

REVISTA

ULTRACONTINENTAL DE LITERATURA JURÍDICA

ISSN 2675-6714. v. 2, n. 1 (jan.-abr. 2021)



Neste número:



REVISTA

ULTRACONTINENTAL DE LITERATURA JURÍDICA

ISSN 2675-6714

Volume 2, número 1 (jan.-abr. 2021)

Fundadores

Professor Mestre Richardson Xavier Brant

Professor Mestre Waldir de Pinho Veloso

Editor

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso

Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros

Montes Claros, Minas Gerais, Brasil

2021

REVISTA ULTRACONTINENTAL DE LITERATURA JURÍDICA
©COPYRIGHT: ASSOCIAÇÃO DE LETRAS JURÍDICAS DE MONTES CLAROS

REVISTA ULTRACONTINENTAL DE LITERATURA JURÍDICA
PERIODICIDADE: Quadrimestral (v. 2, n. 1, jan.-abr. 2021)
Revista fundada em maio de 2020 pelo Professor Mestre Richardson Xavier Brant e pelo
Professor Mestre Waldir de Pinho Veloso.

Histórico dos Editores da Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso – de maio de 2020 até ...

Editor

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso - Montes Claros, Minas Gerais, Brasil.

Conselho Editorial

Professora Doutora Alessandra Galli Aprá -
Centro Universitário de Curitiba (Unicuritiba)
e Escola da Magistratura do Paraná, Curitiba -
Paraná, Brasil.

Professora Doutora Alessia Megliacane -
Centre Georg Simmel da Ecole des Hautes
Etudes en Sciences Sociales de Paris - Paris,
France.

Professora Doutora Aranzazu Roldán Martínez
- Universidad Europea de Madrid - Madrid,
España.

Professora Doutora Carmen Grau Pineda -
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria -
Las Palmas de Gran Canaria, España.

Professor Doutor Diego Megino Fernández -
Universidad de Burgos - Burgos, España.

Professora Doutora Irene Maria Portela -
Instituto Politécnico do Cávado e do Ave -
Barcelos, Portugal.

Professor Doutor J. Eduardo López Ahumada -
Universidad de Alcalá - Madrid, España.

Professor Doutor José Maria Pérez Collados -
Facultat de Dret – Universitat de Girona -
Girona, España.

Professor Doutor Omar Huertas Díaz -
Universidad Nacional de Colombia - Bogotá,
Colombia.

Professora Doutora Paula Quintas -
Universidade Portucalense; Instituto Superior
de Entre Douro e Vouga (ISVOUGA) - Porto,
Portugal.

Professora Doutora Rocío Martín Jiménez -
Universidad CEU San Pablo de Madrid - Madrid,
España.

Professora Doutora Tatiana Ribeiro Viana -
Roma, Itália.

Organização, padronização e revisão linguística

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso

Diagramação/editoração gráfica/leiaute da capa

Maria Rodrigues Mendes

Ficha Catalográfica

Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica. Vol. 2, n.º 1. Montes Claros/
MG, Brasil, Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, 2021.

Quadrimestral

ISSN: 2675-6714

1. Literatura jurídica. 2. Letras jurídicas. 3. Cultura jurídica. 4. Associação de Letras
Jurídicas de Montes Claros. 5. Iniciação Científica.

CDU: 34:008(05)(06)

Catálogo: Vinicius Silveira de Sousa - Bibliotecário - CRB6/3073

ASSOCIAÇÃO DE LETRAS JURÍDICAS DE MONTES CLAROS

Endereço: R. Francisco Versiane Ataíde, 389/703, Bairro Cândida Câmara,
Montes Claros, Minas Gerais, Brasil, CEP 39401-039.

Correspondência e submissão de artigos
(ver normas de publicação, nas últimas páginas desta Revista):
revista@ajurmoc.com.br

Achoimre
Crynodeb
Geàrr-Chunntas
Kokkuvõte
Қорытынды
Kopsavilkums
Összefoglalás
Overzicht
Özet
Kopsavilkums
Përmbledhje
Резиме
Резиме
Резюме
Podsumowanie
Povzetek
РЭЗЮМЭ
Resum
Resumé
Resumen
Resumo
Rezumat
sammanfattning
Sammendrag
Santrauka
Sažetak
Sommaire
Sommario
Sommarju
Souhrn
Summary
Yfirlit
Yhteenveto
Zhrnutie
Zusammenfassung
Περίληψη

SUMMARIO

APRESENTAÇÃO	7
DOUTORADO	
Emília Saraiva Nery e Lucas Eduardo Lima Morais Direito e Literatura de Cordel nas Sentenças Judiciais De Juízes-Poetas Nordestinos (2003-2018)	14
Francisco Javier Zamora Cabot e Maria Chiara Marullo <i>Never Send to Know...</i> , Comentario Crítico a la Sentencia <i>Jesner V. Arab Bank</i> , del Tribunal Supremo de los Estados Unidos	26
José Antonio Tomás Ortiz de la Torre En Torno a la Filosofía Conceptualista del Derecho Internacional Privado en la Doctrina del Siglo XX: una breve mirada retrospectiva	41
Luis Eduardo Rey Vázquez La Buena Administración Y el Control y Participación Social	79
Omar Huertas Díaz e Martín Eduardo Salazar Medina La Responsabilidad del Superior Jerárquico en Colombia en Relación con el Artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional	98
MESTRADO	
Edson da Graça Francisco Macuácuá O Enquadramento do Direito Internacional no Direito Constitucional Moçambicano.....	128
Letícia Franco Maculan Assumpção O Nome do Nascituro como Direito da Personalidade	145
LATO SENSU	
Luciana Valim O Risco do Desequilíbrio Econômico-Financeiro do Contrato de Concessão sob o Aspecto da Resolução 414/2010, da ANEEL, no que Concerne à Fraude e ao Furto de Energia Elétrica	170
ESTUDOS CONTINUADOS	
Adela Pérez del Viso <i>Conectar y Crear</i> : evolución desde un curso presencial a un seminario con características de <i>blended learning</i> en extensión universitaria	194
Edgar José Moya Millán Relaciones Complejas Entre el Derecho y Sociedad: los zapatos en el Danubio....	209
CONDIÇÕES PARA SUBMISSÃO	221

Cyflwyniad
Cur i Láthair
Bemutatás
Erindi
Esittely
Ettekanne
Præsentation
Präsentation
Predstavenie
Predstavitev
Presentació
Presentación
Presentatie
Presentation
Présentation
Presentatioun
Presentasjon
Presentazione
Prezantim
Prezentace
Prezentacija
Prezentācija
Prezentacja
Prezentare
Prezentazzjoni
Pristatymas
Sunum
Taisbeanadh
Тұсаукесер
Παρουσίαση
Презентација
Презентация
Презентація
Прэзентацыя
Представяне

APRESENTAÇÃO

A **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** inicia o ano de 2021 com a segurança ou alicerce já fincado em 2020, quando do seu nascimento e quando foi possível a publicação de dois números, correspondentes a dois quadrimestres.

Nesse primeiro número do segundo ano, as oportunidades de publicação são também ultracontinentais, chegando à África e consolidando os contatos com a América e a Europa.

Como nas publicações anteriores, a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** vem composta por seções. Na primeira delas, há inserção de textos de autoria de Professores que têm título acadêmico de Doutor. Há ainda uma seção para publicação de textos de autoria de Professores que têm título acadêmico de Mestre. Sem exclusão – e, ao contrário, ofertando abertura para que haja publicação por parte de quem está buscando a continuidade dos estudos – há a seção que é composta por artigos científicos de graduados que têm pós-graduação *lato sensu*.

Já a seção “Estudos Continuados” é aberta a portadores de quaisquer graus acadêmicos.

SEÇÃO “DOUTORADO”

A Seção de abertura da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** vem ocupada por autores que têm título acadêmico obtido em Doutorado. A ordem de entrada é pela ordem alfabética do autor. Quando há mais de um autor, a ordem é a definida no art. 22 das regras para a submissão de textos científicos para publicação.

No início de cada informação sobre o artigo, há uma referência ao país de origem.

BRASIL. A **Professora Doutora Emília Saraiva Nery** e o **Bacharel em Direito Lucas Eduardo Lima Moraes** se propuseram a fazer um trabalho envolvendo o Direito e a Literatura. E escolheram, em boa hora, o tema “Direito e Literatura de Cordel nas Sentenças Judiciais de Juízes-Poetas Nordestinos”. Para o desenvolvimento do trabalho, escolheram seis Juízes de Direito e um Advogado que são/eram do e atuam/atuaram no Nordeste brasileiro. E descreveram a atividade jurisdicional ofertada em forma de

versos. Versos poéticos de literatura de cordel. Os Juízes, ao prolatarem Sentenças, inovaram quanto à forma da escrita. Em vez de a Sentença ser redigida em prosa, foi escrita em verso. Bem ao estilo da literatura de cordel. Igual iniciativa teve um Advogado, em 1955, ao requerer um *habeas corpus* não para uma pessoa, mas para um violão. E a petição inicial foi toda em versos. Interessante é que, nessa causa, o Juiz também decidiu em forma de versos de literatura de cordel. E concedeu a liberação do instrumento em favor do seu dono e em atendimento à ação interposta pelo Advogado. Os autores do artigo científico mostram que, rompendo a tradição de os homens (gênero masculino) serem os cordelistas, há casos também de mulheres que já decidiram em versos, em formato de literatura de cordel. O texto explica a relação entre o Direito – Civil, Penal, Processual Civil e Processual Penal – tanto presentes como fundamento das decisões quanto nos ritos processuais dos feitos judiciais.

ESPAÑA. Do Continente europeu estão presentes o **Professor Doutor Francisco Javier Zamora Cabot** e a **Professora Doutora Maria Chiara Marullo**, da Universidade Jaime I. O artigo científico é na seara do Direito Internacional, na qual os autores são destacados estudiosos. O título (*Never Send to Know...*, Comentario Crítico a la Sentencia *Jesner v. Arab Bank*, del Tribunal Supremo de los Estados Unidos) já anuncia que a análise envolverá um caso prático, de Direito Internacional. No texto, dentre as dificuldades apontadas, os autores lembram que a “Jurisdicción Personal General (*General Personal Jurisdiction*)” faz referência que as empresas estrangeiras somente podem ser demandadas junto ao Poder Judiciário das suas sedes ou matrizes (“donde se sientan ‘essentially at home’.”) o que, de fato, inviabiliza ou dificulta a busca de reparação quanto à violação dos Direitos Humanos quanto à territorialidade. Aliás, a questão da extraterritorialidade é tratada no artigo com tom doutrinário e jurisprudencial, com análise dos casos já decididos pelos Tribunais Internacionais. E os autores, além de comprovarem, pela pesquisa, as dificuldades impostas pelas leis dos Estados Unidos quanto à extraterritorialidade, também “preparam terreno” para quase impossibilitar julgamentos judiciais contra violação dos Direitos Humanos por suas empresas nacionais. E, por sinal, empresas que atuam dentro dos Estados Unidos, mas com qualidades de suspeitas de darem suporte a grupos terroristas e outros violadores dos Direitos Humanos. Sustentam os autores que há uma impunidade às empresas estrangeiras atuantes nos Estados Unidos, cujos Tribunais impõem dificuldade de tamanha ordem que resultam em jamais terem que responder por violações aos Direitos Humanos.

ESPAÑA. As questões do Direito Internacional Privado podem parecer, recentemente, aparadas, sedimentadas, tranquilas. A origem do ramo do Direito Internacional Privado, em sua fase de desmembramento do Direito como um todo até chegar ao reconhecimento da sua validade e amplitude como “derecho de extranjería”, tem caminhos tortuosos. Um conhecimento disponível para poucos. Para desvendar essas veredas, o maior especialista no assunto, autor de clássico livro sobre o tema, o **Professor Doutor José**

Antonio Tomás Ortiz de la Torre, encarregou-se de escrever o artigo denominado “En Torno a la Filosofía Conceptualista del Derecho Internacional Privado en la Doctrina del siglo XX: una breve mirada retrospectiva”. O título anuncia: é um estudo que volta no tempo para todo o século XX. A pesquisa chega a uma fase que sequer havia o conceito de Direito Internacional Privado, e tampouco era reconhecido como um ramo do Direito. Por isso mesmo, o autor busca por obras históricas, cujas publicações são anteriores ao meio do século. E demonstra um poder de pesquisa, típico de cientistas devotados e capacitados, como poucos têm coragem de fazer. O autor, tal como já fizera em livros de sua autoria – bem como em artigos científicos publicados pelas mais renomadas publicações de diversos países – concentra energias nesse estudo. E deixa tudo muito bem esclarecido, com indicações das fontes de complemento de estudos e confirmação do fundamento dos seus dizeres. Coisa típica de quem tem, na Ciência Jurídica, uma devoção, um amor.

ARGENTINA. O **Professor Doutor Luis Eduardo Rey Vázquez** é Magistrado argentino que exerce um cargo correspondente, no Brasil, a Presidente de um Tribunal de Justiça de um Estado-membro. Na Argentina, é “Presidente del Superior Tribunal de Justicia y del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Corrientes”. Como Professor, tem o Direito Administrativo como centro dos estudos (sua especialização e seu Doutorado são nesse ramo do conhecimento jurídico). Escreveu o artigo “La Buena Administración y el Control y Participación Social”. O texto demonstra como que a lei deve ser aplicada para que haja uma Administração Pública correta, honesta e desprovida de individualidade e pessoalidade. Um foco principal é a amostra da relação existente ao que o autor denomina “princípio da boa administração” e a participação da sociedade civil na Administração Pública. O texto demonstra que uma Administração Pública boa e honesta acaba sendo uma forma de inclusão social, de resgate da sociedade e até mesmo da repartição dos serviços públicos de maneira eficaz em prol do administrado. O artigo é recheado de pesquisas especiais colhidas nas decisões da Suprema Corte da Argentina (Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina - CSJN). E tem a mesma excelência de outros artigos e livros publicados pelo autor em destaque.

COLÔMBIA. O **Professor Doutor Omar Huertas Díaz** e o **Professor Doutorando Martín Eduardo Salazar Medina** atuam no segmento do Direito Internacional. O primeiro, para referência, é autor de livros famosos na América do Sul. Em colaboração, esses Professores escreveram o artigo “La Responsabilidad del Superior Jerárquico en Colombia en Relación con el Artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional”, com uma visão inusitada. Ao interpretarem a questão da responsabilidade do superior hierárquico, começaram falando sobre os chefes e comandantes de corporações legalizadas (como Exército, Corpo de Bombeiros, Polícias Civil e Militar, etc.) das quais um membro comete ou vários membros cometem, ainda que de forma isolada e até mesmo sem comunicação ao superior hierárquico, violações aos Direitos Humanos. A interpretação caminhou para o lado de

que as corporações clandestinas, ilegais ou paramilitares, como os grupos armados ou guerrilheiros, também se encaixam na situação. E considerando que já têm alguns artigos analisando a participação das Forças Armadas Revolucionárias da Colômbia, com o autocognome de “Exército do Povo” (Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia–Ejército del Pueblo), os autores demonstram que também o chefe das FARC’s pode ser internacionalmente condenado por violações aos Direitos Humanos em relação a atos praticados pelos seus comandados. Trata-se de visão interessante, diferenciada, e divulgada com base na interpretação possível do art. 28 do Estatuto da Corte Penal Internacional.

SEÇÃO “MESTRADO”

A seção “Mestrado, do presente número da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, traz, em ordem alfabética dos nomes dos autores, dois textos. Um deles, do continente africano. O outro, brasileiro.

MOÇAMBIQUE. Esta é uma das raras oportunidades de publicação de um texto jurídico procedente do continente africano. O autor é o **Professor Mestre Edson da Graça Francisco Macuácuá**, que está terminando não um, mas dois doutorados. O tema é quanto às normas do Direito Internacional Público quando internalizadas em Moçambique. O estudo mostra as regras constitucionais e quando e como são permitidas as ações de controle da constitucionalidade dessas normas internacionais. A análise leva em conta as definições doutrinárias e faz o liame entre algumas decisões do Conselho Constitucional, que é a Corte Suprema moçambicana. Também há fundamentação nas leis infraconstitucionais, embora a Constituição da República de Moçambique seja o principal suporte. O fato, porém, de ter a Constituição da República de Moçambique como centro do controle de constitucionalidade, o tema não é local, pois trata das regras do Direito Internacional Público. Logo, é a demonstração de como os Tratados e as Convenções Internacionais são internalizados em Moçambique e como o Poder Judiciário local pode agir para controlar a constitucionalidade dessas normas internacionais.

BRASIL. A questão dos direitos da personalidade não atingem somente as pessoas nascidas com vida. O Código Civil brasileiro, e o Código Civil de Portugal, põem o nascituro como detentor de direitos – dentre os quais, os direitos da personalidade. Para debater sobre o tema, a **Professora Mestre Letícia Franco Maculan Assumpção** se dispôs a fazer uma ampla e dupla pesquisa. Um dos lados é quanto à busca pela legislação e pelas decisões dos Tribunais acerca do direito de o nascituro ter um nome, por ser este um direito da personalidade. O outro ponto é que a pesquisa não se limita ao Brasil, tendo a autora buscado por normas e decisões dos Tribunais também em Portugal. Em ambas as pontas, houve fundamentação na doutrina e na

jurisprudência. O título de texto é “O Nome do Nascituro como Direito da Personalidade”. E o debate é amplo e tem suporte em diversas fontes do Direito. Trata-se de um estudo típico de Direito Comparado, com subsídios legais, doutrinários e jurisprudenciais tanto no Brasil quanto em Portugal.

SEÇÃO “LATO SENSU”

A seção “**Lato Sensu**” oferta a oportunidade de publicação a pessoas que estão buscando se qualificar em termos de títulos acadêmicos. É uma função social, e a comprovação da não discriminação. A seção se acha bem representada, como se pode observar.

BRASIL. Abordando um tema que está presente em diminuta doutrina no cenário jurídico nacional, a **Advogada Luciana Valim** detalha sobre o fornecimento de energia elétrica e a fraude no sistema de medição, e também quanto ao furto de energia elétrica. Demonstra a autora que o fraudador causa prejuízo inicial à Concessionária de energia elétrica de forma direta e, de forma indireta, à Administração Pública concedente da distribuição de energia elétrica. Assim, a forma indireta causa prejuízo à população como um todo. Mas, explica mais a autora: a Concessionária, além de pagar menos tributo ao Estado, ainda obtém autorização da Agência reguladora do setor elétrico para que seja repassado como integrante das tarifas o que foi causado de prejuízo com a energia que lhe é furtada ou fraudulentamente não medida. Assim, a população que quita suas contas de energia de forma regular e legal, paga duplamente pelos prejuízos. E sofre ainda um terceiro prejuízo, pois as Concessionárias e o Poder Público concedente, diante dos prejuízos causados pelos fraudadores e autores de furto de energia elétrica, têm menos recursos para investir no segmento, causando atraso na chegada da eletrificação a outros centros ainda desprovidos do benefício. O artigo é denominado “O Risco do Desequilíbrio Econômico-Financeiro do Contrato de Concessão sob o Aspecto da Resolução 414/2010, da Aneel, no que Concerne à Fraude e ao Furto de Energia Elétrica”.

SEÇÃO “ESTUDOS CONTINUADOS”

Há pesquisas científicas que não são necessariamente artigos científicos da área do Direito. Mas, têm toda a ligação para com o Direito. A seção “Estudos Continuados” abraça os autores de temas transversais ou paralelos ao Direito. A presença da interdisciplinaridade se completa com a variedade de títulos acadêmicos dos autores.

É uma seção, diga-se, democrática, disposta ao conagração inclusive com disciplinas afins ao Direito.

ARGENTINA. Quando a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** era apenas um projeto incipiente, a **Professora Adela Pérez del Viso**, da Universidad de Cuyo, *Campus San Luis*, na Argentina, submeteu um texto que demonstrava a aproximação do Direito à Língua Inglesa. O “Inglês Jurídico” ensinado pela Professora, na Faculdade de Direito, tem por fim mostrar os termos específicos da Língua Inglesa que são utilizados pelos operadores do Direito em toda a Argentina. O texto liga o Direito ao ensino de uma segunda língua como forma de não apenas aplicar corretamente os textos alienígenas, como também a forma de empregá-los nos momentos mais apropriados das peças jurídicas. Um estudo contextual. E, quando pronunciadas as expressões em Inglês, que a fala seja a mais próxima possível ao tom empregado pelos falantes nativos. O artigo, diferentemente de outros próprios da área do Direito, trata de um projeto que foi implantado no Curso de Direito. Fato que dobra a importância para a leitura, especialmente por parte de Professores das Universidades e pretendentes ao cargo de Professor, pois mostra o itinerário traçado pela Professora (autora do texto) para a implantação do Curso de Inglês Jurídico, modalidade à distância, em uma Universidade da Argentina. E demonstra que as aulas vivas podem ser aplicadas ainda que tenha que haver criatividade para aceitação das plataformas – ou programas e aplicativos – que já existentes. A construção da metodologia de ensino, como resta demonstrado no texto, depende até mesmo do bom relacionamento (ainda que virtual) entre Professores e Alunos.

ARGENTINA. O **Professor Doutor Edgar José Moya Millán** tem uma experiência, no segmento do Direito, das mais elevadas. Autor de doze livros sobre o Direito, notadamente o Direito Administrativo, tem pós-graduação em vários campos, passando pelo Direito Penal e o Direito Processual. Tem publicações de diversos artigos jurídicos. A sua análise no presente artigo, entretanto, não se dispõe a tratar o Direito de forma direta, de frente. A análise é o que o Direito e as atitudes sociais – mais especificamente, político-partidárias – que se desculpem de agir dentro do que dispõem as leis, mas que a comunidade toda entende que não é justo. É o caso da legalidade não atingir o conceito de justiça. O tema do artigo já começa ser explícito desde o título, que é “Relaciones Complejas entre el Derecho y Sociedad: los zapatos en el Danubio”. Os sapatos à margem do Rio Danúbio são uma obra de arte que veio à luz em 2005, em Budapeste. A história mostra que o regime ditatorial da Hungria de 1944, em plena época de Segunda Grande Guerra, pegava os judeus e os levavam à margem do Rio Danúbio. Lá, faziam com que tirassem os sapatos. E eram ali fuzilados. Depois, seus corpos eram jogados nas águas do Danúbio. Apenas porque eram judeus. Era legal? Poderia ser, porque o ato era oficial. Era justo? Jamais! A história diz que entre dez mil e quinze mil judeus foram mortos e tiveram seus corpos jogados às águas do Rio Danúbio. Os não envolvidos diretamente falam em mais de vinte mil pessoas. O artigo mostra a antítese da Lei e da Justiça em um caso que ainda causa repugnância na sociedade atual. O tempo não cicatrizou a situação. Detalhe histórico: os sapatos eram retirados dos judeus, antes da

morte, porque, especialmente em razão da guerra, eram caros. Além de matar aos judeus, ainda se apoderavam do único bem de valor elevado que tinham. A obra de arte, hoje às margens do Rio Danúbio, traz à memória essa época vergonhosa para a humanidade.

Ao término de mais um número da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** – o primeiro do ano de 2021 – há uma grande vontade de que os textos sejam formadores de opinião, que tenham a leitura classificada como amigável e, sobretudo, que os textos sejam lidos.

Assim, estará cumprida a pretensão da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**. E está justificado o motivo do seu nascimento no mundo jurídico.

Professor Mestre Waldir de Pinho Veloso

Editor

Céim Dochtúireachta
Ceum Dotaireachd
Степень Доктара
Daktaro Laipsnis
Diploma de Doctorat
Diplomë Doktorature
Doctoraat
Doctorado
Doctorat
Doctorate Degree
Doktora Derecesi
Doktora Grāds
Doktorat
Doktorát
Doktorgrad
Doktori Fokozat
Doktorikraad
Doktorsexamen
Doktorspróf
Dokortitel
Dottorato
Doutoramento
Gradd Doethuriaeth
Grad ta 'Dottorat
Gradën e Doktoratës
Llicenciat de doctorat
Titulado de Doutoramento
Tohtorin Tutkinto
Доктор Дәрежесі
Докторантура
Докторат
Докторський Ступінь
Докторска Степен
Докторска диплома
Докторская Степень
Докторлық Дәрежесі
Διδακτορικό

DOCTORADO

DIREITO E LITERATURA DE CORDEL NAS SENTENÇAS JUDICIAIS DE JUÍZES-POETAS NORDESTINOS (2003-2018)

EMÍLIA SARAIVA NERY¹

LUCAS EDUARDO LIMA MORAIS²

RESUMO

Este estudo analisa as relações entre Direito e Literatura, a partir das Sentenças em formato de literatura de cordel dos juízes-poetas nordestinos Heloísa Pinto de Freitas Vieira Graddi (BA), Marcos Mairton da Silva (CE) e Teomar Almeida de Oliveira (BA), e da petição do advogado Ronaldo Cunha (PB). **Objetivos:** objetiva-se, principalmente analisar os tipos de direitos fundamentais e processuais abordados nas Sentenças, em forma de cordel, nordestinas dos juízes-poetas em estudo e na referida petição. **Métodos:** a partir de uma metodologia de revisão de literatura e análises de conteúdo e discurso das referidas Sentenças, apresenta-se uma interpretação detalhada dos direitos fundamentais à vida fornecidos à população brasileira e dos exercícios do bacharelismo, dos crimes e das instituições judiciais brasileiras. **Resultados:** foram identificados elementos de literatura de cordel: as estrofes, versos, musicalidade, figuras de linguagem e os elementos processuais penais e civis inerentes, que estão de acordo com Sentenças formais escritas em prosa, tais como: identificação das partes, datas dos processos e das Sentenças, natureza dos pedidos, argumentos da acusação e da defesa, veredicto. **Conclusão:** não existe impedimento legal e processual para que as Sentenças judiciais sejam prolatadas em versos. As Sentenças de cordel aproximam a população do Direito. Este se torna mais inteligível e menos dogmático sem perder os elementos obrigatórios materiais e processuais.

Palavras-chave: Direito. Literatura de Cordel. Sentenças. Nordestinos. Juizes-poetas.

¹ Doutora em História Social pela Universidade Federal de Uberlândia/UFU. Bacharela em Direito pela Universidade Estadual do Piauí. Docente do Curso de Direito do Centro Universitário de Ciências e Tecnologia do Maranhão. UniFacema. E-mail: emilia.nery@gmail.com

² Bacharel em Direito pelo Centro Universitário de Ciências e Tecnologia do Maranhão. UniFacema. E-mail: lucascx1039@gmail.com

ABSTRACT

This study analyzes the relationship between Law and Literature, based on two sentences by the judges-poets northeastern Heloísa Pinto de Freitas Vieira Graddi (BA), Marcos Mairton da Silva (CE) and Teomar Almeida de Oliveira (BA), and petition of lawyer Ronaldo Cunha (PB). **Objectives:** to identify and analyze the types and elements of procedural rights addressed in the “cordel” judgments under study in that petition. **Methods:** from a literature review methodology and content and discourse analysis of these sentences, a detailed interpretation of the fundamental rights to life provided to the Brazilian population and the exercises of baccalaureate, crimes and Brazilian judicial institutions is presented. **Results:** string elements have been identified: stanzas, verses, musicality, language figures and the inherent criminal and civil procedural elements, which are in accordance with formal sentences written in prose, like: identification of the parts, dates of the processes and of the judgments, nature of the claims, arguments of the prosecution and the defense, verdict. **Conclusion:** there is not legal and procedural impediment for the judicial sentences to be proclaimed in verses. The sentences of “cordel” approximate the population of the Law. It becomes more intelligible and less dogmatic without losing the obligatory material and procedural elements.

Keywords: Law. Literature of twine. Sentences. Northeastern. Judges-poets.

1 INTRODUÇÃO

Sentença, segundo o Código de Processo Civil Brasileiro, no seu art. 489, e o Código de Processo Penal, no seu art. 389, é a forma pela qual o Juiz profere sua decisão, reconhecendo o mérito ou não da lide, em que põe fim ao processo (SANTOS, 2002). Nesta, são acolhidos ou rejeitados os pedidos do autor, formulados na petição inicial, ainda que o processo prossiga. Como explica Baial Ramos (2013, p. 13-20), no ramo criminal, Sentença é a decisão do Magistrado condenando ou absolvendo o acusado.

No citado Código de Processo Civil estão elencados todos os elementos essenciais que devem compor uma Sentença, tais como: um relatório em que constarão os nomes das partes, a identificação do caso, os pedidos e a contestação, o que ocorreu durante o percurso do processo. Outro ponto essencial é a fundamentação, pois é através dela que o Juiz analisa as questões de fato e de direito. Ou seja, é explicação que o Magistrado encontra para reconhecer de quem é o direito. E por fim, deve-se apresentar o dispositivo, no qual os Juízes resolvem as principais questões que as partes lhe submeterem.

Na análise de Sentenças, escritas e proferidas em forma de literatura de cordel, dos juízes-poetas nordestinos José Ribamar de Castro Ramos, conhecido como Baial Ramos (MA); Heloísa Graddi (do Estado da Bahia);

Teomar Almeida de Oliveira (do Estado da Bahia); Marcos Mairton da Silva (do Estado do Ceará); Paulo Alves de Lima (Estado de Pernambuco); Evaldo Dantas Segundo (do Estado do Rio Grande do Norte) e da petição em forma de cordel de Ronaldo Cunha Lima (da Paraíba), é possível notar além os elementos essenciais de uma Sentença como presentes na citada literatura, tais como: as estrofes, versos, musicalidade, figuras de linguagem. Pergunta-se, dessa forma: quais são os tipos e elementos de direitos fundamentais e processuais abordados nas Sentenças em forma de literatura de cordel nordestinas dos juízes-poetas nordestinos em estudo? (PASSOS; VIEIRA, 2011, p. 6-8). Esse tipo de literatura facilita a compreensão do ouvinte de termos tão complicados do mundo jurídico e facilita o seu acesso à Justiça.

Este estudo amplia o artigo intitulado “Direito e Literatura de Cordel nas Sentenças Judiciais do Juiz-Poeta Maranhense Baial Ramos (1955)”. Artigo esse que foi submetido e premiado para publicação na Revista Ciências e Saberes e na I Jornada Científica do UniFacema, que ocorreu de seis a nove de novembro de 2018 na citada Instituição. O objetivo foi propor análise dos tipos de direitos fundamentais e processuais abordados nas Sentenças em forma de cordel nordestinas dos juízes-poetas nordestinos Heloísa Graddi (BA), Teomar Almeida de Oliveira (BA), Marcos Mairton da Silva (CE), Paulo Alves de Lima (PE), Evaldo Dantas Segundo (RN) e na petição de cordel de Ronaldo Cunha Lima (PB). A metodologia de análise do referido material ocorreu principalmente através da identificação dos tipos de direitos fundamentais, penais e civis abordados nas referidas Sentenças.

2 MÉTODOS

Para o desenvolvimento do presente artigo, foram necessários um levantamento bibliográfico e leituras referentes aos temas Direito e Literatura de Cordel, História do Direito, Direitos Fundamentais, Direitos Processuais Penal e Civil; bem como a vida e obra dos juízes-poetas nordestinos em estudo. A metodologia de análise das Sentenças em cordel ocorreu, principalmente, através da identificação dos tipos de direitos fundamentais e processuais por elas abordados. Em seguida, foi realizada uma interpretação detalhada dos direitos fundamentais fornecidos à população brasileira e dos exercícios do bacharelismo, dos crimes e das instituições judiciais brasileiras. Foram utilizadas, portanto, metodologias de revisão de literatura e análises de discurso e de conteúdo.

As Sentenças em questão são de uso público e estão publicadas no livro “Sentenças em versos”, organizado por Baial Ramos (2013). Essa coletânea está no acervo do Instituto Histórico e Geográfico de Caxias, Estado do Maranhão. E já é comercializável. Como também, as Sentenças em cordel selecionadas podem ser encontradas em sítios jornalísticos como G1 e Migalhas (2018). Por se tratar de pesquisa que utiliza informações de domínio e acesso público, não foi necessário submeter o presente artigo ao sistema Comitê de Ética e Pesquisa e à Comissão Nacional de Ética em Pesquisa, de acordo com a Resolução 510/2016, do Conselho Nacional de Saúde.

A principal dificuldade enfrentada para o desenvolvimento deste artigo foi o desafio da prática da interdisciplinaridade entre Direito e Literatura. Outro desafio foi analisar a Sentença de cordel do juiz-poeta Evaldo Dantas Segundo (do Rio Grande do Norte), por não estar disponibilizada na íntegra. Por outro lado, não foi possível o acesso a informações sobre as biografias de alguns juizes, como Paulo Alves de Lima (do Pernambuco), para ser analisados. Também, não foi possível ampliar os estudos sobre a produção literária do juiz-poeta maranhense Baial Ramos, pois não foram acessados seus romances e livros de poesia, apesar dos esforços em vão de encontrá-los com o próprio autor por intermédio de redes sociais e *e-mails*.

3 RESULTADOS

Marcos Mairton da Silva é Juiz Federal, sendo bacharel em Direito pela Universidade de Fortaleza (UNIFOR). Mestre em Direito Público pela Universidade Federal do Ceará (UFC) e MBA em gestão do Poder Judiciário pela Fundação Getúlio Vargas (FGV-RIO) (2006). Escritor, poeta, cordelista, compositor também é editor do blog Mundo Cordel e mantém intensa atividade literária por meio de sua coluna “Contos, Crônicas e cordéis”, no blog Jornal da Besta Fubana. Marcos Mairton nasceu em Fortaleza, capital do Estado do Ceará, no dia 17 de agosto de 1966.

Juiz Federal desde abril de 2001, antes foi Advogado, Procurador do Banco Central e Advogado da União. Desde 2005, vem ampliando cada vez mais sua produção literária. A sua Sentença “Ação Criminal – crime de estelionato contra o sistema financeiro” trata de uma ação criminal, prolatada em sete de fevereiro de 2002. O autor foi o Ministério Público Federal. O crime se enquadra no art. 171, § 3.º do Código Penal, tido com estelionato. Silva, o suposto autor do crime, alegou prescrição. Dessa maneira, não poderia mais ser julgado pelo decurso do prazo. Porém, o Ministério Público se manifestou dizendo que era desarrazoada a alegação do réu, pois o crime foi tentado. O Juiz acatou a alegação do Ministério Público Federal, indeferindo o pedido do réu. Não conformado com a decisão, houve recurso e o Juiz Federal passou a decidir.

Em uma análise dos critérios normativos que devem conter em uma Sentença judicial formal, o Juiz faz menção aos requisitos essenciais da Sentença: o relatório, os fundamentos de fato e de direito, o dispositivo. Ao analisar os referidos dispositivos processuais penais, não se constata nenhum impedimento legal para que as Sentenças sejam prolatadas em versos ou prosas, desde que sejam obedecidos dos os requisitos legais. O Juiz Marcos Mairton da Silva, assim como diversos Juizes brasileiros, já proferiu várias Sentenças em versos.

Logo nas primeiras estrofes, é exposto que a conduta do denunciado, de estelionato, ofendeu aos preceitos expressos no Código Penal (RAMOS, 2013, p. 63). Qualificando, o réu: “fulano de tal da Silva/ eletricista/ nesta domiciliado/ viúvo/ brasileiro/ esse de modo ligeiro/ ei-lo qualificado.” (RAMOS, 2013, p. 63). O Juiz faz a qualificação devida do réu, de acordo com

o Código de Processo Penal. O crime ocorreu no dia 23 de outubro de 1997 (RAMOS, 2013, p. 66).

O Juiz faz uma análise detalhada sobre o crime, descrevendo a conduta do agente criminoso. O principal argumento do Ministério Público, qualificado na Sentença como autor, isto é, como legitimado ativo de uma ação penal, é de que o crime foi tentado. Por essa razão, não merece ser levada em consideração a alegação de prescrição feita pelo réu (RAMOS, 2013, p. 64).

O Juiz inseriu em sua Sentença a fundamentação doutrinária “Mirabete: que havendo tentativa/ o prazo de prescrição/ começa mesmo de fato/ no dia do último ato/ de sua execução.” (RAMOS, 2013, p. 69). A fundamentação que o Juiz utilizou foi simples vez que, com relação ao prazo, já estava comprovado que o crime já estava prescrito “daquele mês de setembro/ até o outro momento/ que formulada a denúncia/ deu-se o seu recebimento/ foram, mas de treze anos/ não há como ter enganos/ este é meu pensamento” (RAMOS, 2013, p. 70). No caso do poema em estudo, o Juiz julgou extinta a punibilidade da conduta do acusado, cuja materialidade na denúncia está descrita, mas que hoje está prescrita, livre de penalidade (RAMOS, 2013, p. 71). Desse modo, foi extinta punibilidade do réu mediante recurso que possibilitou sua defesa.

Ronaldo José da Cunha Lima nasceu em Guarabira, no Estado da Paraíba, em 18 de março de 1936. Bacharelou-se em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade Federal da Paraíba. Faleceu no dia 7 de julho de 2012, em decorrência de complicações advindas de um câncer. O poema “Habeas Pinho” trata de uma petição em versos feita por Ronaldo Cunha Lima, em 1955, solicitando a liberação de um violão. Tal petição decorreu de uma situação inusitada. Em uma noite na cidade de Campina Grande, Paraíba. Um homem que estava fazendo uma serenata foi preso, sendo solto no dia seguinte. Porém, seu violão não lhe foi devolvido. A peça processual utilizada pelo Advogado foi uma petição inicial, que é o ato introdutório do processo (THEODORO JÚNIOR, 2000, p. 303). Através da provocação partida do autor é que o Estado-juiz irá tomar conhecimento do caso e estabelecer os limites de sua jurisdição.

A Constituição Federal de 1988 consagra no artigo 5.º, inciso XXXIV, o princípio do direito de ação, também chamado de princípio da inafastabilidade do controle jurisdicional, dispondo que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça de direito.”. Verifica-se que todo cidadão pode acessar a Justiça, seja para “postular tutela jurisdicional preventiva ou reparatória relativa a um direito” (TORRES, 2002, que se fundamentou em NERY JÚNIOR, Nelson. **Princípios do processo civil na Constituição Federal**. 5. ed. São Paulo: RT, 1999, p. 94).

O princípio citado abrange tanto uma lesão de direito, como também uma ameaça de direito. Dessa forma, para além do simples acesso ao Judiciário, incorpora também outros meios para se alcançar a justiça social. O poema “Habeas Pinho” apresenta em sua construção duas formas narrativas, quais sejam, a petição inicial, que se trata de uma peça processual para provocar o Judiciário; e a segunda forma, um poema que reconstitui os fatos de um caso apreciado na vivência de Ronaldo Cunha Lima.

Habeas Pinho foi construído através de versos simples, não possuindo métrica ou critérios predefinidos. O poema possui uma linguagem romântica, acessível e inteligível para todas as camadas da sociedade. Quanto à forma que o Advogado usou para peticionar, não há nenhuma regra que determine que o texto seja escrito em prosa. Os artigos 319 e 320 do Código de Processo Civil prescrevem os requisitos necessários para que uma petição possa ser deferida. Ao fazer uma leitura do poema, logo se observa que estão presentes os requisitos exigidos na lei. O trecho seguinte mostra o endereçamento da ação: “Senhor Juiz. Artur Moura Meritíssimo Juiz de Direito da 2.^a Vara dessa Comarca [...]” (LIMA, 1955).

Em seguida, o autor apresenta os fatos em uma linha lógica e os fundamentos para que a petição possa ser acolhida, deixando evidente seu pedido e a causa de pedir (LIMA, 1955). A petição foi recebida pelo Juiz de Direito da 2.^a Vara Cível da Comarca de Campina Grande, que proferiu seu despacho também em forma de versos. Essa foi a primeira decisão em versos a qual se tem conhecimento no mundo jurídico brasileiro (RAMOS, 2013, p. 127).

Heloísa Pinto de Freitas Vieira Graddi é natural da cidade de Santo Amaro da Purificação, no Estado da Bahia. Graduou-se em Direito pela Universidade Federal da Bahia, em 1978. Ingressou na Magistratura em 1981, tendo atuado nas Comarcas de Queimadas, Paripiranga e Feira de Santana, de 1981 a 1990. Assumiu a 6.^a Vara de Família de Salvador, em 1993. E, em 2004, atuou como Juíza Eleitoral. É Desembargadora desde dois de dezembro de 2010.

