o objeto do pedido do órgão é impossível ao se tratar de uma questão indígena, o que significa que o tema proposto não é passível de julgamento pela Justiça Federal”.¹³

Ainda, quando Ministério Público Federal queda-se inerte e/ou há julgamentos equivocados dos Tribunais Nacionais, vê-se como consequência condutas como a tomada pela Articulação dos Povos Indígenas do Brasil - APIB, ao denunciar à ONU a violação de direitos e o genocídio dos indígenas brasileiros, de modo a “reivindicar medidas necessárias para um acompanhamento mais rigoroso da

12 BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 351.487-3** - Distrito Federal. Relator: Min. Cezar Peluso. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdão, 03 ago. 2006.

13 MIDIA MAX. **Pela quarta vez, juiz afirma ser “impossível” diminuir crimes contra índios em MS**. Disponível em: <<http://www.midiamax.com.br/politica/261125-pela-quarta-vez-juiz-afirma-ser-impossivel-diminuir-crimes-contra-indios-ms.html>>. Acesso em: 12 fev. 2017.

situação dos direitos indígenas no Brasil, e sobre tudo da violação desses direitos [...]”.¹⁴

Nesse sentido, destaca-se a formação global de proteção internacional dos direitos humanos, em especial a violação de direitos como, o genocídio:

Atenta-se que o Direito Internacional dos Direitos Humanos, com seus inúmeros instrumentos, não pretende substituir o sistema nacional. Ao revés, situa-se como direito subsidiário e complementar ao direito nacional, no sentido de permitir sejam superadas suas omissões e deficiências. No sistema internacional de proteção dos direitos humanos, o Estado tem a sua responsabilidade primária pela proteção desses direitos, ao passo que a comunidade internacional tem a responsabilidade subsidiária. Os procedimentos internacionais têm, assim, natureza subsidiária, constituindo garantia adicional de proteção dos direitos humanos, quando falham as instituições nacionais. Os tratados de proteção dos direitos humanos consagram, ademais, parâmetros protetivos mínimos, cabendo ao Estado, em sua ordem doméstica, estar além de tais parâmetros, mas jamais aquém deles.¹⁵

Portanto, diante das falhas nos processos e julgamentos dos crimes de genocídio praticado contra os povos indígenas no Brasil, encontra-se presente a necessidade de apreciação do caso por um Tribunal Internacional, observando-se, a seguir, alguns dos casos já ocorridos com diversos países perante a Corte Interamericana de Direitos Humanos.

A Comunidade Mayagna (SUMO) Awas Tingni teve seu caso apresentado à Corte Interamericana de Direitos Humanos, uma vez que o Estado da Nicarágua não demarcou as terras comunais da comunidade, nem tomou medidas efetivas que assegurassem seus direitos de propriedade em suas terras ancestrais e recursos naturais, assim como outorgou “uma concessão nas terras da Comunidade sem seu consentimento e por não haver garantido um recurso efetivo para responder às reclamações da

14 INSTITUTO HUMANITAS UNISINOS. **APIB denuncia à ONU a violação de direitos e o genocídio dos indígenas brasileiros**. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/515888-apib-denuncia-a-onu-a-violacao-de-direitos-e-o-genocidio-dos-indigenas-brasileiros->>. Acesso em: 12 fev.2017.

15 PIOVESAN, Flávia. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional**. 14.ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p 233.

Comunidade sobre seus direitos de propriedade”. Por isso, por sete votos contra um, foi decidido que o Estado deveria tomar as medidas cabíveis para demarcar e titular as terras que correspondem à Comunidade.

Já a comunidade indígena Yakye Axa teve seu caso submetido à Corte Interamericana em decorrência da violação, pelo Paraguai, do Direito à Vida, Garantias Judiciais, Direito à Propriedade Privada e Proteção Judicial, assegurados pela Convenção Americana. Por consequência, por unanimidade, foi decidido que o Estado deveria identificar o território tradicional da Comunidade e entregá-lo de maneira gratuita à mesma, fornecendo bens e serviços básicos necessários para a subsistência desta enquanto encontrassem-se sem suas terras, além de pagamento a título de dano material e outras condenações.¹⁶

Quanto ao Brasil, em 16 de outubro de 2002, houve uma denúncia apresentada à Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), pelo Conselho Indigenista Missionário (CIMI), tendo em vista o ultraje aos direitos à propriedade e às garantias de proteção judiciais da tribo indígena Xucuru e seus membros. A citada denúncia foi aceita no mês de outubro de 2009.¹⁷

Em análise às decisões proferidas pelos tribunais internacionais, verifica-se que a efetivação do acesso à justiça tornam acessíveis os direitos humanos fundamentais dos povos indígenas.

Deste modo, o contraste entre o direito das minorias e o direito da antidiscriminação vai muito além de estabelecer distinções meramente teóricas e identificar conflitos de perspectivas e de objetivos entre as medidas de enfrentamento da discriminação, previstas em um ou outro ramo do direito internacional dos direitos humanos. A análise comparativa do direito das minorias e do direito da antidiscriminação possibilita a crítica e o aperfeiçoamento da proteção antidiscriminatória propiciada pelo direito internacional dos direitos humanos considerado como um todo, sem esquecer da contribuição para a afirmação do direito da antidiscriminação

16 **Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos** / Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça, 2014.

17 COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório nº 98/09**. Disponível em: <<http://cidh.oas.org/annualrep/2009port/Brasil4355.02port.htm>>. Acesso em: 07 mai. 2017.

no âmbito interno. Com efeito, o direito das minorias pode fortalecer o direito da antidiscriminação, assentando o reconhecimento de um direito coletivo antidiscriminatório. Ao inserir grupos minoritários dentre o rol dos titulares do direito à não-discriminação, sem reduzi-los aos indivíduos a eles vinculados, incrementa-se a intensidade e a qualidade da proteção jurídica, sem prejuízo e de modo complementar à proteção individual.¹⁸

Podendo-se, dessa maneira, abordar a implementação de políticas públicas de ações afirmativas diante do Estado Democrático de Direito.

5 A COMPETÊNCIA DO TRIBUNAL PENAL INTERNACIONAL NO CRIME DE GENOCÍDIO INDÍGENA

Inicialmente, esclarece-se que há a existência de responsabilidade individual penal no campo internacional, por meio dos tribunais internacionais.

Esses tribunais são importantes porque codificaram os elementos de crimes internacionais (como genocídio, crime contra a humanidade e crime de guerra) associados ao devido processo legal, com direitos da defesa. Também adotaram o princípio da primazia da jurisdição internacional em detrimento da jurisdição nacional, dado o momento de desconfiança contra as instituições locais (da ex-Iugoslávia e de Ruanda). Assim, ficou determinado que cada um desses tribunais teria primazia sobre as jurisdições nacionais, podendo, em qualquer fase do processo, exigir oficialmente às jurisdições nacionais que abdicassem de exercer jurisdição em favor da Corte internacional.¹⁹

Nesse sentido, o Tribunal Penal Internacional foi instituído através do Estatuto de Roma, tendo o Brasil assinado o citado Estatuto no ano de 2000, sendo o mesmo promulgado no ano de 2002, por meio do Decreto nº 4.38. Sua competência se sobressai quando o Tribunal Nacional não responsabiliza criminalmente indivíduos que cometem os crimes mais graves para a comunidade internacional, quais sejam: os crimes de genocídio, crimes contra a humanidade, crimes de agressão e crimes de guerra.

18 RIOS, Roger Raupp; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; SCHAFER, Gilberto. Direito da antidiscriminação e direitos de minorias: perspectivas e modelos de proteção individual e coletivo. *Revista Direitos fundamentais & democracia*. V.22, n.1, 2017, p.137-138.

19 RAMOS, André de Carvalho. *Processo Internacional de Direitos Humanos*. 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2016. p. 300.

O Estatuto é fruto do consenso da comunidade internacional de que crimes como o genocídio, por exemplo, não podem ficar impunes simplesmente porque o próprio Estado não possui um sistema para a punição desses. Como muito bem fala o preâmbulo, através do Estatuto, os Estados partes invocam os laços comuns que unem todos os povos e a herança por eles partilhada, com o objetivo de um bem maior, que é dar um basta a impunidade e garantir o efeito duradouro pela efetivação da justiça internacional. O Estatuto de Roma pode ser considerado uma grande conquista na esfera dos Direitos Humanos, na medida em que os Estados signatários assumiram um compromisso, ao firmar o tratado, de fazer valer esses direitos e de protegê-los de forma universal.²⁰

Com fundamento no princípio *ne bis in idem*, o Art. 20º do Estatuto de Roma expõe que nenhum indivíduo poderá ser julgado perante o Tribunal Penal Internacional “por atos constitutivos de crimes pelos quais este já a tenha condenado ou absolvido” ou por outro Tribunal pela prática de um dos crimes mais graves para a sociedade internacional, “relativamente ao qual já tenha sido condenada ou absolvida pelo Tribunal”. Todavia, não se poderá aplicar a regra supracitada quando o processo:

(a)houver sido instaurado com o fito de subtrair o acusado à sua responsabilidade criminal por crimes de competência do Tribunal; ou (b) não tiver sido conduzido de maneira independente ou imparcial, em compasso com as garantias de um processo equitativo reconhecidas pelo direito internacional, ou tiver sido impulsionado de uma forma que, na hipótese concreta, se mostre incompatível com a intenção de sujeitar a pessoa à justiça criminal.²¹

Trata-se, portanto, de um tribunal permanente criado com a cooperação internacional, sendo competente para julgar pessoas que cometerem os crimes citados acima, almejando-se combater a impunidade.

Quanto ao crime de genocídio, observa-se que este, há muito tempo é praticado contra os povos indígenas e, em consonância com a realidade

20 SIQUEIRA, Dirceu Pereira; VIANNA, Tatiana de Mendonça Villares. O Tribunal Penal Internacional sob a ótica contextual brasileira - avanços e retrocessos. **Revista direitos sociais e políticas públicas - Unifafibe**.v.2, n.1, 2014. p.40.

21 TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de Direito processual penal**. 7 ed. Salvador: JusPODIVM, 2012. p. 1284.

factual vivenciada por estes, mostra-se cada vez mais evidente a competência da Corte Penal Internacional para apreciar tais casos.

Isto porque o direito à vida é assegurado pelo *caput* do Art. 5º da Constituição Federal de 1988. Todavia, a citada garantia constitucional é a mais desobedecida no que se refere aos povos originários, tendo em vista que **os membros dos grupos indígenas frequentemente são assassinados**. A título de exemplo, o Conselho Indigenista Missionário (CIMI), em relatório sobre a violência contra os povos indígenas no Brasil, revelou que 138 indígenas foram assassinados no ano de 2014.²² Já em 2015 o registro foi de 54 casos com vítimas de assassinatos entre as quais se encontra o curumim Vitor Pinto, de dois anos de idade, que se transformou em notícia ao ser assassinado com um golpe de estilete no pescoço enquanto era amamentado pela mãe.²³

Não bastasse o desrespeito à principal garantia constitucional acima citada, praticamente todos os outros atos, cometidos com a intenção de destruir, no todo ou em parte os povos indígenas, previstos na Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, são praticados contra os mesmos, violando inúmeros direitos garantidos aos povos originários. Vejamos:

A Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais (promulgada pelo Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004), no item I do Art. 14 esclarece que: “Dever-se-á ser reconhecidos aos povos interessados os direitos de propriedade e de posse sobre as terras que tradicionalmente ocupam. Nesse sentido, observa-se também a impossibilidade da transferência dos povos originários de suas terras tradicionais, exceto em raros casos, devendo os mesmos retornarem assim que cessar o motivo excepcional.

Conquanto, o direito originário sobre as terras que tradicionalmente ocupam os povos indígenas (Art. 231 da Constituição Federal de 1988) é ceifado diante dos conflitos territoriais entre indígenas e agricultores,

22 CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. **Relatório Violência contra os povos indígenas**. Dados de 2014. Relatório. Disponível em: <<http://www.cimi.org.br/pub/Arquivos/Relat.pdf>> Acesso em: 23 jan. 2017.

23 CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. **Relatório Violência contra os povos indígenas**. Dados de 2015. Relatório. Disponível em: <<http://www.cimi.org.br/pub/relatorio2015/relatoriodados2015.pdf>> Acessado em: 23 jan. 2017.

causando **dano grave à integridade física ou mental de membros de grupos indígenas**, bem como **submissão intencional do grupo indígena a condições de existência que lhe ocasionem a destruição física total ou parcial dos povos originários**.

Em decorrência do interesse na terra, a ofensa grave dos fazendeiros chegou ao ponto de despejar agrotóxicos sobre a tribo Guarani-Kaiowá, ambicionando espantá-los ou levá-los à morte. O ataque aéreo, que lança o agrotóxico canceroso sobre a comunidade e sobre as nascentes dos rios em que os povos coletam água para beber, veio acompanhado por pistoleiros que ameaçaram as lideranças da tribo de morte.²⁴²⁵

Por sua vez, no Maranhão, também em virtude do conflito das terras tradicionalmente ocupadas pelos povos originários, o Conselho Indigenista Missionário (CIMI) comunicou a ocorrência de ataque de fazendeiros aos indígenas Gamela em 30/04/2017 e, em decorrência da citada agressão, a existência de feridos com mãos decepadas.²⁶

Destaca-se que o direito a terra é inerente ao direito cultural dos povos indígenas, tendo em vista que é a partir do exercício de seu direito de propriedade que pode haver o crescimento da tribo, mantendo-se seus respectivos costumes e tradições. A título de exemplo da importância do território aos povos originários, há a carta aberta dos Guarani-Kaiowá, onde estes anunciam a morte coletiva da tribo após decisão de despejo da Justiça Federal. Na carta, a tribo demonstra o desejo de ser enterrada no local, ressaltando o dever do Estado ao amparo de crianças e idosos sobreviventes, demonstrando que a ocupação das terras se relaciona diretamente à identidade cultural dos povos originários.²⁷

24 O CORREIO NEWS. **Aviões de fazendeiros despejam agrotóxico sobre tribo Guarani e Kaiowá**. Disponível em: <<http://ocorreionews.com.br/portal/2016/01/31/avioes-de-fazendeiros-despejam-agrotoxico-sobre-tribo-guarani-e-kaiowa/>> Acesso em: 28 jan. 2017.

25 CARTA CAMPINAS. **Fazendeiros realizam ataque de agrotóxico sobre população indígena no MS**. Disponível em: <<http://cartacampinas.com.br/2016/01/fazendeiros-realizam-ataque-de-agrotoxico-sobre-populacao-indigena-no-ms/>> Acesso em: 28 jan. 2017.

26 ELPAÍS. **Conflito por terras no Maranhão termina com denúncia sobre mãos decepadas**. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2017/05/01/politica/1493670614_800530.html>. Acesso em: 11 mai. 2017.

27 CACIS-UFU. **Índios Guarani-Kaiowá anunciam morte coletiva após ordens de despejo**. Disponível em: <<https://cacisufu.wordpress.com/2013/12/14/indios-guarani-kaiowa-anunciam-morte-coletiva-apos-ordens-de-despejo/>> Acesso em: 28 jan. 2017.

Apesar disso, quando se busca trazer a visibilidade da luta territorial dos povos indígenas através da arte como, por exemplo, o samba enredo da escola Imperatriz Leopoldinense em 2017, cujo tema “Xingu – O clamor que vem da Floresta” que evidencia o que ambicionam os povos indígenas, com a letra: “[...] kararaô... kararaô... o índio luta pela sua terra da imperatriz vem o seu grito de guerra! [...]”²⁸ ou como a música “Reis do Agronegócio” de Chico Cesar que busca demonstrar os prejuízos do conflito territorial: “[...] Vocês que enxotam o que luta por justiça/ Vocês que oprimem quem produz e que preserva/ Vocês que pilham, assediam e cobiçam/ A terra indígena, o quilombo e a reserva [...]”, cria-se revolta nos profissionais do agronegócio.

Constata-se, portanto, que o constituinte responsabilizou-se com os povos originários, possuindo o poder-dever de demarcar o território tradicionalmente ocupado por estes, inclusive para minimizar o genocídio decorrente do conflito territorial dos mesmos com os fazendeiros. Entretanto, aludido compromisso está sendo ceifado com a inércia na demarcação das terras, bem como através da Proposta de Emenda à Constituição 215, que transfere da União para o Congresso a competência da demarcação das terras indígenas.

Na medida em que as demarcações avançavam foram crescendo as manifestações contrárias aos direitos indígenas. Pessoas, empresas e, especialmente, fazendeiros e donos de empresas mineradoras começaram a se manifestar contra. A questão é que esses grupos econômicos ajudaram a eleger muitos deputados e assim, esses deputados, em troca, irão defender os interesses dos fazendeiros e mineradoras contra os indígenas. Os deputados que defendem os fazendeiros ou que também são fazendeiros - a chamada **bancada ruralista** - são em grande número no Congresso Nacional, eles se unem e se articulam para defender apenas seus interesses.²⁹

Destaca-se que a citada Proposta de Emenda à Constituição não possui tão-somente o interesse de cessar a demarcação do território ocupado

28 REVISTA FÓRUM. **Enredo da Imperatriz Leopoldinense gera revolta em setores do agronegócio**. Disponível em: <<http://www.revistaforum.com.br/2017/01/08/enredo-da-imperatriz-leopoldinense-gera-revolta-em-setores-do-agronegocio/>>. Acesso em: 30 jan. 2017.

29 BRASIL. **Cartilha sobre Pec 215 - Ameaça aos Direitos dos Povos Indígenas, Quilombolas e Meio Ambiente**, p. 07.

pelos povos originários, mas também de rever as terras já demarcadas, revelando-se como uma ameaça ao direito originário das etnias indígenas.

Entre os atos de genocídio praticados contrários aos direitos indígenas, encontram-se também as **medidas destinadas a impedir os nascimentos no seio do grupo**. A título de exemplo, observa-se a morte de indígenas grávidas que faleceram em decorrência da falta de pré-natal.³⁰ Neste ponto, destaca-se que:

Ainda que se admita a ausência de recursos do Estado para investir na qualidade da prestação de serviços de saúde, há que ressaltar que não incluindo tal prestação em seu orçamento como prioridade, estará deixando a pessoa ao abandono, violando dessa forma, o direito da personalidade e a dignidade da pessoa humana.³¹

Quando os curumins conseguem superar as medidas destinadas a impedir seus nascimentos, mesmo sem acompanhamento no que se refere à saúde, ficam à disposição de qualquer tipo de violência ou são condenados à morte pela fome. Isto porque a cada 100 indígenas mortos, 40 são crianças com até 4 anos de idade, o que representa nove vezes mais que o percentual de morte de crianças da mesma faixa etária no tocante ao total de mortes no Brasil.³² Expulsos do território que tradicionalmente ocupam, o direito à alimentação também é ceifado aos mesmos e, em acampamentos improvisados, desabafam: “Criança chora, não aguenta mais. Sofrimento mesmo. Tão fraco mesmo. Quase comendo terra. Precisamos de um apoio [...]”.³³

30 REPORTER BRASIL. **Dois jovens indígenas morrem por falta de pré-natal em Guajará-Mirim (Rondônia)**. Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/2007/03/duas-jovens-indigenas-morrem-por-falta-de-pre-natal-em-guajara-mirim-rondonia/>>. Acesso em: 31 jan. 2017.

31 SIQUEIRA, Dirceu Pereira; FAZOLLI, Fabricio. Do direito à saúde: do paradoxo do dever público e da iniciativa privada. **Revista direitos sociais e políticas públicas - Unifafibe**. V.2, n.2, p.182-197, 2014, p.195.

32 BBC BRASIL. **A cada 100 índios mortos no Brasil, 40 são crianças**. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/02/140221_sub_mortes_indios_pai_jf.shtml>. Acesso em: 31 jan. 2017.

33 RACISMO AMBIENTAL. **Fome entre os Guarani e Kaiowá**. Disponível em: <<http://racismoambiental.net.br/2017/01/19/fome-entre-os-guarani-e-kaiowa-crianca-chora-nao-aguenta-mais-sofrimento-mesmo-quase-comendo-terra/>>. Acesso em: 31 jan. 2017.

Por fim, no que se refere à **transferência forçada de menores do grupo para outro grupo**, salienta-se que ainda não foi constatada a consumação do crime de genocídio nessa modalidade, obtendo como resultado da pesquisa do presente estudo a tentativa da citada prática, por meio de contato forçado com os povos indígenas isolados. Almejavam, neste caso, que a transferência ocorresse não somente com menores, mas com toda a tribo. O crime somente não se consumou diante da rejeição pelos indígenas Guajajara, que estão protegendo a tribo isolada.³⁴

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Frente aos inúmeros casos de genocídio indígena, inclusive com as condutas de praticamente todos os atos previstos na Convenção para a Prevenção e Repressão do Crime de Genocídio, torna-se inadmissível que a inércia dos representantes do Ministério Público Federal e/ou julgamentos equivocados dos Tribunais Nacionais faça com que os indivíduos que praticam o citado crime não sofram as sanções cabíveis. Desse modo, comportamentos como, por exemplo, o da Justiça Federal, quando esta afirmou pela quarta vez ser “impossível” diminuir crimes contra indígenas e extinguiu ações do Ministério Público Federal, não pode voltar a reincidir.

É incontestável que, além das normas previstas no ordenamento jurídico, a jurisdição global pode ser empregada pelos magistrados pátrios na solução dos casos envolvendo o crime de genocídio indígena no Brasil, inclusive em análise à farta jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos.

Dessa maneira, os julgadores dos casos do crime em comento, usufruiriam das decisões proferidas pelas cortes internacionais, pronunciando-se com primazia sobre a percepção dos direitos fundamentais violados com o extermínio intencional dos povos originários. De modo que colocariam em prática as normas constitucionais, assemelhando-as com as concepções internacionais e, por consequência, proferindo excelentes decisões.

Todavia, no que concerne à punição do crime de genocídio indígena, embora o direito de ação esteja constitucionalmente assegurado (Art. 5º, inciso XXXV), não há a efetivação da justiça no Brasil, considerando-se que

34 SURVIVAL. **Tribos rejeitam chamados para o contato forçado com povos isolados**. Disponível em: <<http://www.survivalinternational.org/ultimas-noticias/11267>>. Acesso em: 12/02/2017.

os tribunais nacionais não estão criminalizando aqueles que executam o crime de genocídio contra os indígenas, o qual encontra-se, inclusive, no rol das maiores violações para a comunidade internacional.

À vista disso, a extinção criminosa dos povos originários no Brasil possui garantia da impunidade, muito embora a legislação vigente imponha sanções para os atos do crime de genocídio. Demonstrando-se, portanto, que a Corte Penal Internacional possui competência para processar e julgar o mencionado crime, posto que os Tribunais Nacionais mostram-se falhos na efetivação da justiça. Por consequência, forçosa é a criação de um Tribunal de caráter permanente para o efetivo julgamento dos indivíduos que cometem o crime de genocídio indígena no Brasil.

Não obstante, tendo em vista que o crime possui como estímulo a diferença étnica, em um país multicultural, é primordial o desenvolvimento de políticas públicas destinadas a rechaçar a desigualdade dos povos originários, com o propósito de corresponder às pretensões de uma comunidade historicamente discriminada, sobretudo no que diz respeito a efetivação da justiça para, conseqüentemente, pôr em prática os objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil.

REFERÊNCIAS

- AIZENSTATD, Najman Alexander. Origen y evolución del concepto del genocidio. **Revista de Derecho de la Universidad Francisco Marroquín**. n.25, p.11-22,2007.
- BBC BRASIL. **A cada 100 índios mortos no Brasil, 40 são crianças**. Disponível em: <http://www.bbc.com/portuguese/noticias/2014/02/140221_sub_mortes_indios_pai_jf.shtml/>. Acesso em: 31 jan. 2017.
- BRASIL. Cartilha sobre **Pec 215 - Ameaça aos Direitos dos Povos Indígenas, Quilombolas e Meio Ambiente**. Disponível em: <<http://www.cimi.org.br/pec2015/cartilha.pdf>> Acesso em: 12 fev. 2017.
- BRASIL. **Constituição da República Federativa do Brasil**. 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 01 abr. 2017.
- Brasil. **Decreto nº 5.051, de 19 de abril de 2004**. Promulga a Convenção nº 169 da Organização Internacional do Trabalho sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br/>

ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. Acesso em: 07 mai. 2017.

BRASIL. **Decreto-Lei nº 2.848, de 7 de dezembro de 1940**. Institui o Código Penal. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del2848compilado.htm>. Acesso em: 21 ago. 2016

BRASIL. **Lei nº 2.889, de 1º de outubro de 1956**. Define e pune o crime de genocídio. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L2889.htm>. Acesso em: 21 ago. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. **Recurso Extraordinário 351.487-3** - Distrito Federal. Relator: Min. Cezar Peluso. Pesquisa de Jurisprudência, Acórdão, 03/08/2006.

BUGARIB, Pedro Wilson. **O crime de genocídio**. Revista Juris da Faculdade de Direito, São Paulo, v.2, jul/dez. 2009.

CARTA CAMPINAS. **Fazendeiros realizam ataque de agrotóxico sobre população indígena no MS**. Disponível em: <<http://cartacampinas.com.br/2016/01/fazendeiros-realizam-ataque-de-agrotoxico-sobre-populacao-indigena-no-ms/>> Acesso em: 28 mar. 2017.

CACIS-UFU. **Índios Guarani-Kaiowá anunciam morte coletiva após ordens de despejo**. Disponível em: <<https://cacisufu.wordpress.com/2013/12/14/indios-guarani-kaiowa-anunciam-morte-coletiva-apos-ordens-de-despejo/>> Acesso em: 28 jan. 2017.

COMISSÃO INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. **Relatório nº 98/09**. Disponível em: <<http://cidh.oas.org/annualrep/2009port/Brasil4355.02port.htm>>. Acesso em: 07 mai. 2017.

CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. **Relatório Violência contra os povos indígenas. Dados de 2014**. Relatório. Disponível em: <<http://www.cimi.org.br/pub/Arquivos/Relat.pdf>> Acesso em: 23 jan. 2017.

CONSELHO INDIGENISTA MISSIONÁRIO. **Relatório Violência contra os povos indígenas. Dados de 2015**. Relatório. Disponível em: <<http://www.cimi.org.br/pub/relatorio2015/relatoriodados2015.pdf>> Acesso em: 23 fev. 2017.

CUNHA, Manuela Carneiro da. **Os direitos do índio**. Ensaio e documentos. São Paulo: Editora brasiliense, 1987.

DIAS, José Carlos; FILHO, José Paulo Cavalcanti; KEHL, Maria Rita et al. **Comissão Nacional da Verdade**. Brasília: CNV; 2014. Volume I.

EL PAÍS. **Conflito por terras no Maranhão termina com denúncia sobre mãos decepadas**. Disponível em: <http://brasil.elpais.com/brasil/2017/05/01/politica/1493670614_800530.html>. Acesso em: 11 mai. 2017.

ESTADOS UNIDOS DO BRASIL. **Decreto nº 30.822, de 06 de maio de 1952**. Promulga a convenção para a prevenção e a repressão do crime de Genocídio, concluída em Paris, a 11 de dezembro de 1948, por ocasião da III Sessão da Assembléia Geral das Nações Unidas. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1950-1959/decreto-30822-6-maio-1952-339476-publicacaooriginal-1-pe.html>>. Acesso em: 21 ago. 2016.

HITLER, Adolf. **Minha luta**. São Paulo: Centauro, 2001. Tradução: Klaus Von Puschen.

HOERHANN, Eduardo. [Carta] 25 jan. 1921, Ibirama. [para] BARBOSA Luiz Bueno da Horta. Curitiba. 14f. Situação do Posto Plate. IN: HOERHANN, Rafael C.L.S. **O Serviço de Proteção aos Índios e a desintegração cultural dos Xokleng (1927 - 1954)**. 2012. 283 p. Tese (Doutorado) - UFSC - Florianópolis, p.48.