A Juíza-poeta tem duas Sentenças proferidas em literatura de cordel. Nestas, são identificados elementos característicos desse tipo de literatura, como por exemplo: estrofes, rimas, figuras de linguagem. São localizados também nos mesmos direitos processuais civis e direitos fundamentais.

Será analisada, a seguir, uma Sentença da Juíza-poeta Heloísa Pinto. É originária de uma “Ação de Divórcio Litigioso” que se passou no Juízo da Sexta Vara de Família e Sucessões em Salvador, Bahia. A decisão da Magistrada iniciou com a identificação das partes envolvidas no processo, indicando ainda o caso com suas ocorrências no andamento do processo (GRADDI, 2013, p. 165-166, 170, *passim*). No curso do processo, nota-se a presença de uma garantia de um direito fundamental, quando a Juíza-poeta em sua decisão diz:

Ao curso normal determinei
nesta ação ajuizada
citação que, nos termos da lei,
foi pelo juízo devidamente citado (GRADDI, 2013, p. 166).

Então, observa-se a garantia ao réu citado do seu direito de ampla defesa, o que é amparado constitucionalmente no ordenamento jurídico brasileiro. Por sequência, a Magistrada explica os fatos e o Direito, e caminha para proferir a sua decisão. As provas reunidas no processo são citadas, produzidas nas audiências de instrução, em que se comprovou o que estava sendo alegado

pela parte autora da ação (GRADDI, 2013, p. 168). Dessa forma, a Juíza-poeta tomou a sua decisão dando precedente ação proposta, assim proferindo a Sentença com base nas normas (GRADDI, 2013, p. 168-170).

Será analisada em seguida, a Sentença do Juiz-poeta Teomar Almeida de Oliveira, natural de Nova Olinda (Paraíba), na região do Vale do Piancó, proferida na Vara Criminal da Comarca de Senhor do Bonfim (Bahia), no dia 23 de março de 2018. O objeto que provocou o início da lide foi uma sanfona. Pela sua natureza artística e musical, o Juiz-poeta baiano proferiu a Sentença em versos. O referido instrumento musical teria sido roubado (OLIVEIRA, 2018).

A Sentença proferida em versos chamou atenção dos moradores da cidade de Senhor do Bonfim. O fato ocorrido aconteceu nas proximidades da referida cidade. A lide envolveu dois músicos da cidade. E o caso ficou conhecido em razão da Sentença proferida em versos, pelo Juiz-poeta Teomar Oliveira. O Juiz-poeta narra o pedido da parte de reaver a sanfona (RODRIGUES, 2003, p. 115). Bem esse que, para o proprietário, tinha grande valor sentimental, além de seu valor material (OLIVEIRA, 2018). O valor sentimental extrapola o pedido individual do autor, pois se trata de um instrumento popular entre os nordestinos e o povo brasileiro. A “sanfona é do povo” (OLIVEIRA, 2018).

Após relatar o pedido da parte autora da ação, o Magistrado analisa as provas documentais para determinar o real proprietário da sanfona. Segundo Moacyr Amaral dos Santos (2007, p. 387), “a prova documental é a coisa representativa de um fato e destinada a fixá-lo de modo permanente e idôneo, reproduzindo-o em juízo”. Fiel depositário é a atribuição dada a alguém para guardar um bem durante um processo judicial. Definição essa presente no inciso IV do artigo 839 do Código de Processo Civil – assim como na Sentença em estudo (OLIVEIRA, 2018). Nota-se que o Direito Constitucional da ampla defesa foi concedido às partes da lide. O Juiz-poeta, inicialmente, cita os nomes das partes envolvidos na lide. “Quem roubou minha sanfona foi Mané, foi Rufino, foi Romão? Quem roubou minha sanfona foi o Zé, foi Batista ou Bastião?” (OLIVEIRA, 2018).

A partir da análise das provas apresentadas apenas por uma das partes da lide, Nivaldo, o autor da ação, o Juiz chegou à sua decisão (OLIVEIRA, 2018). Na Sentença em forma de literatura cordel em análise, segue-se o devido rito processual, pois o Juiz-poeta cita o art. 120 do Código Processual Penal, especialmente o seu § 4.º (OLIVEIRA, 2018). No caso de dúvida sobre a propriedade do bem, conclui o Juiz que o objeto deve ser restituído para aquele que já possuía o bem. O Código Civil Brasileiro, em seu art. 1.196, estabelece que “Considera-se possuidor todo aquele que tem de fato o exercício, pleno ou não, de algum dos poderes inerentes à propriedade”. E conceitua propriedade no art. 1.228: “O proprietário tem a faculdade de usar, gozar e dispor da coisa, e o direito de reavê-la do poder de quem quer que injustamente a possua ou detenha.”.

Por fim, o Juiz-poeta conclui a Sentença justificando a sua competência para julgar o caso e indicando o local e data onde se passou a lide. O Código de Processo Penal, por sua vez, trata também da competência nestes termos, assim como o fez o juiz-poeta em estudo (OLIVEIRA, 2018).

4 DISCUSSÃO

Dentre os estudos nacionais e internacionais que discutem a relação entre Direito e Literatura, destacam-se os seguintes: o artigo “François Ost e a hermenêutica jurídica: um estudo de contar a lei” tem como autora Roberta Drehmer de Miranda. Inicialmente, a autora tem por objetivo expor a relação do Direito com as demais disciplinas, em especial, a literatura. Demonstra-se, assim, a importância do saber jurídico com a cultura e evolução de uma sociedade.

O texto é dividido em duas partes. A primeira estuda “uma nova proposta hermenêutica: o direito na literatura” em que ela traz a partir de estudos feitos pelo jurista e filósofo belga François Ost, a função da sua narrativa de identificar o direito existente na literatura. A linguagem poética é apresentada como relacional à linguagem jurídica, formando assim uma nova interpretação do Direito. Na segunda parte do texto em resenha, a autora aborda o livro “Contar a lei”, de François Ost. Na perspectiva de abordar as indagações do autor sobre as vinculações entre Direito e Literatura em outras obras, ela destaca as seguintes obras: “O processo”, de Kafta, “O mercador de Veneza”, de William Shakespeare, e o filósofo Platão – grandes impulsionadores da relação entre Direito e Literatura. A partir disso, a autora revela a importância de uma pesquisa acadêmica e o papel do jurista de ampliação de seus estudos e análises para além dos aspectos técnicos e jurídicos processuais (MIRANDA, 2011, p. 34).

O artigo “Direito de Família, a partir da literatura brasileira nos contos de Nelson Rodrigues” é de autoria de Ricardo Reis Messaggi, Ana Cecilia Parodi e Carlyle Popp. De início, os autores discorrem sobre a relação existente entre Direito e Literatura, mostrando a evolução do Direito, que antes era visto apenas como lei e sua constante transformação com o decurso dos tempos históricos, a sua interação com outras disciplinas e com a evolução social (MESSAGGI, PARODI, PROPP, 2012, p. 93). Em seguida, abordaram a evolução sociojurídica do Direito de Família no Brasil e sua transição do Código Civil de 1916 para o Código Civil de 2002, com destaque para os seguintes temas: a igualdade de gênero, com a inserção do homem e da mulher na mesma escala de direitos e o reconhecimento de paternidade e a capacidade plena da mulher em exercer seu direito. Desta forma, visualiza-se um Código mais humanista ao valorizar os assuntos de proteção à família e à dignidade da pessoa.

Destaca-se ainda a biografia de Nelson Rodrigues. Em seguida, os autores buscaram analisar o Direito de Família nas obras literárias de Nelson Rodrigues, o escritor que em seus contos retratava o casamento, que na época era o único meio de se constituir família. Tratava ainda sobre adultério, concubinato, divórcio, preconceitos sociais à época.

5 CONCLUSÃO

Diante dos estudos desenvolvidos no presente trabalho, foi verificado que estudar a História do Direito, o Direito Penal e Processual Penal, o Direito Civil e Processual Civil a partir das Sentenças de cordel dos Juizes-poetas nordestinos, torna as referidas disciplinas menos dogmáticas e a Ciência Jurídica mais agradável de ser compreendida. Nas Sentenças e na petição em análise foram identificadas algumas garantias de Direitos Fundamentais, como o direito à ampla defesa. Quanto à formalidade presente nos documentos jurídicos, principalmente no que diz respeito às Sentenças, verificou-se que em todas as narrativas dos Juizes-poetas estavam presentes os elementos processuais pertinentes a uma Sentença, não havendo assim nenhum impedimento legal com relação ao formato em que as Sentenças dos Juizes estudados foram expedidas.

Ainda em relação à forma pela qual as Sentenças estudadas foram prolatadas, verificaram-se todos os elementos da literatura de cordel, sendo estes as estrofes, versos, musicalidade e figuras de linguagem. Por outro lado, também não se deixou de respeitar os elementos processuais penais e civis exigidos, motivo pelo qual não houve motivos impeditivos para as referidas Sentenças. Sendo assim, nos seus teores estavam presentes a identificação das partes, datas dos processos e das Sentenças, natureza dos pedidos argumentos da acusação e da defesa e veredicto. Por fim, cumpre destacar que os estudos entre Direito e literatura foram de grande descoberta aos membros do grupo que se propuseram a desenvolver pesquisas neste campo, pois, além de ampliar as percepções de sociedade, história, direito e relações humanas, foi possível perceber que as Ciências Jurídicas são mais bem compreendidas e aplicadas, quando despidas de todo seu rigor técnico e dogmático.

REFERÊNCIAS

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [da] República dos Estados Unidos do Brasil**, Rio de Janeiro, DF, 31 dez. 1940. Retificado no **Diário Oficial [da] República dos Estados Unidos do Brasil**, Rio de Janeiro, DF, 3 jan. 1941.

BRASIL. Decreto-Lei 3.689, de 03 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. **Diário Oficial [da] República dos Estados Unidos do Brasil**, Rio de Janeiro, DF, 13 out. 1941. Retificado no **Diário Oficial [da] República dos Estados Unidos do Brasil**, Rio de Janeiro, DF, 24 out. 1941.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil.

Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

BRASIL. Ministério da Saúde. Conselho Nacional de Saúde. Resolução 510, de 07 de abril de 2017. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, n. 98, Brasília, DF, 24 maio 2016, seção 1, p. 44.

BUENO, Roberto. Hart e o positivismo jurídico: em torno à hermenêutica e a textura aberta da linguagem do Direito. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, v. 47, n. 186, p. 275-290, abr./jun. 2010.

CÂNDIDO, Antônio. O direito à literatura. In: CÂNDIDO, Antônio. **Vários escritos**. 4. ed. São Paulo; Rio de Janeiro: Duas Cidades; Ouro Sobre Azul, 2004.

CUNHA, Rogério Sanches. **Manual de direito penal: parte especial** (arts. 121 ao 361). 8. ed. Salvador: JusPodium, 2016.

GRONDIN, Jean. **Introdução à hermenêutica filosófica**. Tradução de Benno Dischinger. São Leopoldo: Unisinos, 1999.

HUNGRIA, Nélson. **Comentários ao código penal: arts. 121 a 136**. .v. V. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1955.

KARAM, Henriete. Questões teóricas e metodológicas do direito na literatura: um percurso analítico-interpretativo a partir do conto *Suje-se, gordo!*, de Machado de Assis. In: **Revista Direito GV**, São Paulo, Ed. Fundação Getúlio Vargas, v. 13, n. 3, p. 827-865, set.-dez. 2017.

LIMA, Carla Sales Serra de; CHAVES, Glenda Rose Gonçalves. Dom Casmurro de Machado de Assis: uma interface entre direito e literatura. In: **Revista Ética e Filosofia Política**, Juiz de Fora (MG), Ed. Departamento de Filosofia da Universidade Federal de Juiz de Fora, v. 2, n. 14, p. 151-163, out. 2011.

LOURENÇO, Bruno. Livro “Vários escritos” por Antônio Cândido: análise do cap. “o direito à literatura”. Disponível em: <<https://brulhos.wordpress.com/2015/06/02/livro-varios-escritos-por-antonio-candido-analise-do-cap-o-direito-a-literatura/>>. Acesso em: 19 fev. 2019.

MAIRTON, Marcos. Livro: sentenças em versos. Disponível em: <<http://mundocordel.com/livro-sentencas-em-versos/>>. Acesso em: 8 ago. 2018.

MESSAGI, Ricardo Reis; PARODI, Ana Cecília; POPP, Carlyle. O direito de família a partir da literatura brasileira, nos contos de Nelson Rodrigues. In: **Revista de Ciências Jurídicas**, Londrina, PR, Ed. Unopar, v. 13, n. 1, p. 91-99, mar. 2012.

MIRANDA, Roberta Drehmer de. François Ost e a hermenêutica jurídica: um estudo de Contar a Lei. In: **Direito & Justiça**, Porto Alegre, v. 37, n. 1, p. 30-35, jan.-jun. 2011.

PASSOS, Iran de Jesus Rodrigues dos; VIEIRA, Martha Alkimin. O poema de cordel: a literatura como registro de uma situação cotidiana. In: **Revista Garrafa**, Rio de Janeiro, Ed. PPGL da Universidade Federal do Rio de Janeiro, n. 23, jan.-abr. 2011.

RAMIRO, Caio Henrique Lopes. Direito, literatura e a construção do saber jurídico: Paulo Leminski e a crítica do formalismo jurídico. In: **Revista de Informação Legislativa**, Brasília, a. 49, n. 196, out.-dez. 2012.

RAMOS, Baial. **Sentenças em versos**. São Luís: Boureal, 2013.

RAMOS, Baial. Vistos, etc. Disponível em: <noticiasdoslencois.blogspot.com/>. Acesso: 8 ago. 2018.

RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil**: parte geral. v. 1. São Paulo: Saraiva, 2003.

RODRIGUES JÚNIOR, Reginaldo; MARQUES, Naiane Coutinho; HOLANDA, Marcus Mauricius. Direito, literatura e cinema: interdisciplinaridade e dinamismo na criação do conhecimento. ENCONTRO DE PESQUISA E EXTENSÃO DA FACULDADE LUCIANO FEIJÃO, 5. **Anais...** Sobral, Ceará, novembro de 2012.

SANTOS, Ernane Fidélis dos. **Manual de direito processual civil**. v. I. 9. ed. atual. São Paulo: Saraiva, 2002.

SANTOS, Moacyr Amaral. **Primeiras linhas de direito processual civil**. v. 2. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

SENTENÇA-POEMA: Juiz baiano fixa em versos destino de sanfona apreendida. Disponível em: <<https://www.migalhas.com.br/Quentes/17,MI277134,71043Sentencapoema+Juiz+baiano+fixa+em+versos+destino+de+sanfona+apreendida>>. Acesso em: 30 jul. 2019.

SCHWARTZ, Germano. Direito e literatura: proposições iniciais para uma observação de segundo grau do sistema jurídico. In: **Revista da Associação dos Juizes do Rio Grande do Sul**, Porto Alegre, Ed. Ajuris, ano XXI, n. 96, v. 31, p. 125-140, 2004.

THEODORO JÚNIOR, Humberto: **Curso de direito processual civil**. v. I. 22. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2000.

TORRES, Ana Flávia Melo. Acesso à justiça. Disponível em: <https://ambitojuridico.com.br/cadernos/direito-constitucional/acesso-a-justica/#_ftn1>.

TRINDADE, André Karam; BERNSTIS, Luísa Giuliani. O estudo do direito e literatura no Brasil: surgimento, evolução e expansão. In: **Revista Internacional de Direito e Literatura**. v. 3. n. 1, 2017.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Introdução ao estudo do direito**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2006.

Submissão em: 6 de janeiro de 2021

Último Parecer favorável em: 26 de abril de 2021

Como citar este artigo científico

NERY, Emília Saraiva; MORAIS, Lucas Eduardo Lima. Direito e literatura de cordel nas sentenças judiciais de juízes-poetas nordestinos (2003-2018). In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, Montes Claros, v. 2, n. 1, p. 14-25, jan.-abr. 2021.

**NEVER SEND TO KNOW..., COMENTARIO CRÍTICO A LA SENTENCIA
JESNER V. ARAB BANK, DEL TRIBUNAL SUPREMO
DE LOS ESTADOS UNIDOS**

FRANCISCO JAVIER ZAMORA CABOT¹

MARIA CHIARA MARULLO²

RESUMEN

En estas páginas, que reflejan en lo fundamental nuestra Ponencia conjunta al IV Seminario Internacional UJI/URV Sobre Empresas y DDHH, (Castellón, Octubre de 2018), proponemos nuestras reflexiones críticas, desde la perspectiva del Derecho internacional privado, en torno a la sentencia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Jesner v. Arab Bank*, que ha sentado un precedente importante en el proceso de restricción del acceso a los tribunales de los Estados Unidos en litigios sobre violaciones de los Derechos Humanos, haciéndolos imposibles respecto de las empresas extranjeras y, probablemente, preparando el terreno para que suceda lo propio con las domésticas. Gracias a una lectura historicista del *Alien Tort Claims Act* (ATS o ATCA), el Alto Tribunal afirma que ni el tenor literal del texto ni los precedentes apoyan una excepción a los principios generales, deduciendo que debe ser el Poder Legislativo el que considere si el interés público podría servirse en caso de imponer nuevas responsabilidades sustantivas y, entre ellas, una norma que impusiese responsabilidad sobre entidades artificiales como las empresas. De todo lo cual deduce que “[...] sería inapropiado que los tribunales extendiesen la responsabilidad bajo el ATS a las empresas extranjeras, a salvo de una acción en tal sentido a cargo del Congreso”.

Palabras clave: Empresas Transnacionales - Derechos Humanos – Litigios Transnacionales - Alien Tort Claims Act - Estados Unidos - *Jesner*

¹ Doctorado en Derecho Internacional Privado. Catedrático de Derecho Internacional Privado, Universitat Jaume I, Castellón (España). Correo electrónico: zamora@dpr.uji.es

² Profesora Ayudante Doctor de Derecho Internacional Privado, Universitat Jaume I, Castellón (España).

ABSTRACT

All along these pages that basically are a reflection of our joint presentation carried out within the framework of the IV International Seminar UJI/URV on Corporations and Human Rights (Castellon, October, 2018), we propose our critical insights, from the International private law perspective, of the ruling of the Supreme Court of the United States in the case *Jesner v. Arab Bank*. This judgment has set an important precedent in relation with the process of access restriction to courts in the United States as far as international disputes involving serious infringements on Human Rights are concerned, making them impossible with regard to foreign corporations, and probably setting the land for this to happen with domestic ones as well. Due to a historical reading of the Alien Tort Claims act (ATS or ATCA), the High Court states that neither the literal wording of the text nor the precedents support an exception to the general principles, reaching the conclusion that it falls within the scope of the Legislative Power to consider whether the public interest could be a resource in the event that new substantive responsibilities were imposed and, among them, a rule requiring liability over artificial entities as it happens with companies. It therefore follows that “[...] it would be inappropriate that courts might enlarge the field of action of responsibility following the application of ATS to foreign corporations, except by action arising out of Congress in the same direction”.

Keywords: Transnational Companies – Human Rights – Transnational Litigations – Alien Tort Claims Act – United States – *Jesner*

I INTRODUCCIÓN

La idea de un Seminario como éste, es crear un espacio de especialistas, investigadores y personas comprometidas, en definitiva, con la protección de los Derechos Humanos, para analizar estas cuestiones y poder transmitir mensajes a la sociedad, no solamente al ámbito académico, sobre problemas de tanto relieve como los aquí tratados.

Lo que nos motiva para la creación de este espacio y también para esta ponencia relativa a la sentencia *Jesner v. Arab Bank*³, es en particular el impulso de promover políticas legislativas estatales e internacionales que protejan los intereses y derechos de los individuos. Políticas nuevas para dar soluciones a problemas que están afectando a millones de personas y

³ *Jesner et. Al. V. Arab Bank, PLC.*, n.º 16-499, USSC, decided April 24, 2018, en adelante, cit. *Jesner*. Vid. el texto de la Decisión y una completa documentación del caso en: <<http://www.scotusblog.com/casefiles/cases/jesner-v-arab-bank-plc/>>. Para otra decisión de interés relativa a financiación del terrorismo, el ATS y el Anti Terrorism Act (ATA), vid., *Ofisi v. BNP Paribas, S.A.*, del Juzgado del Distrito de Columbia, de 29 de Septiembre de 2017, comentada, v. gr., en: <https://www.orricks.com/Insights/2017/09/The-World-in-US-Courts-Winter-2018-Ofisi-v-BNP-Paribas-SA?_id=C75D1B565F204112BADB81E0E79C9CF8&_z=z>.

entre ellas, en especial, a comunidades indígenas⁴ y trabajadores que a menudo ven sus derechos lesionados por las actividades de grandes empresas transnacionales a lo largo y ancho de este mundo⁵. Como investigadores, abogados y profesores, tenemos que seguir con este gran compromiso, impulsando medidas para erradicar la impunidad de grandes corporaciones y defender los derechos de las víctimas de graves ilícitos internacionales.

Sobre las políticas legislativas el profesor José Manuel Sánchez Patrón⁶, la profesora Adoración Guamán⁷ y Antoni Pigrau Solé⁸ nos han evidenciado los esfuerzos a nivel internacional para la creación de normas vinculantes: el camino hacia un tratado internacional sobre las obligaciones de las grandes corporaciones de respetar, proteger de los derechos humanos y responsabilizar a las corporaciones en caso de graves violaciones⁹ y las novedades introducidas a nivel estatal en los Planes Nacionales sobre empresas y Derechos Humanos¹⁰. Nuestro compañero, el profesor José Elías Esteve Moltó¹¹ nos ha puesto de relieve los remedios judiciales existentes para la rendición de

⁴ Sobre estos temas, nuestros compañeros de la Universitat Jaume I (la Profesora María Victoria Camarero Suárez, el profesor Natan Elkin y la doctoranda Nuria Reguart Segarra) y de la Universitat Rovira y Virgili (el doctorando Jeronimo Basilio Sao Mateus), han presentado ponencias relativas a la defensa de los Derechos Humanos y de los territorios sagrados de las poblaciones indígenas. María Victoria Camarero Suárez: “El caso Dakota Access: Defensa del territorio sagrado ante grandes infraestructuras”; Natan Elkin: “El Convenio núm. 169: balance preliminar de 20 años de aplicación para las empresas y los derechos indígenas”; Núria Reguart Segarra: “El derecho a la vida de los pueblos indígenas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”; Jeronimo Basilio São Mateus: “El derecho a la libertad religiosa y la protección de los Sitios Naturales Sagrados: análisis del caso nación Ktunaxa vs. Columbia Británica”.

⁵ Sobre temas relativos al cambio climático y litigios medioambientales, véanse las ponencias de los profesores Agustín Viguri Perea y Juan Carlos Blanco y del doctorando Gastón Alejandro Médici. Agustín Viguri Perea: “Nuevas tendencias en materia de derechos de la persona, medio ambiente y empresas”; Juan Carlos Blanco: “Cuenca matanza riachuelo: la megacausa ambiental Argentina”; Gastón Alejandro Médici: “Buscando un responsable: cambio climático, litigación y empresas”.

⁶ Ponencia titulada: “Las obligaciones de las empresas transnacionales en el futuro tratado internacional sobre derechos humanos”.

⁷ Ponencia titulada: “Del documento de elementos al draft 0: el camino hacia el binding treaty”.

⁸ Ponencia titulada: “El Plan de acción nacional español de empresas y derechos humanos”.

⁹ Sobre este tema, véanse el documento publicado por el Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights (OHCHR) “Legally binding instrument to regulate, in international Human Rights Law, the activities of transnational corporations and other business Enterprise”, el texto se puede consultar en: <<https://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/HRCouncil/WGTransCorp/Session3/DraftLBI.pdf>>.

¹⁰ Más información sobre los Estados que han adoptado los Planes en la web de Business and Human rights centre: <<https://www.business-humanrights.org/en/un-guiding-principles/implementation-toolsexamples/implementation-by-governments/by-type-of-initiative/national-action-plans>>. En particular, el Plan español fue publicado en el BOE n.º 222, de 14 de septiembre de 2017, mediante Resolución de 1 de septiembre de 2017, de la Secretaría de Estado de Asuntos Exteriores, por la que publica el Plan de Acción Nacional de Empresas y Derechos Humanos.

¹¹ Ponencia titulada: “Mecanismos judiciales de exigencias de responsabilidades penales internacionales a las empresas transnacionales”.

cuentas¹²; sobre el tema de las cadenas de suministro, en un artículo reciente, junto a nuestra compañera, la Profesora Lorena Sales Pallarés¹³, se ha podido tratar el tema de las nuevas iniciativas legislativas a nivel estatal para controlar las empresas, como puede ser el *Modern Slavery Act*¹⁴, o la *Proposition de Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre*¹⁵ o el *Transparency Supply Chains Act*¹⁶.

Ahora bien, por lo que aquí nos concierne, y desde la perspectiva del Derecho internacional privado, en diferentes publicaciones y ponencias hemos enfatizado el papel del llamado *Alien Tort Claims Act (ATCA)*¹⁷ o *Alien Tort Statute (ATS)* como medio de reparación de violaciones graves de los derechos humanos. Esta norma ha sido utilizada para prevenir y reparar esas conductas perpetradas tanto por individuos como por empresas, desde la perspectiva civil (REQUEJO ISIDRO, 2009; REQUEJO ISIDRO, 2010; REQUEJO ISIDRO, 2011; PIGRAU SOLÉ, 2010, p. 114). En otras palabras, en las últimas décadas a través de este ATCA se ha otorgado una respuesta reparadora, indemnizaciones, a las víctimas, en un País, Estados Unidos (EE.UU.), que no necesita estar directamente relacionado con la conducta ilícita que ha provocado un daño o perjuicio como grave violación a los Derechos Humanos (ZAMORA CABOT, 2005). Sin embargo, este sistema descrito anteriormente se ha visto menoscabado por decisiones jurisprudenciales que han vaciado casi de contenido el ATCA y con pocas posibilidades de ser aplicado respecto de conductas que se verifican fuera o que no tengan una fuerte conexión con el territorio de

¹² Sobre este aspecto véanse los resultados del grupo de Trabajo Human Rights in Business, en el marco del Proyecto Europeo: Human Rights in Business, publicados en el Informe final "Removal of Barriers to Access to Justice in the European Union", Edited By Juan José Álvarez Rubio, Katerina Yiannibas, Routledge, Londres. Más información sobre el proyecto: <<http://humanrightsinbusiness.eu/>>. De gran interés también el estudio sobre las barreras legales y procedimentales de ICAR, CORE, ECCJ. This study was conducted by Professor Gwynne Skinner, Robert McCorquodale and Olivier De Schutter and refers to the analysis of the Third Pillar and access to judicial remedies. There it has been shown that the currently existing barriers prevent, all or in part, of the access to justice for victims of serious violations of international law perpetrated by multinational companies. El texto se puede consultar en: <<http://accountabilityroundtable.org/wp-content/uploads/2013/02/El-TercerPilar.pdf>>.

¹³ Ponencia titulada: "Las Cadenas de suministro en el punto de mira judicial".

¹⁴ "The Modern Slavery Act will give law enforcement the tools to fight modern slavery, ensure perpetrators can receive suitably severe punishments for these appalling crimes and enhance support and protection for victims". Más información en: <<http://www.legislation.gov.uk/ukpga/2015/30/contents/enacted>>.

¹⁵ Assemblée Nationale Constitution du 4 octobre 1958 Quatorzième Législature Session Ordinaire de 2016 2017, 21 février 2017. Proposition de Loi relative au devoir de vigilance des sociétés mères et des entreprises donneuses d'ordre (Texte définitif). Más información en: <<http://www.assembleenationale.fr/14/pdf/ta/ta0924.pdf>>.

¹⁶ Senate Bill n.º 657. CHAPTER 556. An act to add Section 1714.43 to the Civil Code, and to add Section 19547.5 to the Revenue and Taxation Code, relating to human trafficking. [Approved by Governor September 30, 2010. Filed with Secretary of State September 30, 2010.]. El texto completo de la ley se puede consultar en: <http://www.leginfo.ca.gov/pub/09-10/bill/sen/sb_0651-0700/sb_657_bill_20100930_chaptered.pdf>. Sobre este tema, Sales Pallarés y Marullo, 2018, p. 261-291.

¹⁷ ATS, Judiciary Act of 1789, ch. 20, §9(b), 1 Stat. 73, 77 (1789), codified in 28 U.S.C. § 1350 (1976). Sobre este tema, veáanse, entre otros, Zamora Cabot (2006, p. 349); Marullo (2014). Asimismo, vid., v. gr., entre la doctrina más reciente, Sterio (2018, p. 127-150) y Kelly (2018, p. 49-88).

los Estados Unidos. En el año 2013 dos decisiones del Supremo de los EE.UU. en los casos *Kiobel II* (*Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co*, Supreme Court of the United States 569 U.S n.º 10-1491. Decided April 17, 2013) y *Daimler* (*Daimler AG v. Bauman et al*, Supreme Court of the United States n.º 11-965. Decided January 14, 2014) han puesto de manifiesto esta postura rígida del Supremo y *de facto* han sentado un precedente gravísimo que ha obstaculizado los derechos de las víctimas de graves ilícitos internacionales a obtener una justa compensación por lo sufrido¹⁸.

II LOS ANTECEDENTES DE LA DECISIÓN: REFERENCIA ESPECIAL A SOSA, KIOBEL Y DAIMLER

Si en *Sosa* el Alto Tribunal supedita de modo general la aplicación del ATCA a que las conductas impliquen violaciones de las normas de *Jus Cogens*, en los otros dos casos, considerados como desvinculados de los EE.UU. o *F-Cubed Cases*, el Tribunal Supremo situó, en primer término, al ATCA y su aplicación en el océano turbio y tempestuoso de la extraterritorialidad de las leyes. Así, en *Kiobel II*, conforme a la jurisprudencia en *Morrison v. National Australia Bank* (561 U.S. 247, 255, 2010) se extendió, no poco forzosamente, la presunción contra la extraterritorialidad a una norma jurisdiccional, como es el caso del ATCA; es decir, el ATCA no posibilitaría una vía a la justicia respecto de las víctimas que sufran abusos de los Derechos Humanos fuera del territorio de los EE. UU., a salvo, para compensar quizá de la restricción sentada, del juego del llamado Test de *Touch and Concern* al que hemos dedicado un extenso estudio, cit., y que ha sido utilizado como una herramienta para posibilitar que los tribunales inferiores conozcan aquellos casos que tengan una *conexión real* con el territorio de los EE.UU.

Con todo, la doctrina sentada por el Alto Tribunal dejó asimismo ciertos márgenes de discrecionalidad a los tribunales interiores respecto de la interpretación de los requisitos para poder superar el test/prueba de no extraterritorialidad. Esta discrecionalidad há venido generando posicionamientos contradictorios a la espera de que el Supremo se volviera a pronunciar, enervando definitivamente el ATCA o dejando margen a la aplicación de este texto en caso de graves ilícitos internacionales perpetrados por individuos o por empresas.

Pero, luego de la Decisión en el caso *Daimler* este Tribunal va, en la práctica, más allá, al introducir en el ámbito de la llamada Jurisdicción Personal General (*General Personal Jurisdiction*) y respecto de las empresas, el requisito de que las extranjeras solo puedan ser demandadas donde se sientan “*essentially at home*” lo que, en realidad, abona limitar la competencia sobre ellas a los tribunales de países en los que están registradas o tengan su administración principal (Vid., v.gr., D’ANGELO, 2017).

¹⁸ Para profundizar el caso *Kiobel*, véanse nuestro trabajo y la doctrina allí citada sobre las consecuencias del caso *Kiobel* en los juicios civiles transnacionales sobre empresas y derechos humanos: Marullo; Zamora Cabot (2016). Asimismo, v. gr., Bright (2015).

Por su parte, la Decisión *Jesner* da un paso más, e importante, en este proceso de restricción del acceso a los tribunales de los Estados Unidos en litigios sobre violaciones de los Derechos Humanos, haciéndolos, como veremos, imposibles respecto de las empresas extranjeras y, probablemente, preparando el terreno para que suceda lo propio con las domésticas.

III DECISIÓN EN EL CASO *JESNER V. ARAB BANK*

Veamos en primer lugar, brevemente, el supuesto que se enjuicia, según los términos del resumen (*Syllabus*) que acompaña el texto de la Decisión y en el que nos basaremos también para presentarla en esta sede.

Los demandantes (en número de varios miles) entablaron demandas bajo el *Alien Tort Statute* (ATS), alegando que ellos, o sus representados, sufrieron lesiones o perdieron la vida por actos terroristas perpetrados en el extranjero, y que tales actos fueron causados en parte o facilitados por el demandado, Arab Bank, OLC, una institución financiera jordana con sucursal en Nueva York. Sostienen que el banco usó esa sucursal para llevar a cabo transacciones nominadas en dólares que beneficiaron a los terroristas a través del sistema CHIPS (*Clearing House Interbank Payments System*) y para blanquear dinero para una entidad con fines no lucrativos radicada en Texas, que presuntamente se encontraba afiliada a Hamás. Pendiente el litigio, el Tribunal Supremo dictaminó, en *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*, cit., (*Kiobel II*), que el ATS no se extiende contra empresas extranjeras cuando “toda la conducta relevante aconteció fuera de los Estados Unidos”, pero dejó sin resolver la doctrina más general avanzada por el prestigioso Tribunal de Apelación del Segundo Circuito Federal en *Kiobel I*, en el sentido de que las empresas extranjeras no pueden ser demandadas bajo el ATS. En base a ello, en *Jesner*, el Juzgado Federal de Distrito del Distrito Oriental de Nueva York, (perteneciente a ese Segundo Circuito y ante el que se habían presentado las demandas), desestimó las pretensiones de los demandantes, siendo confirmada su sentencia por el citado Tribunal de Apelación.

Importa señalar que tal doctrina general tenía detractores dentro del propio Segundo Circuito, y permanecía aislada frente a la práctica sobre el ATS del resto de Circuitos Federales¹⁹.

Así las cosas, los demandantes solicitan al Tribunal Supremo que revise el caso, a lo que responde afirmativamente, y hará, respecto de la responsabilidad de las empresas en relación con los crímenes en violación del Derecho Internacional perpetrados por sus “agentes humanos”, cuando estos hubieren usado la maquinaria corporativa a tales fines, y según los términos que el Alto Tribunal se fija, considerando “si el Poder Judicial

¹⁹ Con una crítica a la actuación del citado Tribunal de Apelación en este caso, vid., v. gr., Frazier, 2018.

tiene autoridad, en una acción basada en el ATS [...] (a establecer tal responsabilidad) y después a ejecutarla en pleitos en base al ATS, todo ello sin la explícita autorización del Congreso para llevarlo a cabo” (*Jesner*, Slip. op. p. 2)

En muchas ocasiones el propio planteamiento de la pregunta parece prefigurar lo que se desea contestar, y ésta es, creemos, una de ellas.

Pero no adelantemos lo que responde el Alto Tribunal, del que es Ponente en esta ocasión un Magistrado, el *Justice* Kennedy, al que tradicionalmente se considera como un punto de equilibrio entre los sectores conservador y liberal de aquél.

Cabe indicar, iniciando ya el resumen de la Decisión, que ésta se presenta a efectos de la doctrina sentada en términos complejos, pues si bien otros cuatro *Justices* asumen los planteamientos de Kennedy respecto de algunos puntos, en otros el Ponente no consigue que le siga una mayoría del Alto Tribunal. También hay que anotar el Voto Particular de la *Justice* Sotomayor, en el que disiente del fallo y con el que logra el apoyo de los otros tres jueces del ala liberal del Tribunal Supremo. En todo caso, éste decide confirmar las decisiones de instancia y apelación y, con ello, ***fija el precedente de que las empresas extranjeras no puedan ser demandadas en base al ATS.***

En el núcleo de su razonamiento, el Ponente, en primer lugar, lleva a cabo un sumario desarrollo histórico del ATS, indicando que se trata de un texto “estrictamente jurisdiccional” que no provee por sí un título para accionar (*cause of action*) respecto de las violaciones del derecho internacional, aunque el precedente *Sosa* permita a los tribunales, en circunstancias estrictamente definidas y respecto de lo que cabe asumir como violaciones del *Jus Cogens*, que concedan tal título a partir del derecho común federal (*federal common law*). Con todo, Kennedy, expresa, asimismo, que en *Sosa* el Alto Tribunal había puesto de relieve la necesidad de respetar la separación de poderes de los Estados Unidos y las posibles consecuencias de lo que pudiera deducirse en estos casos respecto de las relaciones exteriores del País. Tras de lo cual el *Justice* recuerda el precedente *Kiobel*, citado, y la presunción contra la extraterritorialidad de las leyes consagrada respecto del ATS por el Alto Tribunal, que solo puede enervarse, en relación con demandas que “toquen y conciernan el territorio de los Estados Unidos [...] si lo hacen con suficiente fuerza para desplazar” tal presunción.

El Ponente trata después del poder de los jueces respecto de la creación o extensión judicial de títulos para accionar o *causes of action* partiendo de lo que afirma ser una actitud general del Alto Tribunal reacia a ello. Y trae a colación varios precedentes recientes que lo confirmarían, v.gr., *Ziglar* (*James W. Ziglar v. Ahmer Iqbal Abbasi, et. al.*, Supreme Court of the United States, n. 15-1358, Decided Jun 19, 2017), *Correctional Services Corp.* (*Correctional Services Corporation v. Malesko*, Supreme Court of the United States, n. 00-860, Decided November 27, 2001) o *Bivens* (*Bivens v. Six Unknown Fed. Narcotics Agents*, 403 U. S. 388).

Desprende de ellos que debe ser el Poder Legislativo el que considere si “el interés público podría servirse en caso de imponer nuevas

responsabilidades sustantivas [...] (y entre ellas) [...] una norma que impusiese responsabilidad sobre ‘entidades artificiales’ (sic), como las empresas”.

Según Kennedy, ni el tenor literal del ATS ni el precedente apoyan una excepción a esos principios generales, y particularmente bajo la luz de las consideraciones de política exterior que pueden verse afectadas, que caen bajo el dominio de las correspondientes ramas políticas del Estado. De todo lo cual deduce que “[...] sería inapropiado que los tribunales extendiesen la responsabilidad bajo el ATS a las empresas extranjeras, a salvo de una acción en tal sentido a cargo del Congreso”.

El *Justice* Kennedy concluye, en fin, su línea principal de razonamientos, remontándose a los orígenes del ATS y su concepción como un medio de evitar conflictos internacionales en caso de violaciones del Derecho Internacional que, de no proveerse un remedio para las víctimas extranjeras, pudiera resultar en responsabilidad para la naciente República. Sería, pues, un medio para promover unas relaciones internacionales armónicas y, afirma, justo lo contrario de lo que ha sucedido en el caso *Jesner*, donde se han visto deterioradas durante 13 años las relaciones con Jordania, fiel aliado de los EE. UU. y país de sede de la empresa. A partir de todo lo cual, y sentando ya una doctrina con alcance general, el Tribunal Supremo sustrae a las empresas extranjeras, como hemos dicho, del sometimiento al ATS en un nuevo y verdadero hito en la práctica de ese texto.

IV COMENTARIO CRÍTICO DE LA DECISIÓN²⁰

En los términos sucintos en los que nos es dado actuar aquí, llevaremos ahora a cabo nuestro análisis, partiendo de algunas apreciaciones generales.

Destacamos en primer lugar, entre éstas, el que el resultado al que llega el Alto Tribunal, la impunidad de las empresas extranjeras ante los tribunales de los Estados Unidos respecto de graves violaciones de los Derechos humanos, lo que en muchas ocasiones conducirá, pura y simplemente, a que **nunca** respondan de esos actos, **no nos ha sorprendido**. Incluso prefigura ya muy probablemente el que suceda lo propio con sus empresas domésticas. Como hemos indicado, es notorio y se ha reflejado con anterioridad en otros precedentes, el ánimo de un número sustancial de los miembros del Tribunal Supremo en el sentido de ir desligando a los tribunales inferiores de estos litigios transnacionales en los que se ven implicados las empresas y los Derechos Humanos.

Sobre este particular, no sería ocioso traer a colación, asimismo, el sesgo proempresarial palpable en muchas de las recientes decisiones del Alto Tribunal, reflejado al hilo de sectores y problemas muy diversos, como el de las relaciones laborales (Vid., v. gr., SANDBERG, 2018).

²⁰ Entre los avanzados hasta el momento, destacaremos inicialmente el análisis ofrecido por Catá Backer, 2018.