INSTITUTO HUMANISTA UNISINOS. **APIB denuncia à ONU a violação de direitos e o genocídio dos indígenas brasileiros**. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/515888-apib-denuncia-a-onu-a-violacao-de-direitos-e-o-genocidio-dos-indigenas-brasileiros->>. Acesso em: 12 fev. 2017.

JUNIOR, Carlos Alberto dos Rios. **Direitos das minorias e limites jurídicos ao poder constituinte**. 1 ed. São Paulo: Editora Edipro, 2012.

Jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos / Secretaria Nacional de Justiça, Comissão de Anistia, Corte Interamericana de Direitos Humanos. Tradução da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Brasília: Ministério da Justiça, 2014.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 10 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

- MIDIA MAX. **Pela quarta vez, juiz afirma ser “impossível” diminuir crimes contra índios em MS.** Disponível em: <<http://www.midiamax.com.br/politica/261125-pela-quarta-vez-juiz-afirma-ser-impossivel-diminuir-crimes-contra-indios-ms.html>>. Acesso em: 12 fev. 2017.
- O CORREIO NEWS. **Aviões de fazendeiros despejam agrotóxico sobre tribo Guarani e Kaiowá.** Disponível em: <<http://ocorreionews.com.br/portal/2016/01/31/avioes-de-fazendeiros-despejam-agrotoxico-sobre-tribo-guarani-e-kaiowa/>> Acesso em: 28 jan. 2017.
- PIOVESAN, F. **Direitos humanos e o direito constitucional internacional.** 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2013.
- Programa de Formación de Líderes Indígenas de la Comunidad Andina (PFLICAN). **Módulo de Derechos Indígenas.** Manual del participante. Fondo Indígena. Banco Mundial. La Paz, Bolivia. 2005.
- RACISMO AMBIENTAL. **Fome entre os Guarani e Kaiowá: “Criança chora, não aguenta mais. Sofrimento mesmo. Quase comendo terra”.** Disponível em: <<http://racismoambiental.net.br/2017/01/19/fome-entre-os-guarani-e-kaiowa-crianca-chora-nao-aguenta-mais-sofrimento-mesmo-quase-comendo-terra/>>. Acesso em: 31 mar. 2017.
- RAMOS, André de Carvalho. **Processo Internacional de Direitos Humanos.** 5 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.
- REPORTER BRASIL. **Dois jovens indígenas morrem por falta de pré-natal em Guajará-Mirim (Rondônia).** Disponível em: <<http://reporterbrasil.org.br/2007/03/duas-jovens-indigenas-morrem-por-falta-de-pre-natal-em-guajara-mirim-rondonia/>>. Acesso em: 31 jan. 2017.
- REVISTA FORUM. **Enredo da Imperatriz Leopoldinense gera revolta em setores do agronegócio.** Disponível em: <<http://www.revistaforum.com.br/2017/01/08/enredo-da-imperatriz-leopoldinense-gera-revolta-em-setores-do-agronegocio/>>. Acesso em: 30 fev. 2017.
- RIOS, Roger Raupp; LEIVAS, Paulo Gilberto Cogo; SCHAFER, Gilberto. **Direito da antidiscriminação e direitos de minorias: perspectivas e modelos de proteção individual e coletivo. Revista direitos fundamentais & democracia.** V.22, n.1, p.126-148, 2017.

- ROSOLEN, André Vinícius; SIQUEIRA, Dirceu Pereira. **Direitos da personalidade e a cláusula geral de proteção**: uma análise sob a perspectiva civil-constitucional. In: SIQUEIRA, Dirceu Pereira; AMARAL, Sérgio Tibiriçá (Org.). Democracia, liberdade e justiça social. Birigui: Boreal, 2015.
- SILVA, Rogério Luiz Nery da; TRAMONTINA, Robison; NELI Lino Saibo. A dignidade humana e a eficácia dos direitos fundamentais sociais. **Revista jurídica Censumar**. V.15, n.1, p.9-39, 2015.
- SIQUEIRA, Dirceu Pereira; FAZOLLI, Fabricio. Do direito à saúde: do paradoxo do dever público e da iniciativa privada. **Revista direitos sociais e políticas públicas - Unifafibe**. V.2, n.2, p.182-197, 2014.
- SIQUEIRA, Dirceu Pereira; VIANNA, Tatiana de Mendonça Villares. O Tribunal Penal Internacional sob a ótica contextual brasileira - avanços e retrocessos. **Revista direitos sociais e políticas públicas - Unifafibe**.v.2, n.1, p. 21-63, 2014.
- SCHWADE, Egydio; REIS, Wilson C. Braga. **O Genocídio do povo Waimiri-Atroati**. Manaus: Comitê da Verdade, Memória e Justiça do Amazonas; 17 de out. de 2012. 1º Relatório do Comitê Estadual da Verdade.
- SURVIVAL. **Tribos rejeitam chamados para o contato forçado com povos isolados**. Disponível em: <<http://www.survivalinternational.org/ultimas-noticias/11267>>. Acesso em: 12 fev. 2017.
- TÁVORA, Nestor; ALENCAR, Rosmar Rodrigues. **Curso de direito processual penal**. 7. ed. Salvador: JusPODIVM, 2012.

DERECHO ADMINISTRATIVO

O CONSENSO COMO MECANISMO DE APRIMORAMENTO DA EFICÁCIA REGULATÓRIA

EL CONSENSO COMO MECANISMO PARA MEJORAR LA EFECTIVIDAD REGULATORIA

Renata Carvalho Kobus¹

Resumen:

Desde hace algunos años, el ordenamiento jurídico brasileño está siendo cuestionado debido, entre otras razones, a la notoria imposibilidad fáctica del Poder Judicial para responder con la celeridad y la pericia necesaria, los diferentes tipos de demandas. A nivel administrativo, también se busca un mejoramiento institucional para que el Poder Público pueda cumplir con sus fines sociales. En este contexto, existe una urgente necesidad de mejorar la estructura regulatoria, ya que la dinámica de la actividad económica es incompatible con los mecanismos existentes, no siendo capaz de proteger efectivamente el interés público. Además de pensar en una estructura únicamente coercitiva, el aparato regulador debe mejorar los mecanismos que le permitan encontrar consensos para, de esta manera, contribuir con la efectividad de las disposiciones de orden público, dejando de lado modelos arcaicos que solo consideraban a la coacción como el medio adecuado para regular. En el artículo se realizó un levantamiento bibliográfico nacional y extranjero con la finalidad de incorporar mecanismos de mejora en la aplicación

1 Doutoranda pela Universidade Federal do Paraná (Brasil), com estágio de pesquisa na Université Paris 1 Pathéon-Sorbonne (Paris-Francia). Professora de Direito Empresarial da Universidade Federal do Paraná (Brasil). Professora da Pós-Graduação da Pontifícia Universidade Católica do Paraná-PUC/PR, da Academia Brasileira de Direito Constitucional - ABDConst, do Centro Universitário Curitiba - UNICURITIBA e da Pós-Graduação em Direito Empresarial da Federação das Indústrias do Paraná - FIEP/PR. Pesquisadora do Núcleo de Investigações Constitucionais- NINC da UFPR. Membro das Comissões de Direito Empresarial e de Propriedade Intelectual da Ordem dos Advogados do Brasil - Seção do Paraná. Advogada. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-6336-7668>. E-mail: renatakobus@gmail.com

del derecho a partir de estudios de Derecho Administrativo y también de Derecho Procesal Civil. Se utilizó el método deductivo. La conclusión fue que la búsqueda de consensos puede servir como un mecanismo eficiente para mejorar la efectividad regulatoria.

Palabras clave:

Regulación. Consensualismo. Eficacia. Medidas adecuadas de resolución de conflictos. Efectividad regulatoria.

Resumo:

Há muitos anos o sistema jurídico brasileiro se encontra em estado de questionamento, dentre outras razões, em virtude da notória impossibilidade fática do Poder Judiciário responder com a velocidade e a especialidade necessárias os diferentes tipos de demandas. No âmbito administrativo, igualmente, busca-se o aperfeiçoamento institucional, a fim de que o Poder Público tenha condições de cumprir com seus fins sociais. Nesta esteira, urge-se pelo aperfeiçoamento da estrutura regulatória, vez que a dinâmica da atividade econômica é incompatível com mecanismos engessadores e que não sejam efetivamente capazes de zelar pelo interesse público. Para além de se pensar em uma estrutura unicamente coercitiva, o aparato regulatório deve aprimorar mecanismos que propiciem encontrar o consenso, de modo a contribuir para a efetividade dos comandos públicos, deixando de lado modelos arcaicos que verificavam apenas na coerção o meio adequado para se regular. O artigo se valeu de levantamento bibliográfico nacional e estrangeiro, buscando incorporar mecanismos de aperfeiçoamento na aplicação do direito a partir de estudos de Direito Administrativo e também de Direito Processual Civil. O método utilizado foi o dedutivo. A conclusão foi de que a busca pelo consenso pode servir como mecanismo eficiente para o aprimoramento da eficácia regulatória.

Palavras-chave:

Regulação. Consensualismo. Efetividade. Medidas adequadas de solução de conflitos. Eficácia regulatória.

1. A INTERLIGAÇÃO RELACIONAL ENTRE O ESTADO E O EMPREENDEDORISMO

As empresas são constituídas e organizadas com o objetivo de obtenção de lucro, sendo que as finalidades ou consequências que envolvam o bem estar social, a justiça social, e os demais preceitos constitucionais são absolutamente estranhos ao principal escopo da maioria dos agentes econômicos.

Caso o princípio da livre iniciativa possuísse caráter absoluto certamente os agentes econômicos, ao objetivarem a eterna busca por maiores

lucros, praticariam muito mais condutas individualistas e em desconformidade com o interesse da coletividade².

Diante de tal situação, cabe ao Estado limitar à atuação da iniciativa privada, o que auxilia na melhor distribuição de riquezas e na segurança dos direitos dos consumidores e concorrenciais, gerando efeitos positivos para todos. Caso contrário, o princípio da livre iniciativa pode ter como consequência um efeito inverso. A liberdade de escolha e a livre ação dos agentes econômicos pode acarretar óbices ou impedimentos ao bem-estar econômico e social³.

A limitação da livre concorrência possibilita a maximização do bem-estar social, ao elevar a eficiência econômica, a qual possui três formas: eficiência alocativa, a eficiência produtiva e a capacidade de inovação dos mercados⁴.

A eficiência alocativa se consubstancia quando os bens e serviços são produzidos na medida, quantitativa e qualitativa, de compra pelos consumidores, respeitados os preços que estes consumidores estão dispostos a pagar. A eficiência produtiva está relacionada à capacidade empresarial de distribuir e produzir a preços menores, para, desta forma, não perderem clientes para outros negócios mais eficazes⁵.

O Poder Público pode intervir no domínio econômico como agente normativo e regulador, exercendo, sempre com a devida observação dos dispositivos legais, as funções de fiscalização, incentivo e planejamento, conforme é a redação do artigo 174 da Carta Magna.

Frise-se que, diferentemente do artigo 177, que descreve os monopólios da União, o artigo 174 da Constituição Federal não veda o exercício dos particulares em certas atividades econômicas, mas sim, dispõe sobre a possibilidade de intervenção estatal no setor público e no setor privado.

2 Em relação à ausência de caráter absoluto do princípio da livre iniciativa e da regulamentação do mercado, vide a jurisprudência: no STF, ADIs 1.950 e 3.512 e no STJ, REs 349.686 e 199.520 e AI 481.886-AgR.

3 DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. **Direito Antitruste: o combate aos cartéis**. 2ªed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 78.

4 RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Notas introdutórias sobre o princípio da livre concorrência. **Revista de Direito da Concorrência**, nº 6, abr/jun, 2005, p. 14.

5 RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Notas introdutórias sobre o princípio da livre concorrência. **Revista de Direito da Concorrência**, nº 6, abr/jun, 2005, p. 15.

É o que ocorre, por exemplo, com a regulamentação realizada pelo Estado de certos setores da economia, através de leis e das agências reguladoras.

Assim sendo, é vedado ao Estado restringir determinados agentes econômicos à prática de certas atividades econômicas. Desta forma, ou a atividade é passível de realização por todos os particulares, ou é vedada para todos. Esta liberdade garante ao particular o exercício de qualquer atividade, não necessitando se sujeitar a qualquer restrição estatal, salvo as previstas em lei⁶.

Todos os princípios da ordem econômica e social são subordinados aos princípios fundamentais da soberania popular e do respeito aos direitos humanos. Para a concretização destes preceitos constitucionais, cabe ao Poder Judiciário exercer a devida intervenção, visualizada na busca da efetividade dos princípios consagrados na Constituição, sempre tendo presente o cidadão como ator central e principal beneficiário das conquistas sociais⁷.

Ressalta-se que a teoria da “mão invisível” de Adam Smith⁸, fundada no curso natural da economia (oferta e procura), é utópica e incompatível com o sistema, uma vez que os interesses individuais e as falhas presentes no mercado, impossibilitam que este se autorregule⁹.

6 O parágrafo único do referido dispositivo legal (artigo 170) excepciona os casos previstos em lei, para os quais a incidência do princípio da livre iniciativa é afastada. Tais casos se referem às atividades econômicas colocadas sob monopólio estatal, as quais estão dispostas no artigo 177 da Constituição Federal.

7 BARUFFI, Ana Cristina. **Livre iniciativa X Intervenção do Estado na economia – reflexões a partir da jurisprudência do STJ**. Revista de Direito Público da Economia, ano 9, n. 33, jan/mar, 2011, p. 208.

8 SMITH, A. **Wealth of nations**. Andrew Skinner (ed), Harmondsworth, Penguin, 1976.

9 A autorregulação se origina do interesse dos agentes econômicos, buscando, por exemplo, mecanismos de desqualificação dos demais agentes econômicos, como é o caso dos selos de pureza dos produtos agroindustriais. Pode-se mencionar que a principal diferença entre regulação e autorregulação, é que, enquanto a primeira é prestada pelo Estado, a segunda é prestada pelos próprios agentes econômicos. Nesse sentido, são as palavras de Vital Moreira: “a regulação estadual (estatal) da economia é uma heterorregulação, porquanto é exercida por uma instância estadual (estatal) sobre os agentes econômicos. (...) Mas a regulação pode ser auto-regulação quando os regulados são também os reguladores, através de esquemas organizatórios adequados, necessariamente através de decisões ou acordos estabelecidos por e entre as suas organizações associativas e representativas” (MOREIRA, Vital. **Auto regulação profissional**. Coimbra: Almedina, 1997, p. 52).

Assim sendo, foi superada na Constituição Federal a tese do comportamento dos empresários no Estado Liberal resultar em benefícios sociais espontâneos, concedendo a todos uma existência digna e em conformidade com a justiça social.

O mercado fundado na economia liberal pressupõe a existência de um mercado perfeito¹⁰. Neste mercado, os agentes econômicos atuam em igualdade de condições e sozinhos, ou seja, sem a intervenção estatal, conseguem estimular os preços e criar melhores condições de serviços para a coletividade.

A realidade distanciou a visão da existência do modelo de mercado ideal, pois foram constatadas diversas imperfeições, como os monopólios e as assimetrias informacionais. Tais elementos dificultam significativamente a homogeneidade entre as condições dos agentes econômicos, pois tornam o mercado desigual. Assim, a concorrência somente seria livre caso o mercado fosse perfeito e não houvesse a manifestação do abuso de poder econômico.

A necessidade de intervenção estatal¹¹ demonstra-se, basicamente, a partir da Revolução Industrial, pois, até então, os mercados eram compe-

10 Dentre os demais requisitos da concorrência perfeita, são essenciais os seguintes: a) ausência de externalidades; b) acesso pleno dos operadores a todas as informações relevantes; c) elevado número de compradores e vendedores em interação recíproca; d) ausência de economia de escalas; e) plena mobilidade dos agentes operadores e de seus fatores, ou seja, facilidade de acesso ao mercado e de retirada dele por parte de qualquer interessado; f) homogeneidade do produto objeto das transações e; g) a ausência de agentes com poder suficiente para exercer qualquer influência nas condições de compra ou de venda do produto em questão (atomização do mercado). (NUSDEO, Fabio. **Curso de Economia: introdução ao direito econômico**. 6ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010, p. 267).

11 Em relação ao Estado Intervencionista, Fábio Ulhoa Coelho afirma que este é um fenômeno do século XX, o qual já está superado há mais de dez anos, e que atualmente estamos vivendo um momento de nova liberalização. Alega que o Estado intervém em razão das necessidades de preservação do sistema econômico dominante. Como o capitalismo, até então, não enfrenta riscos de sobrevivência, não há necessidade de intervenção estatal (COELHO, Fábio Ulhoa. *Reforma do Estado e Direito Concorrencial*. In: SUNDFELF, Carlos Ari (coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Editora Malheiros, 2002). Porém, como já visto, a intervenção é fundamental para a sobrevivência da concorrência do mercado, tendo em vista o fato do mercado ser imperfeito, sujeito a diversas falhas, as quais impedem que os demais agentes econômicos entrem ou se mantenham no mercado.

titivos, não havendo a necessidade de intervenção¹². Com a Revolução Industrial esta situação se modificou significativamente, pois houve a substituição da mão-de-obra barata pelo sistema industrializado, o que resultou em uma maior concentração nos mercados relevantes¹³.

Assim sendo, indubitavelmente, os princípios da livre iniciativa e livre concorrência devem, necessariamente, ser ponderados com o interesse estatal e o da coletividade.

É inviável a sua interpretação em caráter absoluto, sob pena da liberdade econômica resultar na restrição da liberdade dos demais agentes econômicos, consumidores e indivíduos que participam do mercado por intermédio de sua força de trabalho. Deve haver a vinculação da ordem econômica, como um todo, às diretrizes superiores da justiça social¹⁴.

Toda atividade econômica é lastreada pelo risco empresarial, sendo diversos os fatores que implicam nessa situação: instabilidade financeira, assimetrias informacionais, barreiras à entrada, altos encargos tributários, concorrência desleal, demissões inesperadas, acidentes de trabalho, briga entre sócios, a incerteza de aceitação do produto colocado no mercado, entre diversos outros fatores. E em alguns mercados tais riscos são acentuados, havendo a necessidade de um controle mais efetivo por parte do Estado.

Seja por causa dos riscos elevados ou da relevância de determinados setores da economia para o país, o estado deve intervir para garantir a concorrência e o bem estar social.

E uma das formas de se exercer essa intervenção é justamente por meio das agências reguladoras, autarquias especiais, detentoras de autonomia

12 FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.58-60.

13 Como nem todos os agentes econômicos eram detentores de condições econômicas suficientes para a compra dos maquinários, restringiu-se o número de agentes atuando no mercado, elevando-se o número das operações societárias. Assim sendo, surgiram as grandes empresas, detentoras de poder econômico, necessitando-se, desta forma, da intervenção estatal, para se garantir a liberdade e igualdade nos mercados de bens e serviços. Tornou-se necessária a mão visível do Estado para disciplinar o mercado. (FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010, p.58-60).

14 COMPARTO, Fabio Konder. Regime constitucional do regime de preços. **Revista de Direito Público – RBDP**, v.24, n.9, jan/mar, 1991, p.23.

forçada¹⁵, incumbidas pelas funções de fiscalização, incentivo e planejamento, nos termos do artigo 174 da Constituição Federal. Dessa forma, possuem como finalidade, basicamente, realizar nos segmentos regulados as seguintes atividades: i) realizar a mediação de interesses específicos do mercado regulado; ii) implementar políticas públicas; iii) tutelar e proteger os interesses de segmentos hipossuficientes, sejam operadores ou usuários, viabilizando o atendimento das partes mais vulneráveis da sociedade¹⁶.

Cabe então às agências reguladoras atuarem de maneira a mitigar as disparidades existentes no mercado e garantir aos usuários uma prestação dos serviços públicos de qualidade, o que é realizado pelo intermédio dos mecanismos regulatórios de mediação, normatização, decisão e aplicação de sanção.

2. O MARCO LEGAL DAS AGÊNCIAS REGULADORAS FEDERAIS BRASILEIRAS (LEI N. 13.848/2019): REGULAÇÃO MAIS DEMOCRÁTICA, SEGURA E CONSENSUAL

Em 25 de junho de 2019 foi sancionada a Lei Federal n. 13.848, conhecida como o Novo Marco Legal das Agências Reguladoras Brasileiras ou, simplesmente, como Lei das Agências Reguladoras, a qual dispõe sobre a organização, gestão, o processo decisório e o controle social das agências reguladoras. Essa norma abrange todas as agências reguladoras federais

15 A autonomia forçada também é denominada por parte da doutrina de “independência”, sendo definida por BINENBOJM nos seguintes termos: “1º) *independência política dos dirigentes*, nomeados por indicação do Chefe do Poder Executivo após aprovação do Poder Legislativo, investidos em seus cargos a termo fixo, com estabilidade durante o mandato. Isto acarreta a impossibilidade de exoneração ad nutum pelo Presidente; 2º) *independência técnica decisional*, predominando as motivações técnicas para seus atos, que não se sujeitam a recurso hierárquico impróprio. Isto gera como consequência a impossibilidade de revisão das decisões das agências pelos Ministérios e mesmo pelo Presidente; 3º) *independência normativa*, necessária à disciplina dos serviços públicos e atividades econômicas submetidos ao seu controle, e caracterizada, segundo parte da doutrina, pelo fenômeno da deslegalização. Para parte da literatura brasileira (com a qual não se está de acordo), por meio de deslegalização as agências passam a gozar de amplo poder normativo, apto, inclusive, a revogar leis anteriores; 4º) *independência gerencial, orçamentária e financeira ampliada*, por força de rubricas orçamentárias próprias e de receitas atribuídas pela lei às agências (BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008, p. 255-256).

16 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, Belo Horizonte, ano 8, n. 31, p. 51-68, out-/dez. 2010, p. 53.

atualmente existentes no país, assim como outras que venham a ser criadas pela União¹⁷.

Esse Marco Legal das Agências Reguladoras foi desenvolvido justamente para estabelecer um regime geral uniforme para a atuação dos órgãos federais com atuação regulatória. Dessa forma, logo em sua parte inicial, a Lei n. 13.848/19 já normaliza uma questão que há tempos suscitava controvérsias doutrinárias, qual seja, o que caracteriza a “natureza especial” de tais agências. Consoante a redação do *caput* do artigo 3º da referida lei, a “natureza especial” passa ser expressamente caracterizada pela “pela ausência de tutela ou de subordinação hierárquica, pela autonomia funcional, decisória, administrativa e financeira e pela investidura a termo de seus dirigentes e estabilidade durante os mandatos, bem como pelas demais disposições constantes desta Lei ou de leis específicas voltadas à sua implementação.”

Nesse diapasão, o parágrafo 3º desse mesmo dispositivo legal impõe o dever às Agências Reguladoras de adotarem práticas tanto de controle interno quanto de gestão de riscos, assim como de elaborarem e divulgarem programa de integridade. Tais exigências possuem como escopo a promoção da adoção de medidas e de ações institucionais voltadas à prevenção, à detecção, punição e remediação dos atos de corrupção e demais condutas fraudulentas.

No que tange aos seus processos decisórios, estes estão regulamentados do artigo 4º ao 13º da Lei das Agências Reguladoras, os quais, dentre as demais disposições, estabelecem que essas instituições reguladoras deverão observar em suas atividades a devida adequação entre os meios e os fins, sendo proibida a imposição de restrições e sanções em medida superior àquela que seja necessária ao cumprimento do interesse público. Ou seja, deverão observar os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

17 Atualmente o Brasil possui 11 (onze) Agências Reguladoras no âmbito Federal, quais sejam: **i)** Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL); **ii)** Agência Nacional do Petróleo, Gás Natural e Biocombustível (ANP); **iii)** Agência Nacional de Telecomunicações (ANATEL); **iv)** Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA); **v)** Agência Nacional de Saúde Suplementar (ANS); **vi)** Agência Nacional de Águas (ANA); **vii)** Agência Nacional de Transportes Aquaviários (ANTAQ); **viii)** Agência Nacional de Transportes Terrestres (ANTT); **ix)** Agência Nacional do Cinema (ANCINE); **x)** Agência Nacional de Aviação Civil (ANAC) e a **xi)** Agência Nacional de Mineração (ANM).

Ademais, nesse mesmo intuito de coibir abusos e arbitrariedades, as agências reguladoras também deverão observar o princípio da motivação em todas as suas atividades, uma vez que passam a ter o dever de realizar a indicação dos pressupostos de fato e de direito que determinarem as suas decisões, inclusive as que digam respeito à edição ou não de atos normativos.

Quando houver a adoção ou propostas de alteração de atos normativos que sejam de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou pessoas usuárias dos serviços prestados deverão ser precedidas da realização do procedimento de Análise de Impacto Regulatório – AIR, devendo haver prévia consulta pública à tomada de decisão¹⁸.

Observa-se a valorização da participação popular nos processo de tomada de decisões pelas Agências Reguladoras, uma vez que existe esse exigência de submissão obrigatória à consulta pública de todas as propostas e minutas que objetivem a alteração de atos normativos de interesse geral dos agentes econômicos, consumidores ou usuários dos serviços prestados, assim como a necessidade de convocação de audiência pública para a formação de juízo e tomada de decisão relativas à matérias consideradas relevantes¹⁹.

Nesse mesmo sentido, também é conferida às Agências Reguladoras a liberdade de utilizar outros meios de participação dos interessados e a obrigatoriedade de instituição de ouvidorias em todos os órgãos regulatórios.

Na AIR deverá constar todas as informações e dados sobre os potenciais efeitos do ato normativo, sendo que o regimento interno de cada agência terá que dispor sobre a operacionalização da AIR em seu âmbito,

18 O artigo 9º, parágrafo 1º da Lei das Agências Reguladoras conceitua a consulta pública como “o instrumento de apoio à tomada de decisão por meio do qual a sociedade é consultada previamente, por meio do envio de críticas, sugestões e contribuições por quaisquer interessados, sobre proposta de norma regulatória aplicável ao setor de atuação da agência reguladora.”

19 Calixto Salomão Filho entende que “exatamente porque exigem a participação de todos no processo, a eliminação da exclusão e dos centros de poder e a possibilidade de escolha de valores comunitários (cooperação e não individualistas, representam um opção em si por valores sociais. É em torno desses valores básicos que se pode, portanto, definir o conceito de democracia econômica” (SALOMÃO FILHO, Calixto. *Regulação e desenvolvimento*. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 63).

devendo a decisão possui caráter colegiado. Além disso, tais reuniões deliberativas devem, em regra, possuir o caráter público e serem gravadas em meio eletrônico, sendo que a pauta deve divulgada na internet com antecedência mínima de 3 (três) dias úteis em relação à data de sua realização.

A Lei n. 13. 848/19 também trata sobre os instrumentos de articulação e de interação entre as agências reguladoras federais entre si e dessas com as instituições de regulação estaduais, distritais e municipais, bem como em relação aos órgãos de defesa da concorrência, do meio ambiente e do consumidor, consoante se depreende de seus capítulos III, IV e V, o que é fundamental para aprimorar a regulação²⁰.

No que tange ao relacionamento das agências reguladoras federais com o Conselho Administrativo de Defesa Econômica – CADE, o Novo Marco das Agências Reguladoras atribui expressamente ao CADE a competência de realizar a aplicação da legislação de defesa da concorrência nos setores regulados, o que é realizado por meio da apuração das infrações à ordem econômica e da análise dos atos de concentração. Às agências reguladoras compete o fornecimento de informações e subsídios à atuação do CADE, assim como o dever de comunicação de atos que potencialmente possam configurar em infrações.