Tampoco, el situar la decisión en *Jesner* dentro de una tendencia que por su parte tiene ya largo recorrido y de la que fue adalid el extinto *Justice Scalia*, que abonaba una lectura contraria a la extraterritorialidad de las leyes lo que, si por una parte, parece conforme a las tesis internacionalistas de la limitación y auto-moderación en el ejercicio del poder, por otra, se antoja forzada y extemporánea en los citados litigios. Y ello, por un lado, porque el ATS, que los sustenta, no es como se ha dicho una norma sustantiva, sino jurisdiccional y, por otro, porque ésta contención en el ejercicio del poder se echa a faltar en muchos supuestos en los que se encuentran en juego no *ya la protección de los Derechos Humanos y la piedra angular del acceso a la justicia dentro del imperio de la ley*, sino los descarnados intereses estatales albergados en múltiples componentes del acervo normativo de los Estados Unidos, cuyo vigor frente a la comunidad internacional y sus miembros se defiende sin apenas vacilaciones, y en la estela del Alto Tribunal, por el resto de las sedes judiciales. Comedimiento y respeto a la separación de poderes y a las repercusiones internacionales cuando se habla de reparar las gruesas violaciones perpetradas por las empresas en el ámbito del *Jus Cogens* y los Derechos Humanos. Oídos sordos a la comunidad internacional cuando los referidos intereses estatales se encuentran en juego. La era Trump sería terreno abonado para este peculiar doble rasero.

Hasta ahora, y con esto concluimos nuestras observaciones generales, salvo una Sala de Apelación del Segundo Circuito Federal, ninguna de las múltiples instancias judiciales que han dirimido estas cuestiones veían problema en someter al ATS a las empresas extranjeras, si se cumplían los previos requisitos del *Due Process*. Estos, no son sino litigios sobre ilícitos civiles en los que su particularidad radica en que la causa o título para accionar proviene del Derecho internacional, contemplado a la luz de los precedentes más que conocidos que desarrollan en el derecho federal común aspectos como, por ejemplo, la ayuda e incitación, *aiding and abetting*, referidos aquí a la actividad de las empresas y su impacto sobre los Derechos Humanos. Unos litigios, em realidad, que se acomodan perfectamente a los casos cubiertos por el Derecho Internacional privado, en lo que atiene a la competencia judicial y el derecho aplicable, y en los que pueden traerse a colación todos los instrumentos técnicos contemplados por el llamado Conflicto de Leyes, en los Estados Unidos: *Forum Non Conveniens* y *Political Question*, juego de la *International Comity*, *Act of State*, etc. Así lo han visto, y con razón, durante largos años y como decimos, la inmensa mayoría de las sedes federales de ese País. Pero la deriva del Alto Tribunal hacia posturas abstencionistas le conduce a sacrificar, y no es la primera vez, todo ese acervo laboriosamente creado por las sedes inferiores. Como se ha dicho desde doctrina autorizada, ni era preciso, ni parece haber acertado en el resultado al que se llega (Vid., v. gr., BERNAZ, 2018).

No era preciso, y entramos ya en nuestras observaciones particulares, porque el caso se podía haber resuelto, eventualmente, si se considera que sus vínculos con los EE. UU. son tenues, por ejemplo, a través del *Test de Touch and Concern*, cit. o, en otras circunstancias, mediante el uso de alguno o varios de esos instrumentos técnicos recién aludidos. Pero, en cambio, se ha preferido sentar esa doctrina, verdaderamente demoledora respecto del

uso de los litigios internacionales para el acceso a la justicia y la reparación de las víctimas de gruesas violaciones de los Derechos Humanos.

Asimismo, entendemos que tal doctrina es desacertada, y ello por una serie de razones. En primer término, porque da por bueno el postulado de esa Sala de Apelación del Segundo Circuito Federal según el cual el Derecho internacional, y el núcleo de prohibiciones que sustenta frente a las conductas contrarias al *Jus Cogens*, no vincula a las empresas, tomando como referencia supuestos en el ámbito penal internacional.

Entendemos que, aún desde lecturas tradicionales, se trata de una visión en exceso tajante y abierta a la discusión, pues existen precedentes de importancia en un sentido contrario y no somos los únicos en mantener que existen determinados componentes del ordenamiento internacional que de modo cierto obligan **también** a las empresas (Vid., v.gr., VAN SCHANK, 2018). Algo lógico, porque, en definitiva, todo ejercicio del poder, y el de las empresas es enorme, debe llevar aparejada su cuota de responsabilidad, aparte del hecho, patente por ejemplo en el sector de inversiones, del creciente reconocimiento de su subjetividad en el marco del citado ordenamiento.

Por otra parte, entendemos que los EE. UU. están perfectamente habilitados para proyectar hacia el exterior sus criterios domésticos en cuanto a la responsabilidad de las empresas, otorgando títulos para accionar por violaciones del Derecho internacional, como han venido haciendo a través de sus tribunales en sede del ATS. Y ello porque una cosa es la existencia de una norma y otra la posibilidad de su aplicación. Como corolario, sostenemos que cabe separar la cuestión de si una determinada conducta viola una norma internacional, de la referente a *quién* puede ser considerado responsable de tal violación. Así, en la vista previa a su Decisión en el caso, las *Justices* Sotomayor y Kagan (Vid., v.gr., HUGHES-JENNET; BERTHET, 2017) parecían abonar esta interpretación, que finalmente decayó ante la mostrada en tal momento por el Ponente, según la cual, la cuestión de *quién* puede ser responsable es asimismo *normativa*, dado su efecto en la conducta de los demandados potenciales.

Pero, en definitiva, la Decisión asume esa habilitación por parte de los Estados Unidos respecto de la posibilidad de someter las conductas de las empresas extranjeras que lesionan gravemente el Derecho internacional, con base en el ATS. Si bien, condiciona tal posibilidad a que el Congreso *establezca una norma a tal efecto*. Para llegar a ello, se hace uso por parte de la mayoría de los *Justices* de una *lectura historicista* de la Constitución de los Estados Unidos y los textos normativos del período fundacional, una lectura que el eminente Profesor Catá Backer considera previsible en el caso, en la medida en que es la que ha arraigado en el Alto Tribunal desde hace tiempo, existiendo ya muchas confirmaciones en variados aspectos de su jurisprudencia (CATÁ BACHER, 2018, p. 4-6). Una lectura que, en la práctica, y es algo que nos puede llamar la atención, impide acomodar a la evolución de los tiempos la consideración de aquellos supuestos que habilitaban la competencia de los tribunales federales, por ejemplo, a partir del ATS y las concretas categorías de conductas a las que en sus orígenes se vinculaba.

El mundo puede cambiar, la piratería de antaño cubierta por ese texto, por ejemplo, puede haber dado paso a otras formas de conculcar el ordenamiento internacional a partir de los que, como dijimos, el *Justice Kennedy*, califica como *entes artificiales*, refiriéndose a las empresas, pero los jueces no pueden asumir esas mutaciones y actuar, por sí mismos, en consecuencia (CATÁ BACHER, 2018, p. 4-6).

Esa lectura historicista, por otra parte, lleva a desenfocar la realidad en la que vivimos en la medida en la que, por ejemplo, conduce a una especie de petrificación de las relaciones internacionales, asimilando las actuales a las que existían en el último tramo del Siglo XVIII, cuando –en 1789– se promulga el ATS. En tal momento, cabe admitir que la mayor preocupación cubierta por ese texto era, como hemos indicado, evitar problemas bélicos de la joven y frágil República con el resto de Países y, en especial, las potencias coloniales de la época. Pero esa joven República ha dado paso al que con mucho es el mayor poder sobre el Planeta, un poder que destina a sus ejércitos unos fondos que se equiparan a la suma de los 40 Países que le siguen en cuanto al dispêndio militar y en el que, por ejemplo, destacan y es algo único en el escenario mundial, sus 10 grupos navales de combate alrededor de otros tantas embarcaciones del tipo *Nimitz*. Bien se puede, pues, aplicar el ATS en la hora actual desvinculándola de la que, como decimos, pudiera haber sido la principal razón en su origen.

Pero, incluso, en el entorno del ATS y en otros, son los propios Estados extranjeros los que solicitan en muchas ocasiones que los casos se diriman ante los tribunales de los EE. UU. No hay en ello dejación de soberanía, sino un análisis realista de los márgenes de efectividad de sus sistemas judiciales frente al poder efectivo de las empresas multinacionales. Casos célebres, como *Bhopal* o la saga *Chevron/Texaco in re Ecuador* lo podrían confirmar²¹.

Concluimos ya este Apartado señalando el desfase al que la reiteradamente citada lectura historicista conduce también respecto de la propia evolución del ordenamiento internacional y la creciente influencia en él del **acceso a la justicia**. Múltiples son los reflejos de ello en sus diversos planos, recogeremos, por ejemplo, el haber sido incluido en uno de los Objetivos de Desarrollo Sostenible –el 16– y, en especial, el núcleo de iniciativas y desarrollos vinculado a la protección de las víctimas de las violaciones de los Derechos Humanos perpetradas por las empresas. Todo ello no debiera haber sido pasado por alto por el Tribunal Supremo de los Estados Unidos que, si se nos permite y dada su fijación en este punto por los tiempos pretéritos, podría haber centrado también su atención en cual ha sido la evolución del citado acceso en su antigua potencia colonial, el Reino Unido. Al punto, podría haber resultado muy esclarecedora, entre otras, la firme toma de postura de su homólogo, el Tribunal Supremo británico, en su reciente decisión en el caso *Belhaj* (*Belhaj and another (Appellants) v Director of Public Prosecutions and another (Respondents)*, UK Supreme Court, 4 July 2018) donde, estando implicados grandes intereses del Estado, hace prevalecer

²¹ Sobre ambos casos y, por todos, vid., v. gr., respectivamente, Esteve Moltó (2018, p. 249-276) y Requejo Isidro (2017, p. 93-115).

los de unas víctimas de terribles sucesos acaecidos dentro del infame programa de *Entregas Extraordinarias –Extraordinary Renditions–* en el que participaron, junto a la CIA, un número de Países europeos y de otras latitudes (Vid., v. gr., ZAMORA CABOT, 2017a). Pero esta mirada al pasado por parte del Alto Tribunal estadounidense no se ha extendido, desafortunadamente, al buen ejemplo en cuanto al progreso del ordenamiento que, ellos sí, los magistrados británicos, han querido ofrecer al mundo en esta ciertamente difícil época en la que nos movemos.

V REFLEXIONES CONCLUSIVAS

La Decisión *Jesner* tiene muchos matices y es, como dijimos, compleja técnicamente. Contando con ello se cree que resulta muy posible, por ejemplo, que aspectos importantes del ATS como su ámbito y aplicación surjan de nuevo ante el Tribunal Supremo, que deberá ir completando su interpretación sobre ese texto. Pero, respecto de su aplicación a las empresas extranjeras, la doctrina está ya sentada, en los términos vistos. “Nunca envíes a preguntar por quién doblan las campanas, doblan por ti”, así se recoge en nuestro título y en el bello poema de John Donne, y ese tañido de campanas y cuanto significa afecta sin duda a buena parte de los litios transnacionales sobre Derechos Humanos planteados ante las instancias judiciales de los Estados Unidos, hasta ahora las más activas en un plano comparado. No nos engañemos, es un golpe muy fuerte para la defensa de esos Derechos. Pero ni mucho menos debemos considerar que la partida está ya jugada, ni en el País transatlántico ni, por supuesto, en el resto del mundo.

Respecto de los EE. UU. la acción del Legislativo reclamada por los *Justices* sobre el ATS, muy improbable en el actual estado de cosas, ya se ha realizado, sin embargo, por ejemplo, a través de un número de poderosas leyes extraterritoriales que, desde luego, someten a las empresas, extranjeras y domésticas. Es el caso de la *Trafficking Victims Protection Act*, (Pub. L. n.º 106-386, 114 Stat. 1464, 2000) con un gran potencial para proyectarse sobre aspectos como el trabajo forzado, que pueden vincularse a la actividad de aquéllas (Vid., v.gr., BEALE, 2018, p. 17-47) y de un elenco de otras normas que pueden cubrir desde la lucha contra el terrorismo o la tortura, a la cada vez más activa frente a la corrupción, o a la que, en contextos determinados, sale al paso de graves problemas en el ámbito de los acaparamientos de tierra, etc. (Vid., v. gr., ZAMORA CABOT, 2017b, p. 77-92).

Por su parte, y sirva de botón de muestra para otros ámbitos, menudean ya en la UE los ejemplos de litigios transnacionales sobre Derechos Humanos relacionados con las actividades empresariales, reflejo de una creciente toma de consciencia por la sociedad y los poderes públicos, traducida en un favorecimiento del acceso a la justicia de las víctimas de lesiones de aquéllos Derechos en el presente contexto (Vid., v.gr., GRIMHEDEN, 2018, p. 235-248). Lo consideramos importante, aunque todavía quede un largo camino por recorrer, en el que el impulso de la sociedad civil debe ser firme y constante.

Jesner, en fin, marca sin duda un hito, aunque no favorable a la defensa de los Derechos Humanos y de las víctimas de sus lesiones. Pero que en todo caso debe constituir otro acicate para perseverar en tal defensa y, en definitiva, de la de un futuro digno para nuestra especie.

REFERENCIAS

BEALE, Sara. The trafficking victim protection act: the best hope for international human rights litigation in the US courts? En: **Case Western Reserve Journal of International Law**, Cleveland (Ohio, EEUU), Ed. Case Western Reserve University, vol. 50, n. 1, 2018, p. 17-47.

BERNAZ, Nadia. Unnecessary, wrong and misguided: the US Supreme Court's blanket ban on all ATS suits against foreign corporations. April, 25 2018. Accesible en: <<http://www.rightsasusual.com/?p=1202>>

BRIGHT, Claire. The implications of the *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Case* for the exercise of extraterritorial jurisdiction. 2015. Accesible en: <https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2364707>.

BRIGHT, Claire. The implications of the *Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Case* for the exercise of extraterritorial jurisdiction. En: DI STEFANO, Adriana (Ed.). **A lackland law?:** territory effectiveness and jurisdiction in international and EU Law. Torino: G. Giappichelli, 2015, p. 165-181.

CATÁ BACKER, Larry. Brief thoughts on *Jesner v. Arab Bank, PLC*, 584 US [...] (2018): the state of judicial remedies for corporate liability for human rights violations. En: **Working Papers**, Brussels, Ed. Coalition for Peace and Ethics, n.º. 4/3, April 2018.

D'ANGELO, Nicholas. Emerging from Daimler's shadow: registration statutes as a means to general jurisdiction over foreign corporations. En: **St. John's Law Review**, New York, Ed. St. John's University, vol. 91, n. 1, p. 211-246, 2017.

ESTEVE MOLTÓ, José Elías. The impunity veil of transnational corporations: the judicial saga of Bhopal. En: MARULLO, Maria Chiara; ZAMORA CABOT, Francisco Javier (Ed.). **Empresas y derechos humanos:** temas actuales. Napoli: Scientifica, 2018, p. 249-276.

FRAZIER, Dane. Falling short of international standards: the second circuit narrows its human rights jurisprudence despite an expanding global economy (*In re Arab Bank, PLC Alien Tort Statute Litigation*, 808 F.3d 144 (2d Cir. 2015)). En: **Washburn Law Journal**, Topeka (Kansas, EEUU), Ed. Washburn University School of Law, vol. 57, p. 203 y ss., 2018.

GRIMHEDEN, Jonas. Civil litigation in response to corporate human rights abuses: the European Union and its member states. En: **Case Western**

Reserve Journal of International Law, Cleveland (Ohio, EEUU), Ed. Case Western Reserve University, vol. 50, n. 1, 2018, p. 235-248.

HUGHES-JENNET, Jullianne; BERTHET, Alison. *Jener v. Arab Bank*: corporate liability under the Alien Tort Statute? En: **Lexology**, London, Law Business Research, October 12, 2017.

KELLY, Michael. Atrocities by corporate actors: a historical perspective. En: **Case Western Reserve Journal of International Law**, Cleveland (Ohio, EEUU), Ed. Case Western Reserve University, vol. 50, n. 1, p. 49-88, 2018.

MARULLO, Maria Chiara. El alien tort claims act de 1789: su contribución en la protección de los derechos humanos y reparación para las víctimas. En: ICIP Working Papers, número 34 de mayo 2014. Accessible en: <http://icip.gencat.cat/web/.content/continguts/publicacions/workingpapers/2014/arxiu/wp_2014_-_03_cast_.pdf>.

MARULLO, Maria Chiara; ZAMORA CABOT, Francisco Javier. Transnational human rights litigations: Kiobel's touch and concern: a test under construction. HURI-AGE, vol. 1, April 14, 2016. Available at SSRN: <<https://ssrn.com/abstract=2765068>>.

PIGRAU SOLÉ, Antoni. La responsabilidad civil de las empresas transnacionales a través de la alien tort claims act por su participación en violaciones de derechos humanos. En: **Revista Española de Desarrollo y Cooperación**, Madrid, Ed. Universidad Complutense de Madrid, n. 25, 113-130, 2010.

SALES PALLARÉS, Lorena; MARULLO, Maria Chiara. El "ángulo muerto" del derecho internacional: las empresas transnacionales y sus cadenas de suministro. En: **Persona y Derecho**, Navarra, Ed. Universitat de Navarra, n. 78, 2018, p. 261-291.

REQUEJO ISIDRO, Marta. Effective access to remedy: the *Lago Agrio* litigation as a testing Field. En: ZAMORA CABOT, Francisco Javier; HECKENDORN URSCHER, Lucas; DE DYCKER, Stéphanie (Ed.). **Implementing the UN guiding principles on business and human rights**. Genève-Zurich-Bâle: Schulthess, 2017, p. 93-115.

REQUEJO ISIDRO, Marta. La responsabilidad de las empresas por violación de derechos humanos: deficiencias del marco legal. En: **Revista Scientia Juris**, Londrina (Paraná, Brasil), Ed. Universidade Estadual de Londrina, vol. 1, 2011.

REQUEJO ISIDRO, Marta. Litigación civil internacional por abusos contra derechos humanos: el problema de la competencia judicial internacional. En: **Anuario Español de Derecho internacional Privado**, Madrid, n. 10, 2010.

REQUEJO ISIDRO, Marta. Violaciones graves de derechos humanos y responsabilidad civil: transnational human rights claims. En: **Revista**

Electrónica de Estudios Internacionales (REEI), Madrid, Ed. Aepdiri (Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales), n. 17, 2009.

SANDBERG, Katherine. United States: scotus feeds cake to employers. En: **Mondaq**, New York, August 7, 2018.

STERIO, Milena. Corporate liability for human rights violations: the future of the ATCA. En: **Case Western Reserve Journal of International Law**, Cleveland (Ohio, EEUU), Ed. Case Western Reserve University, vol. 50, n. 1, p. 127-150, 2018.

VAN SCHANK, Beth. The inconsequential choice-of-law question posed by *Jesner v. Arab Bank*. En: **Ilsa Journal of International and Comparative Law**, vol. 24, n. 2, Washington (EEUU), Ed. International Law Students' Association of Washington, p. 363-367, 2018.

ZAMORA CABOT, Francisco Javier. Extraterritoriality: outstanding questions. En: ZAMORA CABOT, Francisco Javier; HECKENDORN URSCHALER, Lucas; DE DYCKER, Stéphanie (Ed.). **Implementing the UN guiding principles on business and human rights**. Genève-Zurich-Bâle: Schulthess, 2017b, p. 77-92.

ZAMORA CABOT, Fransisco Javier. Imperio de la ley y acceso a la justicia en algunas recientes y claves decisiones de la jurisdicción británica. En: **Papeles El Tiempo de los Derechos**, HURI-AGE, n.º 3, 2017a.

ZAMORA CABOT, Francisco Javier. Los derechos fundamentales en clave del alien tort claims act of 1789 de los EE.UU. y su aplicación a las corporaciones multinacionales: the ATCA revisited. En: **Cursos de derecho internacional y relaciones internacionales de Vitoria-Gasteiz**, Vitória, Ed. Universidad del País Vasco, 2006, p. 349.

ZAMORA CABOT, Francisco Javier. Una luz en el corazón de las tinieblas: el Alien Tort Claims Act of 1789 (ATCA) de los EEUU. En: **Soberanía del Estado y derecho internacional**: homenaje al profesor J. A. Carrillo Salcedo. Tomo II. Sevilla, Ed. Universidad de Sevilla, 2005.

Submissão em: 18 de julho de 2019

Último Parecer favorável em: 22 de outubro de 2020

Como citar este artigo científico

ZAMORA CABOT, Francisco Javier; MARULLO, Maria Chiara. *Never send to know...*, comentario crítico a la sentencia *Jesner v. Arab Bank*, del Tribunal Supremo de los Estados Unidos. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, Montes Claros, v. 2, n. 1, p. 26-40, jan.-abr. 2021.

**EN TORNO A LA FILOSOFÍA CONCEPTUALISTA DEL DERECHO
INTERNACIONAL PRIVADO EN LA DOCTRINA DEL SIGLO XX:
UNA BREVE MIRADA RETROSPECTIVA¹**

JOSÉ ANTONIO TOMÁS ORTIZ DE LA TORRE²

RESUMO

Neste artigo, o autor expõe, numa perspectiva histórica, as principais correntes doutrinárias do Direito Internacional Privado que, ao longo do século XX e em particular na sua segunda metade, procuraram chegar a uma construção filosófica do conceito de Direito Internacional Privado. Parte-se da doutrina como fonte do Direito Internacional Privado e sua evolução é acompanhada até que ese ramo jurídico se torne uma base jurídica no mundo não anglo-saxão. Suas páginas descrevem, em linhas gerais, os fatores em que se baseia o Direito Internacional Privado, sua natureza conflituosa, a resposta que o sistema jurídico estatal deve ter em mente diante das relações internacionais privadas e a crise que o Direito Internacional Privado apresentou no fim do século passado. Tudo isso, por meio de disposições doutrinárias, em um mundo politicamente dividido desde a Segunda Guerra Mundial, que, necessariamente, tiveram que ser objeto de

¹ El autor quiere dejar expresa constancia de su sincero agradecimiento al profesor Waldir de Pinho Veloso, por su amable invitación para colaborar en esta prestigiosa publicación jurídica brasileña, lo que además de un honor supone una gran satisfacción.

² Doctor en Derecho *cum laude* por la Universidad Complutense de Madrid y premio “Blasco Ramírez” del doctorado. Antiguo alumno de la Academia de Derecho Internacional de La Haya. Académico de número y Presidente de la Sección 3.^a (Derecho) de la Real Academia de Doctores de España. Profesor Titular supernumerario de Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid y ex Secretario General de dicha Universidad. Académico de número de la Real Academia Asturiana de Jurisprudencia. Académico correspondiente de la Real Academia de Jurisprudencia y Legislación de España y representante de la misma ante la Conferencia de Ministros de Justicia de los Países Iberoamericanos. Diplomado en Altos Estudios Internacionales por la Sociedad de Estudios Internacionales (Madrid). Ex Secretario General de la International Law Association (rama española). Miembro supernumerario del Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional. Miembro del equipo jurídico español ante el Tribunal Internacional de Justicia en el caso *Barcelona Traction Light and Power Company Limited* (Bélgica c. España). Miembro de la Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales. Abogado del Ilustre Colegio de Madrid.

seleção. O artigo termina com algumas considerações nas quais se destacam a mudança radical sofrida pelo Direito na atualidade e a necessidade, em vista disso, de que os juristas o contemplem, inclusive o Direito Internacional Privado, com uma visão diferente e a partir de parâmetros inéditos.

Palavras-chave: História doutrinária do Direito Internacional Privado; doutrinas de Direito Internacional Privado no século XX; conceito de Direito Internacional Privado; crise do Direito Internacional Privado.

**ABOUT THE CONCEPTUALIST PHILOSOPHY OF PRIVATE
INTERNATIONAL LAW IN THE TWENTIETH CENTURY:
A BRIEF RETROSPECTIVE VISIÓN**

ABSTRACT

In this paper the autor exposes, from a historical perspective, the main trends in Private International Law that, throughout the twentieth century specially in the second half, tried to achieve a philosophical construction of the Private International Law concept. It assumed the doctrine as Private International Law source and continues with its evolution until this branch of law became a legal base in the non Anglo-Saxon world. On its pages it is given a broad overview about the aspects where the Private International Law is base don, the conflictualist carácter, the answer taht the state legal order must have to the private international relations, and the cirsis that Private International Law presented in the last years the past century. All of it throughout the doctrinal positions in a politically frangmented world since the World War II, wich necessarilly had been object of selection. The paper ends with the considerations that emphasize the radical change sufferd by the Law nowadays and need for jurists to consider, including Private International Law, a different view with entirely new parameters.

Keywords: History of doctrinal Private International Law; twentieth century Private International Law doctrines; Private International Law concept; Private International Law crisis.

RESUMEN

En este artículo el autor expone, desde una perspectiva histórica, las principales corrientes doctrinales del Derecho internacional privado que, a lo largo del siglo XX y en particular de su segunda mitad, intentaron llegar a una construcción filosófica del concepto del Derecho internacional privado. Se parte de la doctrina como fuente del Derecho internacional privado y se sigue su evolución hasta que esta rama jurídica pasó a ser de base legal en el mundo no anglosajón. En sus páginas se perfilan, a grandes trazos, los

factores sobre los que se asienta el Derecho internacional privado, su carácter conflictualista, la respuesta que el ordenamiento jurídico estatal debe tener presente ante las relaciones privadas internacionales, y la crisis que el Derecho internacional privado presentaba a fines del pasado siglo, todo ello a través de posiciones doctrinales, en un mundo políticamente fraccionado desde la II Guerra Mundial, las cuales, necesariamente, han tenido que ser objeto de selección. El artículo finaliza con unas consideraciones en las que se pone de relieve el radical cambio sufrido por el Derecho en la actualidad y la necesidad, ante esto, de que los juristas le contemplen, incluido el Derecho internacional privado, con una visión distinta y desde parámetros completamente nuevos.

Palabras clave: Historia doctrinal del Derecho internacional privado; doctrinas de Derecho internacional privado en el siglo XX; concepto del Derecho internacional privado; crisis del Derecho internacional privado.

1 INTRODUCCIÓN

Si la historia es fundamental para conocer cómo en el pasado se fueron desarrollando acontecimientos, ideas y valores que son antecedente y soporte de la actual realidad existente en el mundo del siglo XXI, en el Derecho Internacional Privado esa importancia se acrecienta al máximo porque esta rama jurídica se sustenta en una historia, la doctrinal, que se prolongó a lo largo de siete siglos. Es, pues, natural que se haya repetido muchas veces, por certera, la expresión que en 1929 pronunció Max Gutzwiller en su ya clásico curso dictado en la Academia de Derecho Internacional de La Haya, según la cual: “En droit international privé, l’histoire est tout” (GUTZWILLER, 1929). Y cuando se habla de Derecho Internacional Privado la primera cuestión a plantear y resolver es precisamente la del *qué*. Es decir, cuál es la idea conceptual de ese *ser* dentro de la cual queda circunscrita esa rama del Derecho que, con profundas raíces en las opiniones de los autores, se consolidó como disciplina jurídica en el siglo XIX, al tiempo que las reglas que hasta entonces contenía, de fuente eminentemente doctrinal salvo contadísimos casos en los que reposaron en Derecho legislado (Partidas alfonsinas, Espejos de Sajonia y Suabia...), pasaron a ser de base legal, en la Europa continental y los nacientes Estados iberoamericanos, como consecuencia del movimiento codificador que se dejó sentir con fuerza desde que en Francia se promulgase en 1804 el Code Napoleón. Mientras que, en cambio, el mundo anglosajón seguía su propio camino anclado en la jurisprudencia.

Cuando ya está avanzado el primer cuarto del siglo XXI podría parecer que hoy la historia del Derecho Internacional Privado carece ya de interés. Sin embargo, todo lo actual es consecuencia de múltiples factores jurídicos y políticos bajo los cuales se fue conformando el actual Derecho Internacional Privado. Es, pues, pertinente, o acaso hasta necesario, no olvidar las

tendencias doctrinales del siglo XX, y en particular las de su segunda mitad, para poder ahondar en la realidad mundial en la que vive hoy la Comunidad internacional de Estados y, desde un punto de vista, si se quiere, universalista, la comunidad humana al margen de las fronteras nacionales. Una realidad a la que tiene que acomodarse necesariamente el Derecho Internacional Privado, un Derecho Internacional Privado moderno, de vanguardia, que irremediamente tendrá que avanzar al ritmo que impone la humanidad.³

Aquí no se pretende presentar, ni de lejos, una visión completa porque ello sería misión imposible. Cada uno de los aspectos a los que se alude posee suficiente entidad como para ser tratado en amplias monografías. Lo que se intenta modestamente, a sabiendas de las múltiples lagunas que pueden advertirse, es presentar unos trazos básicos sobre las posiciones filosófico-jurídicas, porque todo argumento y toda posición es en sí una filosofía, principalmente desde los años más cercanos que han precedido a esta nueva centuria. En definitiva, lo que las principales doctrinas novecentistas⁴ aportaron, fundamentalmente a partir de la segunda etapa posbélica, y decimos principales porque, necesariamente, se impone una selección de autores como se impone una selección de enfoques. En la búsqueda de la identidad del Derecho Internacional Privado no es suficiente centrarse en un aspecto. Son varios los que, en conjunción, están presentes (definición, contenido, método resolutivo, etc.) y de los que aquí se trazan unas tenues líneas. La historia sirve para conocer los antecedentes.

Sobre los legisladores del siglo XXI recae la responsabilidad y la tarea de evitar los defectos en que algunas corrientes incurrieron y, por ello, es importante que la moderna doctrina, con ellos, vuelva la vista atrás para valorar el *qué* y el *cómo*, es decir, concretar la esencia misma del Derecho Internacional Privado de hoy, que se halla inmerso en la situación jurídico-política existente en el planeta, una situación dominada por la globalización. No es posible acomodar legislativamente a diario en cada Estado la evolución de sus respectivas sociedades.

La ley, una vez promulgada, permanece en el tiempo pero en la humanidad siguen produciéndose los cambios de todo tipo. Es así que las leyes quedan petrificadas, por ello las reglas que regulan los problemas propios de Derecho Internacional Privado deben ser aplicadas, como cualesquiera otras normas, teniendo en cuenta la “actualidad” o, como preceptúa el artículo 3.º, párrafo primero, del vigente Código Civil español: “[...] en relación con el contexto, los antecedentes históricos y legislativos, y la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas, atendiendo fundamentalmente al espíritu y finalidad de aquéllas”.

³ Como señaló Barile (1965, p. 11), los planteamientos históricos en la solución de los problemas del “tráfico jurídico privado externo” contribuyen a comprender, y a interpretar, las soluciones en el momento presente.

⁴ Permítasenos utilizar esta palabra con carácter general, ya que en lengua española su sentido queda reducido al movimiento literario español del primer tercio del siglo XX, que surgió como reacción contra el modernismo, vid. Moliner, 2008, p. 569.

2 DE LAS FUENTES DOCTRINALES A LAS BASES LEGALES EN EL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

Desde el tratado de paz de Constanza, suscrito y publicado el 25 de junio de 1183 [PIERANTONI, 1881, p. 435-452 (con el texto del tratado)], que generó dentro del Sacro Imperio Romano Germánico la pluralidad legislativa al hacer uso ciertas ciudades del septentrión italiano del Derecho a la autonomía legislativa y, con ello, la aparición de los “conflictos de leyes”⁵, la doctrina científica en la rama jurídica del *conflictu legum*, hoy denominada en gran parte del mundo “Derecho Internacional Privado” desde que Joseph Story (1779-1845)⁶ propusiera esa denominación en 1834 y después fuese popularizada por el alemán, naturalizado francés, Jean Jacques Foelix (1943, 1947, 1860, 1861) nueve años después, ha tenido históricamente una función trascendental por cuanto durante siete siglos constituyó en Europa, a través de las doctrinas que se formularon por las diversas escuelas estatutarias (italiana, francesa, flamenca, holandesa, alemana, española), fuente del Derecho. Limitándonos a España baste recordar que el legislador determinó en “las leyes españolas de 1427-1433”, así como en la ley portuguesa de 1446, que en caso de silencio de las leyes fuesen tenidas en cuenta las opiniones de Bartolo de Sassoferrato (1313-1357)⁷, debiendo señalarse que la citada ley de 8 de febrero de 1427, que es la ley de citas o Pragmática del rey Juan II de Castilla, prohibía de manera terminante citar a cualesquiera autores anteriores y posteriores a Bartolo y a Juan Andrés (1289-1348)⁸.

Después, los Reyes Católicos, Isabel y Fernando, incluyeron esta Pragmática en la compilación de Montalvo, así como en el capítulo 37 de las Ordenanzas de Madrid de 1499 donde se vuelve a insistir en que a falta de ley, o en caso de duda, se acuda a las opiniones de Bartolo, Baldo de Ubaldis (1327-1400)⁹, Juan Andrés y el abad Panormitano (1386-1445)¹⁰, aunque esa

⁵ En realidad habría que precisar *nuevamente* puesto que los conflictos de leyes estuvieron presentes con anterioridad en la Hélade clásica y en Roma, que utilizaron distintos métodos resolutivos pues mientras Grecia utilizó reglas indirectas en Roma, en cambio, las reglas fueron materiales contenidas en el *ius Gentium*. Sobre las reglas aplicables, vid. Lewald, 1968, p. 420-422; y Ago, 1985, p. 27-48.

⁶ Vid. sobre él, Rubin (1790/1980, p. 9-17; Ortiz de la Torre, 1992, p. 380-387. La propuesta Story la hace “a título de ensayo”, como señaló Arthur Nussbaum, en el parágrafo 9 de la introducción de su obra *Commentaries on the conflict of laws foreign and domestic*, etc., que apareció en Boston en dicho año 1834.

⁷ Como es sabido fue doctor por Bolonia, calificado de “jurista máximo” y con derecho de “*legendi, docendi, doctorandi, Bononiae et ubique de caetero plenam licentiam facultatem*”. Sobre su obra se crearon en el siglo XV cátedras en las Universidades de Padua, Bolonia y Turín, y en el siglo XVI en las de Perugia, Macerata y Nápoles, siendo su opinión de calidad recibida en Italia, España, Portugal, Brasil y Filipinas, mientras sus ideas –los bártulos– viajaban por la Europa medieval, de ahí la máxima *nemo bonus iurista, nisi bartolista*. Vid. Rodríguez Díez, 2007, p. 334, nota 46; Benedetto, 1968, p. 280; Ortiz de la Torre, 1992, p. 304-314.

⁸ Giovanni d’Andrea da Rifredo fue profesor en las Universidades de Padua y Bolonia. Vid. Mateu Ibars, 1984, p. 26.

⁹ También Baldo de los Ubaldos. Vid. Ortiz de la Torre, 1992, p. 314-317; vid. Pérez Martín, 2007, p. 265-309, y especialmente sobre la recepción por el legislador español p. 287-305.

¹⁰ Niccolò de Tudeschi fue profesor sucesivamente desde 1412 a 1432 en las Universidades de Parma, Siena y Bolonia.

política irá perdiendo fuerza ya que poco después eso será revocado, en 1505 (Vid. RIVADENEYRA, 1849, p. 558), por la ley I de las Leyes de Toro. Revocación que se mantuvo en la Nueva Recopilación de las Leyes de España, y después en la Novísima en la que se vuelve a insistir en que: “[...] revocamos la ley de Madrid que habla acerca de las opiniones de Bartolo [...]” (RIVADENEYRA, 1850, p. 263, libro III, título II, ley III)¹¹.

También en Portugal, en un reglamento de la Casa de Suplicación que el monarca dio, entre 1433 y 1446, se ordenaba juzgar “por sentencia de la ley o dicho de Bartolo”, el que, por cierto, aunque no se vio libre de ser cuestionado, aún en 1769 la ley portuguesa relativa a la enfiteusis volvió a rehabilitar la figura del eximio jurista del villorrio de Venatura (Vid. GIBERT, 1983, p. 615-617; y ORTIZ DE LA TORRE, 1992, p. 311-314). Otro ejemplo de que la doctrina científica fue en España fuente del Derecho, en materia de conflicto de leyes, se halla en las propias palabras que en el siglo XVII escribe el holandés Juan Voet, quien refiriéndose a la ley que debía regir la forma externa del testamento dice: “[...] que l’opinion professé par lui a été reconnue par la jurisprudence dans les Pays-Bas, en Allemagne, en Espagne, et en France” (FOELIX, 1847, p. 99)¹².

Ese panorama cambió radicalmente cuando se inicia en el siglo XIX, con el Code Napoleón (1804), que contaba ya con los antecedentes de los Códigos civiles de Baviera (1756) y Prusia (1794), el movimiento codificador con el que en España la doctrina científica deja de ser fuente de Derecho. La supremacía de la ley se impuso ya, treinta y dos años antes de publicarse el Código Civil español, sobre cualquier “doctrina o interpretación que tienda a rebajar su observancia, cualquiera que sean los precedentes en que se funde, las autoridades en que se apoye y los casos en que haya prevalecido”, como afirmó inequívocamente la Sentencia del Tribunal Supremo español, de 17 de enero de 1857, con lo que se elevó a “principio” el que las opiniones de los autores no constituyen la “doctrina legal” de la que habló la Ley de Enjuiciamiento Civil.¹³ Ni pueden servir de fundamento para el recurso de casación según establecieron repetidas decisiones del citado Alto Tribunal dictadas entre 1860 y 1864, lo que se reitera, una vez publicado el Código Civil en 1889, en otras sentencias que se dictaron en el periodo de 1894 a 1929.

Además de negar el carácter de doctrina legal y de principios generales del Derecho a la doctrina de los autores, aunque a la vez el citado Tribunal recomendase a los jueces que acudiesen a la ciencia jurídica y al estudio de las obras de sus cultivadores “para su mejor ilustración y acierto” (DE CASTRO, 1955, p. 575-576).

¹¹ La Nueva y la Novísima Recopilación de las Leyes de España fueron las compilaciones legales aplicables antes de la publicación del Código Civil en 1889.

¹² En la traducción española de la 3.^a edición de esa obra, por los directores de la Revista General de Legislación y Jurisprudencia: “[...] declara que su opinión ha sido reconocida por la jurisprudencia en los Países Bajos, en Alemania, en España y en Francia” (FOELIX, 1860, p. 121).

¹³ España ha tenido hasta el momento tres leyes de Enjuiciamiento Civil, la Ley de Enjuiciamiento civil y mercantil, de 5 de octubre de 1855, la Ley de Enjuiciamiento Civil, de 3 de febrero de 1881, y la vigente Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil.

Por consiguiente, conforme a esta posición el artículo 6 del Código Civil español, en su primera versión de 1889, únicamente alude, como fuentes del Derecho, a las “leyes”, “costumbre del lugar” y “principios generales del Derecho”. Los cuales son las mismas que figuran en el vigente artículo 1 del citado Cuerpo legal tras la reforma que su Título Preliminar sufrió por Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, ya que la referencia que se hace a la “doctrina”, en el párrafo 6 del citado artículo, no es a la “doctrina de los autores”, sino a “la doctrina que, de modo reiterado, establezca el Tribunal Supremo al interpretar y aplicar la ley, la costumbre y los principios generales del derecho”. Es decir, a la *doctrina legal* establecida en la jurisprudencia de dicho Alto Tribunal.

Si se repasa el desarrollo de la construcción del Derecho Internacional Privado es indudable que se nutrió de opiniones doctrinales y de jurisprudencia, y por ello ha podido afirmar Aguilar Navarro (1963, p. 335) que “ha nacido debido a la acción conjuntada de los doctrinarios y de los tribunales”, y que fuese así se debió a la existencia durante mucho tiempo de una reglamentación insuficiente. Además de técnicamente defectuosa, en los Códigos civiles europeos y americanos publicados a lo largo del siglo XIX¹⁴, cuando como rama del Derecho estaba aún *in statu nascendi*, y como disciplina jurídica joven cuando comienza a hacer acto de presencia en las Universidades europeas.

Recuérdese que en 1890 el universalista holandés Josephus Daniel Jitta escribía [190?, p. 491] que: “La enseñanza del Derecho Internacional Privado que, no hace muchos años, era un objeto de lujo que pocas Universidades se permitían, ha llegado a ser casi general en la actualidad”. En España aparecerá en 1866 en los estudios del doctorado, y por Real Decreto de 2 de septiembre de 1883 se convertirá en disciplina obligatoria en la licenciatura en todas las Universidades del Reino (vid. ORTIZ DE LA TORRE, 1985, p. 459-488.). El artículo 6 disponía: “Todas las asignaturas del período de la licenciatura serán de lección diaria, excepto las del Derecho Internacional Público y Derecho Internacional Privado, que serán alternas y estarán explicadas por un mismo profesor”.

La continuidad de la codificación nacional del Derecho Internacional Privado que se produjo en la primera mitad del siglo XX, a partir del Código Civil alemán, que entró en vigor el 1 de enero de 1900, y especialmente a lo largo de su segunda mitad (vid. ORTIZ DE LA TORRE, 1995, donde se recogen en español sesenta y nueve sistemas nacionales de Derecho internacional privado y siete proyectos), así como en lo que va de siglo XXI, ha conducido a una progresión indudable en la técnica y en el modo de resolver las cuestiones de tráfico jurídico externo por lo que el Derecho Internacional Privado actual presenta hoy una imagen moderna y acorde con la globalización que se ha producido en el mundo. No hará falta recordar las modificaciones plasmadas

¹⁴ Sin ánimo de exhaustividad: Código austriaco (1811); Código moldavo (1817); Código de Zurich (1853); Código sajón (1863); Código piemontés (1865), Código español (1889). Y en América Código haitiano (1825); Código chileno (1855); Código ecuatoriano (1860); Código salvadoreño (1860); Código dominicano (1864); Código uruguayo (1868); Código argentino (1869); Código colombiano (1873); Código costarricense (1887).

en códigos o en leyes independientes que en estos últimos años han llevado a cabo diversos legisladores como, por ejemplo, en Bélgica (2004) (FALLON, 2004, p. 821-835), República Popular China (2010) (SOTO VON ARMIN, 2013, p. 131-162), República Dominicana (2014), Argentina (2014), Panamá (2014) (BOUTIN ICAZA, 2013, p. 735-746), Uruguay (2016/2020) o Puerto Rico (2020), de algunas de cuyas leyes no hemos ocupado (ORTIZ DE LA TORRE, 2013-2014, p. 443-469; ORTIZ DE LA TORRE, 2015-2016, p. 441-466; ORTIZ DE LA TORRE, 2018a, p. 250-277; ORTIZ DE LA TORRE, 2018b, p. 423-453; ORTIZ DE LA TORRE, 2020, p. 261-278). Y, de otra parte, no hay que olvidar el desarrollo del Derecho Internacional Privado que viene teniendo lugar a través de la codificación internacional que lleva a cabo la Conferencia de La Haya de Derecho Internacional Privado (ORTIZ DE LA TORRE, 1974; ORTIZ DE LA TORRE, 1993), y de las Conferencias Panamericanas (FERNÁNDEZ ARROYO, 1994).

Ahora bien, el hecho de que a partir del inicio del siglo XIX el Derecho Internacional Privado pasase a ser de base legal, no impidió que la doctrina continuase su *iter* con aportaciones de los llamados autores clásicos como, especialmente, Joseph Story en Estados Unidos de América, Friedrich Karl von Savigny en Alemania, y Pascuale Stanislao Mancini en Italia, a los que siguieron en el siglo XX las doctrinas universalistas, internacionalistas y nacionalistas las cuales se elaboraron partiendo de la búsqueda del qué del Derecho Internacional Privado (sobre las doctrinas clásicas y contemporáneas en Europa y América, vid. ORTIZ DE LA TORRE, 1992, p. 377-502).

3 HACIA UNA CONSTRUCCIÓN FILOSÓFICA DEL CONCEPTO DEL DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

a) Los Factores Existenciales del Derecho Internacional Privado

Cuando en 1956 Henri Batiffol publicó en París su obra *Aspects philosophiques du Droit international privé*, puso con ella de relieve la extraordinaria importancia que presenta la filosofía en cuanto a precisar la configuración y estructura de esta rama de la ciencia jurídica, lo cual, por lo demás, puede ser predicable respecto todas las demás, como lo demuestra el que una de las disciplinas jurídicas lleve precisamente por título genérico “Filosofía del Derecho”. (Y significativo es que Goldschmidt, 1952, 1954a y 1954b, haya puesto el acento, precisamente, en la filosofía).

El Derecho Internacional Privado reposa sobre una pluralidad de factores, que constituyen su razón de ser, y que a lo largo de la historia de las sociedades humanas han estado presentes con distintos grados de intensidad. Aplicando al Derecho Internacional Privado la certera opinión de sir Paul Vinogradoff podría decirse que, lo mismo que ocurre con el Derecho Internacional Público (VINOGRADOFF, 1923a, p. 1-70; VINOGRADOFF, 1923b, p. 5), a cada época histórica corresponde un tipo histórico de Derecho Internacional Privado.

En realidad sectores que actualmente se encuentran incluidos en la llamada “parte especial” del Derecho Internacional Privado, aun cuando alguno de ellos pueda tener una doble ubicación en el Derecho Público y en el Derecho Privado, como sucede con la condición jurídica del extranjero, o Derecho de extranjería, presentaban ya una cierta consistencia en épocas muy anteriores al momento en que pueden detectarse unos antecedentes históricos remotos del actual Derecho Internacional Privado. Momento que no es otro que el del esplendor de la cultura griega donde lo que hoy conocemos como Derecho Internacional Privado, limitado a los conflictos de leyes, aparecía poco desarrollado aunque esos conflictos estaban ya presentes entre las ciudades-Estado, destacando junto a ellos el hoy denominado Derecho de extranjería.

Desde algún sector doctrinal se ha llegado a afirmar que en el mundo romano no existía propiamente hablando un Derecho Internacional Privado, ya que gran parte de las cuestiones propias de su objeto quedaban circunscritas al ámbito del *ius gentium* y eran resueltas por los jueces “recuperadores” o bien por el “praetor peregrinus”. Pero, esa postura se presenta enormemente discutible ya que el *ius gentium* fue, en realidad, un verdadero sistema de Derecho Internacional Privado, si bien peculiar porque las soluciones aportadas lo fueron conforme a un método (reglas materiales) que no es el predominante hoy día ya que los sistemas nacionales, y los tratados internacionales, utilizan reglas indirectas que no contienen como las materiales la solución sino que remiten para ello a un ordenamiento jurídico que puede resultar ser el del juez (la *lex fori*), o uno extranjero. El *ius gentium* fue, pues, el Derecho Internacional Privado romano.

También se ha llegado a afirmar que faltaba un “Derecho Penal Internacional”. Pero, en realidad ya existía un germen de éste en las continuas exigencias de extradiciones que Roma dirigió en numerosas ocasiones a, utilizando la realidad actual, diversos “Estados extranjeros”. Con posterioridad, las relaciones comerciales entre los Estados cristianos de las Cruzadas y el mundo árabe constituyen un elemento del que arranca un proceso que culmina con las “Capitulaciones” del Levante y que con sus formas peculiares, altamente desarrolladas, así como con los tratados que se ajustaron con árabes, eslavos y latinos durante el siglo X se reguló la situación de los extranjeros en el territorio del Estado bizantino.

Es ese otro momento histórico en el que el hoy denominado Derecho Internacional Privado sigue siendo considerado como si exclusivamente fuese un Derecho de extranjería, y en el que el sector del llamado Derecho Penal Internacional está presente a través de disposiciones que afectan a la extradición ya regulada por Tratados Internacionales. Es después cuando, durante la etapa medieval en el norte de Italia, como ya quedó apuntado anteriormente, se inicia el antecedente próximo del moderno Derecho Internacional Privado, que desde entonces se identifica con el *conflictu legum*, al lado de cual domina también un Derecho de extranjería que presenta un significativo desarrollo, en contraposición al Derecho Penal Internacional que no llega a presentar una sistemática evolución (STADTMÜLLER, 1961, p. 40, 60, 68 y 84-85).

Esta apretada visión del desarrollo que se produce en las relaciones sociales entre los pueblos, en el sentido de sus componentes, es lo que revela la aparición de unos datos fácticos que delimitan los factores propios en los que se asienta el actual Derecho Internacional Privado, y que justifican la afirmación hecha por Kazimierz Grzybowski según el cual: “el Derecho Internacional Privado como sistema de reglas jurídicas, es una de la partes más antiguas del Derecho” (KERNIG, 1975, p. 41). Factores que, en concreto, son tres: 1) un factor político, que presenta la realidad del mundo parcelado política y jurídicamente; 2) un factor jurídico, ya que cada Estado, en función de las condiciones que son propias de su sociedad, como la historia, la tradición, la cultura, las costumbres, la religión, el clima, etc., se dota de un sistema de reglas reguladoras de las relaciones humanas, de ahí la existencia de la pluralidad de ordenamientos jurídicos; y 3) un factor sociológico al trascender las fronteras las relaciones privadas humanas.

Precisamente la relación privada transfronteriza es la que toma en consideración Philip Jessup para hablar de un Derecho transnacional que debe comprender, en su opinión, las relaciones privadas interindividuales afectadas por el fenómeno de la frontera, lo que hace que éstas se conviertan en relaciones privadas internacionales que constituyen lo que actualmente se denomina “tráfico jurídico privado externo”.

De todo esto quedan, a nuestro parecer, dos aspectos básicos a destacar, uno es la presencia del “elemento extranjero” (personal, real o fáctico)¹⁵, y otro la realización de la justicia, en el caso concreto, con la utilización por parte del legislador de una pluralidad de sistemas, procedimientos o métodos resolutorios. Pero estos no quedan reducidos a la “técnica”, sino que responden también a una filosofía en el modo de resolver el caso o, dicho de otro modo, en la política de realizar la justicia. En efecto, la historia del Derecho Internacional Privado desde el siglo XII hasta hoy presenta dos polos sobre los que han venido oscilando las legislaciones nacionales con más o menos radicalidad, desde la territorialidad más acusada con la permanente aplicación de la *lex fori* y, en consecuencia, con desconocimiento del elemento de extranjería presente en la situación o en la relación jurídica, hasta la personalidad del Derecho a través posiciones más abiertas, bien por medio de reglas materiales que resuelven la cuestión internacional de manera distinta de la puramente interna, bien por medio de reglas indirectas (con plural denominación, reglas de conflicto, de colisión, de conexión, de atribución...) que dejan abierta la posibilidad de solución no sólo en manos del legislador nacional, según los aspectos que presente el supuesto, sino igualmente de legisladores extranjeros.

Pero estas soluciones a través de la “técnica” utilizada, son independientes de la fuente formal de procedencia que puede ser internacional en el caso del *tratado*, o interna en el caso de la *ley*, lo que responde, respectivamente, a un Derecho Internacional Privado *común* y a un Derecho Internacional Privado *particular*, términos, por cierto, que estaban ya presentes en el pensamiento de Ernst Zitelmann y de Josephus Daniel

¹⁵ El elemento fáctico es denominado “conductista” por Goldschmidt (1952, p. 29 y ss.).

Jitta. Y más modernamente en el de Werner Niederer, pudiendo señalarse que las normas de fuente interna relativas al tráfico jurídico privado externo fueron denominadas, acertadamente, en el siglo pasado por el profesor brasileño Haroldo Teixeira Valladao, como Derecho Internacional Privado *autónomo*, quien dio extraordinaria relevancia, como corresponde, a las fuentes del Derecho Internacional Privado en una obra tan completa, en el momento en que apareció, como excelente (VALLADAO, 1987).

Uno de los primeros aspectos a desentrañar es el de la “infraestructura”, por así decir, del Derecho Internacional Privado considerando la confusa y equívoca denominación que ha prevalecido, fuera del mundo anglosajón, en Europa y América, pero que a pesar de las críticas que pueden hacerse, a falta de un término mejor, y eso que hubo muchos intentos para conseguirlo, es hoy con la que nos entendemos. Ya escribía Josephus Daniel Jitta en 1890 que: “La frase *Derecho Internacional Privado* es hoy la más usual, pero no está a cubierto de la crítica. En otro tiempo, se hablaba de *principios referentes a los estatutos*, a los *conflictos de leyes*, y esta última manera de expresarse tiene aún hoy partidarios” (JITTA [190?], p. 36). Terminología que, salvo alguna excepción (así ha prevalecido, como se ha dicho) en los países anglosajones y en los que otro tiempo fueron colonias británicas. No sería “derecho” porque consiste en una mera cortesía internacional como defendieron los autores de las escuelas flamenca y holandesa del siglo XVII, lo que implica admitir que ninguna norma de Derecho Internacional Público común y general obliga a los Estados a elaborar un “código exterior”; no sería “internacional” por cuanto no reglamenta relaciones entre “naciones”, como sinónimo de Estado, sino entre particulares, o un particular y el Estado. Y, en fin, no sería privado porque el sistema de solución del tráfico jurídico privado externo tiene lugar, mayoritariamente, por medio de las *reglas de conflicto* que simplemente como formales que son se limitan, sin más, a señalar o delimitar el ordenamiento jurídico aplicable al supuesto por lo que, en consecuencia, en modo alguno constituyen Derecho Privado sino *público*.¹⁶

Un detenido análisis de una ciencia jurídica como es el Derecho Internacional Privado, cuya problemática comienza ya por su denominación revela, que en éste se ha venido produciendo una profunda transformación a través del tiempo. Ha tenido que actualizarse,¹⁷ lo que no podría ser de otro

¹⁶ Cabe señalar que, al respecto, ya Bluntschli consideraba al Derecho Internacional Privado, como “derecho de conflicto”, situado *casi* en el Derecho Constitucional y, por tanto, susceptible de figurar en la Ley de Leyes de cada Estado.

¹⁷ Al igual que ocurre con el Derecho penal ya que los nuevos avances de la técnica sirven para la aparición de nuevos delitos, así el delito informático, cibernético o *ciberdelito* que tiene lugar en el espacio digital de la telefonía móvil o de Internet, como una nueva forma de delito de estafa a través del *phising* (robo de identidad) en el que el delincuente utiliza sitios web falsos, software de actividades ilegales, *spam*, etc. con la finalidad de conseguir el conocimiento de claves, contraseñas de carácter personal afin de poder obtener informaciones confidenciales como números de tarjetas de crédito, de cuentas bancarias, etc.; los delitos de pornografía infantil, *stalking* y *sexting* para cuya comisión Internet supone un medio apropiado; descubrimiento y revelación de secretos obtenidos de conversaciones o de comunicaciones; falsificaciones documentales, por ejemplo de la firma electrónica, etc., todo lo cual hace que los legisladores tengan de incorporar en los respectivos Códigos penales nuevos tipos algunos antes desconocidos.

modo porque lo que ocurrió en tiempos pasados se vuelve a repetir en la actualidad cada vez en mayores proporciones. A lo largo del siglo XX, y en lo que va del XXI, se han creado, y se siguen creando, multitud de relaciones jurídicas que no afectan a una única sociedad sino que, por el contrario, nacen en número ingente de actividades que afectan a múltiples comunidades humanas pertenecientes a la práctica totalidad de los Estados que forman hoy la Comunidad Internacional. La realidad es que los hombres y mujeres contemporáneos viven una vida que presenta interés más allá de las fronteras de su Estado nacional. Las transacciones y el *commercium* internacional, que se producen entre personas, ya físicas ya jurídicas, es un hecho innegable y supone una intercomunicación, tanto de bienes como de servicios, que hoy no conoce fronteras. Es más, algunas actividades propias de la gran industria que suponen la producción en masa no se pueden enfocar a escala nacional únicamente. El constante avance de la tecnología desde el pasado siglo, que continúa en la actualidad sin detenerse supone, en muchos aspectos una cooperación privada a través de múltiples Estados y lleva a sus habitantes a establecer contactos cada vez más estrechos.

Las personas físicas viajan hoy constantemente por vía aérea trasladándose de un Estado a otro, y de un continente a otro, en vuelos que cada vez tienen lugar en menos tiempo, por lo que puede afirmarse que el desplazamiento de individuos a través de la geografía mundial alcanza hoy grados y condiciones nunca antes imaginados. Se crean sin cesar grandes compañías de transporte terrestre, aéreo y marítimo a efectos de satisfacer las necesidades, cada vez más crecientes, de traslados de personas y bienes resultando casi siempre insuficientes, pese a los progresos y avances que se logran a diario.

Los productos fabricados en un Estado llegan en poco tiempo a mercados de consumo sitios en otros Estados, muchos de los cuales se hallan en otro continente. Las poblaciones de los Estados no son capaces de satisfacer por sí solas las necesidades humanas que cada vez crecen más en el mundo actual. Y es que el intercambio es una realidad que se impone cada día. Ya no tienen sentido los esfuerzos aislados en muchas iniciativas y actividades; se impone el que las sociedades aúnen sus esfuerzos para conseguir metas de bienestar cada vez mayor.

Desde hace años se vienen creando empresas de producción de bienes y servicios que establecen sus agencias fuera de las fronteras del Estado de su nacionalidad, al tiempo que se constituyen sociedades con capitales provenientes de diferentes Estados. Empresas con nacionalidad en un Estado lanzan ofertas de adquisición pública (OPA), en sus variados tipos, sobre otras de distinta nacionalidad con pago de ingentes cantidades de dinero. Sociedades, e incluso Estados en tanto que personas jurídicas privadas, llevando a cabo actos *jure gestionis* (“Governo ente civile”, en la expresión técnica de los tribunales italianos) (CASANOVAS Y LA ROSA, 1997, p. 264), vienen desde hace tiempo adquiriendo en otros Estados grandes extensiones de terreno, ante lo cual cabe preguntarse, por cierto, cuando en el mundo

quedan por descolonizar diecisiete territorios no autónomos¹⁸, si esas compraventas no constituyen una nueva modalidad silente de colonialismo.

De otra parte los aspectos regionales o continentales dominan los planteamientos socioeconómicos, y de esta forma es como se crea la urdimbre en la vida diaria entre personas residentes en Estados distintos. Numerosísimos son los actos jurídicos que se llevan a cabo en un Estado con producción de efectos en otros, y lo mismo cabe decir respecto de bienes y servicios que trascienden de las fronteras de los Estados. Todo esto necesariamente tenía, y tiene, que repercutir, como así sucede de hecho, sobre el Derecho Internacional Privado, que paulatinamente fue avanzando, desde su enraizamiento en el siglo XIX, hacia un estado de coherencia con el desarrollo que vino sucediéndose en la sociedad humana. Así lo veía ya hace medio siglo Silva Alonso (1970, p. 13-14) cuando escribía, en términos generales, que: “el Derecho Internacional Privado (especialmente desde mediados del siglo XIX), ha venido, por su parte, ganando terreno propio y conquistando autonomía”.

A la vista de este contexto no podría olvidarse, además, una circunstancia de sumo interés y que lentamente ha venido incidiendo en el Derecho Internacional Privado. Se trata del impacto que sobre esta rama jurídica han supuesto las organizaciones internacionales, un aspecto que ha sido puesto de relieve por la doctrina en el marco del Derecho Internacional Público. Pero que, en cambio, no ha ocurrido lo mismo en el concerniente al Derecho Internacional Privado, que se ha visto desbordado por una nueva problemática surgida a consecuencia del creciente desarrollo de las citadas organizaciones internacionales, produciéndose un evidente aumento de relaciones jurídicas entre éstas y los individuos así como con los diversos entes sociales, que se traducen en contratos de servicios públicos, de suministro, de construcción, de transporte, de propiedad de bienes inmuebles, de seguros, de propiedad industrial e intelectual, artística y literaria, de contratos bancarios, etc.

Pero estos no son los únicos supuestos en los que está presente el Derecho Internacional Privado pues a ellos se unen los que tienen relación directa con la personalidad jurídica de la organización internacional y sus empleados, frente a terceros por actos que éstos han llevado a cabo, o los relacionados con la propiedad o arrendamiento de inmuebles, así como otros casos similares. Los precedentes y principios que han venido a lo largo del tiempo, especialmente durante el siglo XX, configurando el Derecho Internacional Privado revelan su insuficiencia hoy para resolver con satisfacción para las partes los problemas que plantean tan amplios tipos de transacciones que, a menudo, se han resuelto de modo improvisado teniendo en cuenta criterios políticos en vez de jurídicos, con lo que se dificulta la

¹⁸ Anguila, Bermudas, Gibraltar, Guam, Islas Caimán, Islas Malvinas o Falkland, Islas Turcas y Caicos, Islas Vírgenes Británicas, Islas Vírgenes de Estados Unidos, Monserrat, Nueva Caledonia, Polinesia francesa, Pitcairn, Sahara Occidental, Samoa Americana, Santa Elena y Tokelau, cuya población asciende aproximadamente a 1.725.000 personas. No deja de ser curioso que de los diecisiete territorios en diez de ellos esté presente el Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, en tres Estados Unidos de América, y en dos Francia, por cierto tres Estados miembros permanentes del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas.

formación de un orden jurídico con coherencia que satisfaga y proporcione una estructura jurídica de cara a un nuevo mundo que trasciende los tradicionales límites del Derecho Internacional Privado.

Algunos de los principios se han mantenido y puede afirmarse que se hallan perfectamente enraizados considerándose como quasi “norma consuetudinaria” de Derecho Internacional Privado, lo que sucede tanto en las reglas de fuente internacional como de fuente interna en relación a la aplicación de la *lex rei sitae* a los bienes inmuebles, y en algunas legislaciones siguiendo después el criterio savignyano, también a los muebles. O la *lex contractu* a los contratos comerciales. Pero se constata una falta de estructuras jurídicas para otras muchas cuestiones que han ido apareciendo, como novedad, durante la segunda mitad del pasado siglo como, por ejemplo, la determinación de la ley aplicable a contratos celebrados por organismos internacionales y personas sin relación con ellos; a la responsabilidad por daños causados por organismos internacionales; a delitos cometidos en locales “internacionales”; la aplicación a organismos internacionales y a su personal de la legislación social del Estado; a los derechos de propiedad literaria de dichas organizaciones, o, en fin y la lista no es completa, al domicilio de los funcionarios internacionales, todo lo cual ya ponía de relieve Jenks hace algo más de medio siglo (JENKS, 1968, p. 190-193).

Esta visión global que se presenta pone de relieve hasta qué punto se puede hablar hoy de una “crisis” del Derecho Internacional Privado, la cual no es sino el resultado más que de una evolución, casi de una revolución, algo que percibió tempranamente la doctrina española dentro de la cual Aguilar Navarro afirmó que: “El Derecho Internacional Privado de nuestros días constituye una fase más en la evolución del “tráfico jurídico externo”; es heredero de una tradición y al mismo tiempo está destinado a sufrir una muy acusada transformación para dar paso a fórmulas más aptas, más en consonancia con las exigencias del actual comercio jurídico internacional”, añadiendo que “en los momentos presentes, el Derecho Internacional Privado atraviesa una profunda crisis, que alcanza a sus supuestos sociológicos y políticos y se traduce en una completa revisión doctrinal, metodológica y de política legislativa” (AGUILAR NAVARRO, 1970, p. 3).

b) Base Estructural y Dimensión Conflictualista del Derecho Internacional Privado

Si cualquier ordenamiento jurídico o sistema de Derecho reposa necesariamente sobre una realidad social, el Derecho Internacional Privado no puede ser ajeno a este imperativo y, por tanto, se proyecta sobre normas de sociabilidad humana. Con esto se advierte ya la necesaria existencia de dos grandes cimientos sobre los que tiene su asiento el Derecho Internacional Privado, uno de ellos constituido por la dimensión *sociológica* y el otro por la dimensión *jurídica*. Esto sucede igual en todo Estado en cuanto ha de regular por medio de normas jurídicas las situaciones y relaciones jurídicas entre individuos.

Ahora bien, el plano sociológico, desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado, presenta unos aspectos o características peculiares que trascienden del Estado aisladamente considerado. Y ello es así porque no existe una sola comunidad social sino una propia de cada Estado, lo que significa que cada una de esas “comunidades sociales” posee su propia idiosincrasia lo cual es fundamental a la hora valorar la proyección de sus relaciones jurídicas sobre otras “comunidades sociales” que se asientan en diferentes ámbitos espaciales. Lo que configura un tipo particular de tráfico jurídico distinto del interno: el “tráfico jurídico externo”, o internacional, que evidentemente precisa de una regulación específica, siendo ese el punto básico del que el legislador ha de partir para configurar la política estatal de solución del caso de tráfico jurídico externo. O, dicho de otro modo, para resolver el *cómo* de la realización de la justicia.

Si cada “comunidad social” se identifica con “comunidad nacional” el panorama no es otro que el de una pluralidad de comunidades nacionales, correspondientes a la pluralidad de Estados y, en consecuencia, una pluralidad de sistemas jurídicos, en concreto uno por cada Estado. Es evidente, pues, la interrelación de la realidad sociológica con el plano jurídico siendo ésta el mecanismo generador del Derecho Internacional Privado (LEPAULLE, 1970, p. 19 y ss.), escribiendo al respecto Maridakis que: “el ritmo no es concebible sin reglas”, siendo “estas reglas, sobre las que se modela el ritmo de la vida en común, que se imponen a sí mismos los hombres que viven en sociedad” (MARIDAKIS, 1962, p. 381, la traducción es nuestra).

Tras lo visto puede afirmarse que en el pensamiento de la doctrina, en general, la existencia y necesidad del Derecho Internacional Privado se justifican por estas dos piezas que necesariamente hay que encajar. Por un lado la pluralidad de legislaciones nacionales, lo cual se corresponde con el estadio actual del desarrollo internacional y político del mundo parcelado en Estados soberanos (VERHOEVEN, 1987, p. 23 y ss.), y por otro las relaciones humanas, tan variadas como heterogéneas. Las cuales sea por la conexión de las personas con un ordenamiento jurídico determinado, ya por el lugar de situación del objeto o del desarrollo del acto, ponen de relieve la importancia excepcional de la división territorial del mundo a los efectos de la realización de la justicia, un aspecto atinente a las relaciones humanas, tanto entre personas físicas como jurídicas, que en el pasado siglo llevó a adoptar nuevas formas, lo que no ha pasado desapercibido para la doctrina (LOUSOUARN, 1959, p. 447 y ss.; VIEIRA, 1975, p. 369 y ss.; DEPREZ, 1979, p. 347 y ss.; FERNÁNDEZ ROZAS, 1987, p. 49 y ss.).

El encaje al que se ha hecho referencia presenta una dificultad ante la inexistencia de un hipotético legislador universal que, por encima de los Estados, llegue a resolver el conflicto o colisión de relaciones sociales y de reglas jurídicas. De otra parte la posibilidad de que los legisladores logren un *consensus* con el fin de elaborar una legislación común y uniforme sigue estando muy lejos de conseguirse. Es verdad que, en diversos sectores, la codificación internacional en Europa y América, ha fijado la aplicación de reglas comunes para diversos Estados. Y lo mismo sucede con el Derecho comunitario, con origen en los poderes legisferentes, de la actual Unión

Europea para los veintisiete Estados miembros a que ha quedado reducida, tras hacerse efectivo el “Brexit” del Reino Unido de la Gran Bretaña e Irlanda del Norte, el 31 de diciembre de 2020.

Sin embargo, un Derecho Internacional Privado como es el Derecho Internacional Público común y general no deja de ser una quimera, lo que significa que los “conflictos en el espacio”, contemplados expresamente por algunas legislaciones de la segunda mitad del siglo XX¹⁹, consecuencia de la diversidad de legislación para personas y territorios (Vid., por todos, WENGLER, 1963, p. 279 y ss.), continuarán presentes en los juzgados, o cortes de justicia, de todos los Estados.

En la búsqueda del concepto del Derecho Internacional Privado están presentes muchos factores, algunos de los cuales son extrajurídicos como es el caso de que la superficie del planeta, en gran parte, aparece parcelada en una serie de entes llamados Estados a los que corresponden grupos humanos políticamente autónomos entre sí. Como ha escrito Maridakis la vida de los hombres en sociedad se realiza primeramente por parejas y, posteriormente por círculos progresivamente más amplios, hasta llegar al Estado que “est le plus large de ces cercles, car, de toutes ces sociétés, il est la plus important et contient toutes les autres” (MARIDAKIS, 1962, p. 381).

Pero resultaría simplista hablar únicamente de “división en Estados”, ya que el presupuesto del Derecho Internacional Privado es, precisamente, esa división cualquiera que sea la forma que las colectividades adopten, y ello siempre y cuando, obviamente, esta forma descansa en la soberanía e independencia políticas. En este sentido, como advirtió De Visscher: “el error estriba bien en presentar el sistema político como un estado natural, o incluso necesario, bien en perder de vista los fermentos anárquicos que encerraba la nueva concepción atomística y mecanicista del poder” (DE VISSCHER, 1962, p. 7).

Partiendo, pues, de la base de que el ser humano es un ser social, ello le lleva a agruparse en una serie de estructuras comunitarias, o células sociales más o menos amplias que, a su vez, buscan su propia integración en círculos que llegan a abarcar a toda la humanidad como tal.

Desde esta perspectiva es razonable que la búsqueda del punto de convergencia *final* del Derecho Internacional Público y del Derecho Internacional Privado, se haya expresado doctrinalmente en concepciones como la de Philip Jessup de un “Derecho transnacional”, o como la de Clarence Wilfred Jenks (1972) de un “Derecho común de la humanidad”, un Derecho que en general, en su opinión, por su misma naturaleza tiende a desarrollarse

¹⁹ Así, por ejemplo, Emiratos Árabes Unidos en cuyo Código de las Transacciones Civiles, de 1985, el capítulo primero del Título Preliminar se titula: “Normas relativas a la aplicación de la ley y a su aplicabilidad en el tiempo y en el espacio”; o Burkina Faso cuyo Código de las personas y de la familia, de 16 de noviembre de 1989, en vigor desde el 4 de agosto de 1990, que rotula el Título I como: “Aplicación del Código y Conflictos de Leyes en el Espacio”, vid. ORTIZ DE LA TORRE, 1995, p. 203 y 97, respectivamente.

lentamente por lo que los juristas, en función de su temperamento y experiencia, deben comportarse con prudencia.

Si esa esencia comunitaria del ser humano hallase su natural limitación en las dimensiones del inmediato entorno dotado de una cohesión organizativa social de convivencia, es decir, en la propia “ciudad” o Estado, no existiría el necesario presupuesto para la existencia del Derecho Internacional Privado. Sin embargo, la tendencia social es expansiva y, por lo tanto, el tipo de “ciudad cerrada” no es más que una pura hipótesis que en la realidad resulta imposible. Puede, pues, afirmarse que el carácter necesario de las relaciones interindividuales e intercomunitarias tienen como finalidad y objetivo satisfacer intereses *particulares* constituyendo el ya aludido “tráfico jurídico externo”. O también “comercio internacional”, que representa otro de los presupuestos fácticos y sociológicos del Derecho Internacional Privado. De nuevo hay que insistir en que la “exterioridad” del aludido tráfico jurídico, de la “vida privada internacional”, se fundamenta en la existencia de las fronteras que limitan a las distintas comunidades. Y en la sujeción de éstas a diferentes soberanías. No hay, pues, “aislacionismo” total que se traduciría en un hipotético mundo de Estados incomunicados entre sí que impediría la existencia del Derecho Internacional Privado, pues como acertadamente escribió Alfonsín: “si las sociedades nacionales estuvieran absolutamente aisladas entre sí, toda relación jurídica permanecería dentro del ámbito de alguna sociedad nacional y se regularía por el Derecho Privado nacional correspondiente” (ALFONSÍN, 1955, p. 12), como tampoco hay un “cosmopolitismo” propio de un Estado mundial cuyo “triumfo total [...] con la subsiguiente unificación social y legal realizada a escala universal y de manera total y absoluta, traería consigo la desaparición del Derecho Internacional Privado” (AGUILAR NAVARRO, 1970, p. 10).

El análisis de la aludida vida privada internacional es, por otra parte, fundamental a los efectos de precisar y entender el objeto del Derecho Internacional Privado, porque condicionará forzosamente la respuesta que se dé a un aspecto, desde fines del siglo XIX discutido y generador de distintas tendencias, que es el relativo a su contenido, lo cual se proyecta lógicamente en el Derecho Internacional Privado en tanto que disciplina jurídica.

Es evidente que el particular puede verse inmerso en múltiples relaciones jurídico-privadas, pero igualmente en relaciones jurídico-públicas lo que no significa en este último caso que ello desnaturalice la esencia “privada” de la relación. Pues con independencia de la calificación que en cuanto a su naturaleza reciban las reglas jurídicas que rigen tales relaciones, lo fundamental no reside en que la regla pertenezca al “Derecho Privado” o al “Derecho Público”, sino que reposa en el carácter *particular* que presenta.

Es la *persona* física o jurídica, el *particular*, lo que hay que tener en consideración, ya se halle vinculada en una relación de Derecho privado con otra u otras personas, o en una relación de Derecho público con el Estado. En esta línea señala Aguilar Navarro que: “el trazado del contorno material del Derecho Privado Internacional se transforma, y surgen nuevas respuestas a temas pasados, como el de la significación de las leyes de Derecho Público y las exigencias imperativas en el régimen de la vida privada internacional”

(AGUILAR NAVARRO, 1971, p. 206), añadiendo que la inserción de esa “vida privada internacional” en el entramado de la sociedad internacional es una ineludible consecuencia de la adopción de una “concepción amplia” del Derecho Internacional Privado. Lo cual obliga a replantear el problema de las relaciones de esta rama jurídica con el Derecho Internacional Público. Porque para dicho autor, la idea de “amplitud” no se limita a las materias de Derecho Público y Privado (por ejemplo, Derecho de nacionalidad, Derecho Penal Internacional, o Derecho Civil Internacional, Derecho Mercantil Internacional), sino que va más allá, al aclarar que: “Aludo, por supuesto, cuando hablo de ‘concepción amplia’, a la forma de dar acogida al Derecho Público, a las situaciones catalogadas como pertenecientes al Derecho Público..., y señalo, al mismo tiempo, que en una ‘concepción amplia’ hay que prestar todo el interés que merece la intervención en el comercio privado internacional del Estado y de las Organizaciones internacionales” (AGUILAR NAVARRO, 1971, p. 310). La cada vez más frecuente coincidencia en la regulación del tráfico jurídico privado internacional de pautas y reglas de Derecho Privado y de Derecho Público, reclama planteamientos desde los que lo interdisciplinar venga a resultar un factor básico en el tratamiento de los problemas que se plantean, pensamiento que se adelantó a la Resolución del Institut de Droit International que esta entidad aprobó en su reunión de Wiesbaden celebrada en 1975 (MIAJA DE LA MUELA, 1972, p. 247 y ss.). Y desde la perspectiva docente de gran interés son las palabras de David Cavers poniendo de relieve la pluralidad de cursos, con variedad de títulos, que a comienzos de la segunda mitad del siglo XX tuvieron lugar en las facultades, o escuelas, de Derecho norteamericanas.²⁰

c) El Ordenamiento Jurídico Ante las Relaciones Privadas Transnacionales

Una sociedad humana, como consecuencia de la interacción de las conductas que su existencia y dinámica comportan, no puede concebirse sin el establecimiento de unas normas reguladoras de la convivencia, dotadas a la vez de los necesarios medios para su cumplimiento. Y tampoco puede entenderse una comunidad política soberana sin ese conjunto armonizado de reglas jurídicas que conformen la realidad sociológica que tal comunidad supone. Lo que la doctrina británica puso de relieve hace ya casi sesenta años al considerar que el concepto de Derecho, entendido como un cuerpo de reglas de comportamiento obligatorias, es un elemento esencial en la verdadera existencia de la sociedad, sin el cual dicha sociedad sería

²⁰ Dice él que: “although, in American law schools, separate courses are still offered in the conflict of law and in public international law, a number of new courses have been devised under a variety of titles, one of the most descriptive of which is “Problems of Doing bussines Abroad”. Characteristically, in these courses, the students is obliged to confront, as counsel for transnational bussines must the intertwining network of rules of public international law, private international law, an the municipal law of the countries involved. The coundaries that once separate these legal domains so sharply are now blurred and overlapped. The world’s work does not respect the nice dictinctions of the scholar”, vid. CAVERS, 1970, p. 89.

inconcebible (Vid., por ejemplo, GRAVESON, 1963). Este “conjunto armonizado de reglas jurídicas” que, generalmente, es denominado “sistema jurídico”, compuesto por los concretos preceptos reguladores, los principios que los inspiran así como las reglas para su elaboración, aplicación e interpretación, comprende, además, una diversidad de planteamientos filosóficos y operativos, como respuesta al sentimiento e interpretación de la realidad social que son propios de la idiosincrasia de cada comunidad política soberana. La coexistencia de los Estados, que implica la yuxtaposición de ordenamientos jurídicos autónomos en el mundo, está en la base del, ya aludido, conflicto de leyes en el espacio (Vid., con carácter general, YASSEEN, 1965).

Y este “conflicto de leyes” se fundamenta no sólo en la coexistencia de diferentes sistemas jurídicos sino, especialmente, en la circunstancia de que éstos son distintos en su contenido. Sin embargo, el conflicto, como tal, no reside en esa diferencia de contenido de las normas como algún autor entiende. En efecto, Carrillo Salcedo entiende que “si todos los ordenamientos jurídicos fuesen uniformes y no autónomos y diferentes, no existirían casos y problemas de Derecho Internacional Privado” (CARRILLO SALCEDO, 1971, p. 22).²¹

Es evidente que si el Derecho Internacional Privado fuese un único sistema jurídico universal de reglas materiales los conflictos de leyes no existirían. Pero no es así, por lo que el conflicto existirá aunque las reglas materiales del foro y las extranjeras sean exactamente iguales ya que, perteneciendo a soberanías distintas, el juzgador habrá de “elegir” inexcusablemente una de ellas determinando así cuál de los sistemas jurídicos en presencia concede *eficacia* jurídica a la situación o a la relación jurídica planteada puesto que, desde el punto de vista del foro uno, y sólo uno, de los ordenamientos jurídicos del mundo será el competente para regir la cuestión debatida. De ahí, que la doctrina anglosajona no hable de “regla de conflicto”, sino de “regla de elección” del Derecho aplicable (*rule of choice of law*).

El conflicto, pues, no radica en la diferencia mayor o menor que, evidentemente, puede darse y de hecho se da muy frecuentemente, sino en la actitud del juzgador que habrá de dilucidar cuál de los sistemas jurídicos conectados con el caso es el que ha de elegir para dictar sentencia. Además, la noción de conflicto de leyes no se agota con la pluralidad y variedad de sistemas normativos, ya que éstos poseen su correspondiente “delimitación espacial” en su ámbito de operatividad e influencia o, en expresión de Graulich, constituyen una “sphère juridique” (GRAULICH, 1961, p. 2).

Lo cierto es que, pese a la vocación universalista del Derecho, éste por su propia fundamentación esencial, reposa en una particular interpretación de la convivencia la cual, a su vez, se halla condicionada por múltiples factores (étnicos, históricos, ambientales, etc.) que son propios de la determinada localización geográfica en que el grupo social convive y se desarrolla, como ya pusieron de relieve, en sus respectivos momentos vitales, Montesquieu y Mancini. Como escribió Roberto Ago, el ordenamiento jurídico consiste en

²¹ Vid. también Ziccardi, 1958, p. 395, donde afirma que el Derecho Internacional Privado, sin ser un Derecho de la comunidad internacional “reste portant un droit téléologiquement international”.

un sistema de criterios que corresponde a una determinada sociedad humana una concepción que fue siendo cada vez más admitida por los autores del siglo XX, y que parece hundir sus raíces en la tradición doctrinal.

Concretamente Ago dice que el

ordinamento giuridico è, a sua volta, un sistema di criteri di giudizio, storicamente viviente in una determinata società umana, di cui, mediante le proprie valutazioni, vuole disciplinare e indirizzare l'attività a la vita. Non è un puro ammanso, ma un sistema organico di norme, ordinate, e collegate fra loro da una serie di principii fondamentali e istituzionali, che costituiscono in qualche modo il riflesso della natura e dei caratteri di quella società umana in cui l'ordinamento si concreta (AGO, 1955, p. 2).

Ahora bien, la delimitación espacial de los diversos sistemas jurídicos no debería suponer un obstáculo a lo que el fundador de la escuela moderna del Derecho Internacional, el español Francisco de Vitoria²², denominó *ius communicationis*, porque uno de los puntos sustanciales entre esos sistemas está constituido en el hecho diario de que una relación interpersonal sobrepase la frontera de un sistema, estableciéndose entonces vínculos con otro o con varios ordenamientos jurídicos. En la doctrina española Carrillo Salcedo ha puesto de relieve que:

La esencia del comercio jurídico internacional radica [...] en el desplazamiento material de las personas y de las cosas, de los sujetos y de los objetos del Derecho, a través de fronteras jurídicas y, por ello, la noción de frontera –y más exactamente el desplazamiento de la vida humana de relación a través y por encima de las fronteras- resulta esencial para la comprensión del ser del Derecho Internacional Privado (CARRILLO SALCEDO, 1971, p. 22).