Um grande progresso advindo do Novo Marco das Agências Reguladoras é a previsão expressa de que as agências reguladoras estão autorizadas a firmar, com pessoas físicas ou jurídicas que estejam sujeitas a sua competência regulatória, Termos de Ajustamento de Conduta – TACs, com força de título executivo extrajudicial. Essa previsão, ao afastar qualquer tipo de dúvida sobre a possibilidade de celebração de tais ajustes e valorizar o consenso entre as partes interessadas, é de grande valia para a atuação eficiente das agências reguladoras²¹. **3. A eficiência regulatória por meio da consensualização**

As agências reguladoras, não só por fazerem parte da Administração Pública, mas, também tendo em vista o significativo papel que desenvolvem

20 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2009, p. 135.

21 No que concerne à celebração de Termos de Ajustamento de Conduta na ausência de previsão legal, Thiago Marrara discorre: “Além de juridicamente questionável, a orientação de celebração do compromisso sem base legal explícito pode lançar os agentes públicos e os regulados em uma perigosa armadilha. Na falta de autorização legal, o compromisso

para o país, devem ter a sua atuação pautada no princípio da eficiência. Mais do que a existência de órgãos regulatórios e a constituição de normas, tais instituições devem desenvolver as suas atividades de forma eficaz, sempre almejando os melhores resultados possíveis de serem alcançados. Ressalta-se que a legitimidade do Poder Público depende da sua eficiência.²²

Para que essa eficiência seja atingida, mais do que possuir uma grande estrutura e ter uma conduta pautada na definição de normas, as agências reguladoras devem estimular mecanismos que sejam aptos a atribuir legitimidade e efetividade a sua atuação, afastando-se, de tal modo, de uma regulação meramente simbólica²³.

Para tanto, devem ser utilizadas novas técnicas de solução de conflitos e de aprimoramento da atividade estatal, a fim de que haja uma maior eficácia e menor onerosidade para a sociedade e para o próprio Estado.²⁴

Além do processo de decisão do Poder Público ter que ser pautado nessa necessidade de atender de forma eficaz e satisfatória o interesse público, também deve haver a preocupação com o resultado de suas decisões. Em decorrência dessa relevância jurídica do resultado, desen-

pode ser taxado como ilegal, sobretudo quando questionado por titulares de direitos e interesses coletivos e difusos por ele atingidos de modo reflexo, como consumidores ou pelos chamados reguladores indiretos como o Ministério Público e os Tribunais de Contas. Paralelamente, os agentes públicos poderão ser acusados na esfera disciplinar e eventualmente da improbidade por arbitrarem mão do processo punitivo sem a devida autorização legal. Já os agentes regulados submeter-se-ão a risco de acusação com base na lei de improbidade e na lei anticorrupção. Por conta dessas possíveis consequências negativas, a previsão legal dos acordos não é apenas juridicamente recomendável. Em termos pragmáticos, ela é essencial para conferir à via consensual estabilidade e oferecer aos regulados e ao ente regulador todos os benefícios que o modelo de ajustamento consensual de condutas permite.” (MARRARA, Thiago. Regulação consensual: o papel dos compromissos de cessação de prática no ajustamento de condutas dos regulados. **Revista Digital de Direito Administrativo – RDDA (USP-FDRP)**. v. 04. n. 01, ano 2017, p. 291. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/125810>, acesso em 22.08.2019.)

22 GABARDO, Emerson. **Eficiência e Legitimidade do Estado: uma análise das estruturas simbólicas do Direito Político**. São Paulo: Manole, 2003, p. 195.

23 MARRARA, Thiago. Regulação consensual: o papel dos compromissos de cessação de prática no ajustamento de condutas dos regulados. **Revista Digital de Direito Administrativo – RDDA (USP-FDRP)**. v. 04. n. 01, ano 2017. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/125810>, acesso em 22.08.2019.

24 ARAGÃO, Alexandre Santos de. O atual estágio da regulação no Brasil. In: MARRARA, Thiago (org.). **Direito Administrativo: transformações e tendências**. São Paulo: Almedina: 2014, p. 230.

volveu-se a denominação Administração Pública de Resultado, conceito esse que se desdobrou a partir da evolução da eficiência como pilar da atividade administrativa.²⁵

Um dos grandes mecanismos para a concretização dessa eficiência regulatória é a priorização na utilização de técnicas de consensualização administrativa, ou seja, por meio da valorização do consenso para a atuação e elaboração de decisões pelas agências reguladoras, havendo uma maior participação dos cidadãos, pessoas jurídicas interessadas e da sociedade em geral na atuação regulatória²⁶.

Em tempos de globalização, difusa massiva dos meios de comunicação com a velocidade exponencial da transmissão das informações, nada mais adequado do que a inclusão cada vez maior da participação popular nos seus processos de decisão, fortalecendo a Administração Pública Consensual e afastando a Administração Pública meramente Unilateral²⁷.

Essa regulação consensual, externada por meio de recomendações e incentivos às condutas praticadas pelos agentes econômicos, a fim de que

25 SADDY, André; GRECO, Rodrigo Azevedo. **Termos de Ajustamento de Conduta em procedimentos sancionatórios regulatórios**. p. 168. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/206/ril_v52_n206_p165.pdf, acesso em 28.08.2019.

26 Em relação aos termos consensualização, consenso, consentimento e consensualidade, Thiago Marrara realiza a seguinte distinção: “Consentimento é aceitação; consenso é aceitação recíproca pelas partes envolvidas ou o acordo sobre um determinado objeto que interessa a mais de um sujeito; a consensualidade, por sua vez, representa o grau de consenso na gestão pública e a consensualização, finalmente, o movimento de busca de consenso e de promoção da consensualidade por novas técnicas administrativas. Diante desse breve panorama, não há que se confundir consensualidade, como resultado, com consensualização, aqui correspondente a um fenômeno de intensificação da criação e do uso de mecanismos de gestão que valorizam o consentimento da sociedade ou do cidadão no processo de elaboração de decisões administrativas” (MARRARA, Thiago (org.). **Direito Administrativo: transformações e tendências**. São Paulo: Almedina, 2014, p. 40).

27 Nesse diapasão, ao tratar sobre o procedimento administrativo como espaço para a constituição de soluções entre a sociedade e a Administração Pública, Carlos Ari Sundfeld assevera que “A grande ideia do processo é fazer com que haja participação, com que os que têm interesses direta ou indiretamente atingidos, dialoguem, aberta e integralmente. Mas é fundamental que também a autoridade que decide seja obrigada não só a ouvir, mas a dialogar” (SUNDFELD, Carlos Ari. *Processo administrativo: um diálogo necessário entre Estado e cidadão*. **A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 6. N. 23. P. 39-51. jan./mar. 2006, p. 46).

sejam atingidos os objetivos da agência reguladora de maneira consensual é denominada por alguns de *soft regulation*.²⁸

Por meio da *soft regulation* o relacionamento entre regulador e regulado é desenvolvido em um espaço de diálogos recíprocos de forma a ampliar a visão de ambos e propiciar um ambiente pautado no consenso, sempre com a finalidade de serem tomadas as melhores decisões e políticas públicas possíveis.

Os maiores conhecedores dos mercados regulados, sejam pessoas públicas ou privadas, devem unir os seus vastos conhecimentos específicos, por meios de mecanismos que incentivem os diálogos recíprocos, de forma que a atuação de ambos se torne mais eficiente. Dessa forma, a regulação não deve ser hostil ao mercado, mas sim, uma regulação que estimule a constituição e o funcionamento do mercado.

A utilização do consensualismo é um mecanismo de aprimoramento da atuação das agências reguladoras uma vez que contribui para uma melhor governabilidade, pois propicia a decisão mais sábia e prudente, tornando os comandos estatais mais aceitáveis e facilmente executados.²⁹

A formulação de estratégias e de decisões de forma unilateral deve ser utilizada de forma restritiva, pois não são capazes de proporcionar uma visão holística dos impactos e resultados que podem ser acarretados por determinado ato. A regulação não deve ser inimiga do mercado e dos agentes econômicos. Muito pelo contrário. O autoritarismo deve ser afastado em prol de uma regulação concertada e consensual que valorize o mercado e a atuação de quem nele desenvolve as suas atividades.

Uma forma de ampliar ainda mais a consensualidade da regulação é também pelo intermédio do incentivo de diálogos entre o Estado e a sociedade, o que é realizado, por exemplo, mediante a realização de audiências, de consultas públicas e da celebração de acordos.

Mecanismos de busca e de promoção do consenso, como a participação dos cidadãos, enriquecem a atuação estatal, ao propiciarem maior

28 SADDY, André; GRECO, Rodrigo Azevedo. **Termos de Ajustamento de Conduta em procedimentos sancionatórios regulatórios**. p. 169. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/206/ril_v52_n206_p165.pdf, acesso em 28.08.2019.

29 MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006, p. 59.

eficiência, efetividade, legitimidade, racionalização e otimização de suas decisões³⁰. E um dos mecanismos de utilização desse consensualismo é a celebração de Termos de Ajustamento de Conduta.

4. A CONSENSUALIZAÇÃO POR MEIO DA CELEBRAÇÃO DE TERMO DE AJUSTAMENTO DE CONDUTA - TAC

Diante dos benefícios advindos da consensualidade na atuação da Administração Pública, o modelo regulatório brasileiro deixou de ser meramente autoritário e passou a regulamentar a possibilidade da realização de acordos em procedimentos administrativos sancionatórios. Estamos caminhando à fortificação da autoridade negocial em substituição da autoridade unilateral³¹.

Assim sendo, em decorrência da instauração do procedimento administrativo sancionatório, o qual deve ser observado os princípios do devido processo legal, da ampla defesa e do contraditório, existem duas possibilidades para a agência reguladora. Ela pode impor a sanção de polícia de forma motivada e proporcional à prática da infração cometida ou poderá deixar de aplicar a penalidade e celebrar Termo de Ajustamento de Conduta - TAC, sempre segundo o que melhor atender ao interesse público, para o qual é essencial a produção, circulação e a comercialização de riquezas, o que, inclusive, dá ensejo ao princípio da preservação da empresa.

O Termo de Ajustamento de Conduta pode ser conceituado como sendo um ato administrativo negocial³² que é praticado de maneira consensual entre a Administração Pública e o agente interessado, possuindo como objetivo alterar uma conduta primeiramente exigível por outra conduta secundariamente negociável, excluindo-se a aplicação da sanção administrativa em prol da adequação imediata da conduta, tendo como escopo possibilitar um atendimento mais eficiente ao interesse público.

30 FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 26.

31 MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. A nova regulação estatal e as agências independentes. In: SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006, p. 91-92.

32 MAZZILLI, Hugo Nigro. **Compromisso de ajustamento de conduta: evolução e fragilidades e atuação do Ministério Público**. Disponível em: <http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/evolcac.pdf>, acesso em 31.01.2019, p. 12.

Dessa forma, observa-se que os Termos de Ajustamento de Condutas são instrumentos consensuais suspensivos ou substitutivos de composição de conflitos entre a Administração e os eventuais infratores, possuindo a natureza jurídica de atos administrativos negociais³³. Apresentam como características a consensualidade, uma vez que sem a convergência de interesses não existe acordo, a alternatividade, necessária à substituição ou suspensão do procedimento sancionatório, e a finalidade pública, a qual decorre de um interesse público específico.³⁴

Em relação ao termo utilizado para a regularização das condutas infratoras, verifica-se que o ordenamento jurídico pátrio não possui uma terminologia padrão. Conforme visto, a Lei das Agências Reguladoras (Lei n. 13.848/19), assim como a Lei da Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/85), utiliza a expressão “Termo de Ajustamento de Conduta”. Já a Lei de Defesa da Concorrência (Lei n. 12.529/2011) trata do “Termo de Compromisso de Cessação de Prática”, enquanto que a Lei de Infrações Ambientais (Lei n. 9.605/98) e a Lei da CVM (Lei n. 6.385/76) se utilizam apenas da expressão “Termo de Compromisso”.

Independentemente da terminologia utilizada, tais termos possuem o objetivo de realizar a cessação de condutas em curso que estejam em desconformidade com o ordenamento jurídico pátrio, o que é feito por meio de um conjunto de obrigações que devem ser assumidas pela parte infratora celebrante do acordo. Como contraprestação, o Estado se compromete a suspender imediatamente os procedimentos administrativos sancionadores de tais condutas, afastando-se a punição, o que se apresenta como um grande estímulo para que os agentes econômicos celebrem o acordo.

Com a celebração do Termo de Ajustamento de Conduta tanto a Agência Reguladora quanto os agentes econômicos celebrantes do acordo estão trocando a incerteza da imposição ou não de obrigações e punições por uma obrigação certa de fazer ou não fazer.

33 MAZZILLI, Hugo Nigro. **O inquérito civil: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 310.

34 SADDY, André; GRECO, Rodrigo Azevedo. **Termos de Ajustamento de Conduta em procedimentos sancionatórios regulatórios**. p. 171. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/206/ril_v52_n206_p165.pdf, acesso em 28.08.2019.

Cada um dos agentes envolvidos na celebração do TAC irá ponderar os resultados que poderão advir da continuidade do procedimento administrativo com as medidas que podem ser tomadas imediatamente e seus efeitos³⁵. E é justamente dessa convergência de interesses que pode resultar o melhor resultado para a sociedade, um vez que, por exemplo, decisões constituídas por consenso tendem a ser menos desrespeitadas do que as impostas de forma unilateral³⁶.

A realização do Termo de Ajustamento de Condutas abrange três fases. A primeira fase é intitulada de pré-acordo, ou de fase interna do acordo, e se constitui pela apresentação da proposta para que o acordo seja firmado, envolvendo as negociações atinentes às cláusulas, obrigações e direitos das partes celebrantes. Ou seja, nessa primeira fase são realizadas as tratativas que possivelmente ensejarão na celebração do compromisso.

Este processo de negociação é considerado a principal etapa para angariar resultados significativos pois, ao possibilitar o diálogo entre a agência e o agente interessado, acaba por reduzir a assimetria informacional, aumentando as chances de cumprimento dos termos³⁷.

Como a celebração do TAC decorrente da convergência de interesses, essa proposta deve prever condições que tornem a sua celebração atraente tanto para a Administração Pública quanto para os agentes econômicos, devendo sempre viabilizar a concretização da solução mais eficiente ao interesse público. Como esse acordo proporciona benefícios tanto para a agência reguladora quanto para os agentes regulados, ambos possuem competência para a apresentação da proposta de TAC.

Posteriormente, em caso de êxito da primeira fase, passa-se para a segunda fase, a qual abarca a celebração do acordo e a sua execução. O Marco Legal das Agências Reguladoras, a fim de padronizar e atribuir maior segurança aos Termos de Ajustamento de Conduta celebrados

35 NERY, Ana Luiza de Andrade. Compromisso de ajustamento de conduta. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 100.

36 SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao Direito. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, Belo Horizonte, ano 7, n. 27, p. 67-93, out./dez. 2009, p. 71.

37 RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; FRANCE, Guilherme de Jesus; VIANNA, Mariana Tavares de carvalho. Regulação Consensual: a experiência das agências reguladoras de infraestrutura com termos de ajustamento de conduta. **Revista Estudos Institucionais**, v. 3, ano 2017, p. 89-122, p. 95.

pelas Agências Reguladoras, estabelece que tais compromissos devem, necessariamente, observar os requisitos constantes no artigo 4-A da Lei n. 9.469/97. O referido dispositivo legal estabelece que o Termo de Ajustamento de Conduta celebrados para prevenir ou cessar litígios e que envolvam interesse público da União deverão conter cinco requisitos, quais sejam: i) a descrição das obrigações assumidas; ii) o prazo e de que modo será realizado o cumprimento das obrigações firmadas; iii) qual será a forma de fiscalização desse ajuste; iv) os fundamentos de fato e de direito que ensejem na celebração do acordo; e v) a previsão de multa ou de sanção administrativa, caso o acordo seja descumprido.

A fim de atribuir uma maior efetividade aos Termos de Ajustamento de Conduta, sob esse mecanismo de resolução consensual de conflitos não incidem os poderes exorbitantes relativos aos contratos administrativos, como a possibilidade de alteração ou de rescisão unilateral por parte da Administração Pública para a adequação às finalidades de interesse público.³⁸

Por fim, passa-se a terceira fase, a qual consiste na avaliação do compromisso. Nessa última fase é realizada a verificação do cumprimento ou não dos termos acordados. Em caso de cumprimento, o processo administrativo, que investigava as condutas abrangidas pelo acordo, é arquivado. Por outro lado, caso reste averiguado que houve o descumprimento do compromisso, o processo administrativo que possui por objeto a investigação das condutas atinentes ao acordo voltará a tramitar normalmente, podendo ensejar na aplicação de sanções. Enquanto perdurar a vigência do Termo de Ajustamento de Conduta ficará suspensa a aplicação de sanções administrativas de competência da agência reguladora, em relação aos fatos que ensejaram na sua celebração, às pessoas que firmaram o acordo.

Assim sendo, depreende-se que esses compromissos de cessação de condutas se acoplam no exercício do poder de polícia das Agências Reguladoras, pois restringe a atuação dos agentes econômicos, havendo a possibilidade de futura repressão pelas condutas até então investigadas somente em decorrência do descumprimento do acordo.

38 MARRARA, Thiago. Regulação consensual: o papel dos compromissos de cessação de prática no ajustamento de condutas dos regulados. **Revista Digital de Direito Administrativo – RDDA (USP-FDRP)**. v. 04. n. 01, ano 2017, p. 287. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/125810>, acesso em 22.08.2019.

Ademais, insta destacar que a celebração do Termo de Ajustamento de Conduta não depende e nem implica na confissão da infração. Sua celebração por parte do agente regulado simplesmente manifesta o desejo de que as investigações sejam suspensas e o processo administrativo posteriormente arquivado, evitando-se, de tal modo, o dispendido de custos.

Dessa forma, quando agente econômico interessado celebra e cumpre o Termo de Ajustamento de Conduta ocorre o arquivamento do processo administrativo sancionatório, não havendo conclusão alguma em relação à licitude ou ilicitude dos atos abrangidos por esse acordo. Essa é uma grande vantagem do Termo de Ajustamento de Conduta em relação ao Acordo de Leniência, uma vez que esse último exige a confissão para a sua celebração.

O agente regulado que celebra Termo de Ajustamento de Conduta também terá como benefício a redução, ou até mesmo a eliminação, dos custos com a defesa processual, uma vez que o processo investigativo será suspenso. Consequentemente, essa suspensão também acarretará na mitigação dos danos indiretos que podem ser ocasionados à sua imagem ou à imagem de seus negócios.

A suspensão das investigações implica também na diminuição dos riscos de descoberta de novas provas, as quais poderiam ensejar, por exemplo, na descoberta de outros ilícitos e demais envolvidos. E caso esse acordo seja integralmente cumprido, haverá, conforme visto, o afastamento da condenação. Diante de tais benefícios gerados aos agentes regulados, esses também possuem legitimidade para manifestarem o interesse na celebração do acordo.

Observa-se que a celebração de tais acordos constitui a possibilidade de escolha de um caminho alternativo ao processo investigativo e punitivo. Compete ao regular analisar se o melhor caminho é a investigação e potencial punição do agente econômico que está atuando em desconformidade com o ordenamento jurídico pátrio ou a celebração de acordo para que cesse imediatamente a sua conduta.

É necessário realizar um juízo de valor do que será mais benéfico para o setor regulado: a continuidade das investigações visando a sanção do agente infrator ou a imediata cessação da conduta prejudicial ao mercado regulado.

Para a tomada dessa decisão é prudente verificar quais são as provas já existentes e quais potencialmente poderão ser produzidas, a fim de averiguar se o procedimento administrativo sancionatório possui condições de comprovar a existência de uma conduta potencialmente em dissonância com as normas e quais seriam os efeitos das sanções aplicadas. Além disso, não pode ser deixada de lado a análise de quanto tempo potencialmente durarão as investigações e quais serão os custos envolvidos para a continuidade da tramitação do processo administrativo.

Além dessa análise, é necessário averiguar os impactos que a conduta potencialmente infratora está cometendo no mercado regulado, assim como os benefícios de sua cessação imediata. Em muitos casos, será mais benéfico para o setor regulado a imediata interrupção da conduta infratora, mesmo que não haja punição, do que a aplicação de uma sanção após um longo decurso de tempo e de prejuízos muitas vezes irreversíveis para o mercado regulado.

Ou seja, a celebração de Termo de Ajustamento de Conduta produz o mesmo efeito de uma medida cautelar de suspensão da prática supostamente lesiva, ou até mesmo de uma decisão judicial condenatória que determine a cessação da conduta, e isso por meio de um mecanismo consensual, mais célere e menos burocrático do que o Poder Judiciário³⁹. Essa cessação ocorre de modo muito mais rápido e simples, sendo afastadas as dificuldades como a necessidade de comprovação do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, no caso de tutela de urgência, ou da produção de provas robustas que comprovem a autoria e a materialidade para que ocorra a condenação.

Ademais, a celebração do Termo de Ajustamento de Conduta é um instrumento no qual incidem muito menos custos de transação em relação aos despendidos no trâmite do processo administrativo sancionatório⁴⁰.

39 Hugo Mazzilli destaca que o termo de ajustamento de conduta “concorre grandemente para a obtenção da harmonia e paz social. Trata-se de instrumento que tem merecido imensa utilização, porque, por meio dele, morrem no nascedouro inúmeras demandas, o que traz grande proveito para a coletividade” (MAZZILLI, Hugo Nigro. **Compromisso de ajustamento de conduta: evolução e fragilidades e atuação do Ministério Público**. Disponível em: <http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/evolcac.pdf>, acesso em 31.01.2019, p. 19).

40 Owen Fiss, mesmo ao se posicionando contra a celebração de acordos, reconhece que “o acordo parece alcançar exatamente o mesmo objetivo do julgamento – paz entre

Assim sendo, observa-se que as agências reguladoras devem atribuir uma maior importância à celebração de Termos de Ajustamento de Conduta, pois esse pode ser o instrumento mais eficaz para o setor regulado. Frise-se que esse é um meio consensual de resolução de conflito, o qual é constituído de forma dialogada, devendo sempre ser levado em consideração pela agência reguladoras quanto da realização de investigações de condutas que supostamente violam o ordenamento jurídico pátrio. Compete à Agência Reguladora realizar a ponderação entre a utilização do TAC ou a continuidade das investigações, sempre tendo como finalidade a proteção do setor regulado.

5. CONCLUSÕES

Diante desse cenário, depreende-se que atualmente estamos vivenciando um estágio de evolução da atuação do Estado marcado por relações pautadas na ponderação e consensualidade, intensificando-se a participação de agentes externos na atuação da Administração Pública.

A prevenção e a solução consensual de conflitos, além de produzir efeitos de forma muito mais célere, diminuindo os custos envolvidos na relação sob análise, contribui para a minimização do abarrotamento de litígios a serem julgados pelo Poder Judiciário, evitando-se o esmagamento da atuação judiciária pelo peso de ações judiciais que se multiplicam de forma exponencial todos os dias.

A análise do interesse público deve ser realizada de forma ampliada, devendo ser considerados todos os efeitos, diretos e indiretos, que podem ser alcançados com determinada decisão administrativa. A indisponibilidade do interesse público não é um entrave para a negociação na esfera administrativa⁴¹. É justamente a utilização de meios adequados

as partes – porém, com despesas consideravelmente menores para a sociedade” (OWEN, Fiss. **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. Trad. Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004, p. 139).

41 Ao tratar sobre a (in)disponibilidade do interesse público, Eduardo Talamini afirma que “a indisponibilidade do interesse público não implica que o Poder Público não possa ou não deva, em certas condições, submeter-se a pretensões alheias ou mesmo abdicar de determinadas pretensões.” (TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória – versão atualizada para o CPC/2015, **Revista de Processo**, v. 264, ano 42, p. 83-107. São Paulo: Editora RT, 2017, p. 84). Elton

de soluções de conflitos que pode propiciar decisões mais eficientes e o alcance do interesse público.

O consensualismo entre os agentes públicos e privados e a coexistência de seus interesses é essencial para o desenvolvimento social e econômico e, conseqüentemente, para a garantia do interesse público⁴². Dentro do novo paradigma vivenciado pelas agências reguladoras, a consensualidade e a participação social deixam de ser vistas como uma ameaça à atuação da Administração Pública e passam a ser mecanismo de validade e eficiência da regulação brasileira.

6. REFERÊNCIAS

ARAGÃO, Alexandre Santos de. O atual estágio da regulação no Brasil. In: MARRARA, Thiago (org.). **Direito Administrativo: transformações e tendências**. São Paulo: Almedina: 2014.

BARUFFI, Ana Cristina. **Livre iniciativa X Intervenção do Estado na economia – reflexões a partir da jurisprudência do STJ**. Revista de Direito Público da Economia, ano 9, n. 33, jan/mar, 2011.

Venturi, ao tratar sobre a possibilidade de transação de direitos indisponíveis, dispõe que: “A reconstrução do sistema de Justiça brasileiro, que começa tardiamente a apostar na institucionalização dos meios alternativos para a obtenção de soluções consensuais, passa a também depender de uma realista e pragmática reavaliação do sentido e do alcance da indisponibilidade dos direitos” (VENTURI, Elton. Transação de Direitos Indisponíveis?. **Revista do Processo**, v. 251, jan. /2016, p. 391-426. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2016, p. 415).

42 Nesse sentido, destaca-se o seguinte entendimento: “Dessa forma, o TAC, pela via consensual, como de resolução de conflitos e realização de interesse público, mostra-se uma solução adequada à reversão imediata da sanção aplicada em medida benéfica para a sociedade, sendo um importante instrumento de composição de conflitos e regulação do setor, pois confere maior eficiência à coercitividade estatal, de modo a possibilitar e assegurar a cessação da prática investigada com a reparação de seus efeitos lesivos, ainda que em potencial. Ademais, diminui o tempo necessário que o regulador leva para adequar a conduta à norma, aumenta a efetividade das decisões administrativas, reduz as chances de questões regulatórias serem transferidas para o Poder Judiciário e, por conseguinte, minora os custos do *enforcement* e do órgão regulador em investigar práticas supostamente ilícitas” (SADDY, André; GRECO, Rodrigo Azevedo. **Termos de Ajustamento de Conduta em procedimentos sancionatórios regulatórios**. p. 200. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/206/ril_v52_n206_p165.pdf, acesso em 28.08.2019.)