Y, si como señala Yasseen (1965, p. 388), se trata de un paso “des frontières d'un État ou d'un ordre juridique”, es pertinente distinguir entre uno y otro tipo de *frontera*, sin que esta noción tenga que quedar exclusivamente reducida a su dimensión política, ya que “el fenómeno de la pluralidad y diversidad jurídica no se agota en la diversidad y pluralidad de ordenamientos estatales”, en opinión de Carrillo Salcedo (1971, p. 22).

²² La afirmación no es producto de un desmedido chauvinismo sino que corresponde a un americano: James Brown Scott (Kincardina, Canadá, 1866-Annapolis, Maryland, Estados Unidos, 1943), el gran especialista en la obra vitoriana, quien como recuerda Charles Rousseau, escribió en su obra *The Spanish Origin of International Law* que: “Yo, anglosajón y protestante, declaro que Fray Francisco de Vitoria, español, católico y dominico, es el verdadero fundador de la escuela moderna de derecho internacional”, vid. Rousseau, 1961, p. 3, nota 3; de la edición inglesa de Brown Scott existe traducción española: *El origen español del Derecho internacional moderno*, con prólogo de Camilo Barcia Trelles, Universidad de Valladolid, Seminario de Estudios Internacionales “Vázquez de Menchaca”, Talleres Tipográficos “Cuesta”, Valladolid, 1928.

Pero cuando se alude, en Derecho Internacional Privado, a *fronteras jurídicas* y no a fronteras políticas se está tomando partido por una concepción particularmente amplia del Derecho Internacional Privado visto como disciplina jurídica, que plantea la cuestión de incluir en ella problemas suscitados por la coexistencia, dentro de un Estado, de diversos ordenamientos particulares, o, en otras palabras de Estados plurilegislativos o “plurisistemáticos” que, por cierto, son gran mayoría en la Comunidad internacional, ya se trate de Estados federales o Estados unitarios con variedad de legislaciones en función de comunidades, regiones, provincias, municipios u otras divisiones territoriales (BEITZKE, 1955, p. 57 y ss.).

Y la referencia hecha es a legislaciones en función del *territorio*, pero no hay que olvidar que en muchos Estados coexisten legislaciones en función de las *personas*, con lo cual los conflictos internos no solamente se presentan como *interterritoriales*, sino también como *interpersonales*, pero, como señaló Romero del Prado (1961, p. 35-36), “todos presentan la misma naturaleza, pues en ellos se trata de determinar cuál es la ley, entre varias, que se aplicará al caso”, y ante esa variedad Pierre Arminjon llegó a intentar una sustitución del nombre del Derecho Internacional Privado por el de “Derecho Intersistemático” (ARMINJON, 1949, p. 79 y ss.).²³

d) Crisis del Derecho Internacional Privado y Tendencias Filosóficas en la Precisión Conceptual

Se ha querido ver que las dificultades para llegar a concretar el concepto del Derecho Internacional Privado radicaban en la crisis del mismo, que siempre ha estado presente en las corrientes doctrinales (KEGEL, 1964, p. 95 y ss.). Los especialistas, en sus obras, ponen el acento, al definir esta rama jurídica, en distintos aspectos. Se han destacado “las relaciones de los Estados con motivo del conflicto entre sus leyes”, “el conjunto de reglas de Derecho Público y Derecho Privado referentes a cualquier aspecto extranjero”, “las relaciones exclusivamente de Derecho Civil y Derecho Penal”, proyectándose ello en el propio “contenido” de ese sector donde, mientras unos sectores doctrinales lo limitan al “conflicto de leyes”, otros incluyen al lado de éste las reglas sobre “condición de los extranjeros” y, en fin, otros incorporan todas las materias que tienen alguna relación con el concepto de “extranjería”,²⁴ no faltando, por supuesto, autores que pasan por alto la cuestión ante la dificultad que presenta la elaboración del concepto.

La crisis a la que se ha aludido ya se produjo primeramente como consecuencia de la ruptura que se produjo con los planteamientos típicamente estatutarios sin que, a veces, se concretase un planteamiento de nuevo cuño frente a lo que podríamos llamar Derecho Internacional Privado

²³ Precisamente la suma de los conflictos interterritoriales e interpersonales hizo decir a Valladao (1987, p. 30), hace casi treinta y cinco años, que “la pluralidad legislativa es alarmante”.

²⁴ Como señala Ziccardi (1958, p. 377-381), no se llega a conocer plenamente la naturaleza y el contenido del Derecho internacional privado si no se tiene en cuenta que es, ciertamente, un sistema armonioso y suficientemente autónomo, pero no un sistema completamente originario.

“antiguo”. Pero la crisis también se ha revelado en el siglo XX por la transformación que fue sufriendo el Derecho Internacional Privado, es decir, que en dicha centuria ha tenido lugar una crisis en el Derecho Internacional Privado “moderno” lo cual ha sido reconocido por la doctrina. Así escribió Miaja de la Muela (1985, p. 242) que: “es forzoso reconocer que estamos en presencia de una profunda crisis del edificio siete veces secular de las doctrinas conflictuales”, añadiendo que los efectos de tal crisis fueron perfectamente perceptibles como personas capaces en un país que dejan de serlo al pasar una frontera; actos jurídicos realizados honestamente que resultan inválidos fuera del país de celebración; sentencias de imposible ejecución en país distinto a aquel en el *que* fueron dictadas; falta de unos límites objetivos a las excepciones, especialmente a la de orden público, que se oponen a la aplicación de la ley extranjera normalmente aplicable, sin contar con el retroceso operado fuera de la materia conflictual, en el terreno de la nacionalidad y de la condición jurídica del extranjero.

A todo ello han hecho referencia muchos otros autores, porque esa crisis llegó a ser una de las constantes que han tenido ante sí todos los especialistas o cultivadores del Derecho Internacional Privado durante el siglo XX, llegando a ser tema fundamental en la tarea científica, al tiempo que, mientras esto se reconocía, se intentaban arbitrar fórmulas pretendiendo señalar la vía adecuada para llegar a una superación. Y ello sucedió porque los presupuestos del Derecho Internacional Privado “novecentista” cambiaron, como consecuencia de que el mundo precedente vino sufriendo una honda transformación que, obviamente, afectó a este sector jurídico, al igual que ocurrió con otros.

Cuando el Derecho Internacional Privado se originó estaba pensado para un mundo muy distinto al del siglo XX y, por supuesto, a lo que va del XXI, era y es ya antiguo. Se modificaron los presupuestos y también los actores de la vida privada internacional. La evolución de la historia política e internacional produjo su incidencia en el Derecho Internacional Privado.

Vista la cuestión desde el Derecho Internacional Público, a partir del inicio del proceso descolonizador que se inició por las Naciones Unidas desde el momento de su creación, se fue transformando la situación mundial llegando a la Comunidad internacional nuevos Estados, en número nada despreciable, que no tenían intención de plegarse al Derecho Internacional anterior, sino que pensaron convertirlo en un nuevo Derecho Internacional con la idea de que respondiese mejor a los planteamientos de esos nuevos Estados y, por ello, se habló de un “Derecho Internacional Africano” al igual que antes se pretendió un “Derecho Internacional Americano”, sobre el cual, por cierto, la discusión doctrinal se mantuvo ya iniciado el siglo XX.

La crisis que afectó al Derecho Internacional Privado se manifestó en un doble plano, en primer lugar en el plano social ante la aparición de nuevas realidades, entre las que destaca el factor económico, que precisaban de un Derecho nuevo ya que la presencia de sociedades multinacionales vino a revolucionar en profundidad los planteamientos del Derecho Mercantil Internacional, y supuso la gestación y nacimiento de un nuevo Derecho Económico Internacional en cuyo campo los ya citados trabajos de Miaja de la Muela primero, y de Aguilar Navarro después, dejaron una profunda huella

en la doctrina española; en segundo término en el plano metodológico, ya que no sólo surgieron técnicas nuevas para la solución de los problemas propios del Derecho Internacional Privado, sino que, además, en determinados supuestos tales técnicas propendieron a desplazar la solución clásica a través de las reglas de conflicto.

De esta crisis los aspectos que la doctrina destacó como más reveladores pueden reducirse a cuatro: un inicial sentimiento de cansancio intelectual, que se va a transformar después en un explícito reconocimiento de limitación, de incluso escepticismo en cuanto al valor de las grandes construcciones teoréticas; una profunda y aguda revisión del problema económico en su esfera tanto doméstica como internacional, que provocó una marcada inadecuación del sistema jurídico; la esterilidad de las posturas clásicas del dogmatismo metodológico motivada por la incapacidad para responder a las exigencias del momento; y, en fin, el fracaso de los sistemas de política legislativa, que fueron pensados en un tiempo, o momento, en el cual la socialización e internacionalización de la vida no había alcanzado la plenitud a la que después llegó (AGUILAR NAVARRO, 1983, p. 3-4).

Al intentar concretar el concepto, y más específicamente la definición, del Derecho Internacional Privado una nueva dificultad se presentó a la doctrina, cada vez más creciente, en esta rama jurídica. En este orden de ideas las dificultades se acrecentaron, hasta la caída del muro de Berlín en la noche del 9 de noviembre de 1989, por el hecho tras la segunda Guerra Mundial de la división no solamente de Europa, sino del planeta en dos sistemas ideológica y políticamente incompatibles y enfrentados. Y en este sentido la crisis del Derecho Internacional Privado no sólo se sintió por la doctrina occidental sino que ocurrió lo propio también en la doctrina del campo, hoy desaparecido, social-marxista. Los autores “occidentales” partieron de planteamientos que eran los tradicionales, aunque sometidos a profunda revisión, mientras que, por el contrario, los autores del “Este” iniciaron siempre sus exposiciones sobre el Derecho Internacional Privado partiendo de unas bases radicalmente distintas ya que, por citar un ejemplo, su concepción de la familia y de propiedad, tenía que estar en consonancia con los planteamientos generales imperantes en el mundo socialista y marxista, deduciéndose de la lectura de cualquier manual publicado allende el “telón de acero” que sus autores, antes de abordar los problemas propios del Derecho Internacional Privado, partían de unos planteamientos netamente políticos, como sucede en obras como las de Pereterski-Krilow (1962), Reczei (1960), Lunz (1973, 1975 y 1976) y Koutikov (1976), entre otras,²⁵ aspecto sobre el que se insistirá más adelante.²⁶

²⁵ Con anterioridad a 1950 es relevante Makarov, 1931, p. 473-604; Makarov, 1933; también, Raevich, 1935.

²⁶ Por lo demás, existía unanimidad sobre cuáles eran las reglas de Derecho internacional privado: todas las que regulaban relaciones jurídicas con puntos de conexión con los diversos sistemas jurídicos estatales; como señaló Istvan Szaszy: “C’est un point sur les auteurs soviétiques et ceux des démocraties populaires son tous d’accord”, vid. su estudio: *L’évolution des principes généraux du droit international privé dans les pays de démocratie populaire*. En: *Revue Critique de Droit international Privé*, LII-I (1963), p. 8; el predominio de las ideas políticas se produce igualmente en otros muchos autores del mundo social-marxista como D. Ramzaitsev, A. Garnefsky, A. Uschakow, H. Wiemann, etc.

Los autores siguen diferentes criterios al exponer las tendencias sobre la definición conceptual del Derecho Internacional Privado, pudiendo señalarse principalmente tres: la que adscribe el Derecho Internacional Privado a un orden jurídico supranacional; la que lo incardina en el orden jurídico interno; y, en fin, la que, prescindiendo de un orden jurídico determinado, le atribuye un lugar autónomo en el cuadro general del Derecho, las cuales se identifican, respectivamente, como teorías supranacionalistas, nacionalistas y autonómicas (YANGUAS MESSÍA, 1971, p. 105).

Hay autores, por otro lado, como Aguilar Navarro (1983, p. 387-388), que presentan sus planteamientos con un criterio que podría considerarse geográfico. Según este autor los principales círculos que se presentan a considerar son el constituido por el pensamiento europeo occidental, heredero más directamente de las grandes construcciones teóricas del pasado; el círculo jurídico anglosajón, dentro del que podría separarse el núcleo de la doctrina norteamericana del siglo XX, advirtiendo que este conjunto de autores participa de una misma concepción del Derecho que, naturalmente, repercute en el ámbito del Derecho Internacional Privado; y la citada doctrina de los países entonces socialistas que constituyó un círculo de pensamientos jurídicos internacionales, al que cabría agregar círculos donde se polarizaron las actitudes doctrinales como el correspondiente a los países descolonizados, que a lo largo de la segunda mitad del siglo XX se revelaba reducido en sus aportaciones, y el círculo de los países iberoamericanos donde la doctrina ha presentado especial relevancia, círculo, por cierto, en el que participaron también, como en el europeo occidental, las actitudes doctrinales españolas.

Desde esta perspectiva se puede aludir, especialmente, a las doctrinas europeas y americanas. Tanto en Europa como en América las doctrinas de Derecho Internacional Privado se sustentan en el planteamiento clásico, lo que significa que su origen se sitúa en las escuelas estatutarias que se sucedieron en los diversos países europeos, pasando por las doctrinas clásicas del siglo XIX, concretamente por las tres fundamentales de los autores, ya citados, Story, Savigny y Mancini. Si se siguen las líneas doctrinales desde comienzos del siglo XX se comprobará que el Derecho Internacional Privado ha oscilado entre dos polos, por un lado la tendencia internacionalista y, por otro, la nacionalista, con ilustres representantes en ambas aunque ninguna llegó a ser dominante de manera definitiva. En efecto, la primera, por utópica, que se formulaba en un mundo dominado fuertemente por el nacionalismo; la segunda, por inadecuada para solucionar toda una serie de problemas de Derecho Internacional Privado que se planteaban en una proyección internacionalista. Y si realmente fue consolidándose el nacionalismo en las últimas décadas del siglo XX, se manifestó también un nuevo internacionalismo realista, y no meramente utópico, como el que se mantuvo por autores precursores de la doctrina finisecular.

Batiffol en la doctrina francesa y Miaja de la Muela y Aguilar Navarro en la española pueden citarse como situados en esa línea. El autor francés señaló que el desarrollo del Derecho Internacional Privado sugería la idea de tendencia hacia un orden de sistemas, en el sentido de elaborar una *coordinación* de los existentes, con la finalidad de sujetar a un régimen definido las relaciones privadas que, por su carácter internacional, se

presentan vinculadas simultáneamente a varios sistemas jurídicos diferentes (BATIFFOL, 1956, p. 19). Por su parte, Miaja de la Muela observaba que se trata de un internacionalismo de carácter realista no ignorante del hecho de que el Derecho Internacional Privado estaba entonces operando, casi exclusivamente, como una rama del Derecho interno de cada Estado, lo que no impedía, para él, la posibilidad de poder agregársele algunos principios y reglas de fuente u origen internacional (MIAJA DE LA MUELA, 1985, p. 30), línea en la que en su día se situó también, como se ha dicho, Aguilar Navarro para quien el Derecho Internacional Privado responde a una realidad socio-jurídica que se perfila sobre distintas perspectivas como un *substratum* ético, moral y político que le configura ontológicamente; una realización socio-cultural que se va configurando en el tiempo y corresponde a un verdadero sistema de valores, de principios sociales y de fuerzas colectivas; una justificación funcional que únicamente se puede sustentar en una forma concreta de aplicación y eficiente resultado; y, una cuarta perspectiva en la que se observa la técnica peculiar y la instrumentación, tanto legal como judicial, que individualiza el Derecho Internacional Privado en el conjunto de las ciencias jurídicas (AGUILAR NAVARRO, 1983, p. 6-7).

Por lo que se refiere al grupo de doctrinas anglosajonas no resulta fácil determinar los caracteres que las diferencian entre sí, y frente a la doctrina europea continental. La razón estriba no sólo en que sus caracteres aparecen, en ciertos casos, desdibujados, sino porque, además, las doctrinas norteamericanas se hallaban en constante evolución por lo que establecer sus caracteres en esas condiciones suponía una complicación.

Graveson (1963, p. 402) partió de una ortodoxia metodológica entendiendo que la sociedad está regida por un conjunto de reglas obligatorias, pero que, a la vez, y dado que el mundo está dividido en sociedades nacionales diferentes, tales reglas obligatorias irán dirigidas únicamente a un área concreta. El problema, en realidad, aparece cuando se trata de una relación jurídica vinculada, de una u otra forma, a diferentes sistemas jurídicos y el autor sostiene que la existencia de una sociedad internacional presupone, necesariamente, la existencia de un cuerpo de normas de conducta cuya observancia es obligatoria para todos, sin excepción. Así visto, en la base del sistema, tal como Graveson lo concibe, se sitúan no sólo planteamientos filosóficos sino la propia idea de justicia y equidad.

En cuanto a la doctrina norteamericana aparece en ella una corriente englobada bajo el rótulo genérico de *realismo* cuyo principal mantenedor fue David Cavers para el cual el método conflictual es una pura mecánica que no considera los resultados a que puede llevar la aplicación indiscriminada de las reglas de conflicto o, dicho de otro modo, que el método conflictual no conoce cuál es la ley material que va a dar solución al caso, lo cual puede llevar a resultados injustos o totalmente absurdos. En consecuencia, el autor norteamericano impugna el método conflictual sosteniendo que el juez no puede someterse a ese sistema de pura mecánica legal, sugiriendo un método nuevo, el de la “elección judicial de ley”, según el cual el juez, en una primera fase, habrá de analizar las relaciones jurídicas teniendo en cuenta la totalidad de sus elementos, para pasar posteriormente a considerar las posibles soluciones materiales para el caso debatido. Y en una última fase

elegir la ley material que resulte más en consonancia con la justicia completa que ha de administrarse en ese caso, pasando a aplicarla en su sentencia.

Este método, obviamente, lo que permite es una absoluta libertad del juez en la determinación de la ley aplicable lo que podría dar lugar a soluciones arbitrarias, por lo que el propio Cavers (1965) intentó limitarlo estableciendo unos principios de preferencia, que servirían de guía al juez, a los efectos de que éste determine la ley material más justa aplicable a ese caso. Sobre las doctrinas norteamericanas, vid. Wiggy, 1932; Wiggy y Brockelbank, 1937; también, Hanotiau, 1979; Ortiz de la Torre, 1992, p. 481 y ss.

Varios son los autores más representativos de la doctrina norteamericana que contribuyeron con teorías, podría afirmarse que revolucionarias, en el sector del Derecho Internacional Privado: W. W. Cook, E. Lorenzen, J. Beale, B. Currie, R. Leflar, W. L. M. Reese, etc. De ese fecundo plantel elegimos la doctrina de E. Ehrenzweig para quien la *lex fori* ha sido la ley de aplicación usual en el Derecho Internacional Privado y entiende que es ésta la que debe ser siempre aplicada, salvo en el supuesto de que por expresa disposición de la propia *lex fori* deba recibir aplicación una ley extranjera.

No rechaza, pues, el método conflictual sino que su idea va dirigida hacia el predominio de la ley del foro. Una doctrina que, no obstante, dejar abierta la posibilidad de aplicar leyes extranjeras ha recibido críticas de unos detractores que sostienen que, en definitiva, niega la misma esencia del Derecho Internacional Privado, ya que su finalidad última no es aplicar la ley que resulte de lo dispuesto por las reglas de conflicto, sino la de aplicar *siempre* la ley del tribunal que conoce del proceso. En definitiva, podría decirse que, si bien la doctrina británica mantiene un concepto tradicional, por la influencia de la doctrina continental europea, la norteamericana, en cambio, viene a impugnar, con más o menos decisión, el método conflictual, y se inclina más claramente hacia la aplicación de la ley del foro.

Y en esta somera pincelada general sobre la diversidad de enfoques doctrinales, con la intención de precisar el *qué* y el *como* del Derecho Internacional Privado, el panorama no estaría completo sin una nueva alusión a lo que representó en el siglo XX la doctrina del hoy desaparecido “mundo socialista”. En estos años iniciales del siglo XXI la escisión de bloques ha desaparecido, sin embargo, a los efectos de la búsqueda conceptual del Derecho Internacional Privado, la historia está ahí y es imborrable. En todos los autores de este antiguo sector podría observarse un planteamiento relativamente homogéneo, si bien en algunos puntos se separase netamente del planteamiento en el campo opuesto, es decir en el entonces “mundo occidental”, ya que el punto de partida se situaba en diferentes bases políticas.

A partir de la revolución rusa de 1917 se comenzó a gestar lentamente la doctrina socialista sobre el Derecho Internacional Privado que, tras la segunda Guerra Mundial, se extendió a los Estados de la Europa oriental que estaban organizados como “democracias populares”, y solamente cuando, a partir de la publicación en lengua alemana, en 1961, de la “parte general” de Lunz, la que siguieron las de Pereterski, Krylov, Reczei y Szaszy, algunas ya citadas anteriormente, en diferentes lenguas occidentales, fue posible advertir, en los países en que éstas se hablan, un cuerpo doctrinal bastante

coherente con las ideas de los juristas de aquel mundo socialista que, como señala Miaja de la Muela, en muchos aspectos difiere menos de lo que pudiera pensarse de las tendencias dominantes en el “mundo occidental” en la segunda mitad del siglo XX (MIAJA DE LA MUELA, 1985, p. 219).

Mientras en el campo occidental la doctrina de Derecho Internacional Privado estuvo condicionada por planteamientos políticos difusos, nunca impuestos desde el poder, y dado que tales planteamientos no sufrieron sustanciales variaciones el resultado fue que en esa doctrina se puede advertir una clara ruptura, por el contrario, en el que fuera campo “social-marxista” no ocurrió lo mismo ya que planteamientos políticos nuevos hicieron variar decisivamente los pensamientos doctrinales, si bien hay que reconocer que tanto el método como la problemática tradicionales continuaron manteniéndose allí.

En la doctrina española se detuvo también en este sector Aguilar Navarro que destaca cómo la concepción del Derecho Internacional Privado de los Estados socialistas reposa en una caracterización eminentemente política. El Derecho es un elemento de la “superestructura” y sus reglas fijaron las tensiones existentes y los caracteres económicos de base, así la reglamentación del tráfico jurídico externo posee un sentido “instrumental”, manifestándose en ella, de forma aguda, las tensiones políticas, al quedar constituido su objeto por relaciones internacionales de lucha y de cooperación entre los Estados.

El sentido político del Derecho Internacional Privado queda reafirmado al separarse las relaciones internacionales en dos grupos: las que se conformaron entre países socialistas y las que se establecieron entre países socialistas y países capitalistas (AGUILAR NAVARRO, 1983, p. 423). La similitud, en la dimensión técnico-jurídica, con la doctrina occidental hizo posible que tal doctrina pudiese practicar la “coexistencia” con las doctrinas del mundo occidental, aunque al mismo tiempo, los supuestos políticos de base marcaran los límites de tal “coexistencia” científica, y señalaran las divergencias en la manera de concebir el concepto y la función del Derecho Internacional Privado. En síntesis, las diferencias, se insiste, tenían por base concepciones puramente políticas, pero no técnico-jurídicas, por ello, por poner un ejemplo, la aplicación de la cláusula de orden público internacional quedó reducida a la mínima expresión en la relaciones jurídico-privadas que se dieron cuando los Estados pertenecían al bloque “oriental”, mientras que, por el contrario, operó de modo mucho más intenso cuando en tales relaciones jurídicas estaban presentes esos Estados y los pertenecientes al entonces bloque “occidental”.

4 CONSIDERACIONES FINALES

En una síntesis selectiva, como no podría ser de otro modo, se ha intentado presentar apretadamente una diversidad de puntos de vista susceptibles de modelar la conceptualización del Derecho Internacional Privado como rama jurídica, con su propia identidad, dentro del cuadro que configura la ciencia del Derecho y, dentro de ésta como disciplina.

La autonomía del Derecho Internacional Privado reposa en una diversidad de factores y, como escribió Aguilar Navarro, no puede basarse únicamente en la realidad social acotada como objeto, sino que “tiene que darse igualmente en la construcción teórica y en el funcionamiento técnico” (AGUILAR NAVARRO, 1974, p. 21). Una vez concretado el dato fundamental y clave sobre el *ser* del Derecho Internacional Privado que radica, como se ha expuesto, en la vida privada internacional regulada por el Derecho, es decir, en el tan repetido “tráfico jurídico privado externo”, la posición filosófico-doctrinal que se tome en cuanto a su ordenación, o reglamentación, técnico-jurídica afecta por sí misma al conjunto de problemas que se presentan para la precisión conceptual de esta rama científica.

El conflicto de leyes tradicional a lo largo de la historia, en el siglo XX se vio desbordado porque al lado de las personas físicas, entre las que tal conflicto se planteaba, se multiplicaron las personas jurídicas multinacionales, y aumentó considerablemente el número de Estados y de organizaciones internacionales, entre otros factores, lo que hizo que a finales del pasado siglo los principales conflictos quedasen ya configurados como “conflictos de civilizaciones”, por utilizar la terminología del profesor de la Universidad de Harvard S. P. Huntington.

La crítica que en los últimos lustros del siglo XX se dirigió contra el exceso de formalismo en el Derecho Internacional Privado sitúa al internacionalista de hoy ante la dimensión técnica, concretamente ante el método conflictual en tanto que monopolizador históricamente en la ordenación jurídica del tráfico jurídico privado externo.

Como se ha perfilado, el concepto del Derecho Internacional Privado no puede escapar a la oposición existente, ya desde fines del siglo XIX, entre la llamada “concepción estricta” típica, desde Franz Kahn, en la mayoría de la doctrina alemana y la “concepción amplia” de esta ciencia desde su formulación por Antoine Pillet seguida por la casi generalidad de la doctrina francesa y la de otros países, concepciones a las que se une la “intermedia”, que ha tenido su círculo principalmente en la doctrina italiana, concepciones han sido recibidas por la comunidad científica internacional.

De otra parte, está el “comercio privado internacional”. La idea general es que la realidad que informa la vida privada internacional es compleja y, en cierto sentido, contradictoria ya que por un lado está la pertenencia del individuo a una colectividad política concreta y, por otro, a la sociedad humana en general abstracción hecha de las fronteras estatales. De ahí que la teoría de la doble naturaleza del Derecho Internacional Privado tenga, en esa dualidad de planos, su raíz auténtica.

Otro aspecto de gran interés es que la problemática general que presenta la conceptualización del Derecho Internacional Privado no atañe solamente a las soluciones que reciban las diferentes cuestiones inmersas en el tráfico jurídico externo, sino que afecta indudablemente al problema de las fuentes. Por su parte, en 1974, Kahn-Freund planteó la cuestión de si el Derecho Internacional General, con independencia de ser fuente de limitaciones a la competencia judicial y legislativa de los Estados, que se traducen en unas “restrictive conflict rules”, puede serlo igualmente de reglas de conflicto

afirmativas, “affirmative conflict rules” (KAHN-FREUND, 1974, p. 165 y ss.), una idea de importante valor puesto que en el Derecho Internacional Privado no se buscan, en términos generales, unos principios y directrices de los que se pueda deducir el “contenido” de las reglas de Derecho Internacional Privado, sino más bien unos límites que lleven a que las reglas de Derecho Internacional Privado en vez de resultar arbitrarias sean justas, a fin de que cumplan la misión para la que están dictadas (CARRILLO SALCEDO, 1971, p. 31).

Desde una perspectiva más amplia se llegó a observar que el sentido ecuménico que presenta la vida humana es justamente lo que entraña la proyección supranacional, que asume la síntesis de lo particular a lo universal, llamando la atención sobre cómo, además, el Derecho Internacional Privado se ha visto condicionado en su larga evolución por los cambios que se han experimentado en las formas de hacerse realidad el fenómeno de la organización en la comunidad internacional (AGUILAR NAVARRO, 1983, p. 10 y ss.).

Los trazos que preceden, a muy grandes rasgos, presentan el enlace doctrinal como un aspecto que puede ayudar a configurar un concepto preciso del Derecho Internacional Privado. A finales del pasado siglo no se trataba ya de que determinados campos como el Derecho de nacionalidad y el Derecho de extranjería pudiesen formalmente pertenecer al sector del Derecho Público sino, además, de que el problema de la ley aplicable no podía quedar ya ceñido únicamente al terreno del Derecho Privado, ni en lo atinente a las leyes de aplicación inmediata (por cierto reglas respecto de las cuales Francescakis (1966, p. 1-18; y también 1967, p. 691-698) planteó cómo esa categoría normativa podría servir para resolver las dificultades que, en Derecho Internacional Privado, suscita la distinción entre Derecho Público y Derecho Privado), ni en lo relativo a la factible proyección de la técnica conflictual a reglas o leyes que, dentro del ordenamiento jurídico conectado, regulan materias pertenecientes al Derecho Público.

Es una realidad la creciente intervención del Estado en situaciones y relaciones propias de la vida privada internacional, como también lo es que cada vez es más difícil el deslinde entre los campos del Derecho Privado y del Derecho Público, lo cual ha llevado a adoptar criterios progresivos, al tiempo que realistas, en lo atinente a la consideración que tiene el “lugar” del Derecho Público en el marco del Derecho Internacional Privado.

No habría que olvidar que ya antes de 1975 Lalive, en lo relativo al posible juego del Derecho Público en el funcionamiento de los mecanismos conflictuales, puso de relieve cómo, en razón a la creciente imbricación de esos dos grandes sectores jurídicos, e igualmente por las exigencias de la sociedad internacional actual, en materia de tráfico jurídico, así como la necesidad de una estrecha colaboración internacional, era preciso un nuevo replanteamiento de la cuestión (LALIVE, 1971, p. 134-135).

Son múltiples, pues, los aspectos que se concentran a la hora de intentar precisar *qué* fue anteriormente y *qué* es el Derecho Internacional Privado en el mundo de hoy, de los que solamente algunos han sido apuntados aquí. La doctrina continúa en lo que va de siglo XXI intentando acotar y precisar el

concepto de Derecho Internacional Privado en función de la evolución que sufre el mundo en todos sus campos, valga la cita de uno sólo de ellos como es el intenso y constante flujo migratorio que tiene lugar sobre las costas europeas, y también en América hacia Estados Unidos. En prácticamente todo está presente el Derecho Internacional Privado, pudiendo afirmarse que no ha perdido actualidad la idea de Bruno Oppetit (1992, p. 331 y ss.) en el sentido de que el Derecho Internacional Privado es un “droit savant” o, más concretamente, un “droit omniscient”, por ello, sin perder la perspectiva histórica, el Derecho Internacional Privado hoy no puede contemplarse desde el exclusivo prisma de la especialidad como si de un compartimento estanco se tratara. Filosófica y científicamente debe contemplarse con una amplitud que abarque la totalidad del Derecho.

Hace muchos años que el profesor brasileño Rodrigo Otávio de Langgaard Menezes, afirmó que el Derecho Internacional Privado era el “derecho nuevo” de la “sociedad nueva que aparece” (Vid. la cita en VALLADAO, 1987, p. 27). Una afirmación que sigue teniendo todo su valor, porque se actualiza en función de los desarrollos y avances de la sociedad humana en general.

En este sentido, en los últimos años del pasado siglo la eminente penalista francesa Mireille Delmas-Marty publicó dos libros: *Le flou du droit* (París, 1986), reeditado en 2004, y *Pour un droit commun* (París, 1994),²⁷ y la idea que transmite es que las normas jurídicas cada vez son más numerosas, que la ley ya no resulta ser la fuente única del Derecho, que la famosa pirámide kelseniana ya no refleja hoy la realidad, y que, por lo tanto, se debe empezar a pensar y concebir el Derecho de un modo diferente. Es decir, admitir que si el Derecho ha cambiado los juristas tienen necesariamente que cambiar en cuanto al modo de abordar los problemas que el ordenamiento jurídico ha de resolver, puesto que el Derecho está hecho por los seres humanos para regular sus propias conductas y, lejos de carecer de valor científico, como defendió Kirchmann y sus seguidores, reposa en unas esencias permanentes siendo así que en el Derecho Internacional Privado, como en el Derecho Internacional Público, es indispensable la acción de la doctrina a efectos de interpretar, construir y sistematizar ese sector del ordenamiento jurídico, siempre en constante evolución y progreso.

Y todo esto, sin duda, no puede resultar ajeno a la estructura, esencia y concepto del mismo.

REFERENCIA

AGO, Roberto. Le premières collectivités interétatiques méditerranéennes. En: **Liber amicorum**: estudios jurídicos en homenaje al Prof. Dr. Antonio Rodríguez Sastre. Madrid: International Law Association, Sección Española, 1985.

²⁷ Vid. recensión de Marie Laure Martínez Pralong. En: **Revista Chilena de Derecho**, v. 32, núm. 2, p. 381-403, 2005.

AGO, Roberto. **Lezioni di diritto internazionale privato**. Milano: Giuffrè, 1955.

AGUILAR NAVARRO, Mariano. **Derecho internacional privado: introducción y fuentes**. v. I. t. I. Madrid: Ed. Universidad de Madrid, 1983.

AGUILAR NAVARRO, Mariano. **Derecho internacional privado: introducción y fuentes**. v. I. t. I. 3. ed. Madrid: Ed. Universidad de Madrid, 1970.

AGUILAR NAVARRO, Mariano. **Derecho internacional privado: parte primera (naturaleza del derecho internacional privado)**. v. I. t. II. Madrid, 1974.

AGUILAR NAVARRO, Mariano. El derecho privado internacional futurible. En: **Anuario de Ciencia Jurídica**, v. 1, n. 2, Madrid, 1971.

AGUILAR NAVARRO, Mariano. **Lecciones de derecho internacional privado: introducción y parte general**. v. I. t. I. 2. ed. reformada. Madrid, 1963.

ALFONSÍN, Quintín. **Curso de derecho privado internacional: teoría del derecho privado internacional**. v. I. Montevideo: Ed. Universidad de la República Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1955.

ARMINJON, Pierre. Les systèmes juridiques complexes et les conflits des lois auxquels ils donnent lieu. En: **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye**, París, Ed. Collected Courses of the Hague Academy of International Law, n. I, 1949.

BARILE, Giuseppe. **Funciones e interpretaciones del derecho internacional privado en una perspectiva histórica**. Traducción de Alejandro Herrero Rubio. Valladolid: Universidad de Valladolid/ Cuadernos de la Cátedra "Dr. James B. Scott", 1965.

BATIFFOL, Henri. **Aspects philosophiques du droit international privé**. París: Dalloz, 1956.

BEITZKE, Gunther. Droit international privé et droit interregional privé. En: **Revue Héliénique du Droit Interregional Privé**, p. 141-147, abril-diciembre 1955.

BENEDETTO, Maria Ada. Bartolo da Sassoferrato. En: AZARA, Antonio; EULA, Ernesto (Ed.). **Novissimo digesto italiano**. t. II. 3. ed. Torino: Utet, 1968.

BOUTIN ICAZA, Gilberto. Sobre la ideología del nuevo código de derecho internacional privado panameño. En: **Anuario Español de Derecho Internacional Privado**, Madrid, Ed. Iprolex, t. XIII, p. 735-746, 2013.

CARRILLO SALCEDO, Juan Antonio. **Derecho internacional privado**. 2. ed. Madrid: Tecnos, 1971.

CASANOVAS Y LA ROSA, Oriol. La inmunidad del estado. En: DÍEZ DE VELASCO, Manuel et al. **Instituciones de derecho internacional público**. 11. ed. Madrid: Tecnos, 1997.

CAVERS, David Farquhar. Contemporary conflicts law in american perspective. En: **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye**, París, Ed. Collected Courses of the Hague Academy of International Law, t. 131, n. III, 1970.

CAVERS, David Farquhar. **The choice-of-law process**. Ann Arbor: University of Michigan Press, 1965.

DE CASTRO, Federico. **Derecho civil de España**: parte general: libro preliminar: introducción al Derecho Civil. t. I. 3. ed. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1955.

DEPREZ, Jean. Droit international privé et conflits de civilizations: aspects méthodologiques. En: **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye**, París, Ed. Collected Courses of the Hague Academy of International Law, t. 164, n. III, 1979.

DE VISSCHER, Charles. **Teorías y realidades en derecho internacional público**. Traducida por Pablo Sancho Riera. Barcelona: Bosch, 1962.

FALLON, Marc. La nueva ley belga conteniendo el código de derecho internacional privado. En: **Revista Española de Derecho Internacional (REDI)**, Madrid, Ed. Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, v. 56, núm. 2, julio-diciembre, 2004.

FERNÁNDEZ ARROYO, Diego P. **La codificación del derecho internacional privado en América Latina**. Madrid: Beramar, 1994.

FERNÁNDEZ ROZAS, José Carlos. Los movimientos migratorios y la nueva configuración del tráfico externo. En: **Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional**, Granada (España), Ed. Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, v. 8, 1987.

FOELIX, Jean Jacques. **Traité du droit international privé ou du conflit des lois de différentes nations en matière de droit privé**. París: Marescq Aine et Dujardin, 1843.

FOELIX, Jean Jacques. **Traité du droit international privé ou du conflit des lois de différentes nations en matière de droit privé**. 2. ed. París: Marescq Aine et Dujardin, 1847.

FOELIX, Jean Jacques. *Traité du droit international privé ou du conflit des lois de différentes nations en matière de droit privé*. En: **Revista General de Legislación y Jurisprudencia**. t. I. Madrid, 1860. (Traducción al español por los directores de la Revista).

FOELIX, Jean Jacques. *Traité du droit international privé ou du conflit des lois de différentes nations en matière de droit privé*. En: **Revista General de Legislación y Jurisprudencia**. t. II. Madrid, 1861. (Traducción al español por los directores de la Revista).

FRANCESCAKIS, Phocion. *Lois d'application et règles de conflit*. En: **Rivista di Diritto Internazionale Privato e Processuale**, Pádova, Ed. Cedam, 1967.

FRANCESCAKIS, Phocion. *Quelques précisions sur les lois d'application immédiate et leurs rapports avec les règles de conflit de lois*. En: **Revue Critique de Droit international Privé**, París, Ed. Sirey, 1966.

GIBERT, Rafael. *Recensión a la obra de Martim de Alburquerque: Bartolo e bartolismo na história do direito português*. Separata del Boletim do Ministerio da Justiça, n. 304, 1981. En: **Anuario de Historia del Derecho Español** (AHDE). t. LIII, 1983.

GOLDSCHMIDT, Werner. **Sistema y filosofía del derecho internacional privado**. t. I. 2. ed. Buenos Aires: Europa-América, 1952.

GOLDSCHMIDT, Werner. **Sistema y filosofía del derecho internacional privado**. t. II. Buenos Aires: Europa-América, 1954a.

GOLDSCHMIDT, Werner. **Sistema y filosofía del derecho internacional privado**. t. III. Buenos Aires: Europa-América, 1954b.

GRAULICH, Paul. **Principes de droit international privé: conflit de lois, conflit de juridictions**. París: Dalloz, 1961.

GRAVESON, Ronald Harry. *Comparative aspects of the general principles of private international law*. En: **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye**, París Ed. Collected Courses of the Hague Academy of International Law, t. 109, n. II, 1963.

GUTZWILLER, Max. *Le développement historique du droit international privé*. En: **Recueil des cours de l'Académie de Droit International de La Haye**, París, Ed. Collected Courses of the Hague Academy of International Law, t. 29, n. IV, p. 291-400, 1929.

HANOTIAU, Bernard. **Le droit international privé américain: du premier au second restatement of the law, conflict of laws**. París: L.G.D.J. / Bruxelles: Émile Bruylant, 1979.

JENKS, Clarence Wilfred. **El derecho común de la humanidad**. Traducción española de M. T. Ramírez de Arellano. Madrid: Tecnos, 1968.

JENKS, Clarence Wilfred. **Justicia social en el derecho de las naciones**. Madrid: Tecnos, 1972.

JITTA, Josephus Daniel. **Método de derecho internacional privado**. Traducción española por Joaquín Fernández Prida. Madrid: La España Moderna, [190?].

KAHN-FREUND, Otto. General problems of private international law. En: **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye**, París, Ed. Collected Courses of the Hague Academy of International Law, t. 143, n. III, 1974.

KEGEL, Gerhard. The crisis of conflict of laws. En: **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye**, París, Ed. Collected Courses of the Hague Academy of International Law, t. 112. n. II, 1964.

KERNIG, Claus D. (Dir.). **Marxismo y democracia: derecho**. v. 1. Traducción española. Madrid: Rioduero, 1975.