- BINENBOJM, Gustavo. **Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2008.
- COELHO, Fábio Ulhoa. Reforma do Estado e Direito Concorrencial. In: SUNDFELF, Carlos Ari (coord.). **Direito Administrativo Econômico**. São Paulo: Editora Malheiros, 2002.
- COMPARTO, Fabio Konder. Regime constitucional do regime de preços. **Revista de Direito Público - RBDP**, v.24, n.9, jan/mar, 1991.
- DOMINGUES, Juliana Oliveira; GABAN, Eduardo Molan. **Direito Antitruste: o combate aos cartéis**. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- FERRAZ, Sérgio; DALLARI, Adilson Abreu. **Processo Administrativo**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- FORGIONI, Paula A. **Os fundamentos do Antitruste**. 4ª edição. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.
- GABARDO, Emerson. **Eficiência e Legitimidade do Estado: uma análise das estruturas simbólicas do Direito Político**. São Paulo: Manole, 2003.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo. **Agências reguladoras independentes: fundamentos e seu regime jurídico**. Belo Horizonte: Fórum, 2009.
- MARQUES NETO, Floriano de Azevedo; CYMBALISTA, Tatiana Matiello. Os acordos substitutivos do procedimento sancionatório e da sanção. **Revista Brasileira de Direito Público - RBDP**, Belo Horizonte, ano 8, n. 31, p. 51-68, out-/dez. 2010.
- MARRARA, Thiago. Regulação consensual: o papel dos compromissos de cessação de prática no ajustamento de condutas dos regulados. **Revista Digital de Direito Administrativo - RDDA (USP-FDRP)**. v. 04. n. 01, ano 2017. Disponível em: <http://www.revistas.usp.br/rdda/article/view/125810>, acesso em 22.08.2019.
- MARRARA, Thiago (org.). **Direito Administrativo: transformações e tendências**. São Paulo: Almedina, 2014.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. **Compromisso de ajustamento de conduta: evolução e fragilidades e atuação do Ministério Público**. Disponí-

- vel em: <http://www.mazzilli.com.br/pages/artigos/evolcac.pdf>, acesso em 31.01.2019.
- MAZZILLI, Hugo Nigro. **O inquérito civil: investigações do Ministério Público, compromissos de ajustamento e audiências públicas**. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MOREIRA, Vital. **Auto regulação profissional**. Coimbra: Almedina, 1997.
- MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. **Mutações do direito público**. Rio de Janeiro: Renovar, 2006.
- NUSDEO, Fabio. **Curso de Economia: introdução ao direito econômico**. 6ª Ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.
- NERY, Ana Luiza de Andrade. **Compromisso de ajustamento de conduta**. 2 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012.
- OWEN, Fiss. **Um novo processo civil: estudos norte-americanos sobre jurisdição, constituição e sociedade**. Trad. Daniel Porto Godinho da Silva e Melina de Medeiros Rós. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2004.
- RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert. Notas introdutórias sobre o princípio da livre concorrência. **Revista de Direito da Concorrência**, nº 6, abr/jun, 2005.
- RAGAZZO, Carlos Emmanuel Joppert; FRANCE, Guilherme de Jesus; VIANNA, Mariana Tavares de carvalho. Regulação Consensual: a experiência das agências reguladoras de infraestrutura com termos de ajustamento de conduta. **Revista Estudos Institucionais**, v. 3, ano 2017, p. 89-122.
- SADDY, André; GRECO, Rodrigo Azevedo. **Termos de Ajustamento de Conduta em procedimentos sancionatórios regulatórios**. Disponível em: https://www12.senado.leg.br/ril/edicoes/52/206/ril_v52_n206_p165.pdf, acesso em 28.08.2019.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e desenvolvimento. In: SALOMÃO FILHO, Calixto (Coord.). **Regulação e desenvolvimento**. São Paulo: Malheiros, 2002.
- SCHIRATO, Vitor Rhein; PALMA, Juliana Bonacorsi de. **Consenso e legalidade: vinculação da atividade administrativa consensual ao Direito**.

Revista Brasileira de Direito Público - RBDP, Belo Horizonte, ano 7, n. 27, p. 67-93, out./dez. 2009.

SMITH, A. **Wealth of nations**. Andrew Skinner (ed), Harmondswort, Penguin, 1976.

SUNDFELD, Carlos Ari. Processo administrativo: um diálogo necessário entre Estado e cidadão. **A & C Revista de Direito Administrativo e Constitucional**, Belo Horizonte, ano 6. N. 23. P. 39-51. jan./mar. 2006.

SUNDFELD, Carlos Ari (Coord.). **Direito administrativo econômico**. São Paulo: Malheiros, 2006.

TALAMINI, Eduardo. A (in)disponibilidade do interesse público: consequências processuais (composições em juízo, prerrogativas processuais, arbitragem, negócios processuais e ação monitória - versão atualizada para o CPC/2015, **Revista de Processo**, v. 264, ano 42, p. 83-107. São Paulo: Editora RT, 2017.

VENTURI, Elton. Transação de Direitos Indisponíveis?. **Revista do Processo**, v. 251, jan. /2016, p. 391-426. São Paulo: Editora dos Tribunais, 2016.

EMPRESARIAL

ABUSO DE VOTO E CONFLITO DE INTERESSES NAS SOCIEDADES EMPRESÁRIAS

ABUSO DE VOTO Y CONFLICTO DE INTERESES EN LAS SOCIEDADES COMERCIALES

Giovani Ribeiro Rodrigues Alves¹

Uriel Wesley dos Santos Souza²

Resumen:

Las deliberaciones deben ser el entorno apropiado para discusiones y decisiones sobre el funcionamiento de la sociedad. Sucede que los abusos cometidos por miembros en juntas son frecuentes. Los recientes intentos de regular las deliberaciones digitales o semipresenciales, conducen a discusiones que, nuevamente, conducen a debates sobre el deber de lealtad y el abuso de derecho por parte de los socios. Para buscar soluciones a este conflicto, es fundamental comprender los objetivos y los conceptos relacionados con el ejercicio del derecho de voto de los socios. A partir de una investigación doctrinal y observando la realidad práctica de las sociedades, el artículo sostiene que las deliberaciones semipresenciales o digitales son obligatorias por las sociedades. La simple negación de la sociedad por su observación o la negativa del socio a participar con el fin de obstaculizar el progreso, se muestran como prácticas ilícitas. El artículo enfatiza la importancia de distinguir claramente el abuso de voto, del deber de lealtad; reforzando que los abusos pueden ser practicados tanto por socios mayoritarios como minoritarios. Concluimos afirmando que una buena formulación de un contrato

1 Doutor e Mestre em Direito pela Universidade Federal do Paraná (Brasil). Professor de Direito Empresarial da UFPR. Curitiba, Paraná, Brasil. Advogado. E-mail: giovani@gmrsa.com.br.

2 Pós Graduando (LL.M. – Master of Law) em Direito Societário no Instituto de Ensino e Pesquisa – INSPER. (Brasil). Advogado Societário. São Paulo, SP, Brasil. E-mail: uriel.wesley.souza@gmail.com.

social ayuda a minimizar los problemas derivados del abuso de votos y conflicto de intereses, convirtiéndose en incentivador de comportamientos.

Palavras chaves:

Deliberaciones, abuso por la mayoría, abuso por la minoría, *nudge* en sociedades.

Abstract:

The deliberations in limited liability corporations should, in theory, be the appropriate environment for discussions, considerations and decisions related to the functioning of the company. It happens that abuses committed by members are not uncommon, which justifies the importance and topicality of the subject. Recent attempts to regulate digital or semi-presential deliberations already lead to discussions that, again, lead to the classic debates about the duty of loyalty and the abuse of rights by members in limited companies. In order to search for the correct answers, understanding about the objectives of the normative diplomas, as well as the fundamental concepts related to the exercise of voting rights by the members, is fundamental. Based on doctrinal research and observing the practical reality of corporations, the article concludes that semi-presential or digital deliberations are mandatory by limited liability corporations, constituting the right of the partner. Simple denials from society for its observation or the refusal of a partner to participate in order to hinder progress are shown to be illicit practices. The article also concludes that it is important to clearly distinguish the abuse of votes from the duty of loyalty, reinforcing that abuses can be practiced by both majority and minority shareholders in limited liability corporations. It concludes by asserting that a good formulation of a social contract helps to minimize the problems arising from the abuse of voting and conflict of interests, contributing as a good behavior inducer.

Keywords:

Deliberations, majority abuse, minority abuse, *nudge* in limited liability corporations.

1. INTRODUÇÃO

As deliberações sociais, no plano ideal, constituem mecanismo democrático e fundamental para que as decisões referentes ao funcionamento da sociedade sejam tomadas. A ideia é de se ter um conclave em que os sócios possam expor seus posicionamentos com razoabilidade, objetivando chegar às melhores decisões em prol dos interesses sociais.

Classicamente com base no valor de suas quotas e, mais contemporaneamente, observando também as classes e os direitos assegurados a elas, as deliberações em sociedades limitadas — que são as mais comuns no Brasil e são parecidas com as *sociedad anônima cerrada* no Peru (porém

sem limitação no número de sócios) — definem os principais assuntos, a exemplo das alterações no contrato social, a tomada de contas do administrador e a distribuição de resultados.

Ocorre que a despeito da riqueza de ideais, a realidade das reuniões ou assembleias em sociedades, não raramente, revela falta de razoabilidade, defesa de interesses contrários aos da empresa, abuso por parte de sócios (sejam eles majoritários ou minoritários) e o agravamento de conflitos capazes de gerar tensão e instabilidade não somente aos integrantes do quadro societário como também à sociedade e a todos aqueles que dela dependam direta ou indiretamente.

O artigo enfrenta o tema das deliberações sociais nas sociedades de responsabilidade limitada no Brasil, inclusive abrangendo assuntos que foram regulados pela Medida Provisória nº 931 de 30 de março de 2020 (convertida na Lei nº 14.030 de 28 de julho de 2020) e pela Instrução Normativa nº 81 de 10 de junho de 2020 do Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração (DREI), as quais já revelam controvérsias e potenciais de litígios.

Estruturalmente, o artigo é dividido em duas partes principais: a primeira terá como tema central a identificação de potenciais conflitos em deliberações sociais, justamente em decorrência de regulamentação das supracitadas medida provisória, lei e instrução normativa, especificamente no que diz respeito às deliberações virtuais.

A segunda — e principal parte do texto — abrange o abuso do direito de voto, compreendendo suas diferentes facetas e os efeitos dele decorrentes. A relação entre as interpretações às novas regulamentações e o abuso de direito permeará o artigo, assim como o enaltecimento à importância do contrato social regulamentar a matéria como forma de estímulo ao adequado comportamento pelos sócios.

O objetivo é de trazer contribuição original sobre os temas tratados, valendo-se dos subsídios doutrinários, jurisprudenciais e casuísticos que tratam a respeito do assunto em geral, minuciando com novo e crítico enfoque no particular.

2. INSTRUÇÃO NORMATIVA Nº 81 DO DREI: UNIFORMIZAÇÃO DE TRATAMENTO DOS ÓRGÃOS REGISTRAIS EMPRESARIAIS E REGULAÇÃO.

A Instrução Normativa nº 81 do Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração (DREI) buscou uniformizar o tratamento conferido pelas juntas comerciais dos estados e do Distrito Federal em relação ao registro mercantil.

A título meramente exemplificativo desta intenção, menciona-se o art. 49 da referida instrução normativa que disciplina que é vedado o indeferimento do arquivamento ou a formulação de exigência por motivo diverso daqueles constantes de tabelas próprias dos manuais de registro. As dificuldades enfrentadas por empresários, advogados e contadores no que diz respeito à disparidade de entendimentos entre as diferentes juntas comerciais (e, outras vezes, entre integrantes de uma mesma junta) justificam a relevância da iniciativa do DREI. Trata-se de importante mecanismo para contribuir com a segurança e estabilidade nos atos registrais.

Dentre as padronizações trazidas pela IN nº 81, louva-se a contida no art. 28 que dispensa o reconhecimento de firma e a autenticação de cópia em cartório³, temas que, a despeito de regulamentações anteriores, continuava tormentoso na prática do registro mercantil.

Além deste conteúdo próprio — ou ao menos característico — de instrução normativa relativa ao exercício das atividades registrais, houve também a regulamentação de temas que, a despeito da evidente reper-

3 Art. 49 da Instrução Normativa nº 81 do Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração (DREI) de 10 de junho de 2020: “Art. 49. É vedado o indeferimento do arquivamento ou a formulação de exigência por motivo diverso daqueles constantes de tabelas próprias dos Manuais de Registro, anexos II, III e IV, desta Instrução Normativa” e Art. 28 da referida IN: “Art. 28. Os atos apresentados a arquivamento são dispensados de:

I - reconhecimento de firma, devendo o servidor da Junta Comercial lavrar sua autenticidade no próprio documento, confrontando a assinatura com aquela constante do documento de identidade do signatário, ou estando este presente e assinando o documento diante do servidor; e

II - autenticação de cópia de documento pelo cartório, que deverá ser realizada pelo:

a) servidor da Junta Comercial, mediante a comparação entre o original e a cópia; ou
b) pelo advogado, contador ou técnico em contabilidade da parte interessada, mediante o modelo de declaração constante do anexo VII”.

cussão no âmbito registral, transbordam sua característica básica, levando a relevantes efeitos em outros aspectos essenciais do direito societário. A título de exemplo, a instrução normativa abrange regras sobre quotas preferenciais em sociedades limitadas, incorporação de sociedade com patrimônio líquido negativo, assuntos que extrapolam a essência meramente registral e que despertam acalorados debates.

Para que se delimite ao enfoque pretendido pelo artigo abordar-se-á apenas uma dessas regulamentações não usuais pretendidas pela Instrução Normativa nº 81 do DREI: a que diz respeito às deliberações não presenciais ou semipresenciais nas sociedades limitadas, presente na Seção III do referido diploma.

3. DELIBERAÇÕES NÃO PRESENCIAIS EM SOCIEDADES LIMITADAS

Em decorrência das limitações impostas pela pandemia da COVID-19, sociedades que não tinham previsões contratuais acerca da realização de deliberações não presenciais ou semipresenciais se viram em dificuldades, já que de um lado as regras de isolamento dificultavam ou impediam a realização dos conclaves presenciais e, por outro lado, as exigências legais traziam a necessidade de que ocorressem.

O atraso na prestação de contas e a não eleição de administradores e de membros do conselho fiscal foram algumas das dificuldades enfrentadas por sociedades no Brasil. Acrescente-se, ainda, a problemática relativa às sociedades que dependiam de registro das atas de aprovação das contas para renovação de credenciamento em órgãos reguladores, condição essencial para o funcionamento destas.

Visando a regular a situação emergencial, publicou-se, primeiramente, a Medida Provisória nº 931 de 30 de março de 2020. Em seu art. 4º foi estabelecido que nas sociedades limitadas que tiveram seu exercício social encerrado entre 31 de dezembro de 2019 e 31 de março de 2020, a deliberação para apuração de contas do administrador, sobre o balanço patrimonial e o resultado econômico, bem como para designação de administradores (art. 1.078 do Código Civil) poderia, excepcionalmente, ser realizada no prazo de sete meses a contar do término do exercício social.

No parágrafo primeiro do art. 4º estabeleceu-se que as disposições contratuais que exigissem a deliberação em período menor de tempo

seriam consideradas nulas e em seu parágrafo segundo que os mandatos dos administradores e membros do conselho fiscal ficariam automaticamente estendidos até a próxima deliberação social que tivesse como item da pauta tal assunto.

Em resumo, a Medida Provisória ampliou o prazo para a realização da deliberação anual obrigatória e buscou diminuir ou — ao menos — desestimular litígios, disciplinando que eventual cláusula contratual que disciplinasse de maneira contrária seria considerada nula. Também estendeu o mandato dos administradores e dos conselheiros fiscais até a realização da próxima reunião/assembleia que trate a respeito.

A mesma Medida Provisória também estabeleceu que os sócios poderão participar e votar a distância em reunião ou assembleia de sócios “nos termos do disposto na regulamentação” do DREI.

Referido órgão, rapidamente, editou a Instrução Normativa nº 79, de 14 de abril de 2020, cujo objeto foi a participação e votação não presencial em sociedades limitadas, anônimas fechadas e cooperativas. E, cerca de dois meses após, entrou em vigor a Instrução Normativa nº 81 que voltou a disciplinar o tema.

A IN 81, em sua Seção III, em cumprimento ao disciplinado na Medida Provisória nº 931, especificou que as reuniões ou assembleias em sociedades limitadas podem se dar na forma semipresencial ou digital. A primeira ocorre quando os sócios podem participar presencialmente ou a distância. A segunda quando os sócios somente puderem participar remotamente. Em nota nesta mesma seção, a IN explica que essa disciplina “não se aplica às reuniões e assembleias em que a participação e a votação de sócios sejam exclusivamente presenciais”.

Se de um lado a praticidade e o bom senso indicavam que para o momento da pandemia seria importante a realização de deliberações não presenciais, de outro lado, sócios que pelos mais diferentes motivos (seja no exercício regular de direito, seja por motivos egoísticos), e que se sentiam prejudicados pela realização de reunião ou assembleia não presencial, passaram a questionar se haveria ou não obrigatoriedade de adoção a tais modalidades em caso do contrato social não disciplinar a respeito.

Tornaram-se questionamentos frequentes os formulados a respeito da licitude de cláusula contratual que determinasse expressamente que as

reuniões ou assembleias somente poderiam ocorrer presencialmente, e se cláusulas gerais e comuns disciplinando que as deliberações serão na sede da sociedade seriam suficientes para afastar a possibilidade de realização das chamadas deliberações semipresenciais ou digitais.

Diferentemente do que ocorreu em relação ao prazo para tomada de contas dos administradores, votação a respeito dos resultados e eleição dos administradores e membros do conselho fiscal, a Medida Provisória nº 931 não trouxe dispositivo que considerasse nula estipulação contratual que viesse em sentido contrário à realização de reuniões ou assembleias semipresenciais ou virtuais. A omissão ou, a contrário senso, a inclusão da vedação no outro tema, contribuíram para o acirramento do debate acerca da obrigatoriedade ou não das sociedades aderirem às deliberações a distância.

De um lado, era possível argumentar que a Medida Provisória optou por trazer uma possibilidade e não uma obrigatoriedade de as deliberações ocorrerem a distância. Chegar-se-ia a tal conclusão em razão do verbo poder ter sido utilizado para a redação proposta pela MP ao art. 1.080-A do Código Civil (“o sócio poderá participar e votar a distância”), e pela inexistência de regra que disponha ser nula disposição contratual que vede a realização de deliberações a distância.

Sob outro enfoque, possível também a defesa de que a Medida Provisória trouxe um direito ao sócio, qual seja, de votar a distância. Desta forma, caberia à sociedade se adequar (quando necessário) e disponibilizar aos sócios a possibilidade de votar remotamente nas deliberações.

Cotejando o texto da MP nº 931 com o da Instrução Normativa nº 81, o entendimento deste artigo é que o voto a distância se tornou uma prerrogativa dos sócios a partir da entrada em vigor destes diplomas normativos. Percebe-se que:

- (i) a MP disciplinou que o sócio tem o poder de participar e votar a distância nas deliberações e delegou ao Departamento Nacional de Registro Empresarial e Integração (DREI) a regulamentação do assunto;
- (ii) o DREI, por meio da IN nº 81, disciplinou o modo de realização das assembleias virtuais ou semipresenciais, em cumprimento ao previsto na MP;

- (iii) a nota na própria instrução normativa que dispõe que o conteúdo não se aplica as deliberações que sejam exclusivamente presenciais não parece indicar a possibilidade de que o contrato social discipline que as deliberações possam ocorrer apenas presencialmente, mas, sim, que nas reuniões ou assembleias totalmente presenciais não há que se falar na disciplina incidente sobre as semipresenciais ou virtuais.

Da leitura das referidas medida provisória e instrução normativa, se verifica a nítida intenção de promover a mais ampla participação de sócios nos conclaves. O sentido do verbo poder na redação proposta ao art. 1.080-A do Código Civil é o de constituir uma faculdade do sócio. Veja-se que é a ele dado o poder, não à sociedade. Assim, caso tenha interesse, o sócio poderá participar e votar remotamente nas deliberações. Cabe à sociedade respeitar e fazer valer a opção do sócio.

Nesta esteira, reputa-se que a Medida Provisória nº 931 e a Instrução Normativa nº 81 tornaram nulas quaisquer disposições contratuais que levassem à impossibilidade de realização de deliberações semipresenciais. Igualmente, cláusulas que pudessem levar à interpretação de que os conclaves somente poderiam ocorrer na forma presencial deverão ser interpretadas de modo condizente ao disposto em lei. A autonomia privada encontra limites no texto legal, especialmente no que se refere à retirada ou limitação de direitos de sócios.

Ademais, ainda que não se concluísse pela existência de direito potestativo do sócio participar e votar remotamente, entende-se que a recusa de uma sociedade ou de um sócio a organizar ou participar de uma deliberação a distância somente seria válida com um justo motivo. A simples recusa imotivada mais pareceria um exercício abusivo de direito, tema que será tratado adiante.

Quando da conversão em lei da Medida Provisória nº 931 (Lei nº 14.030 de 28 de julho de 2020), manteve-se a previsão da participação e do voto a distância, além de ter sido acrescentado parágrafo único ao art. 1.080-A do Código Civil reforçando a possibilidade da reunião ou assembleia de sociedade limitada ser realizada de modo totalmente digital.

4. ABUSO DE VOTO NAS SOCIEDADES LIMITADAS

Conforme mencionado anteriormente, em uma sociedade limitada as decisões dos sócios são tomadas em sede de assembleia ou reunião, a depender da estrutura da sociedade e do que dispõe o contrato social. O sócio deve exercer o seu direito de voto sempre observando o seu dever de lealdade, verdadeiro mecanismo de repressão às condutas abusivas. As sociedades limitadas devem dar a importância que o instituto do dever societário de lealdade de fato possui, como bem assinalado por Sinay (2017, p. 21): “[e]m virtude da sua grandeza e importância para o bom desenvolvimento da atividade empresarial, na busca pela maximização do lucro dos seus sócios, o dever de lealdade se caracteriza como espécie de cláusula p etra nas rela oes societárias”.

Tratando sobre o dever de lealdade, Adamek (2014, p. 164) leciona que “[t]al qual a boa-fé objetiva, da qual se despregou, o dever societário de lealdade   uma cláusula-geral e, portanto, carece de media o concretizadora”. Nesta linha, pode-se definir o dever societário de lealdade como o instituto destinado a regular a rela o interna societária, notadamente na atua o dos sócios em sede das delibera oes. Adamek (2014, p. 165) arremata que os sócios de devem se abster de praticar qualquer conduta que possa vir a prejudicar os interesses da sociedade ou dos demais sócios, tendo em vista que   defeso a qualquer dos integrantes do quadro societário a prática de comportamento que busque somente o seu proveito próprio, sem observar o mais importante, que   o benefício da sociedade.

Em caso de o sócio privilegiar interesses próprios que não se coadunem com o que a sociedade precisa, estar-se-  diante de uma quebra do dever de lealdade e, conseqentemente, diante de um voto abusivo, como se pode depreender da leitura de Tokars (2007, p. 302). Nesta esteira, válida a conclusão de que o voto   um direito do sócio que   limitado pela persegui o do interesse social, e que deve estar, por isso, em consonância com os deveres de boa-fé, lealdade, coopera o e prote o (OSNA, 2020, p. 63).

Percebe-se, assim, que o abuso de voto em uma sociedade limitada   proveniente de uma desregula o da estrutura interna da sociedade, tendo em vista que o sócio praticante de tal ato possui interesses não condizen-

tes com o fim social. A clarividência da prática de um ato ilícito por este sócio se verifica quando se analisa o artigo 187 do Código Civil vigente⁴.

Primeiramente, o artigo aponta que comete ato ilícito aquele que excede manifestadamente os limites impostos pelos fins econômico e social daquele direito que titula e, mais ainda, que excede os limites impostos pela boa-fé ou bons costumes. Dessa forma, percebe-se a exteriorização do dever de lealdade no artigo mencionado, mesmo que de ricochete. O dever societário de lealdade também pode ser observado em diversos outros artigos do Código Civil, como nos artigos 1.006, 1.011, 1.013, §2º e, mais especificamente, no artigo 1.010, §3º, que será comentado com mais minúcia posteriormente.

Apesar de todas as menções ao dever societário de lealdade previstos no Código Civil, nenhum é tão explícito quanto o artigo 115 da Lei 6.404/76. Tal artigo, de forma expressa, conceitua o que seria o voto abusivo, vedando o exercício do direito de voto pelo acionista que vá de encontro ao fim social da companhia. Importante mencionar, portanto, que o artigo 115 da Lei 6.404/76, apesar de ser um diploma legal que regula as sociedades anônimas, pode – e deve – ser utilizado pelas sociedades limitadas.

Em razão da relevância e, até mesmo, a fim de contribuir para a disseminação do conteúdo, a concretização do dever societário de lealdade pode vir mediante a inserção de cláusulas no contrato social prevendo regras de conduta aos sócios, coibindo práticas contrárias ao fim social, sobretudo em sede das deliberações sociais. Possível é ao contrato social criar os mecanismos societários para parametrizar o abuso de voto dos sócios, aumentando a incidência e importância do dever societário de lealdade na sociedade, considerando que o Código Civil, apesar de possuir regras imbuídas do conceito do dever societário de lealdade, não prevê nenhuma regra explicitamente baseada neste instituto.

É a luz do conteúdo acima que, conforme antecipado, o entendimento dos autores do presente artigo é de que uma recusa de um sócio a participar ou votar em deliberações semipresenciais ou digitais durante períodos em que a presença física fosse dificultada ou até impossibilitada, pode ser configurada como um ato de deslealdade, especialmente quando

4 Código Civil, art. 187: “Também comete ato ilícito o titular de um direito que, ao exercê-lo, excede manifestadamente os limites impostos pelo seu fim econômico ou social, pela boa-fé ou pelos bons costumes”.

a sociedade depende da sua participação para atingir o quórum necessário para deliberar tema de importância para o seu funcionamento.

5. CARACTERIZAÇÃO DO ABUSO DE VOTO NAS DELIBERAÇÕES SOCIAIS

Após a constatação do cenário em que surge o abuso de voto em sociedades limitadas, importante também parametrizar a sua caracterização de fato. Como defendido neste artigo, o abuso de voto pelo sócio pode ser definido como uma quebra do dever societário de lealdade, dever esse a ser observado pelo sócio em qualquer conduta no âmbito interno da sociedade. O instituto do dever societário de lealdade deve ser acompanhado da noção do conflito de interesses, instituto que já foi objeto de diversos autores, mas que, igualmente, por força da sua relevância, merece permanente resgate.

A teoria do conflito de interesses surge com força no estudo das duas mais importantes teorias que tentam explicar o interesse social, quais sejam, a teoria contratualista e a institucionalista (OSNA, 2020, p. 29). Conforme explica Coelho (2016, p. 350), as teorias contratualista e institucionalista não conseguiram solucionar todos os problemas advindos da discussão do que seria o interesse social. Além disso, a noção de conflito de interesses não consegue solucionar problemas fora do escopo das deliberações sociais, diferentemente do instituto do dever societário de lealdade que alcança conflitos entre os sócios para além das deliberações sociais.

No entanto, não se pode negar os benefícios trazidos pela noção do conflito de interesses. O já mencionado parágrafo 3º do artigo 1.010 do Código Civil, além de pincelar a noção do dever societário de lealdade, possui forte influência da noção do conflito de interesse. A disciplina legal trazida pelo retro mencionado artigo, dentro do Código Civil, é o que expressa com mais clareza a noção de voto abusivo e é de muita serventia na prática forense. Encontra-se neste artigo sanção expressa (perdas e danos) ao sócio que, tendo ciência de um interesse contrário ao da sociedade, ainda assim exerça o seu direito de voto na deliberação e, por conta da sua participação, a matéria seja aprovada.

Apesar das diversas críticas feitas ao parágrafo 3º do artigo 1.010, notadamente a possível ineficiência da sanção prevista — considerando que as perdas e danos não necessariamente ressarcirão os danos causados

pelo voto abusivo praticado — o dispositivo legal é de suma importância para o combate ao voto abusivo no que diz respeito às sociedades limitadas.

O voto abusivo pode se caracterizar: (i) quando o sócio participa de uma deliberação cuja operação em discussão ele possui interesses contrários ao da sociedade e, em decorrência do seu voto, a deliberação é aprovada; (ii) quando o sócio vota com o fim de causar dano à sociedade; ou, ainda, (iii) quando o sócio vota com o fim de obter para si ou para terceiros, vantagem que não faz jus e de que resulte ou possa resultar prejuízo para a sociedade e/ou para os demais sócios.

Ressalte-se a importância da previsão de tais hipóteses e as suas sanções em sede do contrato social, tendo em vista a lacunosa e esparsa disposição legal, o que pode vir a prejudicar a identificação e sanção de tais atos. Assim sendo, conceituar expressamente o que seria o voto abusivo no contrato social, pode vir a evitar que a discussão se estenda por longos anos e a sociedade seja prejudicada, bem como exista uma consequência expressamente prevista e pronta para ser executada contra o sócio que exerceu de forma abusiva o seu direito de voto. Trata-se de *nudge* tendo por objetivo comportamento cooperativo e desincentivando potenciais condutas contrárias ao interesse social (ALVES, 167). Vale dizer também que as hipóteses mencionadas acima são meros exemplos, podendo haver diversas outras formas em que se possa identificar o abuso de voto por um sócio.