KOUTIKOV, Vladimir. **Derecho internacional privado de Bulgaria** (en búlgaro). Sofía, 1976.

LALIVE, M. Pierre. Sur l'application du droit public étranger. En: **Annuaire Suisse de Droit International**, Zurich, Editions Polygraphiques, v. XXVII, p. 103-142, 1971.

LEPAULLE, Pierre. Les réalités sociales et le droit international privé. En: **Travaux du comité français de droit international privé (1966-1969)**. París: Dalloz, 1970.

LEWALD, Hans. Conflits de lois dans le monde grec et romain. En: **Revue Critique de Droit International Privé**, París, Ed. Sirey, v. LVII, n. 3, p. 420-422, 1968.

LOUSOUARN, Yvon. La condition des personnes morales en droit international privé. En: **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye**, París, Ed. Collected Courses of the Hague Academy of International Law, t. 96, n. I, 1959.

LUNZ, Lazar Adolfovitch. **Curso de derecho internacional privado** (en ruso), Iouriditcheskia literatura. t. I. Moscú, 1973.

LUNZ, Lazar Adolfovitch. **Curso de derecho internacional privado** (en ruso), Iouriditcheskia literatura. t. II. Moscú, 1975.

LUNZ, Lazar Adolfovitch. **Curso de derecho internacional privado** (en ruso), Iouriditcheskia literatura. t. III. Moscú, 1976.

MAKAROV, Alexander Nikolaeviè. Conception du droit international privé d'après la législation et la doctrine russes (U.R.S.S.). En: **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye**, París Ed. Collected Courses of the Hague Academy of International Law, t. 35, n. I, 1931.

MAKAROV, Alexander Nikolaeviè. **Précis de droit international privé d'après la législation et la doctrine russes**, París, 1933.

MARIDAKIS, Georges S. Introduction au droit international privé. En: **Recueil des cours de l'académie de droit international de La Haye**, París Ed. Collected Courses of the Hague Academy of International Law, t. 105, p. 375-516, 1962.

MATEU IBARS, Josefina. **Braquigrafía de sumas**. Barcelona: Ed. de la Universitat de Barcelona, 1984.

MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. El derecho público extranjero en el tráfico privado internacional. En: **Revista Española de Derecho Internacional (REDI)**: Homenaje a José de Yanguas Messía, Madrid, Ed. Asociación Española de Profesores de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales, v. 25, n. 1-4, 1972.

MIAJA DE LA MUELA, Adolfo. **Derecho internacional privado**. t. I. 9. ed. Madrid: Atlas, 1985.

MOLINER, María. **Diccionario de uso del español**. t. 2 (E-O). Madrid: Gredos, 2008. (edición abreviada).

OPPETIT, Bruno. Le droit international privé, droit savant. En: **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye**, París, Ed. Collected Courses of the Hague Academy of International Law, t. 234, n. III, 1992.

ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio Tomás. **Conferencia de La Haya de derecho internacional privado**: evolución histórica y convenciones adoptadas. Madrid: Revista de Derecho Privado (EDERSA), 1993.

ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio Tomás. **Derecho internacional privado**: parte general: introducción, historia doctrinal y codificación. v. I. Madrid: Universidad Complutense Madrid, Servicio Publicaciones Facultad Derecho, 1992.

ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio Tomás. El derecho internacional privado de la República Oriental del Uruguay: una aproximación con motivo

de la Ley General del 2016. En: **Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional**, Granada (España), Ed. Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, núm. 23, p. 423-453, 2018b.

ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio Tomás. El nuevo derecho internacional privado de la República Dominicana. En: **Anales de la Real Academia de Doctores de España**, Madrid, Ed. Real Academia de Doctores de España, v. 3, núm. 2, p. 250-277, 2018a.

ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio Tomás. El nuevo derecho internacional privado de Puerto Rico: breve nota acerca del sistema conflictual del título preliminar del Código Civil de 1 de junio de 2020. En: **Anales de la Real Academia de Doctores de España**, Madrid, Ed. Real Academia de Doctores de España, v. 5, núm. 2, p. 261-278, 2020.

ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio Tomás. El progreso del derecho internacional privado paraguayo: anotaciones y digresiones a propósito de la ley número 5393/2015 sobre el derecho aplicable a los contratos internacionales. En: **Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional**, Granada (España), Ed. Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, núm. 22, p. 441-466, 2015-2016.

ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio Tomás. La disciplina del “derecho internacional privado” en España. En: **Estudios jurídicos en homenaje al Prof. Dr. Antonio Rodríguez Sastre**. Madrid: International Law Association (sección española), 1985.

ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio Tomás. **Las convenciones de la Conferencia de La Haya de Derecho internacional privado**: traducción y reseña histórica. Madrid: Universidad Complutense-Facultad de Derecho. Sección de Publicaciones e Intercambio, 1974.

ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio Tomás. **Legislaciones nacionales de derecho internacional privado**. Madrid: Revista de Derecho Privado, 1995.

ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio Tomás. Retrospectiva y modernidad del derecho internacional privado boliviano: del siglo XIX al proyecto de ley de 2009. En: **Anuario Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional**, Granada (España), Ed. Instituto Hispano-Luso-Americano de Derecho Internacional, núm. 21, p. 443-469, 2013-2014.

PERETERSKI, Ivan Sergeevich; KRYLOW, Sergej Borisovich. **Lehrbuch des internationalen privatrecht**. t. I. Berlín: Deutscher Zentralverlag, 1962.

PÉREZ MARTÍN, Antonio. La recepción de la obra de Baldo en España. En: **Anales de Derecho**, Ed. Universidad de Murcia, núm. 25, 2007.

PIERANTONI, Augusto. **Trattato di diritto internazionale**: prolegomeni-storia dall'antichità al 1400. Roma Tipografi del Senato / Forzani, 1881.

RAEVICH, Sergei Ivanovich. **Derecho internacional privado (en ruso)**. Moscú, 1935.

RECZEI, Laszlo. **Internationales privatrecht. Budapest**: Verlag der Ungarischen Akademie der Wissenschaften, 1960.

RIVADENEYRA, M. (Org.). **Los códigos españoles concordados y anotados**. t. 6. Madrid: [S. n.], 1849.

RIVADENEYRA, M. (Org.). **Los códigos españoles concordados y anotados**. t. 7. Madrid: [S. n.], 1850.

RODRÍGUEZ DÍEZ, José. Invitación a una traducción española del “corpus iuris canonici”. En: **Anuario Jurídico y Económico Escurialense**, v. XI, p. 323-250, 2007.

ROMERO DEL PRADO, Victor Nicolas. **Derecho internacional privado**. t. 1. Córdoba (Argentina): Ed. Universidad de Córdoba, 1961.

ROUSSEAU, Charles. **Derecho internacional público**. Traducción española de la 2.^a ed. por Fernando Giménez Artigues. Barcelona: Ariel, 1961.

RUBIN, Seymour J. Joseph Story, jurista, educador y magistrado de la Corte Suprema de los Estados Unidos. En: **Sexto Curso de Derecho Internacional organizado por el Comité Jurídico Interamericano: conferencias e informes**. Río de Janeiro: Organización de los Estados Americanos. Comité Jurídico Interamericano, julio-agosto de 1979; Washington: Organización de los Estados Americanos, Secretaría General, 1980.

SOTO VON ARMIN, Laura. La historia del derecho internacional privado en China y sus fuentes. En: **Anuario Colombiano de Derecho Internacional**, Bogotá (Colombia), Ed. Universidad del Rosario, v. 6, p. 131-162, 2013.

SILVA ALONSO, Ramón. **Derecho internacional privado: teoría general**. t. I. 2. ed. Asunción: Intercontinental, 1970.

STADTMÜLLER, Georg. **Historia del derecho internacional público**. v. I. Traducción del alemán por Francisco F. Jardon Santa Eulalia. Madrid: Aguilar, 1961.

VALLADAO, Haroldo Teixero. **Derecho internacional privado: introducción y parte general**. Traducción española. México D. F.: Trillas, 1987.

VERHOEVEN, Joe. Droit international public et droit international privé: où est la différence. En: **Archives de philosophie du droit**, Paris, Ed. Sirey, t. 32, 1987.

- VIEIRA, Manuel Adolfo. Turismo y derecho internacional. En: **Libro homenaje a la memoria de Joaquín Sánchez Covisa**, Caracas: Sucre, Facultad de Derecho, 1975.
- VINOGRADOFF, Paul. Historical types of international law. En: **Biblioteca visseriana: dissertationum ius internationale illustrantium**. v. I. Lugduni Batavorum (Netherlands): Brill, 1923a.
- VINOGRADOFF, Paul. Historical types of international law. En: **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye**, París, Ed. Collected Courses of the Hague Academy of International Law, 1923b.
- WENGLER, Wilhelm. The general principles of private international law. En: **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye**, París, Ed. Collected Courses of the Hague Academy of International Law, t. 104, n. III, 1963.
- WIGNY, Pierre Louis Jean Joseph. **Essai sur le droit international privé américain**. París: Sirey, 1932.
- WIGNY, Pierre Louis Jean Joseph; BROCKELBANK, W. J. **Exposé du droit international privé américain**. París: Sirey, 1937.
- YANGUAS MESSÍA, José de. **Derecho internacional privado: parte general**. 3. ed. Madrid: Reus, 1971.
- YASSEEN, Mustafa Kamil. Principes généraux de droit international privé. En: **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye**, París, Ed. Collected Courses of the Hague Academy of International Law, t. 116, n. III, 1965.
- ZICCARDI, Piero. Les caracteres de l'ordre juridique international. En: **Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye**, París, Ed. Collected Courses of the Hague Academy of International Law, t. 95, n. III, 1958.

Submissão em: 9 de fevereiro de 2021

Último Parecer favorável em: 7 de abril de 2021

Como citar este artigo científico

ORTIZ DE LA TORRE, José Antonio Tomás. En torno a la filosofía conceptualista del derecho internacional privado en la doctrina del siglo XX: una breve mirada retrospectiva. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 2, n. 1, p. 41-78, jan.-abr. 2021.

LA BUENA ADMINISTRACIÓN Y EL CONTROL Y PARTICIPACIÓN SOCIAL

LUIS EDUARDO REY VÁZQUEZ¹

RESUMEN

Analizaré la relación existente entre el principio de buena administración y la participación de la sociedad civil en la gestión pública, como un modo de lograr la inclusión social en el reparto de los bienes públicos. Lo haré entroncando el principio participativo en el debido proceso, como una manera de garantizar el respeto a dicho principio en forma previa a la toma de decisiones relevantes que incidan en la esfera jurídica de los ciudadanos, como así también velar por una decisión estatal amplia y genuinamente legitimada.

Palabras clave: debido proceso, buen gobierno, colaboración.

ABSTRACT

Analyze the relationship between the principle of good administration and the participation of civil society in public management, as a way to achieve social inclusion in the distribution of public goods. I will do so by connecting the participatory principle to due process, as a way of guaranteeing respect for said principle prior to making relevant decisions that affect the legal sphere of citizens, as well as ensuring a broad and comprehensive state decision genuinely legitimized.

Keywords: due process, good governance, collaboration.

¹ El autor es Abogado y Escribano (UNNE), Doctor en Derecho (UNNE), Especialista en Derecho Administrativo (UNNE), Doctor en Derecho Administrativo Iberoamericano de la Universidad de La Coruña (España). Profesor Adjunto por Concurso de Derecho Administrativo I en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales y Políticas (UNNE) e Investigador Categorizado (IV). Profesor Titular de Derecho Administrativo General y Especial de la Carrera de Abogacía de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Políticas de la Universidad de la Cuenca del Plata. Presidente del Superior Tribunal de Justicia y del Consejo de la Magistratura de la Provincia de Corrientes. Email: lereyvazquez@yahoo.com.ar

1 PRELIMINAR

En la presente ponencia, analizaré la relación existente entre el principio de buena administración y la participación de la sociedad civil en la gestión pública, como un modo de lograr la inclusión social en el reparto de los bienes públicos.

Lo haré entroncando el principio participativo en el debido proceso, como una manera de garantizar el respeto a dicho principio en forma previa a la toma de decisiones relevantes que incidan en la esfera jurídica de los ciudadanos, como así también velar por una decisión estatal amplia y genuinamente legitimada.

El replanteamiento de las relaciones Estado-Sociedad y la creciente participación privada (tomo la denominación que efectúa el Profesor MEILÁN GIL, 2014, apartado VII, p. 724) en la gestión pública que la nueva visión supone, tiene como centro a la persona en su rol como parte de la sociedad civil, y en sus relaciones con el Estado.

Asimismo, denota el tránsito operado desde el antiguo modelo burocrático, hacia el denominado “new public management” (BARZELAY, 2003) y la gobernanza (PRATS I CATALÁ, 2005).

2 Principio del debido proceso y defensa en juicio

2.1 Principio del Debido Proceso

El principio se encuentra receptado en Argentina en numerosas leyes de procedimiento administrativo, tanto nacional como de las provincias.

Así en la Ley Nacional 19.549 consagra en su Título I, luego de especificar el ámbito de aplicación (Art. 1.º), a la Administración Pública Nacional centralizada y descentralizada, inclusive entes autárquicos, con excepción de los organismos militares y de defensa y seguridad, expresa que se ajustarán a las propias de la presente ley y a los siguientes requisitos:

[...] Debido proceso adjetivo.

f) Derecho de los interesados al debido proceso adjetivo, que comprende la posibilidad:

Derecho a ser oído.

1) De exponer las razones de sus pretensiones y defensas antes de la emisión de actos que se refieren a sus derechos subjetivos o intereses legítimos, interponer recursos y hacerse patrocinar y representar profesionalmente. Cuando una norma expresa permita que la representación en sede administrativa se ejerza por quienes no sean profesionales del Derecho, el patrocinio letrado será obligatorio en los casos en que se planteen o debatan cuestiones jurídicas.

Derecho a ofrecer y producir pruebas.

2) De ofrecer prueba y que ella se produzca, si fuere pertinente, dentro del plazo que la administración fije en cada caso, atendiendo a la complejidad del asunto y a la índole de la que deba producirse, debiendo la administración requerir y producir los informes y dictámenes necesarios para el esclarecimiento de los hechos y de la verdad jurídica objetiva; todo con el contralor de los interesados y sus profesionales, quienes podrán presentar alegatos y descargos una vez concluido el período probatorio;

Derecho a una decisión fundada.

3) Que el acto decisorio haga expresa consideración de los principales argumentos y de las cuestiones propuestas, en tanto fueren conducentes a la solución del caso.

El instituto ha sido aplicado en numerosas ocasiones, especialmente al tratar el instituto de la Caducidad del acto administrativo, donde por una interpretación armónica de las normas que regulan dicha figura en el orden nacional (Art. 21, Ley 19.549), la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina (CSJN) ha derivado la necesidad de practicar la intimación previa² para ello en el marco contractual administrativo, fulminando con nulidad absoluta su inobservancia, en una causa relativa a un endilgado incumplimiento de una obligación derivada de un contrato administrativo de empleo público.

Así, en el caso “Borgo”, consideró

[...] descalificable el pronunciamiento que –para declarar la “anulabilidad” de una resolución administrativa– sostuvo que la gravedad de la sanción y el defecto relacionado con la falta de intimación y consecuente plazo para el cumplimiento de la obligación no eran graves, ya que la Administración había podido creer que no hacía falta el cumplimiento de dichos requisitos ante el hecho de que el actor, a pesar del tiempo transcurrido entre la reincorporación y caducidad dispuestas, no hubiera intentado tomar posesión del cargo. Ello es así, pues aceptado que el régimen jurídico imponía el cumplimiento de una intimación a los efectos de constituir en mora al agente, la demora en que hubiera incurrido en asumir el cargo correspondiente, carecía de relevancia jurídica y no podría válidamente sustentar la legitimidad ni atenuar los defectos de un acto que suponía el cumplimiento de

² Señala al respecto Gordillo (2011, pág. IX-11), en el Punto 4.2 “Intimación previa. Sorpresa, contramarchas, confianza legítima: “Este supuesto no surge de normas generales pero aparece reconocido por lo general a través de la jurisprudencia y la doctrina, además de tener un sustento constitucional. El comportamiento administrativo no puede inducir al otro a error o a ser perjudicado, debe obrar lealmente y de buena fe, sin trampas ni desviaciones. Es el principio del *fair procedure*, susceptible de muchas aplicaciones. Como dice WADE, tanto de la sustancia de la justicia reside en el *fair procedure*”. Agrega el autor que: “Una variante de falta de debido proceso legal es la actuación inopinada, extemporánea, carente de intimación o aviso previo. Se lo ha denominado en ocasiones sorpresa, como forma negativa de dolo, o la prohibición de *voltefaces* o contramarchas, es decir la interdicción de la autocontradicción en la parte contraria o el deber de protección de la confianza ajena. También aparece en instituciones concretas como la caducidad del acto administrativo, donde se exige que no sea intempestiva y que esté precedida de una intimación previa y confiera un plazo razonable para su cumplimiento [...]”.

aquella exigencia (CSJN, 13-02-1086. “Borgo, Hermes Francisco v. Junta Nacional de Granos”, Fallos 308:108).

También dijo el Alto Tribunal que:

Si la caducidad decretada reconoce como fundamento una conducta reprochable del actor o sea que se sustenta en una apreciación de las circunstancias que, por virtud de la propia Ley de Procedimiento Administrativo (art. 21), requería de una interpelación para que el empleado incurriera en mora y pudiesen jugar los efectos propios del retardo imputable en la esfera de la relación de empleo público, la falta de todo requerimiento al demandante hace que el acto de caducidad dispuesto por la administración haya sido dictado con violación de la ley (art. 14, inc. b), sin que corresponda discriminar con referencia a esta cuestión sobre el mayor o menor grado de discusión en la doctrina o en la jurisprudencia, ya que la omisión del recaudo sustancial previsto en la ley como condición para decidir la caducidad del acto, sólo puede juzgarse en los términos señalados y dar lugar a la nulidad absoluta del acto.

Más recientemente, la CSJN sostuvo que:

Dado que la resolución ME 122/00 constituyó una prórroga por 180 días de la medida de salvaguardia impuesta por la resolución MEyOSP 987/97, y que la misma ha sido adoptada sin que se cumpliera el procedimiento reglamentario previstos para un acto de prórroga en el decreto 1059/96 –por el cual se reglamentó la ley 24.425, ratificatoria del Acuerdo de Marrakesh–, cabe concluir que corresponde declarar la nulidad de la citada resolución 122/00³.

En materia jubilaria, sostuvo la CSJN que

[...] El decreto 1287/97 dio forma legal a la interpretación de la Corte Suprema en el sentido de que las atribuciones con que cuentan los organismos administrativos para suspender, revocar, modificar o sustituir las resoluciones que otorgan beneficios jubilatorios –arts. 48 de la ley 18.037 y 15 de la ley 24.241– existen a condición de que la nulidad resulte de hechos o actos fehacientemente probados y presupone que se haya dado a los interesados participación adecuada en los procedimientos, permitiéndoles alegar y probar sobre los aspectos cuestionados, en resguardo de la defensa en juicio”, por lo que “[...] corresponde confirmar la sentencia que hizo lugar a la demanda tendiente a que se declarara la nulidad del acto administrativo que –vulnerando el derecho de defensa– modificó el monto de la prestación y formuló cargos sin que el administrado hubiera tenido participación alguna en el trámite” (CSJN, 24-04-2001, “Copa, Diego c/ ANSeS s/ medidas cautelares”, Fallos 324:1403).

³ Del dictamen de la Procuradora Fiscal que la Corte comparte y hace suyo. CSJN, 21-05-2002. “Adidas Argentina y otros c. EN – M.º de Economía – Resol. 987/97, 512/98 y 1506/98 s/amparo ley 16.986”, EDA, 01/02-226.

Caracterizado bajo la moderna denominación de “tutela administrativa efectiva”, sostuvo la Corte Suprema que

El art. 3.º, inc. a, de la resolución del COMFER 16/99 resulta violatorio del art. 18 de la Constitución Nacional y de las convenciones internacionales de derechos humanos, que cuentan con jerarquía constitucional, en cuanto resguardan el derecho a la tutela administrativa y judicial efectiva (arts. XVIII y XXIV de la Declaración Americana de los Derechos Y Deberes del Hombre, 8.º y 10 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 8.º y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, 2.º inc. 3.º aps. a y b, y 14 inc. 1.º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos), en tanto restringe en forma ilegítima y arbitraria la posibilidad de que los particulares que pretendan participar en concursos para la adjudicación de licencias de radiodifusión puedan impugnar cualquier resolución administrativa del COMFER y la Comisión Nacional de Comunicaciones vinculada al servicio en cuestión, en contradicción de la garantía a la tutela administrativa y judicial efectiva, que supone la posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia –y ante las autoridades administrativas competentes– y obtener de ellos sentencia o decisión útil relativa a los derechos de los particulares o litigantes y que requiere, por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieren eventualmente asistirle sino por medio de un proceso –o procedimiento– conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una sentencia –o decisión fundada (CSJN, 14-10-2004, “Astorga Bracht, Sergio y otro c/ COMFER - dto. 310/98 s/ amparo ley 16.986”, Fallos 327:4185)⁴.

El principio del debido proceso adjetivo constituye una prolongación del derecho de defensa en juicio plasmado en el art. 18 Constitución Nacional, o como garantía de innominada incluido en el art. 33 de la Carta magna, y que surgiera luego de la Revolución Francesa como garantía de los derechos del individuo frente al Estado, recibiendo amplia consagración en los ordenamientos constitucionales republicanos (LORENZO DE VEGA JAIME, 1996, p. 104 y ss.).

Como derivación surge la prohibición de incurrir en un injustificado rigor formal, el que se ha considerado que atenta contra la garantía del debido proceso, contrario al principio “*in dubio pro actione*” (CSJN, 04-11-1003, “Colegio Bioquímico del Chaco c/ Instituto de Previsión Social de la Provincia del Chaco s/ demanda contenciosoadministrativa”, Fallos 316:2477; y en fecha más reciente, CSJN, 11-02-2014, “Biosystems S.A. c. EN – M. Salud – Hospital Posadas s/ contrato administrativo”).

⁴ Además, con proyección en general en materia de procedimientos de selección, sostuvo que el art. 3.º, inc. a, de la resolución 16/99 del COMFER atenta contra los principios básicos de los procedimientos públicos de selección como la licitación y el concurso, en especial, los de *libre concurrencia e igualdad*, que no sólo tienden a resguardar el derecho de los oferentes o participantes en procedimientos de ese tipo, sino también el interés público comprometido en la debida elección de quienes resultarán adjudicatarios.

Tempranamente, sostuvo la CSJN, enarbolando siquiera de manera implícita el rol predicado del administrado –de colaborador⁵ en la elaboración de la decisión administrativa, que aun cuando no fuese exigible el procedimiento de reclamo administrativo previo, la circunstancia que el particular escogiese intentar una solución en sede administrativa no podía desmejorar su situación procesal de cara al proceso judicial posterior (en caso de no hallarla en aquél).

Expresó el Alto Tribunal que: “La circunstancia de haber intentado el actor la satisfacción de su reclamo en sede administrativa, aunque no estaba obligado a hacerlo para habilitar la instancia judicial, no puede, de ninguna manera, desmejorar su situación procesal ni coartarle su acceso a la jurisdicción” (CSJN, 30-03-1989, “Elverdin, Jorge Julio v. UNLP. s/ ordinario”, Fallos 312:417).

Tal temperamento es consecuente con la garantía de tutela administrativa –y judicial– efectiva, conforme fuera reconocida por la Corte Suprema al expresar que

[...] la garantía a la tutela administrativa y judicial efectiva, que supone la posibilidad de ocurrir ante los tribunales de justicia –y ante las autoridades administrativas competentes– y obtener de ellos sentencia o decisión útil relativa a los derechos de los particulares o litigantes y que requiere, por sobre todas las cosas, que no se prive a nadie arbitrariamente de la adecuada y oportuna tutela de los derechos que pudieren eventualmente asistirle sino por medio de un proceso –o procedimiento– conducido en legal forma y que concluya con el dictado de una sentencia –o decisión fundada [...] (CSJN, 14-10-2004. A. 937. XXXVI. “Astorga Bracht, Sergio y otro c/ COMFER - dto. 310/98 s/ amparo ley 16.986”. Fallos 327:4185).

Es decir, jamás podría gravitar negativamente el hecho de que el particular hubiese apostado al procedimiento administrativo para intentar una solución de su pretensión en sede administrativa⁶ (aun cuando culmine no hallándola y debiendo acudir a la justicia).

La cuestión se ha reeditado recientemente en ocasión donde la CSJN se pronunció robusteciendo el principio “*in dubio pro actione*” (CSJN, 18-10-2016, “Transportes Uspallata S.R. L. c/ Gobierno de la Provincia de Mendoza

⁵ Así en la causa “Actuar Agrupación Consultores Técnicos Universitarios Argentinos S.A. y otros v. Agua y Energía Eléctrica Sociedad del Estado” del 18/07/2002 (Fallos 325:1787), Considerando 10.º *in fine*, sostuvo la CSJN que: “[...] Como contrapartida, el contratista debe comportarse con diligencia, prudencia y buena fe, habida cuenta de su condición de **colaborador de la administración en la realización de un fin público** [...]”.

En la doctrina, puede citarse el artículo de Tawil (1985).

Asimismo, Rey Vasquez, 2016, p. 353-366.

⁶ En punto a la exigencia del reclamo administrativo previo, se ha señalado que su finalidad es la de “[...] producir una etapa conciliatoria anterior al pleito, dando a la Administración la posibilidad de revisar el caso, salvar algún error y promover el control de legitimidad de lo actuado” (CSJN, 13-07-1991, “Gasparri y Cía. S.A.”, Fallos 314:725, consid. 7.º; criterio reiterado en CSJN, 04-08-2009, “E.D.E.M.S.A. c/ E.N.A. y M.E.O.S.P.N. s/ cobro de pesos”, Fallos 332:1629).

si acción procesal administrativa”, CSJ 5887/2014/RH1. Remitiéndose al Dictamen de la Procuradora Fiscal Dra. Laura Monti), al dejar sin efecto una sentencia de la SCJ de Mendoza que admitió la excepción de caducidad de la acción tendiente a que se declare la nulidad del decreto provincial que dispuso la caducidad de la concesión del servicio público de transporte de pasajeros de media y larga distancia por presuntas infracciones.

En efecto, la sentencia revocada había rechazado la demanda con fundamento en que *el recurso de revocatoria interpuesto por la actora contra el acto impugnado resultaba innecesario* y que debió cuestionarlo en sede judicial dentro del plazo de caducidad de treinta días del art. 20, Ley 3918 de Mendoza.

El caso se asemeja al anterior, pues en ambos casos, se descalificó la interpretación que partió de la premisa que al no ser necesario el reclamo o el recurso (lo que en todo caso hubiese habilitado al particular a acudir directamente al proceso judicial), resultaban estériles las presentaciones efectuadas en sede administrativa, dentro de los plazos, tendientes a obtener una solución en esta última sede, brindando asimismo la oportunidad de revisar su accionar al órgano estatal.

La CSJN sostuvo que no asignarle gravitación al recurso administrativo interpuesto, constituye una decisión de injustificado rigor formal y comporta una exégesis de las reglas aplicables contraria a las garantías de debido proceso y al principio *in dubio pro actione* rector en la materia que vulnera la garantía constitucional de defensa en juicio (art. 18, Constitución Nacional)⁷.

Resulta destacable cuando a partir de la no exigibilidad en el caso del recurso de revocatoria, sostiene que

[...] De ello no es posible deducir que en la hipótesis contraria –con participación del interesado en el expediente administrativo, como ocurriría en el sub lite a criterio del tribunal– se encuentre cercenado el derecho a interponer el recurso previsto por los arts. 177 y 178, pues dicha postura no permite la revisión del acto por parte de la máxima autoridad ni favorece la continuidad de la acción.

Es que la solución contraria supone una suerte de subestimación del procedimiento administrativo como carril idóneo para hallar una respuesta a los conflictos del Estado con los particulares.

Atenta contra dicho principio aparte merece la denominada “teoría de la subsanación” (ver: LINARES, 1971, p. 142-1.137), a la cual la CSJN la ha sostenido en diversas oportunidades, y que se traduce en la siguiente fórmula: “Los defectos

⁷ Calificó de desprolija la conducta de la Administración por irregularidades en las notificaciones, al igual que al no haberse cerciorado respecto de la personería del supuesto representante de la empresa. También le enrostró haber incurrido en una interpretación del art. 178, Ley 3909 de Mendoza que restringe claramente el acceso a la jurisdicción y no se compadece con su texto expreso, el cual se limita a establecer que si el recurso es deducido por quien resulta afectado a raíz de un procedimiento en el que no intervino o contra una declaración dictada de oficio, el interesado puede ofrecer prueba y añade que, en estos supuestos, si la declaración impugnada emana del gobernador la decisión que recaiga en el recurso de revocatoria es definitiva y causa estado.

en la tramitación administrativa pueden ser subsanados en la instancia judicial a la que el apelante ha acudido” (CSJN, 01-06-1982, “Cerella, Roberto C. c. Provincia de Neuquén”, Fallos 304:769; sostenida en CSJN, 16-12-2008, “Formosa, provincia de (Banco de la Pcia. de Formosa) c/ Dirección General Impositiva s/ impugnación de la resolución 604/99 (DVRRE)”, Fallos 331:2769).

También ha sido una manifestación del debido proceso, la garantía de plazo razonable, conforme lo resuelto por la CSJN *in re* “Losicer” (CSJN, 26-06-2012, “Losicer, Jorge Alberto y otros c. BCRA - Resol. 169/05 (expte. 105666/B6 SUM FIN 708)”, Fallos: 335:1126).

2.2 Principio de Buena Administración

El mentado principio, muy estudiado por la doctrina española (entre otros, RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, 2006; MEILÁN GIL, 2014, p. 121) fundamentalmente, se halla consagrado en distintos instrumentos europeos y americanos, como son la Carta europea de los derechos fundamentales de la persona, el código europeo de buena conducta administrativa y la Carta iberoamericana de los derechos y deberes de los ciudadanos.

En nuestro medio, lo hallamos plasmado en la reciente ley mendocina de procedimiento administrativo, en los siguientes términos:

Art. 1.º [...]

f) Principio de buena administración

La Provincia de Mendoza reconoce en sus procedimientos administrativos:

- 1) El principio fundamental de la buena administración pública, con sus derechos y deberes derivados, tanto para administradores como administrados. Éstos pueden exigir que los asuntos de naturaleza pública sean tratados con equidad, justicia, objetividad, imparcialidad y resolverse en plazo razonable, conforme las circunstancias de cada caso, apreciadas razonablemente con el fin último del servicio a la dignidad de la persona humana como contenido inexcusable del bien común.
- 2) La observancia del deber básico y común de administradores y administrados de actuar con lealtad en la tramitación de todo asunto administrativo, de colaboración, buena fe, veracidad, responsabilidad, respeto y decoro.
- 3) La protección en sede administrativa y judicial de los derechos humanos reconocidos en las diversas fuentes jurídicas con rango constitucional.

3 Participación: Diferentes significados

Se ha sostenido que la participación administrativa puede ser abordada como un problema “socio-político”, típico del capitalismo tardío, directamente ligado a la problemática del Estado social y a sus diferentes interpretaciones (SÁNCHEZ MORÓN, 1980, p. 59, citando a GARCÍA PELAYO), dentro del cual

se encuentra una concepción tecnocrática que parte de las insuficiencias del tipo de dominación burocrático weberiano para ofrecer una respuesta eficaz a las exigencias de la Administración moderna, lo que exige un cambio de método de acción administrativa, reemplazando la “autoridad” por la “negociación”, así como un cambio de estructuras administrativas (SÁNCHEZ MORÓN, 1980, p. 67-68).

También puede analizársela desde un punto de vista jurídico, atalaya desde la cual significa etimológicamente “tomar parte en la elaboración de las decisiones formalizadas como funciones administrativas”, dentro del cual, se puede dividir inicialmente en: participación interna, participación externa y participación interorgánica o intersubjetiva (SÁNCHEZ MORÓN, 1980, p. 102-103 y ss.). A su vez, podemos subdividirla en participación: procedimental, consultiva, negociación, orgánica y los casos conocidos como de democracia directa (*referéndum*, iniciativa popular) (SÁNCHEZ MORÓN, 1980, p. 107).

Paralelamente, la participación administrativa en sentido estricto se encuentra estrechamente ligada a lo que SÁNCHEZ MORÓN denominara la “redefinición de los intereses jurídicos” (SÁNCHEZ MORÓN, 1980, p. 111 y ss.), producto de la aparición de los derechos o intereses difusos o colectivos, o como los denomina la Constitución Nacional argentina, “derechos de incidencia colectiva”⁸, así como por la heterogeneidad de los intereses públicos.

Finalmente, y sin intenciones de agotar la enumeración, se puede apreciar la participación desde el punto de vista de los sujetos, y así dividirla en participación individual o colectiva (SÁNCHEZ MORÓN, 1980, p. 139-164).

3.1 La Denominada Crisis de Legitimación y el Auge de la Participación Ciudadana

Una exigencia de estos tiempos es una mayor participación de los ciudadanos en la Administración Pública. Recientemente, los profesores españoles Rivero Ysern y Rodríguez-Arana han enfatizado el punto sosteniendo que “[...] para la transformación del Estado, de la Administración y del Ordenamiento Jurídico, la participación ciudadana es fundamental. Sin participación ciudadana no hay reforma democrática, todo lo más ilusiones o quimeras [...]” (RIVERO YSERN; RODRÍGUEZ-ARANA, 2014, p. 9).

⁸ Conforme a la interpretación efectuada por la CSJN Argentina a partir de la causa: “Halabi, Ernesto c/P.E.N. -ley 25.873 dto. 1563/04- s/amparo-ley 16.986” del 24-02-2009, Fallos 332:111, y luego en los casos “CIPPEC c. Estado Nacional - Ministerio de Desarrollo Social” del 26/03/2014, y “Asociación Derechos Civiles c. EN-PAMI – (dto. 1172/03) s/amparo ley 16.986”, del 4-12-2012. En esta última sostuvo en su Considerando 3.º que “[...] el principio de publicidad de los actos de gobierno constituye uno de los pilares de todo gobierno republicano y ese derecho, si bien no enumerado expresamente en la Constitución Nacional, había sido reconocido por este Tribunal como un derecho de naturaleza social que *garantiza a toda persona –pública o privada, física o jurídica– el conocimiento y la participación en todo cuanto se relaciona con los procesos gubernamentales, políticos y administrativos y se evidencia en la obtención de información de datos públicos*. Además agregó con cita de los tratados internacionales relacionados con la materia, que, en el sub lite, el demandado no había acreditado la existencia de restricciones legales a fin de justificar su omisión [...]”.

Se ha postulado en los últimos lustros acerca de una nueva relación entre Estado-Sociedad, como un fenómeno global consistente en un mayor acercamiento de la sociedad civil, integrada por diversas organizaciones no gubernamentales, a la conformación de las decisiones relevantes que pudieran adoptar las Administraciones Públicas en sus distintos niveles⁹.

Se pretende de esta forma –se ha dicho– entender que la participación sirve al objetivo de salir al paso de la crisis de la legitimación del poder basada únicamente en la representación parlamentaria y dar un nuevo contenido a la funcionalidad de la soberanía popular, principalmente mediante la multiplicación del número de centros de decisión pública en los que se incorpore la voluntad social [...] (FONT I LLOVET, 1985, p. 45 y ss.).

Conforme sostuviera en su día Muñoz Machado (1977, p. 519, en especial p. 532), “[...] el ciudadano ya no interviene sólo, según era tradicional, para defender sus personales intereses, sino para tomar parte en las decisiones que afectan a la comunidad en que vive”.

El Profesor Jaime Rodríguez-Arana Muñoz, por su parte, ha expresado también que “la reforma del Estado actual hace necesario colocar en el centro de la actividad pública la preocupación por las personas, por sus derechos, sus aspiraciones, sus expectativas, sus problemas, sus dificultades, o sus ilusiones en un contexto de servicio objetivo al interés general”, dejando atrás el modelo de Estado intervencionista que acabó por ser un fin en sí mismo, como el gasto público y la burocracia. “Hoy más que nunca –agregahay que recordar que el Estado es de la gente, la burocracia es de la gente y que los intereses generales deben definirse con la activa participación de la gente” (RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, 2009, p. 40).

Tales ideas son las que demandan una más activa consideración del ciudadano antes de la toma de decisiones relevantes, convocándolos activamente a participar en el diseño de las políticas públicas, insertándolos muchas veces en el seno de las organizaciones estatales, tanto con funciones consultivas como decisorias, todo lo que redundaría en la necesidad de brindar legitimación a decisiones estatales, en especial de titulares de órganos ejecutivos que no son elegidos por el voto popular, como ser Ministros o titulares de entes descentralizados¹⁰.

Ello atendiendo a que muchas de las decisiones tomadas por los representantes del pueblo –legisladores– se limitan a marcar los grandes

⁹ El punto había sido tratado en su día por Sotelo de Andraeu (1997, p. 153-180). En fecha más reciente, puede verse el libro de Esteve Pardo (2013).

¹⁰ “[...] gran parte de la ley es elaborada entonces efectivamente por las legiones de administradores no elegidos, sobre quienes recae el deber de dar un significado operativo a las amplias delegaciones contenidas en los estatutos. El punto no es que tales “burócratas sin rostro” necesariamente hagan mal trabajo como nuestros legisladores efectivos. Es más bien que no son elegidos ni reelegidos, y sólo son controlados espasmódicamente por funcionarios que sí lo son”, en alusión al Presidente y Vicepresidente que son los únicos funcionarios elegidos en la rama ejecutiva federal norteamericana [...]” (ELY, 1997, p. 161-162) (de modo similar al caso argentino).

trazos de las políticas, efectuando luego grandes delegaciones legislativas al órgano ejecutivo para de ese modo no asumir el costo político¹¹, eludiendo consecuentemente la responsabilidad que resulta crucial para el funcionamiento de una república democrática; por lo tanto, constituye una exigencia brindar una mayor participación ciudadana en el diseño y elaboración de reglamentos (ELY, 1997, p. 162).

3.2 Democracia Deliberativa versus Principio Representativo. La Democracia Participativa

El principio de participación ciudadana en la Administración Pública, en cualquiera de sus cauces, debe conciliarse con el principio representativo y democrático que expresa “el pueblo no delibera ni gobierna sino a través de sus representantes”¹². Por lo tanto, para que el primero no colisione con el segundo, es necesario hallar un justo equilibrio entre ambos, pues se corre el riesgo de que se termine suplantando la democracia por la decisión de grupos de interés autoritarios¹³.

Adecuado en sus justos contornos, los diferentes modos de participación deberán utilizarse según las circunstancias para garantizar una más efectiva participación ciudadana, sin desmedro del sistema democrático, o en su caso, conciliando con la denominada “democracia deliberativa” (una exposición acabada del concepto se encuentra en la obra de SANTIAGO NINO, 1997).

¹¹Con aguda elocuencia expone Ely lo siguiente: “[...] ¡Cuánto más cómodo debe ser votar sencillamente a favor de un decreto que exija automóviles seguros, aire puro o no discriminación, y dejar a otros la tarea de dar cuerpo a lo que tal mandato pueda significar! Cuánto más seguro también! [...] parece ser que en la mayor parte de las decisiones difíciles, nuestros representantes, astutamente, prefieren no verse obligados a votar y ser contados, sino más bien dejar que algún burócrata de la rama ejecutiva, o quizás alguna comisión reguladora independiente, reciba el inevitable fuego político [...]” (ELY, 1997, p. 162).

¹² Así, la Constitución Nacional Argentina expresa en su Artículo 22.- “El pueblo no delibera ni gobierna, sino por medio de sus representantes y autoridades creadas por esta Constitución. Toda fuerza armada o reunión de personas que se atribuya los derechos del pueblo y peticione a nombre de éste, comete delito de sedición”.

¹³ Shapiro (2005, p. 203-211, en especial p. 207), expresa acerca de la paradoja creada cuando la gobernanza reemplaza al gobierno “[...] maximizando la transparencia y la participación de los interesados, minimiza la transparencia y la participación de los desinteresados. El proceso de comitología de la Unión Europea nos da otro ejemplo útil. Mientras que prácticamente cualquier grupo de interés puede participar en un comité, los ciudadanos europeos generalmente incluso ignoran que los comités existen. Si son conscientes de la existencia de los comités, normalmente no saben qué asuntos competen a cada comité, o cuándo, con qué frecuencia, o dónde. No conocen los nombres de los miembros del comité y, si los conocieran, no sabrían quiénes son, a quién representan, o ante quién son responsables. Los medios de comunicación no cubren los resultados de las deliberaciones de los comités, que, al fin y al cabo, sólo aclaran detalles relacionados con asuntos regulados por el Consejo meses o años antes. Así pues, mientras el proceso de comitología es extremadamente transparente y participatorio para todos aquellos que están realmente implicados en él, y mientras que muchos de los que participan en él están fuera del gobierno, continúa siendo un proceso altamente opaco y no participativo para los ciudadanos votantes [...]”

La temática ha sido tratada desde diferentes enfoques, que van desde los tradicionales, que consideran al ciudadano administrado como un “colaborador” en la elaboración de la decisión administrativa¹⁴, dentro del procedimiento administrativo tradicional o de primera generación, integrando asimismo su garantía del debido proceso adjetivo (Vgr., Art. 1.º, inc. f) de la Ley 19.549 de Procedimientos Administrativos Nacional de Argentina).

Paralelamente, el Ciudadano es también usuario y consumidor, postulándose su derecho a la participación en tal calidad en los organismos de control de los servicios públicos y actividades reguladas, sea ya en forma individual como colectiva a través de asociaciones, en defensa de los derechos de segunda o tercera generación, entre los que se ubica el derecho a un medio ambiente sano y equilibrado para las generaciones presentes y futuras (Cfr., Artículos 41, 42 y 43 de la Constitución Nacional Argentina).

Pero como la deliberación no implica una verdadera cooperación ni una transferencia del poder de decisión, la idea de participación aborda una nueva dimensión, que es precisamente la de la democracia participativa (CHEVALLIER, 2014, p. 339 y ss.), que engloba los distintos mecanismos de democracia semidirecta, como el *referéndum*.

Señala Chevallier que amén de los procedimientos clásicos de consulta a los representantes de los distintos grupos de interés, o incluso de concertación con ellos,

se observa el desarrollo de fórmulas más directas de asociación de los administrados al ejercicio de las responsabilidades administrativas, mediante la llamada colaboración activa del usuario, su presencia en los órganos deliberantes de los servicios públicos o la delegación pura y simple de algunas tareas administrativas a gestores privados; la administración utiliza así de sobra el enlace asociativo para garantizar la gestión de algunos servicios, en particular en materia social y cultural (CHEVALLIER, 2014, p. 344).

3.3 La Sociedad Civil Versus el Estado

Asimismo, en virtud a una nueva relación Estado-Sociedad civil, y siendo el ciudadano integrante de esta última, está llamado también a participar en el diseño de las políticas públicas, tanto desde fuera como desde el seno de la propia estructura administrativa, abundando textos que abordan dicho

¹⁴ Sobre el punto ha señalado la Corte Suprema de la Nación Argentina que “[...] el contratista debe comportarse con diligencia, prudencia y buena fe, habida cuenta de su condición de colaborador de la administración en la realización de un fin público [...]” (CSJN, 18-07-2002, “Actuar Agrupación Consultores Técnicos Universitarios Argentinos S.A. y otros v. Agua y Energía Eléctrica Sociedad del Estado”, Fallos 325:1787, Considerando 10.º) *in fine*).

extremo (especialmente, puede verse el elaborado por la OCDE 2006), no sólo desde una visión revisora *ex post*, sino también involucrándose en el proceso de elaboración de aquéllas¹⁵.

Respecto al concepto de ciudadano, cabe referir que es superador del anterior concepto de “administrado”¹⁶, pues de sujeto pasivo destinatario de regulaciones unilaterales, pasa a ser un sujeto que dispone de una serie de derechos frente a la Administración, ciudadanía administrativa que no se limita por la condición de la nacionalidad, sino que beneficia también a los extranjeros (CHEVALLIER, 2014, p. 392 y ss.).

En punto a la noción de “sociedad civil”, se ha señalado que

[...] no puede excluir al Estado, pero tampoco identificarse con él. A su vez, la noción de sociedad no puede identificarse con los individuos que la componen e integran, pero tampoco reducirse a una dimensión aparte de los mismos [...] Respecto al Estado, la sociedad puede articularse autárquicamente como aquél conjunto de influencias estructurantes que los diversos intereses colectivos despliegan interactivamente, confluyendo, cooperando, reconduciéndose, polarizándose, reequilibrándose en la influencia de las diversas tensiones polarizadas culturalmente en cada momento [...]” (SÁNCHEZ DE LA TORRE, 1998, p. 12-13).

De una manera harto simplificada, podemos expresar que la línea divisoria entre la sociedad y el Estado comenzó a conformarse con las declaraciones de derechos incluidas en las primeras Constituciones, afirmándose décadas más tarde durante el siglo XIX cuando cada uno adquiere entidad y contenido, sustentándose en principios distintos desde los que se reivindicquen diferentes legitimidades (en tal sentido, ESTEVE PARDO, 2013, p. 38-39).

Pero ya en el siglo XX, con el advenimiento del Estado Social, ya no interviene de manera puntual, subsidiaria, como en el modelo liberal, sino que lo hace con la idea de conformar a la sociedad en su conjunto, sustentándose en la legitimidad que le otorga la sociedad y que se sustenta

¹⁵ Resulta esclarecedor asimismo el artículo de Rose-Ackerman (2009), donde expresa –entre otros puntos– que el Derecho Administrativo necesita crear instituciones mediadoras que le den al pueblo, a los grupos de la sociedad civil, empresariales y sindicales, canales establecidos que les permitan entregar *inputs* y demandar justificaciones cuando se elaboran políticas públicas.

¹⁶ No desconocemos que, también con buenas razones, el profesor Delpiazzo ha sostenido contrariamente que “[...] la noción de administrado tiene una fuerza expansiva en la medida en que abarca no sólo a los individuos en sus relaciones con la Administración sino también a las proyecciones del hombre en su dimensión social, tal como ocurre con la familia y las empresas en sus distintas configuraciones jurídicas, además de otras organizaciones personificadas y no personificadas. Por eso, bien se ha dicho que el de administrado es un concepto complejo, que engloba a las personas físicas o naturales, es decir, a los particulares, a las personas jurídicas de derecho privado y a aquellas organizaciones que no tienen personalidad reconocida, pero que, sin embargo, pueden actuar en el mundo del derecho” (DELPIAZZO, 2015).

en la idea de la soberanía popular (ESTEVE PARDO, 2013, p. 51, citando a GARCÍA PELAYO)¹⁷.

El auge y posterior declive del Estado Social sobre fines del siglo XX, ha generado un mayor protagonismo de la sociedad, que de ser un sujeto pasivo objeto de intervención y configuración por el Estado, ha asumido un rol activo, suplantando muchas veces la regulación estatal por la denominada autorregulación (ESTEVE PARDO, 2013, p. 115 y ss.).

Todas las mutaciones operadas en las últimas décadas, han provocado un profundo cambio de concepción acerca del rol del Estado y de los ciudadanos, siendo el fenómeno participativo el canal que permite abordar las diferentes maneras en que aquél se manifiesta, tanto desde el plano procedimental, como en el aspecto orgánico.

Sobre el tema, merece destacarse el caso “CEPIS” (CSJN, 18-08-2016, “Centro de Estudios para la Promoción de la Igualdad y la Solidaridad y otros c. Ministerio de Energía y Minería s/ amparo colectivo”, Fallos 339:1077) de la CSJN, del que extraeré algunos tópicos sobre los que discurriera el análisis, que tuvo como disparador el incremento de las tarifas dispuestas por el Poder Concedente (Estado Nacional) del servicio público de gas natural, sin haberse garantizado la previa participación ciudadana en la adopción de las decisiones tarifarias, erigiéndose en la primera interpretación integral del artículo 42 de la Constitución Nacional argentina (incorporado en la reforma constitucional de 1994) por parte del Máximo Tribunal Nacional, como un derecho “operativo”, apoyándose en los debates de la convención constituyente. Se puntualizó también que al concepto de participación debe dársele un contenido amplio, traduciendo una faceta del control social que puede manifestarse de maneras distintas y cuya ponderación ha sido dejada en manos del legislador, al que corresponde prever el mecanismo que mejor asegure aquella participación en cada caso.

Entre los conceptos salientes, se ha resaltado que la participación debe ser previa, y que no se satisface con la mera notificación de una tarifa ya establecida, debiendo, por imperativo constitucional, garantizar la participación ciudadana en instancias públicas de discusión y debate susceptibles de ser ponderadas por la autoridad de aplicación al momento de la fijación del precio del servicio; siendo además, un elemento de legitimidad para el poder administrador, cuya responsabilidad de garantizar el derecho a la información pública está estrechamente vinculado al sistema republicano de gobierno. Y la consecuencia de la inobservancia –en el caso, del procedimiento de audiencia pública– ha sido la declaración de nulidad de los actos que dispusieron el incremento, con los efectos que ello acarrea.

¹⁷ Agrega el autor que “Esa creciente atención e intervención social por parte del Estado se reconoce y afirma en las Constituciones del siglo XX de los Estados de la Europa occidental, y ahora se programa o concreta a través de leyes y se realiza –se materializa o se canaliza– a través de un aparato administrativo que se desarrollará y extenderá espectacularmente, en paralelo con el incremento de la actividad del Estado”.

Resulta destacable asimismo, haber echado mano a ciertos instrumentos internacionales (se trata de Cartas del CLAD, que en rigor conforman una suerte de *soft law*. Al respecto, puede verse la obra de SARMIENTO, 2008) para respaldar el análisis y conclusiones del tribunal, como ser la Carta Iberoamericana de Participación Ciudadana en la Gestión Pública (XI Conferencia Iberoamericana de Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, Lisboa, Portugal, 25 y 26 de junio de 2009, Capítulo primero, puntos 2 y 3) y el Código Iberoamericano del Buen Gobierno, respaldado por la XVI Cumbre Iberoamericana (Uruguay, noviembre de 2006, especialmente regla 11.7 y regla IV. 35) (Voto del Dr. Horacio Rosatti, Considerando 16.º). Y también el auxilio al concepto de “democracia deliberativa” con citas de Rawls (Considerando 18.º del Voto mayoritario, citando la obra de RAWLS, 2001, y RAWLS, 1986) y Santiago Nino (Voto del Dr. Horacio Rosatti, Considerando 16.º, en relación a SANTIAGO NINO, 1990, p. 97 y ss. El concepto ha sido desarrollado extensamente en SANTIAGO NINO, 1997).

4 CONCLUSIONES

De los principios tradicionales, tanto los existentes en la ley nacional, como en las normas provinciales, advertimos una tendencia a profundizar los principios tradicionales, desgranándolos en diversas manifestaciones, pero susceptibles de ser vinculados entre sí, en especial los principios de buena administración y participación ciudadana, como derivaciones del principio del debido proceso.

En rigor, los principios constituyen un norte que alumbra al procedimiento administrativo, como cauce formal de la función administrativa del Estado.

Destacamos la explícita mención –de la ley mendocina– de los principios “*pro homine*”, o bien, el apartado destinado a las personas en situación de vulnerabilidad, así como del principio de buena administración.

Sobre los principios “*pro homine*” ha dicho la CSJN que:

El principio *pro homine*, connatural del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, determina que el intérprete deba escoger dentro de lo que la norma posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana, imponiéndose esta pauta aún con mayor intensidad, cuando su aplicación no entrañe colisión alguna del derecho humano así interpretado, con otros valores, principios, atribuciones o derechos constitucionales (CSJN, 03-05-2007, “Madorrán, Marta C. v. Administración Nacional de Aduanas”, Fallos: 330:1989).

En definitiva, apreciamos una paulatina humanización de la regulación procedimental administrativa, colocando como eje a la persona humana y a su dignidad.

Resulta deseable que todos los principios y regulaciones se orienten a permitir contar con una sociedad donde se eliminen paulatinamente las barreras que impiden a todos acceder al pleno goce de los bienes públicos, contemplando la diferente situación de hecho en la que se encuentran quienes no han sido favorecidos por mayores fortalezas físicas e intelectuales, generando una salida virtuosa que coadyuve a la anhelada igualdad, para así poder erigir verdaderas sociedades inclusivas.

REFERENCIAS

BARZELAY, Michael. **La nueva gestión pública**: un acercamiento a la investigación y al debate de las políticas. Ciudad de México: Fondo de Cultura Económica, 2003.

CHEVALLIER, Jacques. **El estado posmoderno**. Traducción de O. Pérez. Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia, 2014.

COMADIRA, Julio R. El principio de participación ciudadana en la función administrativa (con especial referencia a la formación de la voluntad de la administración y a la selección de autoridades públicas). En: **EDA**, 2005-400, 2005.

COMADIRA, Julio R. La responsabilidad disciplinaria del funcionario público. En: **Responsabilidad del estado y del funcionario público**. Buenos Aires: Ed. Universidad Austral, Facultad de Derecho, Ciencias de la Administración, 2001. p. 596.

DELPIAZZO, Carlos E. Reflexión sobre los deberes del administrado. En: **RDA**, 2015-97-121, AP/DOC/1707/2014, 2015.

ELY, John H. **Democracia y desconfianza**. Traducción de M. Ortiz. Bogotá: Ed. Universidad de los Andes, 1997.

ESTEVE PARDO, José. **La nueva relación entre Estado y sociedad**. Aproximación al trasfondo de la crisis. Madrid-Barcelona-Buenos Aires-Sao Paulo: Marcial Pons, 2013.

FONT I LLOVET, Tomás. Algunas funciones de la idea de participación. EN: **REDA**, Madrid, Ed. Civitas, núm. 45, p. 45, enero-marzo 1985.

GORDILLO, Agustín. **Tratado de derecho administrativo y obras selectas**: el acto administrativo. tomo 3. 10. edición. Buenos Aires: FDA, 2011.

LINARES, Juan F. La garantía de defensa ante la administración. En: **La Ley**, Buenos Aires, Ed. La Ley, p. 142-1.137, 1971.

LORENZO DE VEGA JAIME, Susana. **Sanciones administrativas**. Montevideo: Julio César Faira Ed., 1996.

MEILÁN GIL, José Luis. Sobre la revisión del derecho administrativo. En: RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime; GARCÍA PÉREZ, Marta (Dirección); PERNAS GARCÍA, José; AYMERICH CANO, Carlos I. (Coordinación). **Cuestiones actuales del derecho público**: estudios en homenaje a la Dra. Irmgard Lепенies. Madrid: Bubok, 2014. p. 699-743.

MEILÁN GIL, José Luis. Una construcción jurídica de la buena administración. En: **RDA**, núm. 91, AP/DOC/2992/2013, p. 121, 2014.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. Hacia un nuevo derecho administrativo. En: BLASCO ESTEVE, Avelino (Coordinador). **El derecho público de la crisis económica**: transparencia y sector público: hacia un nuevo derecho administrativo. Madrid: INAP, 2011. p. 191-237.

MUÑOZ MACHADO, Santiago. Las concepciones del derecho administrativo y la idea de participación en la administración. En: **RAP**, núm. 84, p. 519, 1977.

NOGUERA FERNÁNDEZ, Albert (Coordinador). **Crisis de democracia y nuevas formas de participación**. Valencia: Tirant to Blanch, 2013 (Colección *Ciencia Política*, 54).

OCDE. **Evaluación de la participación pública en la elaboración de políticas públicas**. Traducción de M. J. Burgos. Madrid: INAP, 2006.

PRATS I CATALÁ, Joan. **De la burocracia al management, del management a la gobernanza**: las transformaciones de las administraciones públicas de nuestro tiempo. Madrid: INAP, 2005.

RAWLS, John. **Justice as fairness**: a restatement. Harvard: Ed. Harvard University Press, 2001.

RAWLS, John. **Justicia como equidad**: materiales para una teoría de la justicia. Madrid: Tecnos, 1986.

REY VÁZQUEZ, Luis E. El ciudadano colaborador en contratación administrativa argentina. En: **Cuadernos de Mariñán**. Diputación provincial de La Coruña, p. 353-366, 2016.

REY VÁZQUEZ, Luis E. La participación de la sociedad civil en la gestión pública. En: BUTELER, Alfonso et. al. **Cuestiones estructurales de derecho administrativo, instituciones, buena administración y derechos individuales**: Jornadas de Derecho Administrativo de la Universidad Austral. Ciudad Autónoma de Buenos Aires: RAP, 2018. p. 453-484.

RIVERO YSERN, Enrique; RODRÍGUEZ ARANA, Jaime. **Con miras al interés general**. Madrid: Bubok, 2014.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **Aproximación al derecho administrativo constitucional**. Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia, 2009.

RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. **El buen gobierno y la buena administración de instituciones públicas**. Navarra: Thomson-Aranzadi, 2006.

ROSE-ACKERMAN, Susan. El derecho administrativo y la legitimidad democrática: confrontando el poder ejecutivo y el estado contractual. En: Revista del CLAD Reforma y Democracia, Caracas, núm. 43, feb. 2009. Disponible en: <<http://old.clad.org/portal/publicaciones-del-clad/revista-clad-reforma-democracia/articulos/043-febrero-2009-1/rose>>. Consultado el 03-02-2015.

SÁNCHEZ DE LA TORRE, Ángel. Prólogo. En: SUÑÉ LLINÁS, Emilio. **La sociedad civil en la cultura postcontemporánea**. Madrid: Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Centro de Estudios Superiores, Sociales y Jurídicos Ramón Carande, Servicio de Publicaciones, 1998.

SÁNCHEZ MORÓN, Miguel. **La participación del ciudadano en la administración pública**. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1980. (Colección *Estudios de Administración*, XLII).

SANTIAGO NINO, Carlos. **La constitución de la democracia deliberativa**. Madrid: Gedisa, 1997.

SANTIAGO NINO, Carlos. La paradoja de la irrelevancia moral del gobierno y el valor epistemológico de la democracia. En: **En torno a la democracia**. Santa Fé: Rubinzal-Culzoni, 1990. p. 97 y ss.

SARMIENTO, Daniel. **El soft law administrativo**: un estudio de los efectos jurídicos de las normas no vinculantes de la administración. Madrid: Thomson Civitas, 2008.

SHAPIRO, Martin. Un derecho administrativo sin límites: reflexiones sobre el gobierno y la gobernanza. En: CERRILLO I MARTÍNEZ, Agustí (Coordinador). **La gobernanza hoy**: 10 textos de referencia. Madrid: INAP, 2005. p. 203-211.

SOTELO DE ANDREAU, Mirta Gladis. Nuevas fronteras y formas de asociación entre el sector público y sociedad. En: **Estado, derecho, administración, estrategias**. Resistencia: Talleres, 1997. p. 153-180.

SUÑÉ LLINÁS, Emilio. **La sociedad civil en la cultura postcontemporánea**. Madrid: Universidad Complutense, Facultad de Derecho, Centro de Estudios Superiores, Sociales y Jurídicos Ramón Carande, Servicio de Publicaciones, 1998.

TAWIL, Guido Santiago. El principio de colaboración y su importancia en el procedimiento administrativo. En: **La Ley**, Buenos Aires, Ed. La Ley, a. 1985-E, n. 952; AR/DOC/18536/2001, 1985.

Submissão em: 6 de março de 2021

Último Parecer favorável em: 12 de abril de 2021

Como citar este artigo científico

REY VÁZQUEZ, Luis Eduardo. La buena administración y el control y participación social. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, Montes Claros, v. 2, n. 1, p. 79-97, jan.-abr. 2021.

LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR JERÁRQUICO EN COLOMBIA EN RELACIÓN CON EL ARTÍCULO 28 DEL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL¹

OMAR HUERTAS DÍAZ²

MARTÍN EDUARDO SALAZAR MEDINA³

RESUMEN

El artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional consigna la responsabilidad del superior jerárquico –militar y civil– por actos delictivos cometidos por sus subordinados cuando exista mando y control efectivo; concretamente, se le impone el deber de ejercer una conducta diligente en aras de prever y tener conocimiento de cuando aquellos están planeando realizar delitos, repelerlos si se están llevando a cabo y ponerlos en conocimiento de las autoridades encargadas de la investigación y juzgamiento. Teniendo en cuenta que en Colombia coexisten diferentes sistemas de juzgamiento (ordinarios y transicionales), se ha dado un manejo disímil a la figura en mención. De una parte, los regímenes penales ordinario, militar y de “*Justicia y Paz*” no tienen una norma que regule la materia, por tanto, se guían por las previsiones de la posición de garante establecida en la Ley 599 de 2000 y el desarrollo jurisprudencial pertinente; por la otra, la Jurisdicción Especial para la Paz sí consagra la figura, aunque otorga un

¹ Artículo resultado dentro del grupo de investigación Red Internacional de Política Criminal Sistémica “*Extrema ratio*” UN, en desarrollo de la estancia doctoral entre las Universidades Nacional de Colombia Tratamiento de la responsabilidad de mando de los agentes del Estado colombiano y de las FARC-EP en la comisión de crímenes de guerra, contemplada en el “Acuerdo Final para la Terminación del Conflicto y la Construcción de una Paz Estable y Duradera” – Código Hermes: 46355 de la Universidad Nacional de Colombia y la Universidad Autónoma de Madrid (España)

² Doctor en Derecho y en Ciencias de la Educación. Profesor Titular Derecho Penal Universidad Nacional de Colombia. Investigador Senior COLCIENCIAS 2018. ORCID: 0000-0002-8012-2387. Correo electrónico: ohuertasd@unal.edu.

³ Doctorando en derecho, gobierno y políticas públicas de la Universidad Autónoma de Madrid (España), Investigador visitante de la Universidad Nacional de Colombia, Magíster en Estudios Avanzados en Derechos Humanos de la Universidad Carlos III de Madrid (España) y Magíster en Derechos Humanos y Democratización de la Universidad Externado de Colombia. Actualmente trabaja en la Sección de Revisión del Tribunal para la Paz de la Jurisdicción Especial para la Paz. Correo electrónico: martin.salazar@est.uexternado.edu.co.

tratamiento diferente a la Fuerza Pública (artículo transitorio 24 constitucional) y a los miembros de las FARC-EP, en la medida que para los primeros establece unos requisitos más estrictos a los fijados en el Tratado Internacional e, incluso, omite tomar como fuente ese Tratado. Ese tratamiento diferenciado trae consigo consecuencias en relación con: i) el Estatuto de la Corte Penal Internacional: ninguna de las normas existentes en Colombia desarrolla integralmente esa figura, lo cual podría llevar a la adopción de decisiones internas que desconozcan la obligación de juzgar los delitos de competencia de la CPI y a una eventual intromisión de ese organismo internacional; ii) de coherencia en el ordenamiento interno: punibles pueden ser objeto de condena o absolución dependiendo del régimen por el que sea juzgado el involucrado, con las consecuencias que ello trae para los derechos a la justicia, verdad, de las víctimas y, sobre todo, para la superación de la violencia.

Palabras clave: Responsabilidad del superior, posición de garante, Estatuto de la Corte Penal Internacional, Jurisdicción Especial para la Paz, Ley de Justicia y Paz

ABSTRACT

Article 28 of the Statute of the Rome Statute establishes the responsibility of the Command –military and civil– for criminal acts committed by his subordinates when there is effective command and control. Specifically, it is imposed the duty to be diligent to foresee and be aware of when crimes are being planned, to repel them if they are being carried out, and report them to the authorities in charge of the investigation and prosecution. In Colombia there are different judging systems (ordinary and transitional) that gives a dissimilar handling to that figure. On the one hand, the ordinary, military and “Justice and Peace” criminal regimes do not have a norm that regulates the matter, therefore, they are guided by the provisions of the guarantor position established in the Colombian Criminal Code and the relevant precedents. On the other hand, the Special Jurisdiction for Peace does establish the figure, although it grants a different treatment to the Public Force and to the members of the FARC-EP, because for the Public Force establishes stricter requirements than those established in the international treaty and even omits to take that treaty as a source. This differentiated treatment has consequences in relation to: i) the Rome Statute: none of the existing norms in Colombia fully develops this figure, which could lead to the adoption of internal decisions that ignores the obligation to judge crimes within the jurisdiction of the ICC and could lead to an eventual interference of that international Court. ii) the lack of coherence in the Colombian legal system: crimes can be subject to conviction or acquittal depending on the regime by which the person involved is tried, with the consequences that this brings for the rights to justice, truth, of the victims and for overcoming of violence.

Keywords: Command Responsibility, guarantor’s duties, Rome Statute, Special Jurisdiction for Peace, “*Justice and Peace*” law.

1 INTRODUCCIÓN

La violencia en Colombia no puede ser fácilmente catalogada o descrita bajo una sola etiqueta. Para explicar esa premisa, es menester referir que en el país existe violencia de índole político y social, representada en la lucha insurgente y contrainsurgente en la que participaron principalmente las guerrillas, los grupos de autodefensas y los agentes estatales, siendo esta la encasillada dentro del denominado conflicto armado interno colombiano. Pero tampoco puede pasarse por alto que también se presenta aquella violencia ordinaria, ocasionada, principalmente, por actividades como el narcotráfico o la minería ilegal, la cual, por el enorme beneficio económico que ofrece, ha creado organizaciones criminales jerarquizadas con la fuerza para hacer oposición y enfrentar al Estado en determinadas regiones (como, por ejemplo, los carteles o, actualmente, las bandas criminales), que han incurrido en violaciones masivas de derechos humanos. Pero, además, los grupos caracterizados bajo el rótulo político, al percibir el carácter lucrativo de esas prácticas, se han sumado a esas actividades, directamente o a través de alianzas con los segundos.

Así las cosas, teniendo en cuenta que, en uno y otro caso, se trata de empresas delincuenciales con estructuras y funciones plenamente definidas, frente a las cuales el derecho penal colombiano debe ofrecer una respuesta contundente para poder atribuir responsabilidades a todos aquellos que participan de una u otra manera en la comisión de conductas punibles. Teniendo en cuenta la multiplicidad de actores y los intentos del Estado para desarmar a los grupos armados al margen de la ley, en la actualidad coexisten numerosos sistemas encargados del juzgamiento que ofrecen un tratamiento diferenciado a los sujetos que procesan, a saber: al penal ordinario y al derecho penal militar –aplicable a las fuerzas militares–, se le suman el sistema de “*justicia y paz*” –al cual se acogieron los grupos paramilitares– y la Jurisdicción Especial para la Paz –JEP–, creada en el Acuerdo de Paz suscrito con las FARC-EP.

Siguiendo esa línea argumentativa, en las estructuras armadas organizadas adquiere particular relevancia la obligación del Estado de enjuiciar a todos aquellos que intervinieron en la comisión de los punibles: partiendo de aquellos que los ejecutaron materialmente pero, también, llegando hasta los superiores en los eventos en los que dieron la orden o tenían a su cargo personal armado que incurrió en crímenes sin su consentimiento.

Respecto del último aspecto referido, se torna necesario acudir a la doctrina de responsabilidad del superior jerárquico, la cual tiene como principal antecedente normativo⁴ los artículos 86 y 87 del Protocolo Adicional

⁴ En este punto debe resaltarse que, aún cuando se refiere ese precedente normativo, existen otras disposiciones internacionales que también podrían citarse, tales como, citando a Cote-Barco (2016, p. 62), artículo 1 del Reglamento relativo a las leyes y costumbres de la guerra terrestre de La Haya de 1907 y los artículos 4A y 39 del Convenio de Ginebra III y 99 del Convenio de Ginebra IV.

I a los Convenios de Ginebra⁵, en los que se establecen, como primera medida, la regla según la cual la infracción a esas normas por parte de los subordinados “no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según sea el caso, a sus superiores”, siempre y cuando estos últimos conocieran o tuvieran información al respecto. Además, se fijaron los “deberes de los jefes” frente a los “miembros de las fuerzas armadas que están a sus órdenes y a las demás personas que se encuentren bajo su autoridad”. En ese instrumento se le atribuyeron al superior las obligaciones de impedir que sus subordinados infrinjan las provisiones de esos Convenios y, en caso de que acontezcan, el imperativo de reprimirlas y denunciarlas a las autoridades competentes.

Tratándose de genocidio, crímenes de lesa humanidad y de guerra, es importante traer a colación el Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI), ya que constituye el principal referente de Derecho Internacional Público en la materia, teniendo en cuenta la competencia complementaria que tiene para conocer de esos delitos. Además, porque Colombia suscribió ese Tratado y lo introdujo al ordenamiento a través de la Ley 742 de 2002, por ende, ante la concurrencia de los factores de competencia previstos en esa Convención, la CPI puede conocer de los punibles de genocidio y de lesa humanidad desde el 1 de noviembre de 2002 y a partir del mismo mes del 2009 por crímenes de guerra, en virtud de que el país se acogió a lo previsto en el artículo 124 de ese Estatuto para retrasar la entrada en rigor frente a esas últimas conductas delictivas.

Por tanto, teniendo en cuenta que en su artículo 28, el ECPI regula lo relacionado con la “responsabilidad de los jefes y otros superiores”, en esta oportunidad se considera relevante analizar los requisitos, elementos y características que se prevén en esa disposición.

⁵ **Artículo 86.** Omisiones. 1. Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto deberán reprimir las infracciones graves y adoptar las medidas necesarias para hacer que cesen todas las demás infracciones de los Convenios y del presente Protocolo que resulten del incumplimiento de un deber de actuar.

2. El hecho de que la infracción de los Convenios o del presente Protocolo haya sido cometida por un subordinado no exime de responsabilidad penal o disciplinaria, según el caso, a sus superiores, si éstos sabían o poseían información que les permitiera concluir, en las circunstancias del momento, que ese subordinado estaba cometiendo o iba a cometer tal infracción y si no tomaron todas las medidas factibles que estuvieran a su alcance para impedir o reprimir esa infracción.

Artículo 87. Deberes de los jefes. 1. Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto exigirán que los jefes militares, en cuanto se refiere a los miembros de las fuerzas armadas que están a sus órdenes y a las demás personas que se encuentren bajo su autoridad, impidan las infracciones de los Convenios y del presente Protocolo y, en caso contrario, las repriman y denuncien a las autoridades competentes.

2. Con el fin de impedir y reprimir las infracciones, las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto exigirán que los jefes, según su grado de responsabilidad, tomen medidas para que los miembros de las fuerzas armadas bajo sus órdenes tengan conocimiento de las obligaciones que les incumben en virtud de lo dispuesto en los Convenios y en el presente Protocolo.

3. Las Altas Partes contratantes y las Partes en conflicto obligarán a todo jefe que tenga conocimiento de que sus subordinados u otras personas bajo su autoridad van a cometer o han cometido una infracción de los Convenios o del presente Protocolo a que se tome las medidas necesarias para impedir tales violaciones de los Convenios o del presente Protocolo y, en caso necesario, promueva una acción disciplinaria o penal contra los autores de las violaciones.

Clarificado lo anterior, se estima necesario establecer el trato que los sistemas judiciales presentes en Colombia dan a la figura en mención, determinando las diferencias desde dos perspectivas: i) de cada uno de los regímenes de juzgamiento en comparación con el ECPI y ii) entre ellos para identificar las problemáticas que ello puede traer consigo.

Se considera que el análisis anterior es relevante, pues constituye una aproximación conceptual al tema, ya que otorga las bases que permitirán conocer el ámbito de aplicación de la figura de la responsabilidad del superior jerárquico en cada uno de los regímenes referidos y, particularmente, determinando la forma y el alcance en la que el Estatuto de Roma puede servir como referente para los jueces colombianos en el ámbito de las competencias existentes, para esclarecer cuáles de sus disposiciones pueden llenar los eventuales vacíos existentes en la normatividad vigente en Colombia y cuales otros no⁶. Como cuestión adicional, se identificarán algunos de los problemas que apareja el trato disímil que cada sistema da al superior jerárquico.

2 LA RESPONSABILIDAD DE MANDO EN EL ARTÍCULO 28 DEL ESTATUTO DE LA CORTE PENAL INTERNACIONAL –ECPI–

El artículo 28 del ECPI regula la denominada “responsabilidad de los jefes y otros superiores”⁷; allí, como primera medida, se diferencia dos sujetos

⁶ Sobre el particular, Cote-Barco reseñó que estudios como el que se proponen resultaban relevantes: “[...] con el fin de que las decisiones judiciales que se tomen con relación a este tema estén fundamentadas en debida forma, se debe diferenciar, por un lado, el ámbito de aplicación de esta doctrina de acuerdo con el Derecho Penal Internacional (DPI) y, por otro lado, el régimen de responsabilidad por omisión que corresponde a casos de este tipo según el Código Penal colombiano (CPC). En otras palabras: a pesar de que el DPI constituye un punto de referencia obligado para la persecución penal de crímenes internacionales por parte de jueces nacionales, las reglas que pertenecen a cada uno de estos dos regímenes de responsabilidad no se deben confundir. Solo así es posible identificar vacíos en la legislación interna y, de ser posible, recurrir de manera consistente al Derecho Internacional para tratar de complementar las disposiciones nacionales” (COTE-BARCO, 2016, p. 52).

⁷ **Artículo 28.** Responsabilidad de los jefes y otros superiores: Además de otras causales de responsabilidad penal de conformidad con el presente Estatuto por crímenes de la competencia de la Corte: a) El jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas cuando: i) Hubiere sabido o, en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber que las fuerzas estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; y ii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento. b) En lo que respecta a las relaciones entre superior y subordinado distintas de las señaladas en el apartado a), el superior será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por subordinados bajo su autoridad y control efectivo, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esos subordinados, cuando: i) Hubiere tenido conocimiento o deliberadamente hubiere hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos; ii) Los crímenes guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo; y iii) No hubiere adoptado todas las medidas necesarias y razonables a su alcance para prevenir o reprimir su comisión o para poner el asunto en conocimiento de las autoridades competentes a los efectos de su investigación y enjuiciamiento⁷.

activos que pueden incurrir en esta clase de responsabilidad, de una parte el “jefe militar o el que actúe efectivamente como jefe militar” y, por la otra, “aquellas relaciones entre superior y subordinado distintas” de las anteriores, es decir, aquellos superiores civiles.

La anterior precisión se torna relevante porque la disposición ofrece un trato diferenciado a ambos sujetos. A continuación se expondrán los elementos de cada una de las alternativas planteadas.

Respecto de los primeros, se consigna como presupuesto indispensable que exista entre el jefe y sus subordinados una relación de “mando y control efectivo” o de “autoridad y control efectivo” y se le reprocha el “no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas” en dos eventos: i) que hubiere sabido o debido saber, “en razón de las circunstancias del momento” que las fuerzas a su mando estaban cometiendo crímenes de competencia de la Corte Penal Internacional “o se proponían cometerlos”; y ii) cuando no haya adoptado aquellas medidas “necesarias y razonables a su alcance” para prevenir, reprimir la comisión o poner en conocimiento de las autoridades competentes de investigar y juzgar los punibles.

En cuanto atañe a aquellos que sin ostentar la calidad de “jefes militares” tienen autoridad sobre personal, el artículo precisa que quien detente esa posición responderá penalmente “en razón de no haber ejercido un control apropiado” respecto de los subordinados “bajo su autoridad y control efectivo” que cometan delitos de competencia de la CPI, cuando: i) hubieran tenido conocimiento de información que revelara que sus subordinados cometían o se proponían cometer crímenes o “deliberadamente hubiere hecho caso omiso” de la misma; ii) los delitos “guardaren relación con actividades bajo su responsabilidad y control efectivo”; y iii) no hubiesen adoptado “las medidas necesarias y razonables a su alcance para” prevenir, reprimir la conducta o ponerla en conocimiento de las autoridades encargadas de investigarla y juzgarla.

De lo anterior se vislumbra que la responsabilidad del superior, al tenor del ECPI, se compone de los siguientes elementos:

a) sujeto activo: pese a ser una obviedad, es un requisito indispensable que se ostente la calidad de superior jerárquico –civil o militar– de los subordinados, al menos que esa condición se adquiera de facto. Esta condición, de acuerdo con la norma estudiada, le otorga las obligaciones de

- i) adoptar las medidas “*necesarias y razonables*” para prevenir las conductas delictivas en que incurran las personas bajo su mando;
- ii) reprimirlas en caso de que se estén cometiendo; y
- iii) denunciarlas ante las autoridades disciplinarias y penales competentes.

De otra parte, debe aclararse que el comandante de facto, esto es, aquel que por las circunstancias del momento es conferido con la calidad de

superior, se encuentran circunscritos dentro de la segunda de las hipótesis referidas⁸.

Es necesario agregar que el condicionamiento a que las medidas sean “necesarias y razonables” implica que no se trata de un deber absoluto y que siempre dependa de las circunstancias particulares del caso.

- b) control efectivo:** debe destacarse que el control no emana solamente de la calidad de superior, es decir, si bien el ejercicio del cargo apareja la capacidad de dar órdenes y detentar el mando o control del personal armado, siempre deberá analizarse si esta facultad resultaba aplicable para las peculiaridades del caso; en otras palabras, solamente existirá responsabilidad cuando el jefe no despliegue aquellas actividades razonables y necesarias que esté en capacidad material de realizar, de manera que no se le puede exigir lo imposible o no haber ejercido gestiones que no hubiera estado en condiciones de llevar a cabo. Esa tesis fue fijada en el caso Bemba⁹, en el que la Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional determinó que había lugar a la absolución del procesado, tras constatar que aquel había

⁸ Al respecto, Garrocho Salcedo, citando al precedente establecido en el caso Bemba por la Sala de Apelaciones de la Corte Penal Internacional, razonó: “Junto a los jefes militares de iure, el art. 28.a) ECPI hace alusión a las personas que “actúan efectivamente como jefes militares”. Es decir, a quienes, no siendo legal o formalmente designados como jefes militares, actúan como si así lo fuesen; se trata de civiles que asumen, de hecho, un rol como jefe militar. En ese sentido, la Sala ha afirmado que los jefes militares de facto conforman una categoría más amplia y distinta de los jefes militares de iure, referida a “quienes tienen autoridad y control sobre fuerzas regulares gubernativas, tales como unidades de policía armadas y fuerzas irregulares como grupos rebeldes, unidades paramilitares y movimientos de resistencia armados y milicias, que siguen una estructura de jerarquía militar o una cadena de mandos”. Bajo esta categoría de jefes militares de facto pueden incluirse a civiles que actúan como militares, y que, sin estar designados legalmente para llevar a cabo funciones de mando, actúan como tales, ejerciendo, fácticamente, el control efectivo sobre un grupo de personas a través de una cadena de mando. Este concepto de jefes militares de hecho concuerda con lo establecido por la jurisprudencia de los Tribunales internacional ad hoc¹², puesto que, bajo el concepto de “superior”, se incluía a los jefes militares (de iure y de facto) y también a los civiles (ahora diferenciados de los militares en sentido estricto conforme al art. 28.b) ECPI).

Sin embargo, es necesario clarificar en mejor medida qué personas de-ben ser consideradas como jefes militares de facto, para restringir lo máximo posible esta categoría y evitar interpretaciones excesivamente amplias. Para ello, comparto la posición con Nora Karsten, quien entiende que la de-terminación de quien ejerce efectivamente como jefe militar depende de un criterio funcional, atendiendo al tipo de organización que el superior se encuentra dirigiendo en el momento de la comisión de los crímenes. Si los inferiores toman parte en un conflicto armado, el jefe será militar, y si aquellos no participan en un conflicto armado los superiores serán superiores civiles (KARSTEN, 2009, p. 1.002)” (GARROCHO SALCEDO, 2019, p. 270 y 271).

⁹ Sobre el particular, se razonó en la sentencia: “167. The scope of the duty to take “all necessary and reasonable measures” is intrinsically connected to the extent of a commander’s material ability to prevent or repress the commission of crimes or to submit the matter to the competent authorities for investigation and prosecution. 336 Indeed, a commander cannot be blamed for not having done something he or she had no power to do.

[...] 169. However, it is not the case that a commander must take each and every possible measure at his or her disposal. Despite the link between the material ability of a commander to take measures (which is directly connected to his or her level of authority) and what he or she might reasonably have been expected to do, it is not the case that a commander is required to employ every single conceivable measure within his or her arsenal, irrespective of considerations of proportionality and feasibility. Article 28 only requires commanders to do what is necessary and reasonable under the circumstances”. Corte Penal Internacional, Sala de Apelaciones. Sentencia de 8 de junio de 2018 (N.º ICC-01/05-01/08 A). Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2018_02984.PDF>. Acceso en: 8 marzo 2021).

desplegado las medidas factibles y razonables que estaba en posibilidad de llevar a cabo, así las mismas hayan resultado insuficientes para evitar la consumación de los delitos por las tropas a su cargo.