Além disso, o voto abusivo não é exclusivo de uma determinada classe de sócio. O exercício do direito de voto é atinente a qualquer integrante do quadro societário, independente da sua participação, conseqüentemente, a extrapolação dos limites desse direito pode se constatar por qualquer um que possua tal direito. O que se quer dizer é que o abuso de voto nas deliberações sociais pode ser perpetrado tanto pela maioria quanto pela minoria societária.

Para arrematar a ideia deste tópico, cabe ressaltar o parágrafo 2º do artigo 1.074 do Código Civil. A própria lei deixa claro que nenhum sócio deve participar de uma deliberação que lhe diga respeito diretamente, seja ele majoritário ou minoritário. Destarte, se o sócio ignora todos os parâmetros e regras acima discutidas e participa de deliberação que não deveria estar participando, estará praticando um voto abusivo.

6. ABUSO DE VOTO PELA MAIORIA SOCIETÁRIA

Tokars (2007, p. 147) explica que “[n]ão é porque um sócio ou grupo de sócios detém o poder de controle que o mesmo pode se arrojar o direito de deliberar individualmente em nome da sociedade”. Como é cediço, o sócio ou grupo de sócios majoritário é aquele que guiará o destino da sociedade na maioria das vezes, vez que foram os sócios que mais se arriscaram e que investiram a maior parte do capital social. Por conta disso, existe o princípio majoritário que privilegia aqueles que mais se arriscaram e investiram a maior parte do capital.

No entanto, o sócio comete ato ilícito ao ultrapassar os limites do exercício do seu direito de voto. Sendo assim, o fato de o sócio ou sócios majoritários possuírem uma maior relevância na condução da sociedade não quer dizer que essa atuação possa ser feita ao seu bel prazer.

Fazendo paralelo com a Lei 6.404/76 – que é um diploma legal que possui uma rede de regras para coibir a atuação do acionista controlador – percebe-se o cuidado do legislador em tentar evitar esse tipo de prática. O primeiro artigo é o já discutido artigo 115 que prevê a conceituação de voto abusivo por qualquer acionista, incluindo, portanto, o controlador. Já o artigo 116, *caput*, conceitua o que é acionista controlador e no parágrafo único do artigo 116 se encontra uma regra cogente a ser seguida pelo acionista controlador em sua atuação na companhia.

O preceito legal é explícito ao vincular o acionista controlador a buscar o fim social na sua atuação, devendo respeitar e cumprir o seu dever societário de lealdade para com a sociedade e os demais acionistas. Mais ainda, o artigo 117, *caput*, elenca uma série de hipóteses que configura o abuso de poder pelo acionista controlador, como, por exemplo, a eleição de administrador ou fiscal que sabe inapto, moral ou tecnicamente.

No Código Civil não foi previsto para as sociedades limitadas um artigo semelhante ao 117 da Lei 6.404/76. Uma solução é a previsão no contrato social da regência supletiva da sociedade limitada pela Lei 6.404/76 e a consequente incidência dos artigos da lei acionária nesta sociedade limitada. Ressalta-se aqui a importância da utilização do contrato social de forma a preencher as lacunas legislativas, para, repita-se, servir como um mecanismo indutor de comportamentos.

O Código Civil não conceitua o voto abusivo do sócio controlador, contudo, a partir da analogia, pode-se concluir que, também para as sociedades limitadas, o sócio controlador vota abusivamente quando o voto é manifestadamente contrário aos interesses da sociedade e o que causa prejuízo tanto àquela quanto aos demais sócios.

Um exemplo de proteção ao minoritário referente ao abuso de poder do controlador no Código Civil é o parágrafo segundo do artigo 1.078, em que há previsão expressa de que o sócio controlador não pode participar da deliberação de aprovação de contas da sociedade. Esta regra pode parecer óbvia, mas é importante para evidenciar o conflito de interesses do sócio controlador-administrador ao participar da deliberação das suas próprias contas. Dessa forma, o Código Civil tenta coibir situações em que a posição majoritária do sócio controlador é utilizada de forma ilícita e prejudicial tanto à sociedade quanto aos sócios, vez que a aprovação de contas sem que as contas estejam realmente de acordo contabilmente pode trazer sérios riscos à sociedade.

Outro exemplo de abuso de poder pelo sócio controlador é verificável nas operações de aumento de capital da sociedade (CC, arts. 1.081 e seguintes). O aumento de capital pode ser uma ótima alternativa para sociedades que precisem de novos investimentos para manterem a sua produção, para constituir filiais, dentre várias outras demandas do cotidiano empresarial. No entanto, tal operação pode ser utilizada pelo sócio controlador com o único propósito de diluir a participação dos sócios minoritários e aumentar o seu poder na condução da sociedade.

A constatação dessa situação não é simples, mas se pode estabelecer alguns parâmetros: se a sociedade está indo muito bem, existe capital de giro, as operações estão em bom momento, existe dinheiro em caixa, não há previsão de qualquer redução do patrimônio da sociedade, e, mesmo assim, há por parte do sócio controlador a vontade de aumentar o capital, pode-se estar diante de um aumento abusivo do capital social, com o simples intuito de diluição da participação dos minoritários.

Por isso é importante que no momento no ingresso da sociedade, o sócio minoritário procure tomar todas as precauções possíveis, tentando incluir cláusulas sancionatórias ao exercício abusivo do direito de voto pelo controlador e esclarecendo ao máximo as regras protetivas.

7. ABUSO DE VOTO PELA MINORIA SOCIETÁRIA

O conceito de sócio minoritário para fins de análise do abuso de minoria, é o sócio que não é controlador, não se referindo a uma noção meramente quantitativa, mas sim a uma relação qualitativa de poder (ADAMEK, 63). No entanto, o Código Civil dificultou a configuração e a própria existência de um sócio controlador nas sociedades limitadas, tendo em vista que, para um sócio ou grupo de sócios deter o controle total de uma sociedade limitada, é preciso que haja a detenção de, pelo menos, 75% (setenta e cinco) por cento do capital social. Em uma sociedade com vários sócios e um capital minimamente pulverizado, o patamar é difícil de ser atingido.

O abuso de minoria se caracteriza pela utilização do sócio minoritário da sua posição e dos direitos que a lei e/ou o contrato social lhe confere, para a prática de atos abusivos contra o sócio ou sócios controladores.

O exercício de voto abusivo praticado pelos sócios minoritários pode ser na esfera positiva ou negativa. A primeira esfera se caracteriza como iniciativas abusivas do sócio minoritário, o qual atua infringindo o dever societário de lealdade e/ou o interesse social. Já a esfera negativa se caracteriza pelo bloqueio de deliberações/operações da sociedade sem um motivo concreto e relevante, ou seja, o sócio minoritário dificulta a aprovação de deliberações importantes da sociedade considerando interesses próprios ou na tentativa de prejudicar o sócio controlador.

Comentando sobre o abuso positivo, Sinay (2017, p. 49) afirma que: “se caracteriza por iniciativa e votos abusivos por parte da minoria, os quais visam fazer prevalecer a sua vontade em determinada reunião ou assembleia, em razão de eventual absentéismo da maioria”.

Trazendo um exemplo de abuso positivo, pode ser citada a rejeição indevida das demonstrações financeiras e do balanço patrimonial. O artigo 1.078, I, do Código Civil prevê a necessidade de aprovação das demonstrações financeiras e do balanço patrimonial pela sociedade no fim de todo exercício social. Paralelo a isso, como já mencionado, o parágrafo segundo do artigo 1.074, proíbe a participação de qualquer sócio em deliberações que lhe digam respeito diretamente. Em uma sociedade limitada, é muito comum que o sócio controlador também seja o administrador. Em condições normais, a participação desse sócio na aprovação das contas é proibida pelo evidente conflito.

No entanto, caso a conduta do sócio minoritário na aprovação das contas não observe o dever societário de lealdade bem como o interesse social, se poderá estar diante de um voto abusivo. Isto quer dizer que mesmo o sócio administrador apresentando todos os documentos necessários para traduzir os números apresentados e, ainda assim, o sócio minoritário opte pela rejeição das contas, levando em consideração uma contenda pessoal que possua com o sócio administrador, por exemplo, fica caracterizado o abuso do seu exercício de voto, pois a sua conduta não visa à proteção e à saúde financeira da sociedade, mas a interesses mesquinhos e pessoais que nada tem a ver com as contas em análise.

Já o abuso negativo consiste na obstrução de deliberações chaves da sociedade. O sócio minoritário não aprova ou se abstém de votar em determinada deliberação. Já foi citado anteriormente o caso do aumento de capital, que pode ser utilizado pelo sócio controlador para a diluição da participação do sócio minoritário. Contudo, a operação de aumento de capital também pode ser alvo de um abuso por parte do minoritário.

Isso pode se caracterizar, por exemplo, da seguinte forma: o sócio ou sócios controladores apresentam a proposta de aumento de capital de forma justificada, ou seja, apresentando o motivo que dá vazão aquela operação, e que se coaduna com o valor do aumento de capital, resguardam todos os direitos dos minoritários, mas, mesmo assim, o sócio minoritário não aprova a operação, pois não tem o capital para fazer jus a sua preferência e não quer a diluição de sua participação.

Vê-se que este problema não é fácil de ser constatado, já que muitas vezes envolve questões subjetivas dos sócios e/ou contendas pessoais que nada tem a ver com a sociedade em si. Por conta disso, reforça-se, pela última vez neste texto, que é importante que o contrato social seja bem utilizado para a previsão do que seria de fato o dever societário de lealdade e sanções para o seu descumprimento. Além disso, as hipóteses dos abusos aqui comentados são exemplificativas, sendo impossível esgotá-las. Percebe-se, portanto, que a discussão para minimização da ocorrência desses abusos, perpassa pela tentativa de conceituação do que seria esses institutos e formas de contenção. Atualmente, o contrato social é a melhor e mais eficaz arma para a previsão desse problema e a inserção das sanções aos sócios que cometerem tal ato.

8. IMPACTOS DO ABUSO DE VOTO PERANTE A SOCIEDADE E TERCEIROS

Com a análise feita sobre o abuso de voto, pode-se perceber que os impactos nocivos desta prática não afetam somente os sócios ou a sociedade — o que já seria suficientemente grave — mas também repercute externamente.

Referente ao abuso de voto pelo sócio controlador, o primeiro impacto é o causado nas relações entre os sócios e a insegurança de como está sendo conduzida a sociedade. Se o sócio controlador pretende isolar os minoritários, mediante condutas abusivas, será uma característica dessa sociedade a falta de transparência. Além disso, com a aprovação de matérias sem a devida discussão pelos sócios, não necessariamente se tomará a melhor decisão, todavia, o resultado — positivo ou negativo — dessa decisão, de forma preliminar, atingirá todos os sócios, inclusive os minoritários.

No âmbito externo, os problemas não são menores. Uma sociedade que possui um ambiente conturbado, com acusações recíprocas entre os sócios de forma cotidiana, não será aquela mais atrativa para investidores. Não é nenhum mistério que qualquer investidor levará em consideração a situação de contenda entre os sócios para decidir se irá aportar capital na sociedade ou não. Mais ainda, um possível investidor, que ao entrar se tornará um sócio minoritário, com certeza não desejará ter o seu capital administrado por um indivíduo ou indivíduos que não compreendem a sua posição e agem de forma antiética e sem o senso de lealdade, o que é fundamental numa sociedade empresária.

Com o abuso de minoria não é diferente. No caso da rejeição abusiva das contas da administração, de forma preliminar, não exonerará o administrador da sua responsabilidade pessoal, nos termos do parágrafo 3º do artigo 1.078 do Código Civil. Destarte, um administrador probo e que agiu de boa-fé na condução da sociedade, terá a sua honestidade contestada de forma injusta e sem razão, tendo muitas vezes que o levar ao judiciário para provar sua inocência.

No âmbito externo cabe citar a Lei de Licitações, que em seu artigo 31, I, prevê que para uma sociedade estar apta a participar e ser eleita em um processo licitatório, deve apresentar o balanço patrimonial e as demonstrações financeiras do último exercício, aprovadas e que comprovem a boa situação da empresa. Desta forma, uma sociedade que atue majoritariamente com licitações e que esteja diante de um sócio minoritário disposto

a provocar este tipo de dano para satisfazer os seus desejos pessoais, terá o seu objeto social totalmente inviabilizado.

O assunto ora discutido possui diversas nuances e não possui uma fórmula de resolução, até porque como se caracteriza por uma ação humana e as possibilidades são inúmeras. Cada caso tem que ser analisado de forma singular. Entretanto, de maneira aberta, pode-se concluir pela transcendental importância do contrato social. Essa afirmação foi repetida ao longo do artigo para demonstrar que a possível saída está em um contrato bem redigido, prevendo as causas e consequências deste tipo de conduta.

No mais, esse tema deve continuar sendo objeto de aprofundados estudos, para que a doutrina possa a cada dia mais, parametrizar a conceituação e as diversas soluções para o exercício abusivo do direito de voto pelos sócios e, assim, a prática forense incorpore esses conceitos e soluções.

CONCLUSÃO

O dever de lealdade e o abuso de voto são temas que recorrentemente voltam à tona no direito societário, seja como efeito dos indesejáveis (e frequentes) litígios societários, seja em decorrência de alterações legislativas (como a que passou a regular as deliberações semipresenciais e digitais em sociedades limitadas).

A compreensão das diferentes formas como um sócio (majoritário ou minoritário) pode infringir o dever de lealdade e exercer de maneira abusiva o direito de voto não deve ser restrita à sociedade anônima, sendo fundamental que no tipo societário mais utilizado no Brasil, se tenha a correta definição e delimitação das temáticas. A reduzida disciplina do Código Civil a respeito em comparação com a Lei das Sociedades por Ações, exige esforço interpretativo maior pelos operadores do direito no que diz respeito às sociedades limitadas.

Tão recorrente e importante quanto os dos temas acima, é o enaltecimento de que contratos sociais bem formulados ajudam a estimular comportamentos cooperativos nas sociedades. Mesmo temas que, à primeira vista, poderiam se apresentar como mais abstratos — como o dever de lealdade e o abuso de voto — devem ser tornados concretos na abordagem do contrato social.

O mesmo raciocínio vale para as novas formas de deliberações, vez que a previsão minuciosa e criteriosa de como as deliberações não presenciais ou digitais ocorrerão, auxiliará na minimização dos questionamentos e dos conflitos entre os sócios.

REFERÊNCIAS

- ADAMEK, Marcelo Vieira von. **Abuso de Minoria em Direito Societário**. São Paulo: Malheiros, 1ª edição, 2014.
- ALVES, Giovani Ribeiro Rodrigues. **Operações de compra e venda de empresas sob a perspectiva da Economia Comportamental: previsibilidade do erro e intervenção**. 217 p. Tese (Doutorado em Direito das Relações Sociais) – Universidade Federal do Paraná, Curitiba, 2019.
- COELHO, Fábio Ulhoa. **A sociedade limitada no novo Código Civil**. São Paulo: Saraiva, 2003.
- _____. **Curso de Direito Comercial: Direito de Empresa – vol. 2**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 20ª edição, 2016.
- FAZZIO JÚNIOR, W. **Sociedades Limitadas**. São Paulo: Atlas, 2007.
- FORGIONI, Paula. Possibilidade de Exclusão de Sócio Minoritário pelo Fim da *Affectio Societatis* diante de Previsão Expressa no Contrato Social. FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes; ADAMEK, Marcelo Vieira von (coords.). **Temas de Direito Empresarial e Outros Estudos em Homenagem ao Professor Luiz Gastão Paes de Barros Leães**. São Paulo: Malheiros, 2014.
- FRANÇA, Erasmo Valladão Azevedo e Novaes. **Conflitos de Interesses nas Assembléias de S.A.** (e outros escritos sobre conflito de interesses). São Paulo: Malheiros, 2ª edição, 2014.
- OSNA, Mayara Roth Isfer. **Bloqueio Abusivo nas Deliberações Assembleares no Âmbito das Sociedades Empresariais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2020.
- SINAY, Rafael. **Abuso de Minoria na S/A**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2017.
- TOKARS, Fábio. **Sociedades Limitadas**. São Paulo: LTr, 2007.

TEORÍA GENERAL DEL DERECHO

UNA APROXIMACIÓN A LA VETUSTA INTERPRETACIÓN LITERAL

AN APPROACH TO THE ANCIENT LITERAL INTERPRETATION

Ana Sofía Laos Gamero¹

Resumen:

La interpretación jurídica es una actividad llevada a cabo por el intérprete con la finalidad de aplicar el enunciado normativo al caso concreto a través de una norma, la cual es producto de dicho acto interpretativo.

Hay diversos tipos y componentes de interpretación jurídica, dentro de éstos últimos encontraremos a los métodos que permiten dilucidar el sentido del enunciado normativo.

La interpretación literal o gramatical, ha sido flanco de muchas críticas sobre todo negativas pues se considera que este método solo lleva a una interpretación errónea del enunciado normativo y por ende una norma inaplicable al caso en concreto. La base de la interpretación literal se encuentra en la gramática pues aquel intérprete que no tenga un buen dominio de esta ciencia y de la materia tratada en el enunciado normativo, ineludiblemente no podrá encontrar el sentido mediante esta interpretación.

Palabras clave:

Enunciado normativo, gramática, intérpretes, interpretación jurídica, interpretación literal, norma, semántica.

Abstract:

Legal interpretation is an activity carried out by the interpreter in order to apply the normative statement to the specific case through a norm, which is the product of said interpretive act.

1 Ana Sofía Laos Gamero, código ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-5822-6270>, estudiante de 4° año de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de San Agustín de Arequipa, correo institucional alaos@unsa.edu.pe.

There are various types and components of legal interpretation, within the latter we will find the methods that allow us to elucidate the meaning of the normative statement.

The literal or grammatical interpretation has been the flank of many criticisms, especially negative, since it is considered that this method only leads to an erroneous interpretation of the normative statement and therefore a rule inapplicable to the specific case. The basis of the literal interpretation is found in the grammar, since that interpreter who does not have a good command of this science and the matter dealt with in the normative statement, will inevitably not be able to find the meaning of that normative statement through this interpretation.

Keywords:

Normative statement, grammar, interpreters, legal interpretation, literal interpretation, norm, semantics.

1.- INTRODUCCIÓN

Existen diversos métodos interpretativos, los cuales han ido surgiendo con la evolución del derecho y sobre todo con el *animus* de los juristas, de distintas épocas, por dotar a esta ciencia de métodos interpretativos cada vez más eficiente.

Para muchos el método interpretativo literal o gramatical no debería de ser utilizado jamás porque hoy en día la mayoría de palabras tienen múltiples significados, por lo que al utilizar este método se podría llevar a una confusión y no se daría sentido al enunciado normativo².

No se puede negar que hay ocasiones en las cuales una interpretación literal será suficiente; sin embargo, este método no se puede emplear en todos los casos pues generalmente nos dará como resultado una norma errónea y ello generará que los problemas jurídicos interpretativos sigan persistiendo.

2.- LA INTERPRETACIÓN JURÍDICA

No se puede hablar de interpretación jurídica sin antes dar un breve alcance sobre lo que es la interpretación, según la Real Academia de

2 Para Robert Alexy (como se cita en Pérez, 2011): "Un «enunciado normativo» es la forma de expresión, normalmente lingüística, cuyo contenido es una «norma» (...) el «concepto semántico de norma» significa que, por norma, hay que entender "el mensaje normativo ya interpretado" por los operadores jurídicos con capacidad para hacerlo."

Lengua Española la interpretación es explicar o declarar el sentido de algo, principalmente de un texto.

Es también la misma RAE quien indica qué es la interpretación cuando nos referimos al Derecho: interpretar es determinar el significado y el alcance de las normas, de esta breve definición colegimos que la interpretación es el acto por el cual la persona humana, dotado de raciocinio, buscará el verdadero significado de una norma³ para que de esta manera pueda ser aplicada al caso en concreto.

Es en esa misma línea, que el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico⁴ define a la interpretación como dar sentido y alcance a una norma, regla o disposiciones de un tratado.

Para Manuel Aragón (citado por Blume, 1996) para poder interpretar es necesario comprender la norma, pero para realizar esa operación intelectual la persona precisa tener un amplio conocimiento teórico jurídico y no solo utilizar su inteligencia.

Según Riccardo Guastini (citado por Ursúa, 2004) hay 2 formas de abordar la interpretación jurídica:

- En *strictu sensu* como atribución de un significado a una formulación normativa frente a la cual existen dudas en torno a su aplicación.
- En *lato sensu* como un presupuesto necesario para la aplicación del Derecho.

3 La definición dada por la Real Academia de Lengua Española, parece confundir los términos: enunciado normativo y norma; sin embargo, es común que en muchos textos (jurídicos y no jurídicos) se siga denominando norma al enunciado normativo, considero necesario precisar que en el presente artículo se seguirá la conceptualización de Robert Alexy.

4 1. Determinación del sentido de una norma o regla de derecho con ocasión de aplicarla al caso concreto. Constituye una de las facultades básicas de los jueces y tribunales, si bien la interpretación vinculante de la Constitución está reservada al Tribunal Constitucional.

2. Determinación del sentido y alcance de las disposiciones de un tratado. De acuerdo con las reglas contenidas en los Convenios de Viena, este ha de interpretarse de buena fe, conforme al sentido ordinario de sus términos, en el contexto de estos, a la luz de acuerdos ulteriores, práctica posterior o normas relevantes y teniendo en cuenta su objeto.

3. Procedimiento seguido para determinar el sentido y alcance de los textos adoptados en el seno de una organización internacional, en el que se sigue analógicamente las reglas establecidas para la interpretación de los tratados internacionales.

Letizia Gianformaggio (citada por Lifante, 2008) indica que la interpretación como actividad puede dividirse en 2: neoética y dianoética.

“Nos encontraríamos con una interpretación-actividad noética cuando se produce una captación del significado como un pensamiento intuitivo, es decir, una captación intelectual inmediata de una realidad inteligible; mientras que hablaríamos de interpretación-actividad dianoética cuando se requiera un pensamiento discursivo, una argumentación” (Lifante, 2008, p.261)

La interpretación jurídica es un instrumento del cual se valen todos aquellos sujetos que buscan dar un sentido al enunciado normativo o a la formulación normativa, para que finalmente se pueda aplicar éste al caso en concreto, claro está que el resultado que se obtendrá será una norma que intenta ser la correcta⁵; sin embargo, al ser una actividad intelectual subjetiva, hay múltiples interpretaciones jurídicas pues son muchos los sujetos que realizan esta actividad y no se podrá tomar como absoluta una de ellas, salvo excepciones⁶.

De esta manera se está conjugando a la interpretación jurídica como actividad y como resultado de la misma⁷, pues se la está tratando de hacerla ver como un proceso que busca tener un producto.

2.1 La finalidad de realizar una interpretación jurídica

La finalidad es latente: aplicar el enunciado normativo, Fernando de Trazegnies indicaba que por medio de la interpretación jurídica “el Derecho se hace carne”; es a partir de esa frase que podemos entender que la interpretación jurídica tiene por finalidad darle vida al enunciado normativo positivizado en algún texto normativo⁸ para que de esa manera se pueda regular la sociedad.

5 Vanessa Tassara indica: “Es decir, que la actividad interpretativa supone plantear una pretensión de corrección, supone intentar buscar la respuesta correcta”.

6 Tal es el caso del Tribunal Constitucional del Perú, órgano encargado del control de la Constitución y denominado como el supremo intérprete de la Constitución. Según Luis Silva, El Tribunal Constitucional es el encargado de decidir cuál es el significado de la constitución cuando hay interpretaciones incompatibles.

7 Riccardo Guastini hace referencia a la ambigüedad que sufre la palabra interpretación al momento de ser conceptualizada por diferentes personas.

8 Entiéndase por texto normativo: Constitución Política, código, ley, etcétera.

La interpretación jurídica es inherente al Derecho, tal como indicó Joseph Raz (citado por Ramirez, 2007, p.216) “el derecho es como el arte, que típicamente es hecho para ser interpretado”; y es que, si no se interpreta el enunciado normativo, no se comprenderá y por ende no se aplicará a aquella situación problemática que se pretende solucionar.

2.2 Los componentes de la interpretación jurídica

Los componentes⁹ o elementos¹⁰ de la interpretación jurídica son 3, según Marcial Rubio:

- Criterios generales de interpretación: punto de partida que decide tomar el sujeto para llevar a cabo la interpretación.
- Métodos de interpretación: permiten dilucidar el sentido del enunciado normativo y puede utilizarse más de un método a la vez.
- Apotegmas de interpretación: argumentos o proposiciones de aceptación generalizada.

3.- INTÉRPRETES

La interpretación jurídica es una actividad que puede ser realizada por:

1. “Ciudadanos;
2. Abogados;
3. Juristas;
4. Magistrados y
5. Legisladores” (Moscol, 2011, p.03).

3.1. Tipos de interpretación jurídica

La tipología de la interpretación jurídica que se desarrollará a continuación depende del sujeto que lleve a cabo esta actividad:

9 Marcial Rubio correo hace referencia a los componentes de la interpretación jurídica, véase el libro El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho, décima edición pp.232-233.

10 Savigny no hablaba de componentes de la interpretación jurídica, sino que utilizaba otra terminología: elementos. Este autor indicaba que había 4 elementos de interpretación jurídica: gramatical, lógico, histórico y sistemático, que tenían que actuar conjuntamente y no por separado.

1. “Interpretación vulgar o común (ciudadanos);
2. Interpretación de parte contenciosa (abogados);
3. Interpretación doctrinal (juristas);
4. Interpretación judicial (magistrados) e
5. Interpretación auténtica (legisladores)” (Moscol, 2011, p.03).

5.- LOS MÉTODOS INTERPRETATIVOS

Tomando como referencia la conceptualización dada a conocer por Marcial Rubio, los métodos interpretativos vendrían a ser el siguiente paso que se debería de tomar, de manera obligatoria, para realizar una correcta interpretación jurídica.

En primer lugar, el intérprete debe de decidirse por cuál de los criterios va a optar e inmediatamente después de ello tiene que decidir uno o varios métodos interpretativos con los cuales se podrá dar a conocer la norma o, dicho de otra manera: se dará sentido al enunciado normativo¹¹.

En total existen 14 métodos interpretativos¹²:

1. Método gramatical o literal;
2. Método restrictivo, declarativo o limitativo;
3. Método extensivo;
4. Método histórico;
5. Método adecuador;
6. Método memo o coloquial;
7. Método tópico;
8. Método evolutivo;

11 Esta forma, un tanto peculiar, de realizar una interpretación jurídica puede o no ser observada por el intérprete pues en muchos textos jurídicos no se va a hablar de criterios, métodos ni apogemas sino únicamente de interpretación jurídica de manera general.

12 Marcial Rubio solo considera 6 métodos interpretativos, véase el libro El Sistema Jurídico. Introducción al Derecho, décima edición pp.237-253.

9. Método lógico¹³;
10. Método sistemático;
11. Método estricto;
12. Método teleológico;
13. Método antagónico;
14. Método institucional.(Alejos, 2018)

No existe ningún tipo de impedimento para que se pueda hacer uso de un solo método interpretativo o de varios de ellos, esa decisión solo depende del intérprete quien se ha aventurado a realizar esta actividad que muchas veces termina siendo criticada por otros hermeneutas.

6.- MÉTODO GRAMATICAL

El método gramatical¹⁴ o literal¹⁵ anima al intérprete ser más diligente al momento de leer un enunciado normativo, pues no solo se trata de realizar una lectura superficial sino ir comprendiendo cada palabra y relacionándola con aquellos conceptos previos que se tiene sobre la materia¹⁶, que en suma forman el enunciado normativo.

Lo que debe quedar claro es que la interpretación jurídica, cualesquiera fuese su clasificación, es una actividad tendente a dar sentido al enunciado normativo; es decir, la interpretación literal también tiene esa finalidad. Por otro lado, no debe confundirse con el elemento gramatical de la interpretación jurídica¹⁷ cuyo objeto según Savigny (citado por Barría, 2011) serían: “las palabras de que el legislador se sirve para comunicarnos

13 Diez Picazo y Gullón (citado por Ribes, 2003) señala que: “por interpretación lógica se ha de entender la que se hace guiada por la ratio de la norma (...). Pero también se quiera aludir al empleo de las reglas del correcto razonar humano”.

14 Gramática: “Parte de la lingüística que estudia los elementos de una lengua, así como la forma en que estos se organizan y combinan”.

15 Literal: “Conforme a la letra del texto, o al sentido exacto y propio, y no lato ni figurado, de las palabras empleadas en él”.

16 Elsa Ramirez señala que: “La lógica de la lectura no es deductiva sino asociativa, porque vincula el texto material con otras ideas, otras imágenes, otras significaciones, como una lógica que difiere de las reglas de la composición”.

17 Savigny hacía referencia a 4 elementos de la interpretación jurídica.

su pensamiento; es decir, el lenguaje de las leyes” y su fundamento se encuentra en la voluntad del legislador.

Como en todo tema abordado por los estudiosos, hay personas a favor y otras en contra¹⁸; el método literal ha sido blanco de muchas críticas destructivas que buscan que se elimine esta tipología porque en vez de dar sentido al enunciado normativo da como resultado una norma sin sentido.

Los opositores del método gramatical parecen girar sus críticas entorno a los múltiples significados que puede tener una palabra, pues, hay palabras que en el estricto ámbito jurídico tienen un significado atípico y es allí en donde empiezan las incertidumbres con relación a esta tipología de los métodos interpretativos.

6.1 ¿Punto de partida o punto de llegada?

Dentro del universo metodológico de la interpretación jurídica, el método literal o gramatical puede ser considerado como el punto de partida para cualquier intérprete quien debe de tener un amplio conocimiento en gramática, pues de lo contrario no podrá tener como resultado una norma aplicable al caso en concreto.

Schroeder (citado por Friederike) señala que la interpretación literal es el punto de partida del Derecho Nacional¹⁹; por otro lado, Isabel Lifante afirma que:

“Podemos considerar que, aunque el significado literal y quizás también en algunos casos la intención del legislador, juegan un papel relevante en la interpretación jurídica; son el punto de partida y en algunas ocasiones también pueden ser el de llegada, pero el proceso interpretativo implica atender a razones de por qué interpretar en un cierto sentido que necesariamente no pueden ser el mero dato objetivo de un significado literal o de una determinada intención”. (p.1379)

No se puede aseverar que la interpretación literal necesariamente es el punto de partida pues ello depende de cada uno de los intérpretes; sin embargo, sí se podría afirmar que el estudiante y/o practicante de derecho

18 Se tiene a la corriente literalista y antiliteralista.

19 En el Derecho nacional, la “literalidad del texto” es el punto de partida y el límite de la interpretación.

cuando recién está iniciando su vida en el mundo de las leyes, ve en la interpretación literal una opción idónea para realizar esta actividad interpretativa.

6.2 La interpretación literal en strictu sensu

Marcial Rubio (2009) señala que: “el método literal trabaja con la gramática y el diccionario²⁰” (p.238). Es en esta afirmación realizada por Rubio que vamos a encontrar a la base de la interpretación literal: La gramática.

Sin un conocimiento de esta ciencia conjugado con un conocimiento sobre la materia o rama jurídica en la cual se encuentra el enunciado normativo, la actividad interpretativa que se intente llevar a cabo no tendrá un resultado eficaz ya que solo contribuiría a generar nuevos problemas jurídicos y al mismo tiempo a sumar más críticas negativas hacia este método interpretativo.

Se tiene que analizar cada uno de los elementos gramaticales para poder encontrar el sentido total del enunciado normativo, es necesario precisar que cada palabra que se pueda encontrar dentro de éste, tiene significados variados según el contexto en el cual sea empleado; he ahí la importancia del buen manejo de la semántica y la diligencia que debe tenerse cuando se la utiliza, pues una gran parte del éxito de la interpretación literal se encuentra en ella.

Según John Searle (citado por Gimeno, 2003):

“El significado literal de un enunciado se extrae del significado lexical de las palabras que lo componen, las características gramaticales de las mismas, la estructura sintáctica del enunciado y, además, de un conjunto de asuntos con textuales denominados asuntos de fondo”.

Sin embargo, como ya se ha mencionado con anterioridad, la interpretación literalno siempre resulta ser el método más beneficioso para poder realizar una interpretación porque hay ocasiones en las cuales puede

20 Sin embargo, considero que lo señalado por Marcial Rubio no es correcto pues dentro del estudio de la gramática existen 4 niveles de la lengua y uno de ellos es la semántica que según el Diccionario de la Real Academia de Lengua Española es una “disciplina que estudia el significado de las unidades lingüísticas y de sus combinaciones”; por lo que hacer mención al diccionario sería erróneo ya que prácticamente las palabras estudiadas por la semántica, terminan siendo plasmadas en un diccionario.

llevar a un error cuando el intérprete no tiene conocimientos jurídicos ni gramaticales previos.

Según Lorena Ramírez (2017):

“Habrá términos ambiguos porque en algunos casos los asociamos con distintas descripciones y se nos plantean dudas acerca de qué significado es relevante en un contexto determinado; y problemas de vaguedad porque, aunque haya solo un significado que es relevante, hay casos concretos que nos plantean dudas sobre si caen bajo el ámbito de aplicación del término”.

De esta afirmación hecha por Ramírez veremos el caso del artículo 61 del Código Civil Peruano de 1984 “La muerte pone fin a la persona”; si una persona sufre un accidente de tránsito y producto de éste el diagnóstico médico, luego de practicarle los exámenes necesarios, es que tiene muerte cerebral, al realizar una interpretación gramatical de este artículo con la diligencia adecuada se interpretaría que la muerte cerebral también pone fin a la vida humana pues no solo existe la muerte biológica, la cual es a la que comúnmente nos referimos cuando hablamos de la cesación de la vida, sino que también existe la muerte clínica la cual es diagnosticada con un encefalograma.

Si cualquier persona busca interpretar literalmente éste enunciado normativo sin tener conocimientos previos sobre los tipos de muerte y en general sobre el derecho de las personas tendrá como resultado una norma errónea que no podrá ser aplicada.

Es por ello que al hacer un uso negligente o abusivo de este método interpretativo se empieza a generar un problema en el ámbito jurídico(-sumum ius, summa iniuria²¹), para poder interpretar literalmente se tiene que realizar una especie de ponderación de los múltiples significados que tenga una palabra para hacer primar la significación jurídica por encima de cualquier significación natural; sin embargo, esta aparente regla que se ha impuesto en una líneas atrás tiene una excepción descrita por Gutierrez (1995): “No debe perderse de vista, sin embargo, que el legislador puede usar una misma palabra a veces en su sentido técnico-jurídico y en otras ocasiones en su sentido vulgar” (p.531).

21 La excesiva interpretación literal de la ley puede convertirse en exceso de injusticia.

Necesariamente cada una de las palabras deben de ser contextualizadas para no caer en incongruencias que afecten sentido del enunciado normativo.

En muchas ocasiones se ha insinuado que la interpretación literal consiste simplemente en leer el enunciado normativo y tratar de subsumirlo al caso en concreto al revés; pues al realizar, indistintamente, una u otra operación se tendría el mismo resultado que prácticamente sería una adecuación forzada del primero al segundo o viceversa, cuando la idea principal de toda interpretación es tener como resultado una norma y a partir de ella se verá la posibilidad de aplicarla o no al caso en concreto.

No se puede negar que existen otros métodos interpretativos que según algunos autores, llevan a un resultado interpretativo idóneo y que podría ser de aplicación generalizada; sin embargo, hay situaciones en las cuales solo basta realizar una interpretación literal para obtener una norma que será idónea para el caso en concreto porque finalmente lo que busca el intérprete es que aquella actividad que está llevando a cabo pueda serle útil.

Nada impide que para interpretar un enunciado normativo se combinen diversos métodos de interpretación, ello solo dependerá de la persona que realice esta difícil actividad que demanda tener conocimientos multidisciplinarios.

Conclusiones

Primera: La interpretación jurídica es un instrumento del cual se valen todos aquellos sujetos que buscan dar un sentido al enunciado normativo o a la formulación normativa para que finalmente se pueda aplicar éste al caso en concreto.

Segunda: La interpretación jurídica tiene por finalidad darle vida al enunciado normativo positivizado en algún texto normativo²² para que de esa manera se pueda regular la sociedad.

Tercera: Los elementos o componentes de la interpretación jurídica, según Marcial Rubio, son 3: criterios generales de interpretación, métodos interpretativos y apotegmas interpretativos.

22 Entiéndase por texto normativo: Constitución Política, código, ley, etcétera.

Cuarta: Existen 5 tipos de interpretación jurídica: vulgar, de parte contenciosa, doctrinal, judicial y auténtica.

Quinta: El método gramatical o literal anima al intérprete ser más diligente al momento de leer un enunciado normativo, pues no solo se trata de realizar una lectura superficial sino ir comprendiendo cada palabra y relacionándola con aquellos conceptos previos que se tiene sobre la materia, que en suma forman el enunciado normativo

Sexta: Dentro del universo metodológico de la interpretación jurídica, el método literal o gramatical puede ser considerado como el punto de partida para cualquier intérprete: sin embargo, ello depende de cada uno de los intérpretes pues algunos lo pueden considerar como el punto de llegada de la interpretación jurídica.

Sétimo: No se puede negar que existen otros métodos interpretativos que, según algunos autores, llevan a un resultado interpretativo idóneo y que podría ser de aplicación generalizada; sin embargo, hay situaciones en las cuales solo basta realizar una interpretación literal para obtener una norma que será idónea para el caso en concreto

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

1. Alejos, Eduardo (06 de marzo de 2018). ¿Sabes cuáles son los catorce métodos de interpretación jurídica?. LP Pasión por el Derecho. Recuperado el día 06 de agosto de 2020, de <https://lpderecho.pe/sabes-cuales-los-catorce-metodos-interpretacion-juridica-legis-pe/>.
2. Barría, Manuel (2011). "El elemento de interpretación gramatical. Su origen en Savigny, algunos autores modernos y la doctrina nacional". *Ars Boni et Aequi*, 7(02), pág. 257-279. ISSN: 0718-2457.
3. Blume, Ernesto (1996). El Tribunal Constitucional peruano como supremo intérprete de la Constitución. *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, (50), pág. 125-205. ISSN:0251-3420.
4. Castro, Jorge (02 de agosto de 2013). ¿Cuáles son los elementos de la interpretación de la ley?. Inoponible. Recuperado el 01 de agosto de 2020, de <https://inoponible.cl/cuales-son-los-elementos-de-interpretacion-de-la-ley/>

5. De Trazegnies, Fernando (2000). La muerte del legislador. *Advocatus*, (21), pág.341-258. DOI: <https://doi.org/10.26439/advocatus2009.n021.3101>
6. Fabra, Jorge y Rodríguez, Verónica (2015). Interpretación jurídica/ capítulo 37. Fabra, Jorge (editor general). *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho* (Primera edición, volumen 2, pág. 1349-1387). Ciudad: Distrito Federal de México, Editorial: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México. ISBN: 978-607-02-6618-8.
7. Friederike, Christian (2006). Metodología del Derecho Privado Comunitario. *Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña*,10, pág.77-90. ISSN 1138-039X.
8. Gimeno, María Concepción (2003). La interpretación literal de la Ley. *Anuario de filosofía del derecho*, (20), pág. 131-150. ISSN 0518-0872.
9. Guastini, Riccardo. (2015). Interpretación y construcción jurídica. *Isonomía*, (43), 11-48. DOI: <https://doi.org/10.5347/43.2015.71>.
10. Gutierrez, Jorge (1995).La interpretación literal de la ley. *Ius canonicum*,35(70), pág. 529-560. ISSN 0021-325X.
11. Lifante, Isabel (2008). La interpretación jurídica y el paradigma constitucionalista. *Anuario de filosofía del derecho*, (25), pág. 257-278. ISSN:0518-0872.
12. Mazzaresse, Tecla (2000). Interpretación literal: juristas y lingüistas frente a frente. *Doza: Cuadernos de filosofía del derecho*,(23), pág. 597-631. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA2000.23.22>.
13. Moscol, Daniel (2011). La Interpretación Jurídica. Universidad Católica Los Ángeles de Chimbote. Recuperado el 03 de agosto de 2020, de http://files.uladech.edu.pe/docente/40289752/Introduccion_a_la_Ciencia_Juridica/Sesion_11/Contenido%2011.PDF
14. Pérez, María Dolores (2011). Los Derechos Fundamentales como normas jurídicas materiales en la teoría de Robert Alexy. *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, (24), pág.184-222. DOI :<http://dx.doi.org/10.7203/CEFD.24.1626>.
15. Ramirez, Elsa (marzo de 2009). ¿Qué es leer? ¿Qué es la lectura?. *Investigación bibliotecológica*.23 (47), pág.161-188. ISSN 2448-8321.

16. Ramírez, Hugo (2007). ¿Por qué es necesario interpretar el derecho? un análisis a la respuesta de Joseph Raz. Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura, 25, pág. 213-223. ISSN-e 2695-7728.
17. Ramírez, Lorena (setiembre de 2017). Interpretación literal y nuevas teorías de la referencia/Teoría General del Derecho. Derecho & Sociedad. Recuperado el día 14 de agosto de 2020, de URL <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/18973>
18. Real Academia de Lengua Española (s.f). Gramático, ca, Diccionario de la lengua española. Recuperado el día 06 de setiembre de 2020, de <https://dle.rae.es/gram%C3%A1tico#JQukZIX>
19. Real Academia de Lengua Española (s.f). Interpretar. Diccionario de la lengua española. Recuperado el día 31 de julio de 2020, de <https://dle.rae.es/interpretar>
20. Real Academia de Lengua Española (s.f). Literal, Diccionario de la lengua española. Recuperado el día 06 de setiembre de 2020, de <https://dle.rae.es/literal?m=form>
21. Real Academia de Lengua Española (s.f).Semántico, ca. Diccionario de la lengua española. Recuperado el día 16 de octubre de 2020, de <https://dle.rae.es/sem%C3%A1ntico>
22. Real Academia Española; Cumbre Judicial Iberoamericana; Asociación de Academias de Lengua Española (s.f). Interpretación, Diccionario panhispánico del español jurídico. Recuperado el 20 de noviembre de 2020, de <https://dpej.rae.es/lema/interpretaci%C3%B3n>
23. Ribes, Aurora (2002). La interpretación de los convenios para evitar la doble imposición arbitral. Universidad de Alicante, España. Recuperado el día 15 de agosto de 2020, de URL <https://rua.ua.es/dspace/handle/10045/13287>
24. Rubio, Marcial (2009). EL SISTEMA JURÍDICO. Introducción al Derecho (Décima edición). Ciudad: Lima, Editorial: Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú). ISBN: 978-9972-42-880-7.
25. Silva, Luis (2012) ¿Es el Tribunal Constitucional el supremo intérprete de la Constitución?. Revista de derecho (Valparaíso), (38), 573-616. DOI: <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512012000100014>

26. Tassara, Vanessa (08 de mayo de 2018). La interpretación jurídica en el marco del Estado Constitucional. Una breve exposición del ABC de la interpretación. Pólemos. Recuperado el 02 de agosto de 2020, de <https://polemos.pe/la-interpretacion-juridica-marco-del-estado-constitucional-una-breve-exposicion-del-abc-la-interpretacion/>
27. Ursúa, José Francisco (abril de 2004). Interpretación jurídica: una propuesta de esquematización de planteamientos, (20), pág. 255-275. ISSN 1405-0218.

MISCELÁNEA

CONCESIONES MINERAS, COMUNIDADES CAMPELINAS Y CONFLICTOS SOCIALES EN LA REGIÓN DE PUNO

Julio F. Zevallos Yana^{1}*

Resumen:

Las concesiones mineras en la región de Puno se han ido incrementando paulatinamente y a pesar que ha tenido una baja, aún se mantienen. Consideramos que uno de los principales factores que ha llevado a la disminución de las concesiones son los conflictos sociales y ambientales producidos en la región debido a que diversas concesiones mineras han recaído en terrenos comunales. Estas comunidades afectadas vienen mostrando su malestar debido a que consideran que las concesiones otorgadas por el Estado no son legales debido a que no fueron consultadas oportunamente y por ende, estarían siendo afectados en la disposición de sus terrenos superficiales; sin embargo, existe una confusión acerca de la naturaleza del proceso de concesión minera motivo por el cual se estaría gestando el inicio de nuevos conflictos sociales entre los titulares de los predios superficiales y los titulares de las concesiones mineras.

Abstract:

Mining concessions in the Puno region have been gradually increasing, and although it has declined, they are still maintained. We consider that one of the main factors that has led to the decrease of the concessions are the social and environmental conflicts produced in the region due to the fact that various mining concessions have fallen on communal land. These affected communities have shown their discomfort because they consider that the concessions granted by the State are not legal because they were not consulted in a timely manner and, therefore, they would be affected in

1 Abogado por la Universidad Andina Néstor Cáceres Velásquez □ Puno. Master en Derecho Internacional Ambiental por el Instituto Internacional de Formación Ambiental □ Valladolid □ España; egresado de la maestría en Gerencia Social de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Actualmente docente de pre y pos grado en la Universidad Privada San Carlos y Universidad Nacional del Altiplano Puno.

the disposal of their surface land; However, there is confusion about the nature of the mining concession process, which is why the start of new social conflicts between the owners of surface properties and the holders of mining concessions.

Palabras claves:

Comunidades campesinas, concesiones mineras, conflictos sociales, consulta previa y recursos naturales.

Key Word:

Peasant communities, mining concessions, social conflicts, prior consultation and natural resources.

I. INTRODUCCIÓN

El incremento de las concesiones mineras en el Perú ha traído como consecuencia que la economía interna se pueda estabilizar de una forma sólida, ya que las inversiones y el interés que han puesto diversas empresas extranjeras sobre el territorio peruano consolidaron nuestra posición como un país atractivo hacia las inversiones.

Por otro lado, el desmedro de las concesiones mineras en el Perú ha gestado nuevos hechos sociales, los cuales diversos grupos de interés han mostrado el intento de controlar los recursos naturales a fin de poder administrarlos de forma directa y esto ha hecho que surjan enfrentamientos o mostrando su posición frente a ello, desencadenando diversos conflictos socioambientales.

La región de Puno no ha sido ajena a toda esa coyuntura de entrega de concesiones de parte del Estado peruano a favor de terceros, más por el contrario, se ha visto envuelto en el ojo de la tormenta cuando se consolidó la concesión a favor de la empresa canadiense Bear Creek Mining Company SAC, o más conocido como la concesión "Santa Ana" que luego de varios años traería como consecuencia el conflicto social denominado "El Aymarazo".

Uno de los problemas centrales que se tiene para la gesta de dichos conflictos es que las concesiones mineras que son otorgadas por parte del Estado, están al margen de las consultas previas o licencias sociales que deberían de darse por motivos de que dichas concesiones recaen sobre terreno de las comunidades campesinas (en adelante CC) pues se tiene la

errónea creencia que las concesiones mineras limitan el uso de la propiedad superficial en donde recae.

Hoy en día las CC han sufrido todo un cambio en su estructura organizacional, por lo que no solo pueden ser considerados como simples actores con objetivos sociales, sino también debemos tener en consideración sus objetivos económicos y políticos. Ante ello, diversas CC juegan un papel importante en el proceso de concesiones mineras ya que dependerán de ellas si la empresa titular de la concesión pueda ingresar o no a realizar trabajos de diversa índole que atañe a la actividad minera sobre lo terrenos superficiales.

Sin embargo, también creemos que existe una confusión en cuanto al término de “concesión” debido a que éste es un proceso administrativo que es ejercido por el Estado, específicamente mediante el Instituto Nacional Geológico, Minero y Metalúrgico – INGEMMET, quien mediante un proceso administrativo otorga la titularidad de una cuadrícula a una persona (natural o jurídica) para que ésta pueda realizar los primeros estudios de exploración a fin de determinar el volumen del mineral, atendiendo ello a los factores económicos, políticos, ambientales y sociales para que posteriormente se pueda entrar a evaluar si es rentable o no iniciar con su operación.

En la actualidad, las CC en la región de Puno han sido protagonistas de diversos conflictos sociales sobre todo concernientes a los temas de las concesiones mineras las cuales vienen recayendo en sus territorios, como el conflicto denominado “El Aymarazo” o, en especial el proceso judicial que viene llevando la CC-Jatucachi en contra del Ministerio de Energía y Minas (MINEM) y el Instituto Geológico Minero y Metalúrgico (INGEMMET) por omitir realizar la consulta previa antes de brindar la concesión minera en su territorio por creer que dicha concesión afecta la disposición del terreno superficial de la comunidad.

Entendemos que existen diversos trabajos que hablan sobre las concesiones mineras; sin embargo, éstas las enfocan más desde un punto de vista legal dejando de lado el aspecto social y técnico que debería de entenderse por aquella.

Por ello, consideramos que el presente trabajo tiene como objetivo entender y manejar los conceptos claros acerca de la concesión minera, como una parte del proceso de la actividad minera la cual estará basada

en manifestaciones, doctrina, normatividad y experiencia de campo, y responder a la interrogante en qué medida puede o no afectar los terrenos superficiales, ya sean estos de particulares o de comunidades campesinas.

II. MATERIALES Y MÉTODO

La metodología que fue de aplicación para la investigación es el de análisis documental y hermenéutico, lo cual consistió en la recopilación de información de carácter bibliográfico que dio sustento a la información teórica que estuvo vinculada al problema que se investigó, lo cual fue reforzada con fuentes o referencias bibliográficas.

En cuanto a la técnica se tuvo la suerte de poder aplicar la observación directa que nos permitió ser parte de las actividades de concesiones realizadas en campo y laborar en las zonas en donde recayó la concesión y de esa forma comprender los hechos reales de limitación de la propiedad superficial en cuanto a su uso se refiere. Ello tomando en consideración los planteamientos legales que cuenta el ordenamiento legal peruano, especialmente aquella ligada a los derechos reales.

Finalmente, teniendo en consideración las diversas posturas que se tiene en las ciencias sociales y el apartado legal y doctrinario, se tuvo que realizar una distinción entre las posturas que se tiene sobre el tema, reconocimiento de los derechos tanto del titular de la concesión como del titular de la propiedad superficial y, el impacto que se viene ocasionando en la región de Puno.

III. ORIGEN Y DENOMINACIÓN DE COMUNIDADES CAMPESINAS

Tratar de definir que son las CC en nuestro Perú, nos remonta sin lugar a dudas a recordar las coyunturas políticas por la que han pasado desde la época de la reforma agraria que el Perú para que se les puedan reconocer a esos "indígenas" ciertos derechos; sin embargo, la historia legal parte de mucho antes. La Constitución de 1920, como norma de carácter principal del Perú reconoció la existencia de las comunidades indígenas, donde en su contenido rezaba "los bienes de propiedad del Estado, de comunidades indígenas son imprescriptibles y sólo podrán transferirse mediante título público en los casos y mediante la forma que establezca la ley" (Art. 41°).

Respecto a la denominación de comunidad campesina, son diversos los estudios que se han dado para brindar una explicación acerca del origen de las mismas. Para explicar el origen histórico de las CC en el Perú, podemos afirmar que existen dos tesis que nos ayudan a entender el tema. Por un lado la tesis indigenista y por otro lado, la tesis hispanista (Figallo, 2007).

La tesis indigenista, afirma que las CC tienen una indiscutible raigambre prehispánica; es decir, serían derivaciones de los ayllus que existían en la civilización andina; en cambio, para la *tesis hispanista*, las CC no son antecedentes de los ayllus incaicos, sino que son producto de la etapa colonial por las que pasó el Perú, inspirado en las “reducciones o pueblos o común de indios” que fueron implantados por los invasores españoles².

Estas tesis son las que han tenido mayor acogida para brindar una explicación teórica sobre el origen de las CC, pero existe una *tercera tesis* con la cual aunamos nuestro esfuerzo de investigación y es que las comunidades son híbridos resultantes en donde se ha dado la fusión o amalgama transcultural de los remanentes del ayllu incaico, después de la conquista, con la comunidad ibérica existente en el mundo rural hispánico en el Siglo XVI.

Al respecto Matos(1976) indicaba que:

“(…) cualquiera sea el punto donde uno se sitúe, encontrará indudablemente como antecedentes tanto al ayllu andino como a la comuna ibérica. La manera específica como ambas instituciones, a partir del Siglo XVI, intervinieron en su constitución, así como en su proceso histórico, no está suficientemente esclarecida y requiere todavía un análisis más sistemá-

2 Al respecto Fuenzálda sostiene que “La comunidad de indígenas peruana, es un producto de conquista. Su constitución implica la disrupción de un sistema más antiguo de relaciones campesinas y su reorientación hacia las metas impuestas por los gobernantes coloniales. Esas metas incluyen a nivel económico, la organización de la población incaica en unidades fácilmente manejables capaces de proveer al país con mano de obra y abastecimientos, y de pagar por su propia administración; a nivel político, el mantenimiento de un campesinado libre cuya única lealtad esté dirigida a la Corona, la cual limita de este modo el crecimiento de un peligroso poder feudal entre los conquistadores; a nivel ideológico, la difusión de la religión y valores por los cuales la conquista fue racionalizada; a nivel social, el mantenimiento de fronteras netamente demarcadas entre los gobernantes coloniales y el campesinado indígena sometido. La reducción o común de indios, más tarde llamada *comunidad*, fue la institución creada para satisfacer todos esos requerimientos” (1976, págs. 224-225).

tico, aun cuando no cabe duda que el ayllu fue el núcleo de su estructura y la comuna el patrón externo de referencia que la hizo posible” (pág. 182).

En el Perú existen alrededor de 7267 CC; sin embargo, tenemos que hacer hincapié en lo siguiente. La experiencia nos ha enseñado que existen diversas CC que aún no cuentan con el reconocimiento legal debido en las instituciones del Estado. Algunas de ellas están en proceso, otros se autodenominan CC, actúan como tal, se organizan como tal, mantienen una estructura como tal, pero no tienen la vigencia legal por diversos motivos o en peor de los casos no cuentan con un espacio físico que les pueda identificar, como las llamadas “comunidades fantasmas” (Gonzales, 2017). Dentro de los límites que se les pueden presentar no solo son externos sino también internos. Mencionamos interno cuando carecen de un apoyo económico y, externo, cuando existe un temor de formalizarse y acercarse a las instituciones estatales; pues existe una perspectiva de engaño de parte de estas.

Sin embargo, a estas alturas las CC han cambiado sus estructuras organizacionales, manteniendo mayor protagonismo social y político en contextos en donde tienen que lidiar con empresas extractivas “lo que les hace unos actores decisivos en la toma de decisiones para la marcha de los proyectos de inversión minera” (Damonte, 2016).

En un estudio realizado por el Instituto del Bien Común y la institución del Centro Peruano de Estudios Sociales, se ha logrado identificar un total de 7267 comunidades campesinas, tanto de la sierra, costa y selva del Perú y, que ocupan un área de 24´080,708.63 hectáreas (CEPES, 2016).

“Dentro de las diversas regiones en donde se ha logrado identificar la mayor presencia de CC se encuentra Puno, seguida de Cusco, Loreto y Ayacucho, con 1303; 927; 921 y 691 respectivamente” (CEPES, 2016).

En la región de Puno, al igual que otras regiones del Perú, el caso de las CC es un tema *sui generis* en su formación histórica. Algunas CC, si bien es cierto, son descendientes de los ayllus y otras de haciendas gamonales para que se puedan consolidar como CC, también debemos ser claros que dichas organizaciones fueron cambiando con el transcurrir del tiempo, no solo en su aspecto estructural, sino también en la forma del uso de la tierra lo cual en este siglo se puede poner en evidencia que existe una tendencia en que las CC puedan desaparecer de forma subjetiva.

Puno no solo alberga comunidades quechuas, sino también aymaras y aunque ambas sean de cierta forma parecidas, existen algunas diferencias de organización que las hacen particulares, tal como lo afirma Bourricaud (2012):

“(...) la diferencia lingüística, no basta para distinguir estas poblaciones, por lo menos desde el punto de vista social. Las dos poblaciones – quechua y aymara – lingüísticamente diferentes tienen una organización social muy semejante: la tecnología, el régimen agrario, el sistema de autoridad y la estructura familiar son más o menos idénticos” (pág. 41).

IV. COMUNIDAD CAMPESINA: CONCEPTO Y MARCO LEGAL.

Tratar de definir que son las CC en nuestro Perú, nos remonta sin lugar a dudas a recordar las coyunturas políticas por las que han pasado desde la época de la Reforma Agraria para que se les pueda reconocer a esos “*indígenas*” (DEBER IR SIN CURSIVA) (como fueron inicialmente denominados) ciertos derechos; sin embargo, la historia legal parte de mucho antes. La Constitución de 1920 reconoció la existencia de las comunidades indígenas, donde en su contenido rezaba “los bienes de propiedad del Estado, de comunidades indígenas son imprescriptibles y sólo podrán transferirse mediante título público en los casos y mediante la forma que establezca la ley” (Art. 41°).

Pasaron algunos años (en realidad varios) y las siguientes Constituciones del Perú continuaron reconociendo la existencia legal de las mismas; “tanto la Constitución de 1933 como la de 1979, hicieron prevalecer el término de comunidades” (Gonzales, 2017). Pero la norma de mayor realce y protección legal, le ha brindado la Constitución de 1993 en donde en su Art. 89° reza lo siguiente:

“Las Comunidades Campesinas y Nativas tienen existencia legal y son personas jurídicas. Son autónomas en su organización, en el trabajo y en el uso y la libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece. La propiedad de sus tierras es imprescriptible, salvo en el caso de abandono previsto en el artículo anterior. El Estado respeta la identidad cultural de las Comunidades Campesinas y Nativas”.

Como podemos avizorar, la protección legal que le brinda el Estado a las CC es taxativa y por ende, no necesariamente son instituciones que

pueden actuar al margen de la Ley u omitiendo preceptos legales, por lo que, tratar de entender lo contrario los llevaría a actuar bajo una anomia total dentro de un Estado de derecho.

La definición que se recoge desde el marco legal sobre las CC en el Perú, no sólo está consagrada en la Constitución, como ya lo hemos indicado anteriormente, sino también se ha desarrollado algunos preceptos legales que ayudan a entender mejor el aspecto social y legal de la misma.

El Art. 2° de la Ley 24656, menciona que son organizaciones de interés público, con existencia legal y personería jurídica, integrados por familias que habitan y controlan determinados territorios, ligadas por vínculos ancestrales, sociales, económicos y culturales, expresados en la propiedad comunal de la tierra, el trabajo comunal, la ayuda mutua, el gobierno democrático y el desarrollo de actividades multisectoriales, cuyos fines se orientan a la realización plena de sus miembros y del país.

También debemos hacer mención al Art. 149° de la Constitución Política de 1993, que establece que las CC administran justicia comunal según sus costumbres; ello implica que estas tienen una adecuada organización y dirección de la estructura social al interior de su ámbito territorial. De la misma forma el Art. 89° en donde se les reconoce el carácter legal como personas jurídicas a las CC, brindándoles de autonomía en su organización de trabajo comunal y libre disposición de sus tierras, así como en lo económico y administrativo, dentro del marco que la ley establece.

Debemos tener en consideración que el máximo órgano de gobierno en una CC es la Asamblea General³, representada por su Directiva Comunal responsable del gobierno y administración de la CC; es decir, es la encargada de llevar adelante las decisiones que se acuerden en Asamblea General y hacerlas cumplir de forma que exista una correlación entre lo que se decide y lo que se ejecute en el futuro por parte de los comuneros calificados. En la mayoría de los casos la Directiva Comunal es elegida temporalmente, en su mayoría por dos (02) años de gestión a recomendación de la Ley 24656⁴.

3 De la misma forma lo reconoce el Código Civil en su Art. 138° (Torres, 2016, pág. 335)

4 Tenemos que tener presente, que la Ley 24656 Ley de Comunidades Campesinas, está reglamentada por el Decreto Supremo N° 008-91-TR.

Por otro lado, debido a los constantes cambios sociales y diversos conflictos que se han producido en los últimos años, también se tiene en consideración la Ley N° 24657, que declara la necesidad nacional el deslinde y su titulación de tierras de comunidades, la cual se encuentra reglamentada mediante Decreto Supremo N° 004-92-TR. Finalmente, ha de considerarse para la investigación presente, la Ley N° 26505 Ley de la inversión privada en el desarrollo de las actividades económicas en las tierras del territorio nacional y de las comunidades campesinas y nativas, más conocido como Ley de Tierras.

Sin embargo, la definición que podemos ensayar para la denominación de las CC, desde un ámbito local, es que deben ser consideradas como aquél grupo cosmovisión, costumbres, tradiciones, idioma, etc., buscan un interés común (objetivo mixto: social y económico) para satisfacer sus necesidades básicas incurriendo no sólo a sus conocimientos ancestrales en el manejo del medio ambiente, aprovechamiento de los recursos naturales, estructura organizacional, etc.; sino también, en el parámetro de la administración de justicia, dentro los límites de la ley que les ayuda a entablar relaciones de paz social dentro de sus esferas organizacionales.

V. CONCESIONES MINERAS: CONCEPTO Y MARCO LEGAL

La minería en el Perú no es una actividad nueva, existen antecedentes pre-incaico, incaico, republicano y en la actualidad continúa siendo uno de los componentes económicos de mayor importancia para el fisco peruano. Lógicamente los antecedentes de dicha actividad fueron pasando por diversas etapas y en la actualidad no queda duda que pasamos de una época simbólica del uso de los minerales a una económica extractiva comercial y, en especial en tierras del altiplano con la presencia de los Hermanos Salcedo (Palma, 2008).

La actividad minera recorre diversas etapas como la concesión, el cateo⁵, la prospección exploración, explotación, beneficio, labor general y transporte minero; sin embargo, nuestra legislación peruana⁶ advierte

5 El cateo cronológicamente constituye la etapa previa a la exploración, la explotación y beneficio. (Basadre, 1974).

6 En el Perú rige el TUO - Ley General de Minería - D.S. 014-92-EM., el cual regula las diversas actividades mineras que se pueden desarrollar con la finalidad de obtener un provecho de los recursos naturales, ello respondiendo a la Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales - Ley N° 26821.

claramente que para las actividades de cateo, prospección y comercialización no se requiere de concesión alguna (salvo excepciones); es decir, no se requiere permiso de “nadie”, ni de parte del Estado, menos del titular del terreno superficial (propietario del terreno), aunque en la realidad y en el trabajo de campo no siempre sucede lo normado en la ley.

Por otro lado, debemos entender que la concesión minera es un proceso administrativo emitida por el Estado, a petición del solicitante⁷, aquél por ser ente administrador de los recursos naturales, otorga al solicitante ciertos derechos y obligaciones para el aprovechamiento de los recursos naturales; sin embargo, es preciso aclarar que la concesión minera no otorga a su titular la posesión del terreno o del predio superficial ya que la concesión en sí, es “un ente ideal” (Medrano & Obeso, 2018, pág. 59), más por el contrario, la concesión le otorga al titular la calidad de bien inmueble⁸ de forma especial, figurativa o simplemente declarativa si queremos llamarlo de esa manera.



Figura N° 1: Predio superficial, concesión minera y sub suelo.

Diplomado de Derecho Minero – EGACAL.

En otras palabras, podemos indicar que la concesión minera, se da sobre la planicie de los predios superficiales de forma figurativa y, el titular de la concesión no puede realizar ninguna actividad minera a menos que

7 Los solicitantes pueden ser personas naturales o jurídicas. Dentro de éstas últimas están las Comunidades Campesinas que deberían tener prioridad según lo normado en el Art. 18° de la Ley 26821 – Ley Orgánica para el Aprovechamiento Sostenible de los Recursos Naturales.

8 Art. 66° de la Constitución Política del Perú: “Los recursos naturales, renovables y no renovables, son patrimonio de la Nación. El Estado es soberano en su aprovechamiento. Por Ley Orgánica se fijan las condiciones de su utilización y de su aprovechamiento a particulares. La concesión otorga a su titular un derecho real, sujeto a dicha norma legal”.

sea concedido o autorizado por el titular del predio; es decir, el propietario superficial, por lo que, la simple obtención del título de concesión “no autoriza por sí mismo a realizar las actividades mineras de exploración ni explotación” (Franciskovic & Ipenza, 2015, pág. 72).

Por ello, debemos entender que la concesión que se otorga es por un período determinado, con el objeto de administrar bienes públicos; es decir, exploración y explotación de los recursos naturales; pero teniendo en consideración que el predio o terreno superficial *es* diferente al de la concesión minera, pues una no involucra a la otra⁹ y, para ingresar o al menos realizar estudios superficiales, se necesita de todas formas del permiso o autorización del “dueño del terreno”.

VI. RESULTADOS DE LA INVESTIGACIÓN

La presente investigación nos ha llevado a desmitificar y a calificar algunos conceptos clásicos que se vienen manejando en las ciencias sociales con respecto a las CC y su actuar en las diversas acciones que rigen en el país, principalmente ligados a la actividad económica; pues seguimos creyendo que las CC no han cambiado y que el campesino del altiplano, principalmente, es aquella persona que está al lado de su llama o alpaca, con un sombrero y un poncho, tocando su quena que viene esperando el atardecer y la fuga de un día más.

Debemos dejar de lado el pensamiento mezquino de expresar que las CC sólo tienen un objetivo social, el cual es el “bien común de sus integrantes” y el objetivo por el cual fueron creados responden a un carácter eminentemente *social*. Actualmente, la composición de las CC en el altiplano puneño son de índole mixta; es decir, más allá de brindar un bienestar social mediante el uso de sus tierras que aprovechan las mismas, se tiene también que existe un bienestar económico para sus mismos integrantes y ante ello nos atrevemos a mencionar que las CC cuentan con un conocimiento amplio sobre los aspectos sociales, políticos y sobre todo en temas de aprovechamientos de los recursos naturales con relación a las industrias extractivas.

9 El Art. 9° de la Ley General de Minería - D.S. N° 014-92-EM, hace referencia de forma expresa que *la concesión minera es un inmueble distinto y separado del predio donde se encuentra ubicado*.

Nos es imposible seguir pensando “que estos pueblos colonizados no poseen las herramientas ni los canales para emprender una lucha política con posibilidad de triunfar, y son conscientes de ello. Por eso, su única salida consiste en desarrollar artes de resistencia ante el opresor” (Scott, 1992). Afirmaciones como estas hoy en día van perdiendo valor y sobre todo sentido teórico, pues teniendo en consideración la hegemonía de las comunidades y su dinamismo, dichos pueblos colonizados (Comunidades Campesinas) cuentan con suficientes herramientas y técnicas para dar solución a los problemas que atañen a sus terrenos.

Por otro lado, las concesiones mineras en la región de Puno se han ido incrementando, pues las mismas iniciaron desde 1999 y no dejaron de parar hasta el año 2010, tiempo en el cual emergieron algunas protestas sobre la forma en que se obtenían las concesiones mineras y debido al conflicto social denominado Ayamarazo se paralizaron las mismas.

El Ayamarazo, giró alrededor de la concesión minera Canadiense Bear Creek Mining Company, propietaria del proyecto Santa Ana, el cual abarcaba tierras comunales y básicamente involucraba al Apu tutelar K’apia; sin embargo, “también se jugaron otros intereses sociales y políticos en una coyuntura a puertas de celebrarse las elecciones presidenciales” (Zevallos, 2019).

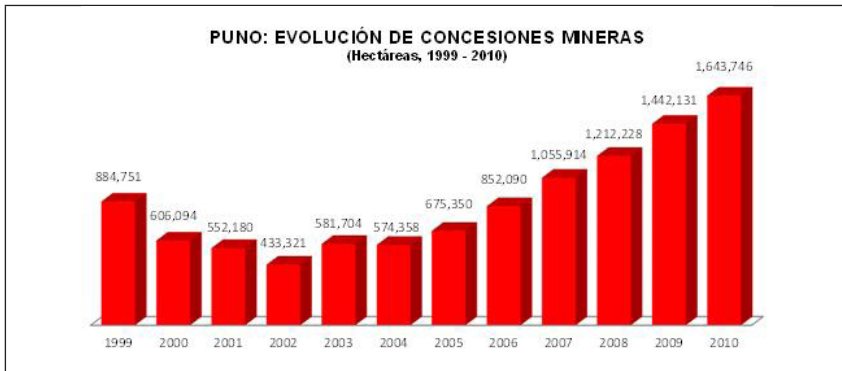


Figura N° 2: Puno: Evolución de Concesiones Mineras

Fuente: <https://www.actualidadambiental.pe/puno-y-el-conflicto-por-la-anulacion-de-las-concesiones-mineras/>

El primer decenio del año 2000, la región de Puno se había convertido en la segunda región, después de Apurímac, con el mayor número de hectáreas concesionadas del país; es decir, “en el año 2002 la cantidad

de hectáreas concesionadas en la región de Puno bordeaban los 433,321 hectáreas y, para el año 2010 de forma sorprendente se llegó a un total de 1'643,746 hectáreas de concesión minera" (Zevallos, 2019).

Uno de los factores que se tenía identificado para el inicio de las protestas es que las concesiones aterrizaron en terrenos comunales del altiplano puneño. Los primeros reclamos se venían dando al manifestar que las instituciones encargadas de brindar los títulos de concesión¹⁰, no estaban respetando la consulta previa; es decir, que para que el Estado pueda otorgar una concesión minera a una determinada persona (natural o jurídica), debería de pasar por la consulta al titular del terreno superficial, que en su mayoría eran CC; sin embargo, los entes del Estado sólo atinaban a realizar las publicaciones en medios escritos y/o radiales con la finalidad de cumplir con el procedimiento establecido en la Ley.

Desde el punto de vista legal, es que para el otorgamiento de las concesiones mineras no se debe implementar ninguna actividad de consulta previa a los propietarios superficiales (CC o persona natural). Éste es el núcleo del presente trabajo; tratar de entender que es una concesión minera y si es indispensable elevarlo al grado de consulta previa o no para su continuidad.

A) CONCESIÓN Y COMUNIDAD

Ya hemos definido lo que podemos entender por CC y, también hemos incursionado en la Ley General de Minería para tratar de entender que es una concesión minera y cuáles son las actividades que involucra su accionar (recordemos que el cateo y la prospección son libres). Sin embargo, veamos ahora cuán importante es entender si una concesión afecta o no afecta a una CC o al titular del predio superficial, para que aquella tenga que ser consultada antes de que se pueda emitir el título que le otorga al solicitante la concesión respectiva. Veamos la siguiente figura:

10 Para el otorgamiento de los títulos de concesión, el INGEMMET es el ente encargado para la Mediana y Gran Minería; sin embargo, para los Pequeños Productores Mineros y Mineros Artesanales, el ente encargado de emitir los títulos de concesión son las oficinas descentralizadas de las Direcciones Regionales de Energía y Minas.

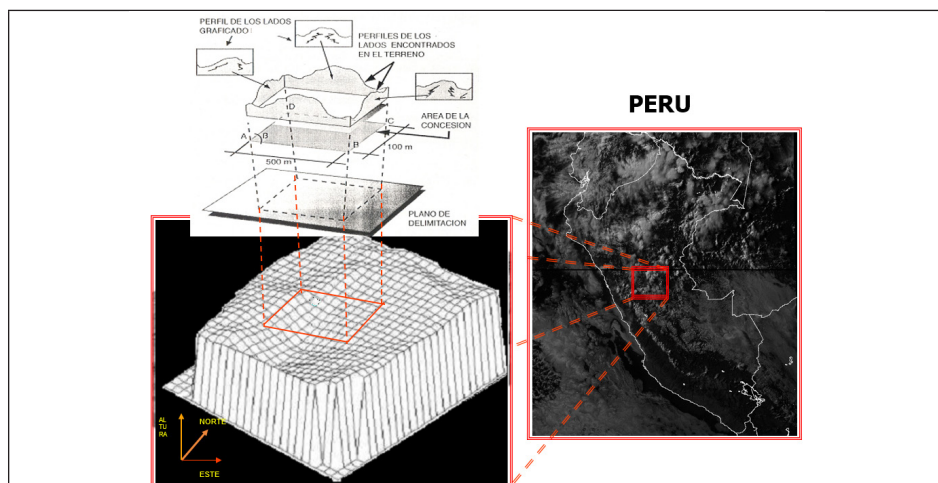


Figura N° 3: Proyección de una concesión minera.

Fuente: Diplomado de Derecho Minero – EGACAL.

Teniendo la Figura N° 3, podremos entender qué es la concesión de forma más ilustrativa. Más allá de la definición legal que se ha establecido sobre la concesión, se debe resaltar que aquella no es más que un cuadrado imaginario que se otorga sobre el predio superficial y que *no* limita el uso, el goce, disfrute o disposición de la propiedad en un estricto sentido de la palabra.

Desde nuestra investigación en campo, podemos entender que el Estado al otorgar la concesión minera a un titular (persona natural o jurídica) éste **no podrá ingresar al predio**, donde ha recaído la concesión, mientras no tenga un acuerdo con el propietario en *stricto sensu*; es decir; la institución de la concesión minera otorga al titular un derecho de propiedad, pero más no otorga el derecho de posesión, por lo cual se verá limitada sus actividades posteriores a la obtención de la concesión.

Debemos hacer alusión lo que reza el Art. 9° de la Ley General de Minería – D.S. N° 014-92-EM “la concesión minera es un inmueble **distinto y separado** del predio donde se encuentra ubicado”.

Por otro lado, como se puede observar de la Figura N° 3, la concesión minera no limita ninguna actividad que se pueda o se esté realizando en el predio. Es algo absurdo pensar que la concesión minera limita los derechos de propiedad consagrados al titular del predio (sea comunidad

o no); sin embargo, no entraremos en mayores discusiones mientras no se pruebe lo contrario.

Pero la interrogante que surgen en algunos dirigentes y presidentes comunales no sólo de la región de Puno, sino de otras regiones, es: ¿entonces para que se concesiona, para presumir?

Dentro del sector de la industria extractiva, toda concesión minera tiene como objetivo llegar a una etapa de explotación de los recursos minerales y de ello obtener la mayor utilidad posible, pero sería un pecado y un craso error garrafal mencionar que todas las concesiones se convertirán en operaciones mineras, pues ello depende de diversos factores: ambientales, económicos, mercantiles, precio de los metales y sobre todo sociales.

Si bien es cierto existen concesiones que recaen sobre terrenos comunales, éstos no se ven limitados para continuar realizando las actividades que normalmente desarrollan.

El uso de las tierras comunales ha variado, algunas CC aún lo mantienen como terrenos comunales, propiamente dicha, pero otras CC, por diversas razones, han iniciado un proceso de parcelación. Entendemos que dicho proceso obedece a factores económicos, sociales, ambientales, pero lo más resaltante de ello es que el principal factor es el familiar, y es por eso que desde "1940 no es novedad que la población abandonaran sus comunidades rurales y empezaron a engrosar la población de las ciudades" (Matos, 2004).

Las CC hoy en día albergan, en su mayoría, una población mayor a los 55 años de edad, que se dedican a las actividades agrícolas o ganaderas de sobrevivencia; sin embargo, la población más joven de las CC vienen abandonándola para buscar mejores alternativas laborales en las ciudades. Los motivos pueden ser distintos, pero los más resaltantes es la escasez de recursos hídricos o en otros casos el área de terreno del cual son propietarios son pequeñas para trabajarlas y obtener un adecuado provecho de ello.

Éste último punto conviene dejar en claro, indicando que la población relativamente joven ven que el uso comunal de las tierras limitan su desarrollo, por lo que inciden a sus padres realizar la parcelación o división interna y aprovecharlo de la mejor forma, ya que una vez que la población toma posesión de una determinada área, de manera permanente, se sienten

con todo el derecho de realizar modificaciones al predio asignado, dejando de lado el título de usufructuario.

Como vemos, por más que el terreno de la CC esté concesionado, las diversas actividades que desarrollan no se ven paralizadas, es más, nos atrevemos a mencionar que existen CC concesionadas en el altiplano en donde ya se practica la compra venta de los mismos en donde la Asamblea General no tiene injerencia ni interferencia alguna.

b) Las concesiones mineras en la región de Puno

Puno, tal como lo mencionamos *supra*, ha sido la segunda región con mayor cantidad de área concesionada hasta el 2010; sin embargo, debido a los diversos problemas sociales que se venían avicinando, aquellas tuvieron que parar.

La región tiene una trayectoria minera importante sobre todo en la zona norte donde existen algunas empresas mineras que viene operando de forma regular por más de 30 años, tal es el caso de Minsur S.A., empresa del grupo Breca y una de las más importante en la producción de estaño a nivel mundial y que su concesión abarca a diversas CC; pero también tenemos actividades mineras que se desarrolla de manera informal como es el caso de la mina La Rinconada, donde la población se dedica a la extracción del oro. Así mismo, las concesiones en el norte de la región son más fructíferas ya que algunos de ellos han logrado avanzar hasta obtener la licencia social, como el Proyecto Corani, de la canadiense Bear Creek Mining Company SAC; QoryCoyllour, de IRL, ambos en la provincia de Carabaya y otras que están en etapa de exploración sobre todo por los atractivos en el Uranio.

Por otro lado, la zona Sur de Puno no cuenta con el mismo antecedente, ya que es más ganadera y agrícola, pero no dejando de lado la existencia de las concesiones. El lugar donde se desarrolló el conflicto denominado el Aymarazo fue en la zona Sur de la región, llegando a cerrar el proyecto Santa Ana de la canadiense Bear Creek Mining Company SAC. Veamos la siguiente figura:

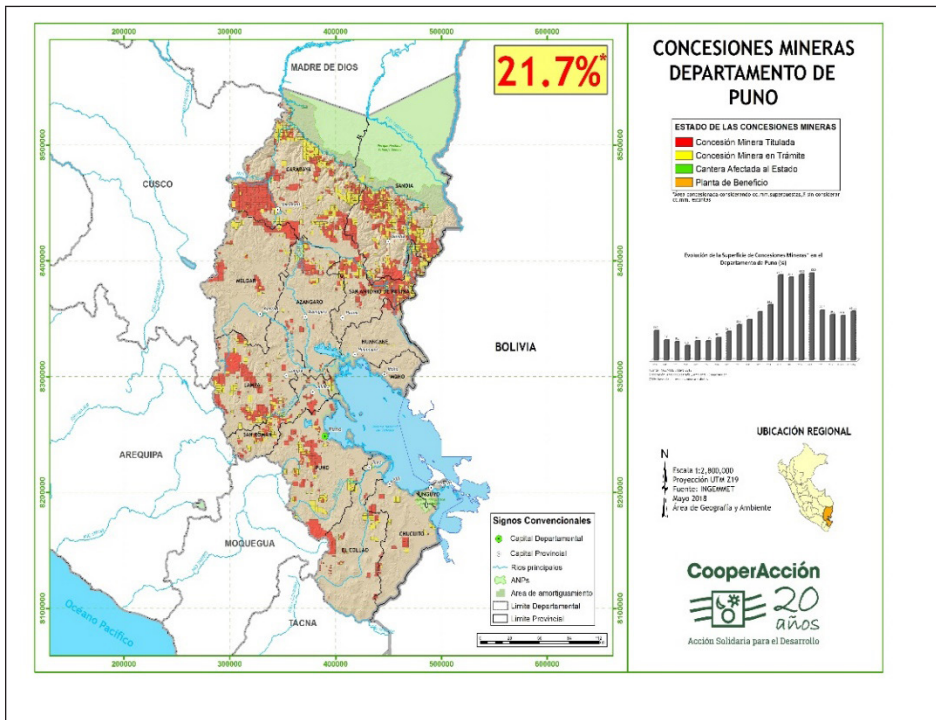


Figura N° 4: Concesiones mineras en la región de Puno

Fuente: <http://conflictosmineros.org.pe/2018/07/17/region-puno/>

Como se puede apreciar, el 21.7% del área de la región de Puno, se encuentra concesionada, hasta mayo del 2018. Así mismo, en la misma Figura N° 4, podemos apreciar que la Zona Norte de la región alberga gran cantidad de concesiones.

Sin lugar a dudas, debemos tener en consideración que el incremento de las mismas, han ido disminuyendo con el pasar de los años, específicamente desde el año 2015 hasta la fecha, las concesiones de manera general han pegado su declive, entendemos ello principalmente por factores ambientales y sociales, no dejando de lado la coyuntura política por la que atraviesa el país. Veamos la siguiente figura:

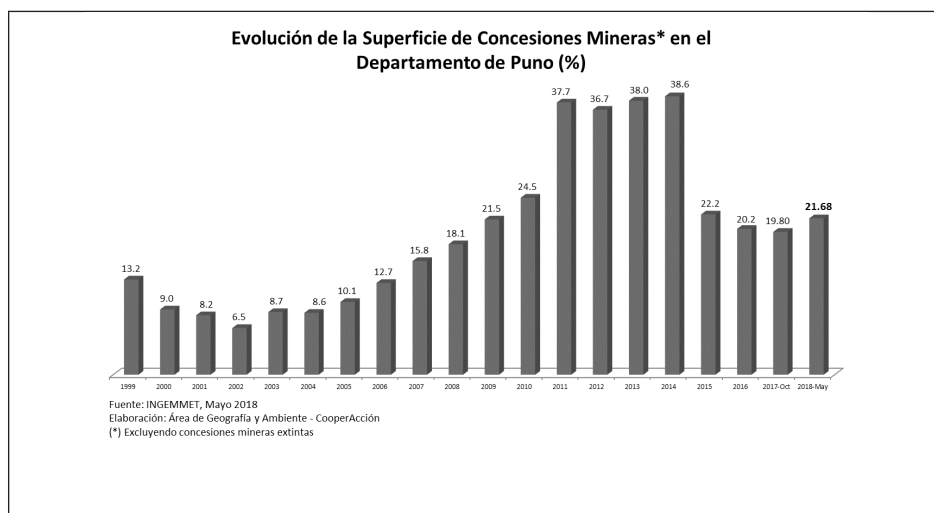


Figura N° 5: Evolución de la superficie de concesiones mineras en el Departamento de Puno – Mayo 2018.

Fuente: <http://conflictosmineros.org.pe/2018/07/17/region-puno/>

La Figura 5 muestra que, en el año 2014, fue el auge de las concesiones mineras en la región, llegando a alcanzar un 36.6% del territorio; sin embargo, hasta mayo del 2018, se tiene un aproximado de 21.68% del área con títulos de concesión; es decir, hubo una caída de un 15% del área de la región que fue dejada de lado en las concesiones.

Cabe resaltar que una cosa es la concesión minera y, otra distinta es la operación minera, pues en ésta última se benefician diversos entes del Estado, desde gobiernos regionales, gobiernos provinciales y distritales; sin dejar de mencionar el caso de las Universidades Públicas, específicamente la Universidad Nacional del Altiplano de Puno y la Universidad Nacional de Juliaca.

c) Concesiones mineras y conflictos en la región de Puno.

Seríamos ingenuos en indicar que la actividad minera no impacta, pues los diversos estudios técnicos ambientales, sociales y económicos que se han realizado en los últimos años han demostrado de manera clara que el impacto que genera la actividad extractiva es notorio, tanto de carácter positivo como negativo.

Por otro lado, a pesar de los antecedentes que se tiene sobre la vieja minería, hasta la fecha existe un resentimiento social con respecto a aquél,

ya que las actividades mineras que se desarrollaron en los diversos puntos del país, y de la región de Puno en especial, dejaron mucho que decir, sobre todo en impactos negativos que se dejó en el medio ambiente. “(...) antes las empresas, tanto nacionales como extranjeras, a pesar de su relevancia económica fueron irresponsables en la explotación de los recursos de la nación y dejaron desamparador a los más desprotegidos” (Giorffino, 2014, págs. 171 - 172).

Al parecer existe una tendencia de cambiar la cara antigua de la minería, pues ahora se habla de una minería “más moderna” o “minería responsable” que es compatible con el medio ambiente y con la población cercana a la misma. Creemos que aquellos antecedentes hacen que exista un rechazo a las concesiones actuales que se vienen dando en la región de Puno, como por ejemplo, las comunidades de Sihuyayro, Lampa Grande y Challa-Pampa del distrito de Pomata han venido protestando contra las concesiones otorgadas, especialmente aquellas que vienen afectando al centro arqueológico de Tanapaca.

En ese mismo sentido los dirigentes de las CC vienen manteniendo un discurso, que en cierta ocasión son utilizados con fines políticos, pues no le falta razón a Damonte (2016) al mencionar que “los discursos de sus dirigentes han ido ganando peso político en temas destacados y recurrentes, como la postura frente a agentes que, posiblemente, contamina el medio ambiente, entre ellos las industrias extractivas, caracterizadas por su agresiva incursión-ocupación de gran parte del territorio regional” (pág. 66)

Puno ocupa el cuarto lugar a nivel nacional con respecto a los conflictos socioambientales con un 7.9%, de los cuales 9 conflictos están relacionados con la gran y mediana minería¹¹. En los conflictos que se han presentado en la región de Puno, la población trata de demandar dos puntos importantes con respecto a las actividades mineras: “a) las demandas de servicios y, b) las demandas de derechos. Para las primeras no necesariamente existe una oposición a la actividad, sino que buscan una

11 La mayoría de los conflictos sociales en Puno están relacionados a la afectación de los recursos hídricos, sea por actividades mineras o por la ausencia del tratamiento que recae en la responsabilidad de los gobiernos locales. Uno de los casos más emblemáticos es de la cuenca de *Llallinayo*, en donde los distritos de Humachiri, Llalli, Cupi y Ayaviri (provincia de Melgar), demandan a la OEFA, Autoridad Nacional del Agua, Ministerio de Ambiente y el Ministerio de Energía y Minas el retiro inmediato y sanción de la empresa minera Aruntani, acusada de contaminar; así como, la remediación ambiental de la cuenca.

mejor distribución de la riqueza; mientras para la segunda, se oponen a la extracción por preocupaciones ambientales (agua, tierras, cosmovisión, etc.)” (Arce, 2015, pág. 173).

Pero volvamos a la pregunta, es necesario realizar una consulta previa¹² para las actividades de concesión?

Si bien es cierto que la R.M. 403-2019-MINEM/DM regula los aspectos de Consulta Previa en el Perú, ello no es de aplicación a todas las actividades mineras que regula la LGM, ya que la concesión minera en el Perú sólo es declarativa; vale decir, el titular de la concesión minera para dar inicio a cualquier otra actividad requiere un permiso adicional, el del propietario. La concesión minera en realidad no afecta el uso directo de los terrenos superficiales, obviamente porque el titular de la concesión no puede ingresar al terreno superficial mientras no tenga la autorización del propietario.

Debemos entender que los recursos minerales están en el sub suelo, y para que se pueda acceder a ellos, y por más que estén en la superficie, necesariamente se tendrá que realizar un acuerdo adicional con el propietario superficial a fin de llevar adelante las demás actividades mineras. Existe cierta posición en la doctrina, y algunos, que indican que la concesión limita el uso de la propiedad debido a que si el titular del predio superficial decidiera realizar alguna actividad concerniente a la minería (artesanal o pequeña), simplemente no podría ya que la concesión está registrada a favor de un tercero. Dicha afirmación es correcta; sin embargo, encontramos dos alternativas que podrían ayudar a evitar que se genere un conflicto y por ende un descontento social.

Primero, es cierto que el propietario del predio superficial no podrá realizar actividad minera alguna sobre el área concesionada, pero la misma ley faculta que entre el titular de la concesión minera y el titular del predio superficial “deben” celebrar un contrato de cesión; es decir, para que el propietario superficial pueda realizar actividades mineras debe existir consentimiento legal del titular de la concesión. En este punto, ambos titulares salen beneficiados. Experiencias de éste tipo ya se han visto, uno de los casos de la región de Puno es Cori Puno, ubicado en la Comunidad de Untuca – Provincia de Sandía.

¹² Recordemos que la Ley de la Consulta Previa Ley N° 29785, fue emitida por el Gobierno de Ollanta Humala.

La segunda, aunque más restringida, obedece a que el propietario (CC o no) del predio superficial al ser “amo y dueño absoluto” puede oponerse de forma frontal a que ingresen a su predio por el simple hecho de que la propiedad es inviolable. Nadie puede ingresar a predio ajeno sin que exista consentimiento de por medio; por otro lado, el titular de la concesión tendrá que saber negociar o simplemente, perder la concesión¹³.

Si nos damos cuenta, en ambos casos expuestos, los dos titulares no son independientes para realizar actividades mineras, por lo que pasar de una etapa de cateo o prospección a una etapa de operación mina, más allá de una consulta previa, depende de ambos sujetos. El titular de la concesión no puede llevar adelante sus actividades mineras porque de por medio está el propietario del predio y; éste último no puede realizar actividad minera alguna, porque los recursos minerales ya fueron concesionados o entregados a un tercero y tal como menciona De Echave (2009) “el mantener buenas relaciones con las comunidades colindantes se ha convertido en una “necesidad, no una opción” (pág. 271). Al infringir los procesos ambos estarían asumiendo responsabilidades judiciales.

VII. CONCLUSIONES

- El incremento de las concesiones mineras, en los últimos años en la región de Puno, ha hecho que comunidades campesinas muestren su malestar debido a que no son considerados antes de que el Estado otorgue la concesión a terceros y, se sientan supuestamente afectados en el uso y goce de sus terrenos.
- Existe una diferenciación legal clara respecto al titular del predio superficial y el titular de la concesión; pues una es distinta a la de la otra y su normativización responde a leyes diferentes.
- El sólo hecho de obtener el título de concesión no le faculta al titular de la concesión realizar actividades mineras posteriores; si bien es cierto, que las concesiones mineras son actos meramente declarativos, debe obtenerse los permisos y licencias establecidas por el Estado para el inicio de sus actividades.

13 Una de las últimas modificatorias emitidas por el Gobierno, fue el D.L. 1030, en donde al titular de la concesión se le concede un plazo de 30 años para iniciar sus actividades mineras, caso contrario, dicha concesión se revierte al Estado.

- Consideramos que el titular de la concesión no puede ingresar a realizar actividades sin previo permiso del titular del predio superficial; y *contrario sensu*, éste último puede realizar actividades mineras sin permiso del titular de aquél.
- Existe una incertidumbre sobre los terrenos superficiales concesionados de las comunidades campesinas, y ello es fuente de los diversos conflictos sociales por el control del poder de los recursos naturales; sin embargo, no estamos convencidos de que si las comunidades campesinas y empresa concesionaria no llegan a un acuerdo previo, lamentablemente no se podrá desarrollar las actividades mineras.
- Finalmente, al ser distintos la normatividad sobre la regulación de las concesiones mineras y los predios de las comunidades campesinas, éstas últimas pueden disponer libremente de sus terrenos.

Referencias bibliográficas

- Arce, M. (2015). *La extracción de recursos naturales y la protesta social en el Perú*. Lima: Pontificia Universidad Católica del Perú.
- Basadre, J. (1974). *Derecho Mienro Peruano*. Lima: P.L. Villanueva.
- Bourricaud, F. (2012). *Cambios en Puno. Estudios de sociología andina*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos.
- CEPES. (2016). *Directorio de Comunidades Campesinas del Perú*. Lima: SICCAM.
- Damonte , G., Glave , M., & Cabrera, A. (2016). Las rondas campesinas y el desarrollo minero: el caso del proyecto minero La Granja. En G. Damonte, & M. Glave, *Industrias extractivas y desarrollo rural territorial en los Andes peruanos* (págs. 59-78). Lima: Grupo de Análisis para el Desarrollo.
- De Echave, J., Diez, A., Huber, L., Revesz, B., Lanata, X., & Tanaka, M. (2009). *Minería y conflicto social*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos.
- Figallo. (2007). *Origen, exclusión y reafirmación de las Comunidades Campesinas del Perú*. Lima: San Marcos.
- Franciskovic, M., & Ipenza, C. (2015). *Derecho minero y el medio ambiente*. Lima: Grijley.

- Fuenzálida, F. (1976). Estructura de la comunidad de indígenas tradicional. En J. Matos, *Hacienda, comunidad y campesinado en el Perú* (pág. 378). Lima: Instituto de Estudios Peruanos.
- Giorffino, M. L. (2014). Acceso a la justicia ambiental: necesaria modificación constitucional para la defensa de intereses colectivos. En P. Foy, *Derecho ambiental y empresa* (pág. 302). Lima: Universidad de Lima.
- Gonzales, G. (2017). *Estudios de propiedad rural, de derecho agrario y de aguas*. Lima: Jurista Editores.
- Matos, J. (1976). *Comunidades indígenas del área andina*. En *Hacienda, comunidad y campesinado en el Perú*. Lima: Instituto de Estudios Peruanos.
- Matos, J. (2004). *Desborde popular y crisis del Estado: veinte años después*. Lima: Congreso de la República del Perú.
- Medrano, I., & Obeso, J. (2018). *La concesión minera. Aprovechamiento de recursos minerales, limitaciones legales y propuesta normativa*. Lima: Lex & Iuris.
- Palma, R. (2008). *Tradiciones Peruanas*. Lima: La República.
- Scott, J. (1992). *Domination and the arts of resistance*. New Haven: Yale University Press.
- Torres, A. (2016). *Código Civil*. Lima: IDEMSA.
- Zevallos, J. (2019). *Aspectos socioambientales en los conflictos de la región de Puno, caso: proyecto de exploración minera Santa Ana*. España: Editorial Académica Española.

COMUNICACIONES

EL ESPECTÁCULO MÁS GRANDE DEL MUNDO

Por: Gerardo Eto Cruz

Nunca se había visto un escenario en ninguna latitud del planeta. Estaban allí todas las voces, todos los colores, los matices, los artistas competían para el respetable y tener la gloria del aplauso y su aprobación. Era una inmensa explanada improvisada como una plaza donde cada espectador apreciaba y a la vez, en muchos casos, participaba del espectáculo. Parecía todo un sueño surrealista, se apreciaban desde todos los ángulos las diversas escenas, y cada quien decidía lo que le interesaba. Asemejaba una clásica función circense, pero en simultáneas actividades espectaculares. Allí donde se apreciaba una rara o exótica función, se arremolinaban las personas en los diversos eventos.

Habían predicadores de ferias por doquier que alertaban del Armagedón y que suplicaban a grito herido el arrepentimiento humano: todas las religiones en prédicas pacíficas y cada una de ellas más persuasiva que la otra aseguraban la dicha eterna con tal que se pasaran a sus predios espirituales; habían otros personajes que en pequeñas carpas revelaban el oráculo del futuro; y bastaba con que las pitonisas le cediera una palabra mágica para cada persona y prevenir la *mala hora* y así entraban y salían cientos de personas que habían escuchado, quietos, la admonición de una palabra que les permitiría sortear las contingencias adversas y afirmar a tiro seguro llegar a buen puerto en el destino de sus vidas; las pitonisas que más parecían reinas de la belleza provenientes de lugares nunca escuchados ni vistos, turbaban y aturdíán con la cadencia de caderas sinuosas de unas danzas donde legiones de hombres quedaban extasiados y con los ojos de cordero como mirando un infinito sin tregua del tiempo. Su belleza tenía una inocencia intimidante. Mas, dichas mujeres acaso eran las virtudes que las legiones de hombres pugnaban por estar más cerca, dado que bastaba

con el hechizo de una mirada directa de los ojos de estas beldades para sentir por fin la paz y el sosiego que nunca más habían podido a lo largo de sus azarosas vidas conquistar ni tener.

En otro espacio, dentro de estas descomunales escenas de artistas, tras los saltimbanquis, había legiones de titiriteros que movían los invisibles hilos de muchas cosas, se apreciaban oscuras marionetas compitiendo con otras de arcangélica y tierna mirada; de pronto, en certeros movimientos de hilos y breves telones, las marionetas cambian de personajes, según la voluntad del amo, el señor titiritero. Madres y niños quedaban asombrados ante estos prestidigitadores que hacían delicias de tragedias y comedias de dichos muñecos, los títeres más parecían humanos que querían romper la dependencia de su amo y tener libertad propia para afirmar sus propios destinos y no ser vulgar marioneta de cartón. Nadie se sorprendía que al final, turbas enardecidas de niños y madres encariñados e identificados de ternura y piedad con dichos muñecos, habían arrancados de estos titiriteros sus hilos que no les permitían desenvolverse como personas y seguían inexorablemente esclavos dependientes de estos hilos invisibles

Recorriendo otros escenarios dentro de este anfiteatro inmenso poblado por humanos que llegaban incansables como un peregrinar litúrgico de los antiguos caminos medievales, había carpas en las que pugnaban otras personas por ingresar, no sólo por la curiosidad, sino porque pregonaban las ventas de unas pócimas traídas de tribus no contactadas de diversas partes del planeta, estos bálsamos curaban todos los males del espíritu, de la mente y del cuerpo. Se apreciaba que muchas personas acompañaban a familiares que emitían gritos desgarradores como poseídos; sus gritos asemejaban a los cerdos cuando entraban a ser beneficiados; otros traían a personas que, sin la menor resistencia, entraban aun cuando sus miradas desorbitadas evidenciaban algún mal que bien podía ser de extravíos de la mente. Todos estos lunáticos y enfermos entraban por unos acondicionados pasajes improvisados y muchos heresiarcas que pregonaban estas curas, apenas les hacían una imposición de su mano en las cabezas de estos espectadores que más parecían peregrinos perdidos, luego les hacían oler un brebaje que exhalaba a jazmines, margaritas, sándalo y diversas yerbas traídas desde distintos confines de diversas islas vírgenes donde ningún humano había pisado dichas tierras, salvo tribus que eran de su hábitat natural. Las personas que iban por los males del espíritu tras sus espaldas cobijaban una pesada mochila que, como un martirio, los habían

acompañado en su largo peregrinar de su vida y acaso no sólo del camino para llegar a este anfiteatro. Esta legión de personas era más inmensa y las colas se perdían en el horizonte de aquellas tiendas de campaña.

Habían otros pregoneros que anticipaban la venta de raros elixires que tenían una alquimia perturbadora, no sólo de vivir según el deseo de cada quien, sino que muchos llegaban para que se les suministrara el elixir contrario: deseaban ya morir y no podían, pues desde el lejano oriente habían tomado la pócima de la vida eterna; estas personas habían vagabundado por el mundo y entre espera y espacio de espera contaban historias orales donde ellos mismos habían sido testigos de muchos acontecimientos. Uno de ellos que no parecía más que un simple y normal sexagenario, había vivido cincuenta veces lo que tenía de vida, había participado en más de cien batallas y la última vez había terminado siendo mariscal de campo en la última guerra mundial. Todos estos viejos gladiadores de la vida de la cual ya no querían tenerla, agradecidos marchaban en caravanas para morir en los lugares que habían predispuesto. Sus vestidos no sólo eran modernos, pero estaban acompañados con una serie de elementos que identificaban otras eras, otros tiempos. Eran sus pasos y trajinares en su eterna vida del cual ya no les interesaba nada, decían que habían visto todo. Uno de ellos empezó a murmurar el *Cántico de un viejo alemán*: “Tasqué el freno a montura del destino, / Victoria y derrotas, revoluciones y restauraciones, / Inflaciones, deflaciones, bombardeos, / Denuncias, crisis, ruinas y milagros económicos, / Hambres y fríos, campos de concentración y automatización; / Todo lo atravesé. Todo me ha atravesado. El otro compañero suyo prosigue el verso: “Conozco los muchos estilos del terror, / El de arriba, el de abajo, / El terrestre y el aéreo. / El legal y el sin ley, / El pardo, el rojo, el terror variopinto, / Y, el peor, en que nadie se atreve a hablar. / Sí. Todos los conozco y, de sus garras, sé./ . El regusto de sus vidas había llegado a su fin de estos legionarios, el jefe de este grupo coge del hombro a uno de los viandantes que curioseaba y con unas suaves palmadas antes de marcharse la caravana le murmura como un suave consejo: “Las cosas se transforman una en otra según necesidad y se hacen mutuamente justicia según el orden del tiempo”.

- Esto solía decírmelo Anaximandro, hace ya veintiséis siglos cuando nos juntábamos en las viejas tabernas a beber buen vino.

Grupos pequeños pero que compartían con susurro otras tiendas de campaña participaban de extrañas experiencias. Discutían cómo podían llegar al estado orgásmico prolongado; mientras otros como foros de discusión y eruditos en la materia revelaban las poses sexuales nunca antes descritas en los infolios del mundo antiguo ni mucho menos moderno, hablaban de la *parabólica por la manga* y otros raros nombres de proezas amorosas jamás imaginadas. Estas discusiones eran muy reñidas porque muchas de esas prácticas de ejercicio amoroso sólo habían sido utilizadas por Salomón a fin de saciar a todo el harem que cubrió su cuerpo a sus 700 esposas y sus 300 concubinas. En otros espacios había en forma más cerrada grupos de foros que pedían el reconocimiento del derecho a la pedofilia; situación extrema que era duramente condenado por otros grupos, pero ninguno sin llegar a violencia alguna. Había otros grupos de espectadores que llegaban a cuestionar por qué la naturaleza les había dado un determinado sexo si ellos no querían ser hombre sino mujeres y viceversa.

En la explanada se apreciaba unos santones de largas cabelleras envueltas con complejos turbantes y largas barbas con los dedos prolongados por unas serpentinas uñas que nunca se habían recortado. Aquí la gente con largas colas quietas, meditativas, esperaban pacientemente que les llegara su turno: ninguna persona podía tocarlos: solo se acercaban y desde unas cuencas profundas de un mirar penetrante, les susurraban la fecha en que iban a morir. Con este develamiento al que la vida y el azahar es la única la que define, estos hombres adelantaban lo inexorable en cada persona. Nadie les discutía, quedos, contritos, mudos escuchaban silenciosos la aciaga hora. Las reacciones eran diversas, algunos salían felices, otros llorosos, el grueso salía sin rumbo fijo a procesar el dato de su fecha de muerte. Vecino a dichos santones, agoreros de la muerte, había una inmensa tienda llena de diferentes luces que parecían la iluminación de un prostíbulo de pueblo, estaban allí otros sacerdotes sin religión ni prédica, pero vestían atuendos un tanto raros, llegaban allí muchos para voltear y torcer el espanto de la muerte. Ellos hacían una imposición de su mano izquierda mientras bellezas deslumbrantes y desnudas pero pintadas como si cubrieran su humanidad, les colocaba con su dedo una rara pócima que les pintaba la frente; esta práctica no era uniforme, a otros les colocaban otras pinturas de brebajes hechas de cenizas de oscuros orígenes en el pabellón de las orejas de la izquierda. Salían y hacían su contribución.

Las partes más complejas de accesibilidad tenían otras atracciones. Mientras se apreciaban antiguos mamuts que por clonación habían recuperado nuevamente su existencia a través de fertilización de elefantes hembras, había raros bestiarios que exhibían su ser y que nunca ojos humanos los habían visto. La reina de todas estas especies que solo se encontraba en las fábulas y en las leyendas góticas, era, sin duda alguna, acaso la mujer más hermosa visto desde el dorso, pechos y todo el rostro. La sirenita estaba bajo un largo recipiente de cristal cuya parte inferior era todo un pez con grandes escamas escarchadas de hermosos colores vivos, bajo una cola surcada en dos aletas. Los ojos de color caramelo bajo una cabellera azulada oscura caía libre en sus hombros formando bucles ensortijados en el dorso. Los pechos estaban al descubierto, pero sus largas cabelleras apenas cubrían algo de unos pechos perfectos, insinuando el néctar de su belleza. La cara nimbada por un rostro con un cutis que cualquier reina de belleza quisiera tenerla, contrastaba con unos afilados dientes cuya belleza cambiaba radicalmente. Mientras no sonriera, su belleza era perturbadora, mas, si mostraba los dientes, éstos eran afilados e intimidantes. Probablemente era una de las descendientes de las sirenas que aturdieron a Ulises en su paso a Ítaca, cuando tuvo que pasar por la Isla de las Sirenas.

Muchas personas se agolpaban para poder apreciar un discurso de un personaje que a Grito herido proclamaba el encuentro más maravilloso superior al encuentro que tuvo Colón con los indígenas de hacía muchos siglos: se habría el telón y unas extrañas criaturas divididas y separadas de unas paredes de vidrio de un grosor a prueba de balas, mostraba a extraterrestres que por muchos años habían sido ocultados por diversos gobiernos de Estados Unidos de Norteamérica así como de Rusia, este maravilloso develamiento informativo asombraba a los concurrentes: la descripción era simple y sencilla: de rostro y cuerpo humanoide, la frente era más amplia, las sienes eran más abultadas y prolongadas; en el rostro reposaban dos ojos saltones que nunca parpadeaban y las pupilas eran extremadamente dilatadas y sumamente negras. Los brazos llegaban hasta las rodillas, las piernas eran más pequeñas, el dorso era más largo y sin estructura muscular como los humanos. Recomendaban no fijar directamente la vista y no se responsabilizaban de los efectos que podrían desencadenar dicha experiencia; mas, la gente estaba dispuesta a todo, con tal de saber la verdad sobre la existencia de la inteligencia y de la vida de otros planetas y a lo mejor lograban entender el arcano de misterios que

tiene el planeta, antes de que les llegue la hora final. Quienes deseaban tener más cercanía con estos seres extraterrestres, el director de este espectáculo los derivaba a la carpa de los contactos extraterrestres que veremos luego. La legión de personas que por interminables colas habían apreciado ver a unos gurús predicar el karma, iban directamente a limpiarles todo el trabajo que habían tenido en su vida y que, a consecuencia de ello, su obrar desencadenaba la fatalidad en la vida de unos y la felicidad de otras personas y a familias. Se apreciaban allí interminables Fiscales de todo el mundo que habían perseguidos a presuntos delincuentes y, a la postre, después de muchos años de condena finalmente se había acreditado su inocencia, para este colectivo de fiscales, su vida se había tornado en un sinsentido; igualmente como un purgatorio para revertir allí, habían miles de jueces de todo el planeta que contritos entraban a ver a esos santones que torcerían el mal karma que les acompañaban; se apreciaban allí diversos trabajadores con sus correspondientes profesiones y oficios que, independientemente de ser tal, su despliegue había sido para mucha gente, perder sus viviendas por desalojos, igualmente habían otro tipo de personas que no expresaban su trabajo, pero de lejos revelaban ser personas malvadas; desde periodistas que habían hecho de su oficio liquidar las honras de cientos de personas, hasta criminales que hacían de su oficio el sicariato, desde narcotraficantes que habían dispuesto la aniquilación y asesinato de miles de personas hasta psiquiatras que habían manipulado a los pacientes. Desde miles de abogados que habían engañado a personas con falsas expectativas hasta discretos sacerdotes pedófilos, igual se encontraban allí tratantes de blancas y otros oficios nada exultantes. Este conglomerado de humanos evitaba interrelacionarse entre sí, apenas se les veía en sus rostros un rictus de soledad y de vaciedad en sus ojos, no mostraban más que las ansias de comprar una suerte de remedio para cambiar su suerte. Y eso era lo que pregonaban los barbados personajes que con largas túnicas de un marfil imponente les bastaba con escuchar brevemente lo que habían hecho de su vida, y les daban una oración como oráculo para conjurar los males que habían hecho y que les perseguía en los designios de sus vidas. La oración breve, memorizada, debía ser invocada al levantarse y acostarse. Toda esta legión heterodoxa tenía que hacer en cada mes de todos los meses de lo que les quedaba en vida, un acto de piedad a algún ser desdichado sin pregonarlo, en discreto, en silencio; sólo así, podían conseguir la paz de lo que sus actos sólo habían generado dolor y desdicha.

En otra parte de la inmensa explanada, mucha gente anoticiada de los males que identificaban los pecados que cada uno había cometido a lo largo de sus vidas, entraban previo el pago de un diezmo y después de una sincera confesión, los ubicaban por los círculos de Dante: no era el infierno pero era lo equivalente que habían diseñado, según los tipos de pecados y la naturaleza de estos pecadores, se los consignaba en diversos círculos donde estaban los pecados capitales; allí se veían muchos con rostros despectivos y altaneros, muchos ricos entraban allí, con ropas finamente diseñadas y de grandes marcas, miraban sobre el hombro con su rostro que dibujaba un rictus de desprecio a quienes, a su criterio, expresaban la insolencia de agolparse a mirarlos, habían grandes filas de mandarines del conocimiento que miraban con desprecio a sencillas personas que curioseaban por ver en qué consistía dicho espectáculo; este círculo había sido diseñado para los soberbios; pero en otro círculo, estaban la legión de felones y traidores que habían hecho de su vida una permanente traición a sus seres queridos y amistades íntimas. En otro círculo estaban personajes que siempre quisieron brillar con luz propia, pero en el camino se les habían cruzado otros que habían sido tocado por los dioses de la dicha, eran los envidiosos que no habían podido soportar que otros tuvieran la dicha de los triunfos, pese a que ellos habían dedicado la vida entera por brillar en sus afanes y metas frustradas.

El espectáculo más grandioso se apreciaba en unas extensas carpas con complejos sistemas informáticos donde las personas hacían conexión con diversos extraterrestres. Allí había cientos de personas que les colocaban en sus cabezas unos adminículos que rodeaba la masa encefálica de cada persona y conectaban con estas criaturas maravillosas y de pronto a través de una catarsis, entraban en una ensoñación y luego su mente surcaba un Dédalo laberíntico de galaxias nunca vistas; en apenas pocos minutos tenían una conexión de conocimientos y así podían apreciar hechos históricos del pasado y del presente. Apreciaban allí, en una suerte de viaje a través de los tiempos a gladiadores romanos, mucho más atrás una era de hielo y de animales prehistóricos; mucho más cercano apreciaban desde las antiguas construcciones precolombinas mayas, aztecas, incas de toda américa; y luego se apreciaban las formas cómo miles de esclavos construían las antiguas pirámides egipcias; más velozmente se veían en ciudades góticas la forma como construían las inmensas catedrales. Pasado el lapso de apenas media hora, la gente tenía que reposar otra media hora

más, dado una suerte de agotamiento mental que había generado esta conexión con estos seres extraños que los llevaba por diversos extravíos de vivencias jamás imaginadas.

Pero la gloria del mayor espectáculo estaba por suceder, eran personajes que ofrecían mucho más que todo lo que hemos narrado hasta aquí, eran los políticos en campaña electoral ...

REVISTA DERECHO

Se terminó de imprimir en los Talleres Gráficos de:

@@@@@ S.A.C.

Calle San José N° of.
Cercado - Arequipa

en el mes de mayo de 2021