Es decir, está plenamente descartado que el control o la autoridad que precisa el artículo en estudio sea aplicado de manera objetiva, pues la palabra “efectiva” apareja valorar hasta qué punto y de qué forma se ejerció con suficiencia ese control o autoridad, lo cual depende de las circunstancias en que se desarrollaron las conductas.

- c) nexos de causalidad:** como elemento objetivo adicional está la necesidad de establecer la relación causal entre el comportamiento omisivo atribuible al superior y la materialización de los punibles por el personal a su cargo. Esa regla se sustenta en la expresión “en razón de no haber ejercido un control apropiado” consignada en el artículo 28 ECPI y, de conformidad con la doctrina especializada, ese vínculo es “hipotético e invertido”, es decir, se requiere “demostrar que si el superior hubiera cumplido su deber, los crímenes no se hubieran cometido” (COTE-BARCO, 2016, p. 67).

La doctrina también ha mostrado el problema que tiene para la causalidad, el hecho de que se castigue por el deber de reprimir y denunciar, pues en estas eventualidades no tendrían incidencia en el resultado criminal¹⁰.

- d) elementos subjetivos:** según las previsiones del artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, el elemento subjetivo se concreta en alguno de los siguientes eventos:

- superior militar: i) si “hubiere sabido” o ii) si “en razón de las circunstancias del momento, hubiere debido saber” que el personal armado bajo su mando se encontraban cometiendo crímenes de competencia de la CPI o se proponían a llevarlos a cabo;
- superior que no tiene la connotación de militar: i) si hubieren “tenido conocimiento” o (ii) cuando “deliberadamente [hubiere] hecho caso omiso de información que indicase claramente que los subordinados estaban cometiendo esos crímenes o se proponían cometerlos”.

De lo precedente se puede extraer que existen diferencias en cuanto a uno y otro superior, pues aunque a ambos se les reprocha cuando hayan sabido de la conducta de sus subordinados, la cuestión varía en la segunda hipótesis en uno y otro caso, ya que al primero se le pide que “en razón de las circunstancias

¹⁰ Sobre el punto, Cote-Barco (2016, p. 75) reseñó: “[...] algunos autores han sostenido que el requisito de causalidad, tal como fue previsto en el artículo 28 ECPI, también debe ser relevante con relación al deber de reprimir, pues en estos casos el superior no debería responder por crímenes pasados (a cuya consumación no contribuyó, a pesar de no haber sancionado a sus perpetradores), sino por la consumación de crímenes subsiguientes a los que haya contribuido al no sancionar a quienes cometieron crímenes en el pasado⁷⁹. En todo caso, el ECPI no admite la complicidad culposa; tampoco hay una modalidad culposa de los crímenes de competencia de la Corte. Por esta razón, y a pesar de los problemas que de aquí surgen a la luz del principio de culpabilidad (sobre todo cuando la omisión consiste en no reprimir o no informar), esta circunstancia debe ser tomada en cuenta en el momento de imponerse la sanción, para lo cual, según el artículo 78.1 del ECPI, se debe tomar en consideración la gravedad del crimen”.

del momento” hubiere debido saber, lo que supone un mayor estándar en comparación con el segundo, a quien se le censura penalmente en razón de información que “indicase claramente” el propósito criminal de sus dependientes; es decir, a los primeros se les pide que deban conocer, siempre que las condiciones lo permitan, mientras que a los segundos solamente cuando la información que le llegue señale con claridad el actuar punible.

3 LA RESPONSABILIDAD DE MANDO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO ANTERIOR A LA JEP

Como se dijo al inicio, en Colombia hay varios regímenes de juzgamiento penal vigentes que son aplicables a los distintos actores armados. En este acápite se agrupan aquellos que antecedieron a la Jurisdicción Especial para la Paz, es decir, el ordinario, el militar y el de “*Justicia y Paz*”.

Esa diferenciación no se justifica solo por la circunstancia temporal descrita sino que obedece a una razón sustancial adicional: todos ellos terminan acudiendo al Código Penal ordinario (Ley 599 de 2000) en lo relacionado a la regulación de la responsabilidad de mando por actos de sus subordinados, mientras que la JEP, como se verá en el numeral que sigue, desarrolla normas específicas con características distintivas que ameritan una mención aparte.

Por ende, en relación con los sistemas de juzgamiento analizados en este numeral, se explicarán las normas que las desarrollan de forma separada pero, tratándose del desarrollo jurisprudencial, se expondrá conjuntamente, atendiendo a que tienen, en últimas, el mismo sustento (artículo 25 de la Ley 599 de 2000) y son decisiones proferidas por las mismas autoridades (Cortes Constitucional y Suprema de Justicia).

3.1 Justicia Ordinaria y Fuero Militar

En la legislación colombiana existen dos códigos sustanciales en materia penal, los Códigos Penal Militar (Ley 1407 de 2010) y Penal ordinario (Ley 599 de 2000), ninguno de los cuales desarrolla expresamente lo relacionado con la responsabilidad de mando en los términos del ECPI; sin embargo, esa conducta se ha entendido circunscrita dentro de la figura de la posición de garante, respecto de la cual ofrecen el tratamiento a continuación se expone.

El artículo 27¹¹ de la primera de las disposiciones aludidas establece que los miembros de la fuerza pública serán responsables de aquellos delitos

¹¹ **Artículo 27.** Acción u Omisión. –Artículo modificado por el artículo 99 de la Ley 1765 de 2015– : La conducta punible puede ser realizada por acción u omisión. El miembro de la Fuerza Pública que en razón de su competencia funcional y teniendo el control efectivo, tenga el deber jurídico de evitar un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo hiciere, disponiendo de los recursos y medios, siempre que las circunstancias fácticas se lo permitan, quedará sujeto a la pena prevista en la respectiva norma penal. A tal efecto se requiere que tenga a su cargo la protección real y efectiva del bien jurídico protegido o la vigilancia de determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución, la ley o los reglamentos.

cometidos que tengan “el deber jurídico de evitar” en razón de su “competencia funcional y teniendo el control efectivo”, esto es, se regula a través de la posición de garante¹². La norma enfatiza en que es requerido que la persona “tenga a su cargo la protección real y efectiva del bien jurídico o la vigilancia de determinado tipo de riesgo, conforme a la Constitución, la ley o los reglamentos” y agrega como condicionante que, en todo caso, es indispensable “que las circunstancias [...] [del caso le] permitan” obrar conforme se explica, esto es, ejerciendo su posición de garante para impedir la consumación del resultado dañoso.

Es importante destacar que esa norma se formuló de manera abierta, pues la posición de garante abarca toda clase de punible que sea cometido por cualquier persona, siempre y cuando se satisfagan los requisitos enunciados. Además, llama la atención que el deber de “protección real y efectiva” del bien jurídico solo puede derivar de la Constitución, la Ley y los reglamentos, lo que puede significar que se deje de lado la posibilidad de que esa obligación pueda surgir de facto o sea asumida voluntariamente.

No obstante lo expuesto, es importante precisar que esa disposición, por regla general, no es aplicable a los asuntos de competencia de la Corte Penal Internacional. Lo anterior, por cuanto el fuero militar establecido en el artículo 1.º del Código Penal Militar¹³ se limita a los delitos cometidos en “servicio activo” o en relación con aquel, empero, ese servicio activo tiene las siguientes excepciones: i) el artículo 3 ibídem establece que no son “delitos relacionados con el servicio” los de tortura, desaparición forzada, lesa humanidad y aquellos que contravengan el derecho internacional humanitario o que “sean abiertamente contrari[o]s a la función constitucional de la Fuerza Pública y que por su sola comisión rompan el nexo funcional del agente con el servicio”; y ii) la Corte Constitucional ha establecido que, tratándose de graves violaciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, no es admisible predicar que las fuerzas armadas obren en cumplimiento o en relación con el servicio activo¹⁴.

¹² Sobre el particular, Cote-Barco destaca que el proyecto de ley inicialmente presentado en el Congreso “establecía en diferentes artículos tres estructuras de imputación, con el fin de armonizar el Derecho Penal nacional con el Derecho Internacional”, incluyendo uno titulado “responsabilidad del superior militar o policial por las conductas de los subordinados”. Sin embargo, esas disposiciones fueron eliminadas por el legislador, dejando únicamente el artículo 27 analizado (COTE-BARCO, 2016, p. 56 y 57).

¹³ **Artículo 1.º** Fuero Militar. De los delitos cometidos por los miembros de la Fuerza Pública en servicio activo, y en relación con el mismo servicio, conocerán las Cortes Marciales o los Tribunales Militares, con arreglo a las disposiciones de este Código. Tales Cortes o Tribunales estarán integrados por miembros de la Fuerza Pública en servicio activo o en retiro.

¹⁴ Sobre el punto, en la sentencia SU-1184 de 2001, se razonó: “Que el vínculo entre el hecho delictivo y la actividad relacionada con el servicio se rompe cuando el delito adquiere una gravedad inusitada, tal como ocurre con los llamados delitos de lesa humanidad”. Esta regla tiene como base la idea de que nunca podrán ser considerados como actos relacionados con el servicio aquellas conductas que desconocen abiertamente el principio de dignidad humana y que, de manera flagrante, aparejan la violación de los derechos constitucionales de los asociados. Debe observarse que si bien se hace alusión a los “llamados delitos de lesa humanidad”, dicha referencia únicamente indica el patrón de conducta que nunca serán de competencia de la justicia penal militar. Sobre este punto, ha de advertirse que, tal como se indicó en sentencia, aún las normas que regulan asuntos evidentemente militares, repudian los actos contrarios a los sentimientos de humanidad”.

Así las cosas, existe una regla general que atribuye la competencia a la jurisdicción ordinaria para conocer de los delitos de competencia de la Corte Penal Internacional, relacionados directamente con las conductas transgresoras de los DDHH o del DIH. Por lo tanto, el análisis se centrará en el Código Penal ordinario, el que, como se dijo, tampoco regula expresamente la responsabilidad del superior por actos realizados por sus subordinados; sin embargo, el tratamiento que se le ha dado por la jurisprudencia y la doctrina, va relacionado con la atribución de esta modalidad de responsabilidad a través de la omisión impropia o comisión por omisión, siempre y cuando el sujeto activo tenga la posición de garante, en virtud de lo reglado en el artículo 25¹⁵.

Ese precepto precisa que el deber de impedir el resultado típico deviene de dos situaciones: que el “agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido” o “que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley”. Además, respecto de los punibles “que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales” se estableció que existía posición de garantía en los siguientes eventos:

- 1) cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.
- 2) cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.
- 3) cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.
- 4) cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.

3.2 Ley 975 de 2005 de “Justicia y Paz”

Según el artículo 1.º de la referida Ley, aquella resulta aplicable a aquellos “acuerdos de paz” que se alcancen con grupos armados organizados al margen de la ley, entendidos estos como todo “grupo de guerrilla o de

¹⁵ **Artículo 25.** Acción y Omisión. La conducta punible puede ser realizada por acción o por omisión. Quien tuviere el deber jurídico de impedir un resultado perteneciente a una descripción típica y no lo llevare a cabo, estando en posibilidad de hacerlo, quedará sujeto a la pena contemplada en la respectiva norma penal. A tal efecto, se requiere que el agente tenga a su cargo la protección en concreto del bien jurídico protegido, o que se le haya encomendado como garante la vigilancia de una determinada fuente de riesgo, conforme a la Constitución o a la ley.

Son constitutivas de posiciones de garantía las siguientes situaciones:

1. Cuando se asuma voluntariamente la protección real de una persona o de una fuente de riesgo, dentro del propio ámbito de dominio.
2. Cuando exista una estrecha comunidad de vida entre personas.
3. Cuando se emprenda la realización de una actividad riesgosa por varias personas.
4. Cuando se haya creado precedentemente una situación antijurídica de riesgo próximo para el bien jurídico correspondiente.

Parágrafo. Los numerales 1, 2, 3 y 4 sólo se tendrán en cuenta en relación con las conductas punibles delictuales que atenten contra la vida e integridad personal, la libertad individual, y la libertad y formación sexuales.

autodefensas, o una parte significativa e integral de los mismos como bloques, frentes u otras modalidades de esas mismas organizaciones”. Al respecto, se definen los requisitos exigibles para que la “desmovilización” colectiva (art. 10) o individual (art. 11) se rija bajo esa norma, indicando que serán cobijadas todas las conductas cometidas por esas agrupaciones con anterioridad a la fecha de su desmovilización y, respecto de los desmovilizados individuales, se establece como fecha límite el 31 de diciembre de 2012.

De acuerdo al artículo 2.º, allí se regula lo relacionado con la “investigación, procesamiento, sanción y beneficios judiciales” de todas aquellas personas “vinculadas a grupos al margen de la ley” que “durante y con ocasión de la pertenencia” a esas agrupaciones cometieron delitos, “como autores o partícipes”, siempre y cuando “hubieren decidido desmovilizarse y contribuir activamente a la reconciliación nacional”. Además, ese precepto establece que esa Ley deberá interpretarse y aplicarse de conformidad con las normas constitucionales y los Tratados Internacionales “ratificados por Colombia”.

De igual manera, se fijaron las penas alternativas aplicables (capítulo V), el procedimiento de investigación y juzgamiento (capítulo IV), y, para desempeñar esas funciones, se dispuso la creación de una unidad especial en la Fiscalía General de la Nación y Salas Especializadas en los Tribunales Superiores de Distrito Judicial.

En torno a las características generales, importa destacar que el artículo 63 estatuyó la posibilidad de que si con posterioridad a la promulgación de esa ley, se expiden nuevas normas “que concedan a miembros de grupos armados al margen de la ley beneficios más favorables”, las personas beneficiarias de la Ley 975 “podrán acogerse a las condiciones que se establezcan en esas leyes posteriores”.

En suma, es importante relieves que si bien para “*Justicia y Paz*” se dispuso un marco procedimental y algunas autoridades especiales, ese sistema constituyó una adición al régimen ordinario, más no uno nuevo, sobre todo porque, finalmente, se ciñe al derecho dogmático ordinario y su órgano judicial de cierre es la Corte Suprema de Justicia, es decir, el mismo de la justicia ordinaria.

Ahora, si bien el artículo 2 de esa ley consigna que se aplicará a todos aquellos que hayan cometido punibles de su competencia “como autores o partícipes”, lo cierto es que esa es toda la referencia que se hace a las formas de autoría y participación; por ende, ante falta de norma especial, se entiende que las disposiciones sobre la materia previstas en el Código Penal ordinario son aplicables a esta materia, así como, en lo pertinente, la jurisprudencia proferida con anterioridad.

3.3 Desarrollo Jurisprudencial Sobre la Materia

Es pertinente reseñar que el juzgamiento de comandantes de estructuras armadas legales e ilegales en Colombia se ha mirado, principalmente, desde

la teoría de la autoría mediata en grupos organizados de poder. Así las cosas, es prolífica la jurisprudencia en esa materia, en la que los supuestos fácticos son distintos a los de la responsabilidad que aquí se ha venido tratando, pues allí se requiere como uno de los elementos característicos, según lo ha decantado la Corte Suprema de Justicia de Colombia, que “el agente conozca la orden impartida, o el ideario o derrotero criminal de la organización en cuyo marco se produce el delito” y “quiera su realización”¹⁶.

Los elementos que se extraen del acápite transcrito –conocimiento y voluntad– constituyen la mayor diferencia respecto de la figura analizada en este documento. En esos casos, se trata de establecer la responsabilidad penal del superior que dio la orden o que diseñó las estrategias y políticas que el grupo armado iba llevar a cabo, mientras que la responsabilidad aquí analizada es una conducta omisiva –comisión por omisión–, pues se trata de aquellos casos en los que el superior no ejerció todas las actividades a su alcance en aras de evitar, frenar o denunciar delitos cometidos por sus subordinados.

En lo tocante a esa última responsabilidad reseñada, no se han proferido tantos precedentes, empero, entre ellos se resaltan los sintetizados a continuación:

3.3.1 Sentencia SU-1184 de 2001 de la Corte Constitucional

Esa sentencia de unificación resulta de especial relevancia, por cuanto, de una parte, allí se estableció la ya referida regla que establece la inaplicabilidad del fuero militar en aquellos casos en los que los militares se apartan del servicio activo por cometer conductas transgresoras de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

Por la otra, se trata del antecedente jurisprudencial más relevante –en virtud del órgano que la emitió y de su carácter unificador de jurisprudencia– que tocó a inicios de siglo lo tocante a la materia. Allí, como primera medida, se establecieron los casos en los que la fuerza pública ostenta la posición de garante, a saber:

- I. el superior jerárquico ostenta la posición de garante respecto de los actos cometidos por sus subordinados, por ende, si el inferior comete un delito “[...] por ser garante se le imputa el resultado lesivo del inferior y no el simple incumplimiento a un deber funcional”.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal. SP1039-2019. Decisión del 27 de marzo de 2019, Radicación No 40098. En esa decisión, se consagraron los siguientes elementos constitutivos de la responsabilidad de mando en virtud de aparatos organizados de poder: “(i) la existencia de una organización jerarquizada orientada a la comisión de conductas al margen de la ley; (ii) la posición de mando o jerarquía que ostenta al interior de aquélla el agente a quien se le hace el juicio de atribuibilidad; (iii) la comisión de un hecho punible perpetrado materialmente por uno o varios integrantes de la organización, cuya ejecución es ordenada desde la comandancia, y desciende a través de la cadena de mando, o hace parte del ideario o finalidad delictiva de la estructura; y (iv) que el agente conozca la orden impartida, o el ideario o derrotero criminal de la organización en cuyo marco se produce el delito, y quiera su realización”.

- II. en virtud del deber asignado por el artículo 217 de la Constitución Política, según el cual las “Fuerzas Militares tendrán como finalidad primordial la defensa de la soberanía, la independencia, la integridad del territorio nacional y del orden constitucional”, por ende, estas detentan la posición de garante respecto de la ciudadanía “cuando se trata de ciertos deberes irrenunciables en un Estado Social y Democrático de Derecho”, tales como, la garantía de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario.

Con sustento en las premisas precedentes, concluyó, como premisa general, que las fuerzas armadas “ocupan una posición de garante para el respeto de los derechos fundamentales de los colombianos” y, además, que “tienen la obligación absoluta de impedir el desconocimiento del derecho internacional humanitario”.

También razonó que, respecto de las agrupaciones guerrilleras y paramilitares, la fuerza pública tiene la posición de garante por lo siguiente: de una parte, atendiendo a que esas organizaciones están contraviniendo el monopolio del uso de la fuerza que se encuentra en cabeza exclusiva del Estado y de sus instituciones; y, por la otra, en razón de la obligación de proteger y garantizar los derechos humanos y el Derecho Internacional Humanitario, las fuerzas armadas adquieren el deber de “iniciar acciones de salvamento” para hacer frente a actividades que atenten contra los derechos humanos y el derecho internacional humanitario, particularmente, respecto de aquellas calificadas como “de lesa humanidad”¹⁷.

Adicionalmente, cabe resaltar que, según lo precisado en ese fallo, los militares que ostentan la posición de garante respecto de la población civil, incurrir en el mismo delito que quienes la atacan. Esa aseveración es controvertida por la doctrina, pues se pueden dar los casos en los que pese a que se les atribuya el mismo resultado dañoso, cada uno cometa un delito distinto, de acción en un caso y, de omisión, en el otro¹⁸.

¹⁷ La sentencia califica de lesa humanidad las siguientes conductas: “i) las violaciones a las prohibiciones fijadas en el protocolo II a los acuerdos de Ginebra –y en general al derecho internacional humanitario– o a los Tratados sobre restricciones al uso de armas en la guerra (o en conflictos armados internos), ii) las acciones contra bienes culturales durante la guerra y los conflictos armados internos, iii) o los actos de barbarie durante la guerra y los conflictos armados internos –tales como la mutilación, tortura, asesinatos, violaciones, prostitución y desaparición forzada y otros tratos crueles e inhumanos, incompatibles con el sentimiento de humanidad–”.

¹⁸ Sobre el particular, se trae a colación el siguiente extracto: “[...] el miembro de la Fuerza Pública que omite el deber de evitar la violación de derechos de los ciudadanos por parte de terceros y los miembros de un grupo armado ilegal que incurrir en conductas equivalentes a crímenes internacionales no necesariamente realizan el mismo injusto, así a los dos se les impute el mismo resultado (de hecho, este constituye un ejemplo de autoría paralela), puesto que la relación entre ellos no sería de accesoria. Claro está, de cumplirse los requisitos, por ejemplo, de la coautoría (lo cual supone un acuerdo común), las afirmaciones de la Corte en este sentido serían correctas, en la medida en que en estos casos lo determinante es la reciprocidad. Pero también es posible que la omisión del militar sea producto de su negligencia, en cuyo caso su conducta constituiría un tipo penal [...]” (COTE BARCO, 2016, p. 83).

3.3.2 Sentencia C-578 de 2002 de la Corte Constitucional

A través de esa providencia, la aludida Corte estudió la constitucionalidad de la Ley 742 de 2002, por medio la cual se ratificó el Estatuto de Roma. Allí se pronunció sobre el artículo 28 del ECPI, respecto del cual aclaró que la posibilidad de perseguir al superior civil no se encontraba regulada en el ordenamiento colombiano, pero indicó que ello no implicaba inconveniente, teniendo en cuenta que el Acto Legislativo 02 de 2001 modificó la Constitución para admitir los tratamientos diferenciados en cuanto atañe a la competencia de la CPI.

3.3.3 Sentencia SP7135 de 5 de junio de 2014 de la Corte Suprema de Justicia

En esa providencia se resolvió el recurso extraordinario de casación formulado por la defensa del General del Ejército Nacional Jaime Huberto Uscátegui Ramírez, quien fue condenado en virtud de la posición de garante detentada respecto de la población civil del Municipio de Mapiripán, pues tuvo conocimiento oportuno de la incursión de las autodefensas en esa población entre los días 15 y 20 de julio de 1997 –así como de los homicidios y vejámenes cometidos por los paramilitares–, pero no ejerció ninguna acción tendiente a repeler ese ataque.

La Corte halló penalmente responsable al aludido militar, indicando que si bien no tenía mando operacional sobre el Batallón en cuya jurisdicción estaba Mapiripán y, por tal razón, carecía de la facultad de ordenar la movilización de la tropa, “esa situación no lo desligaba de su deber de desplegar labores de salvamento sobre la población en el marco de sus posibilidades, las cuales no se agotaban o limitaban a la movilización de efectivos para entrar en confrontación armada con los paramilitares apostados en esa localidad”, toda vez que su actuación debía ser inmediata ante la gravedad de los hechos de los que tuvo oportuno conocimiento y no efectuó ninguna actividad.

Para efectos de sustentar esa conclusión, la Corte explicó los tipos de omisión regulados en la normatividad penal colombiana, destacando la propia y la impropia –o comisión por omisión–, respecto de la primera señaló que sanciona el incumplimiento del “deber definido por el legislador independientemente del resultado”; mientras que frente a la omisión impropia, adujo que tiene lugar cuando el resultado, “que por antonomasia es producido con una conducta activa, es conseguido a través de una omisión, esto es, un no hacer que produce el resultado típico previsto en la ley, eventos estos para los cuales se utilizan por regla general las cláusulas de equivalencia o equiparación punitiva entre la acción y la omisión.”

Para justificar la posición de garantía de los servidores públicos, señaló que la Carta Política ha instituido deberes de competencia institucional y por organización, esto es, obligaciones específicas para los servidores públicos

por su calidad de agentes estatales. Respecto de la primera, esto es la competencia institucional, el deber jurídico se soporta en la obligación atribuida a las autoridades de la República para proteger a todas las personas residentes en Colombia.

Destacó que el deber de garantía es predicable del Estado y se materializa a través de sus agentes o servidores públicos, por lo que se debe analizar la relación que estos tengan con el bien jurídico, pues no se trata de edificar un deber de garantía ilimitado y absoluto. De esta forma, sostuvo que en casos similares de masacres cometidas por los grupos armados al margen de la ley con la participación omisiva de miembros de la fuerza pública, se ha aplicado la figura de la omisión, esto siempre y cuando se determine si al sujeto le correspondía realizar los deberes de seguridad en el tráfico o de protección frente a determinados bienes jurídicos en relación con ciertos riesgos, para de esa forma evidenciar si el resultado era evitable y cognoscible.

Como elementos determinantes para establecer la competencia del sujeto, relacionó los siguientes: 1) situación de peligro para el bien jurídico; 2) no llevar a cabo de la conducta debida, porque no se actuó pese a la existencia del deber de hacerlo para evitar el resultado; 3) posibilidad de realizar la acción debida, esto es, que el sujeto esté en posibilidad de evitar el resultado o aminorar el riesgo a través de la acción debida, para lo cual debe tener: i) conocimiento de la situación típica, esto es, que el resultado se va a producir, ii) los medios necesarios para evitar el resultado, iii) contar con la posibilidad de utilizarlos a fin de evitar el resultado; y iv) producción del resultado.

Así las cosas, en el caso concreto encontró que estaba plenamente acreditado que el procesado tuvo conocimiento los días 15 y 16 de julio de 1997 de la presencia en el perímetro urbano de Mapiripán de los integrantes de las autodefensas y de los hechos que posiblemente se iban a realizar, sin que desplegara una acción oportuna –operacional o funcional–, no obstante los deberes de protección y salvamento de la población que ostentaba como comandante militar.

Por lo señalado, la Corte ajustó la condena en el sentido de aclarar que la misma se da por el comportamiento omisivo de los militares enjuiciados, “ante la relación de equivalencia frente a la acción positiva de los tipos penales que ejecutaron los miembros del grupo de autodefensas, se asimila a efectos de predicar su responsabilidad a título de [...] autor de un delito de omisión impropia”, lo que significó una modificación de la sentencia de segunda instancia, que lo había condenado en calidad de coautor.

3.3.4 Sentencia SP5333 de 5 de diciembre de 2018 de la Corte Suprema de Justicia (Justicia y Paz)

Como primera medida, en la sentencia se concluyó que los grupos paramilitares a los que pertenecían los procesados establecieron un “patrón de *macrocriminalidad*” denominado “violencia sexual y de género”, tras

constatarse que cometieron de firma sistemática y masiva delitos sexuales en contra, principalmente, de mujeres afrodescendientes con el propósito de generar autoridad y control sobre las poblaciones ubicadas en las regiones de su influencia.

A partir de ahí, para determinar la responsabilidad de los procesados por “cuatro hechos constitutivos de acceso carnal violento”, se estudiaron las “formas de responsabilidad criminal por hechos ejecutados por un tercero que no opera como instrumento”.

Sobre el particular, como primera medida, se indicó que en aquellas “situaciones en las que un sujeto no ejecuta el delito parcialmente o en su integridad, ni personalmente ni por intermedio de un instrumento [...] por razones de política criminal, [se] equipara al autor y le imparte idéntico tratamiento punitivo”. A continuación, explicó que existían 4 “institutos” o modalidades que podían circunscribirse en esa descripción, a saber: “el garante, la figura de la autoría mediata en aparatos organizados de poder por dominio de la voluntad, el actuar por otro y la responsabilidad del superior por omisión establecida en el artículo 28 del Estatuto de Roma”.

Respecto de la posición de garante, explicó que alude a quien “[...] teniendo el deber jurídico de impedir la producción de un resultado antijurídico, se abstiene de llevarlo a cabo [...]”, con lo cual, razonó que “ese comportamiento omisivo o pasivo” es el que configura la responsabilidad penal, equiparable a la del autor. Además, a partir del estudio del artículo 25 de la Ley 599 de 2000 y de la sentencia emitida por esa corporación el 25 de abril de 2018 en el proceso con radicado 49680, acotó que “[...] la situación en la que se hace exigible a un individuo obrar activamente para evitar la producción de un determinado antijurídico” podía provenir de tres situaciones, a saber: i) llevar a cabo una “actividad riesgosa lícita”; ii) un mandato constitucional o legal; o iii) “haberse creado, a cargo del agente, una situación de riesgo para el bien jurídico” que sea “próximo o cercano”. Aunado a lo precedente, indicó que es indispensable constatar que “[...] la persona tenga la capacidad material de evitar su producción, o lo que es igual, la facultad individual concreta y real de interrumpir el curso causal que culmina en la lesión del interés protegido”.

En torno a la “autoría mediata en aparatos organizados de poder por dominio de la voluntad”, apuntó que esa Corporación ha aplicado la “tesis de la responsabilidad por cadena de mando”, respecto de la cual, aclaró que “[...] para evitar confusiones, se denominará autoría mediata en aparatos organizados de poder por dominio de la voluntad – derivada de los planteamientos que en la doctrina penal alemana y, específicamente, en la obra de Claus Roxin se han consolidado”, es decir, manejó esos términos como sinónimos.

Seguidamente, expresó que esa figura está orientada a determinar la “atribuibilidad de resultados antijurídicos a quienes ostentan una posición de mando dentro de una organización jerárquica respecto de hechos cometidos por sus subordinados, cuando aquéllos materializan un mandato delictivo transferido a lo largo del escalafón de la estructura hasta sus ejecutores materiales”. Expuso que en estos eventos, esa Sala de Casación ha entendido que, por regla general, la imputación a los “líderes de la organización criminal

[...] se hace en condición de autores mediatos [...] aunque también ha admitido la atribución de delitos cometidos por subordinados a los líderes de organizaciones estructuradas a título de coautores materiales impropios”. Adicionalmente, sostuvo que esa figura se diferenciaba de la autoría mediata por coacción o instrumento teniendo en cuenta que en la analizada “el perpetrador material del delito no es un objeto [...] sino que se trata [...] de un individuo que actúa libre e inteligentemente, de modo que también él incurre en responsabilidad penal como autor material del ilícito”.

No obstante, aclaró que la figura opera cuando los superiores: i) “han dado la orden, explícita o implícita, de que se realicen las conductas punibles, la cual es comunicada descendientemente desde las esferas de control de la organización hasta quienes la ejecutan materialmente” o ii) “los delitos se enmarcan dentro del ideario de la organización o en su plan criminal”.

En torno al tercer “instrumento” que se mencionó, esto es, el “actuar por el otro”, consignó que estaba regulado en el inciso 3 del artículo 29 de la Ley 599 de 2000 y que opera respecto de aquellas personas que actúan como “representante de hecho o de derecho de una persona jurídica o de un ente colectivo que carece de personalidad, o de una persona que no obra por sí misma”, en las que se les castiga como si fueran los autores del punible “[...] aun cuando los elementos estructurales de éste, y especialmente la cualificación especial exigida por un tipo penal en particular, recaen en la entidad representada y no en el representante”.

Finalmente, desarrolló lo tocante a la responsabilidad del superior por omisión, haciendo alusión a la consagrada en el artículo 28 del Estatuto de Roma, el cual estatuye que “[...] el jefe militar que actúe efectivamente como jefe militar será penalmente responsable por los crímenes de la competencia de la Corte que hubieren sido cometidos por fuerzas bajo su mando y control efectivo, o su autoridad y control efectivo, según sea el caso, en razón de no haber ejercido un control apropiado sobre esas fuerzas”. Frente a la misma, esgrimió que se aplicaba a comandantes militares en términos generales, es decir, que tiene “[...] cabida tanto en el contexto de comandantes militares de fuerzas armadas legales, como en el de estructuras jerarquizadas ilegales”. Agregó que la “jurisprudencia de la Corte Penal Internacional ha establecido como un requisito esencial de atribución de responsabilidad [...] que exista una relación causal entre el incumplimiento de los deberes del superior y la materialización de los punibles perpetrados por sus tropas”.

Respecto de esta última figura, precisó que pese a encontrarse regulada en el Estatuto de Roma, resultaba aplicable en el derecho penal interno por cuanto, en concreto, así lo permiten el artículo 93 constitucional, “la regla 153 del Derecho Internacional Humanitario Consuetudinario”, el artículo 28 del Estatuto de Roma y, particularmente, el artículo 2 del Código Penal, según el cual “[...] las normas y postulados que sobre Derechos Humanos se encuentren consignados en la Constitución Política, en los Tratados y Convenios Internacionales ratificados por Colombia, harán parte integral de este Código”. Motivo por el cual, concluyó que ese precepto internacional “cumple con las condiciones exigidas para ser incorporado al texto del Código

Penal” por cuanto, de una parte, se encuentra en un Tratado ratificado por Colombia –Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional– y, por la otra, esa norma trata de Derechos Humanos.

Sintetizados los razonamientos que sobre la materia diseñó la Corte Suprema de Justicia, es menester referir que esa providencia ha resultado cuestionada desde la doctrina especializada; concretamente, VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ (2020, p. 128) precisó que esa sentencia era “desacertada” y “contraria a los principios y normativas que inspiran el derecho penal internacional [...] y el derecho positivo”, por cuanto incurre en los siguientes “desatinos” argumentativos y conceptuales:

- I. crítica la denominación del acápite que desarrolla conceptualmente el tema –“formas de responsabilidad criminal por hechos ejecutados por un tercero que no opera como instrumento” – (se resalta), aseverando que no existe una razón válida para predicar que las “formas de responsabilidad” allí analizadas “contrastan” a aquellos eventos en los que el tercero “opera como instrumento”;
- II. censura la inclusión de esas figuras dentro de las “formas de responsabilidad sin instrumento”: Sobre el particular, explica que no es apropiado agregar en esa categoría a la posición de garante ya que “es una nota propia de la autoría en los delitos omisivos”, ni a la autoría mediata por grupos organizados de poder, pues, según afirma, la misma es definida por Claus Roxin, “su gran valedor”, como “una especie de autoría mediata en la cual el autor se vale del instrumento que aquí es el aparato”. También asegura que es erróneo incluir dentro de la “figura el actuar por otro” a la “responsabilidad del superior por omisión”.
- III. en torno a la “responsabilidad del superior por omisión” se reprocha que se catalogue directamente como “una forma de omisión”, ya que explica que frente al tema existe una discusión doctrinal entre quienes, en efecto, la conciben como “omisión” y aquellos que “le dan el tratamiento de cláusula general de peligro abstracto o el de una participación punible a título de complicidad por omisión”, inclusive, asevera que en el derecho colombiano “se le niega la estructura omisiva, sea propia o impropia”;
- IV. refuta la equiparación que se hace en la providencia de las figuras de la responsabilidad por cadena de mando y la autoría mediata en aparatos de poder;
- V. finalmente, recrimina la aplicación directa del artículo 28 del Estatuto de la Corte Penal Internacional, asegurando que contraviene la Constitución Política de 1991, por cuanto “no es posible aplicar directamente al derecho interno un Tratado Internacional como el que contiene el ECPI porque este régimen solo está previsto para situaciones muy concretas”. Además, señala que la aplicación de esa figura contraviene el principio de legalidad, el cual constituye “una de las columnas vertebrales de ese andamiaje de organización social” y, por ende, refiere que la judicatura se excedió en sus funciones al aplicar una figura no regulada en el ordenamiento patrio, actividad que

considera apareja consecuencias “desastrosas” debido a que con el mismo argumento podrían utilizarse otras disposiciones, lo que califica de “ex abrupto”.

4 LA RESPONSABILIDAD DEL SUPERIOR EN LA JURISDICCIÓN ESPECIAL PARA LA PAZ –JEP–

La JEP surgió como consecuencia del Acuerdo de Paz firmado por el Estado colombiano con la guerrilla de las FARC-EP y se encuentra regulada, entre otras disposiciones, en el Acto Legislativo 01 de 2017 y en la Ley Estatutaria 1957 de 2019.

A diferencia del marco normativo de “*Justicia y Paz*”, este componente judicial, de conformidad con el artículo transitorio 5 del A.L. 01/17¹⁹, fue diseñado como una jurisdicción propia, con autoridades separadas, autónomas y con disposiciones sustanciales y procesales propias. Adicionalmente, también tiene un ámbito de aplicación personal diferente, pues mientras la Ley 957 se quiso hacer como norma marco que regulara la desmovilización de cualquier grupo armado al margen de la ley –aunque en la práctica solo se aplicó para los colectivos paramilitares–, la JEP se creó con el propósito de juzgar exclusivamente a los integrantes de la guerrilla de las FARC-EP, agentes del

¹⁹ Artículo transitorio 5.º Jurisdicción Especial para la Paz. La Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) estará sujeta a un régimen legal propio, con autonomía administrativa, presupuestal y técnica; administrará justicia de manera transitoria y autónoma y conocerá de manera preferente sobre todas las demás jurisdicciones y de forma exclusiva de las conductas cometidas con anterioridad al 1º de diciembre de 2016, por causa, con ocasión o en relación directa o indirecta con el conflicto armado, por quienes participaron en el mismo, en especial respecto a conductas consideradas graves infracciones al Derecho Internacional Humanitario o graves violaciones de los derechos humanos. Sus objetivos son satisfacer el derecho de las víctimas a la justicia; ofrecer verdad a la sociedad colombiana; proteger los derechos de las víctimas; contribuir al logro de una paz estable y duradera; y adoptar decisiones que otorguen plena seguridad jurídica a quienes participaron de manera directa o indirecta en el conflicto armado interno mediante la comisión de las mencionadas conductas. Respecto de los combatientes de los grupos armados al margen de la ley, el componente de justicia del Sistema solo se aplicará a quienes suscriban un acuerdo final de paz con el Gobierno Nacional. La pertenencia al grupo rebelde será determinada, previa entrega de listados por dicho grupo tras la llegada a las Zonas Veredales Transitorias de Normalización (ZVNT) y a los Puntos Transitorios de Normalización (PTN), a través de un delegado expresamente designado para ello. Estas listas serán recibidas por el Gobierno nacional de buena fe, de conformidad con el principio de confianza legítima, sin perjuicio de las verificaciones correspondientes. La JEP también ejercerá su competencia respecto de las personas que en providencias judiciales hayan sido condenados, procesadas o investigadas por la pertenencia a las FARC-EP, dictadas antes del 1.º de diciembre de 2016, aunque no estuvieren en el listado de dicho grupo. En relación con los integrantes de organizaciones que suscriban acuerdos de paz con el Gobierno, el tratamiento especial de justicia se aplicará también respecto a conductas estrechamente vinculadas al proceso de dejación de armas desarrollado desde el primero de diciembre de 2016 hasta el momento en el que finalice el proceso de extracción de las armas por parte de Naciones Unidas, conforme a lo dispuesto en el Acuerdo Final. La ley definirá las conductas delictivas que se considerarán estrechamente vinculadas al proceso de dejación de armas conforme a lo establecido en el punto 5.1.2 del Acuerdo Final, y la JEP evaluará en cada caso ese vínculo de acuerdo con los parámetros trazados por esa ley [...].

Estado –Fuerza Pública y civiles (art. trans. 17)– y a los terceros que voluntariamente decidiesen acogerse (entendidos estos últimos como aquellas personas con participación en el conflicto armado interno sin ser integrantes de un grupo armado, tal como lo establece el artículo transitorio 16).

Respecto de sus fuentes, impone a sus funcionarios judiciales que en sus resoluciones y sentencias hagan una calificación jurídica “propia del sistema” que tenga en cuenta el “Código Penal colombiano y/o las normas de Derecho Internacional en materia de Derechos Humanos (DIDH), Derecho Internacional Humanitario (DIH) o Derecho Penal Internacional (DPI), siempre con aplicación obligatoria del principio de favorabilidad” (art. trans. 5 ya referido).

Se trata del primer marco normativo que en Colombia desarrolla expresamente la responsabilidad del superior teniendo en consideración el artículo 28 ECPI, ya que regula lo pertinente para la fuerza pública (artículo transitorio 24 constitucional²⁰), y respecto de “*los mandos de las FARC-EP*”, aunque esta no se encuentra incluida en la Constitución sino en el artículo 67 de la Ley 1957 de 2019²¹ (Ley Estatutaria de Administración de Justicia en la JEP).

²⁰ **Artículo transitorio 24.** Responsabilidad del mando. Para la determinación de la responsabilidad del mando, la Jurisdicción Especial para la Paz aplicará, en el caso de los miembros de la Fuerza Pública, el Código Penal colombiano, el Derecho Internacional Humanitario como ley especial, y las reglas operacionales de la Fuerza Pública en relación con el DIH siempre que ellas no sean contrarias a la normatividad legal.

La determinación de la responsabilidad del mando no podrá fundarse exclusivamente en el rango, la jerarquía o el ámbito de jurisdicción. La responsabilidad de los miembros de la Fuerza Pública por los actos de sus subordinados deberá fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante, o después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenir que se cometa o se siga cometiendo la conducta punible, siempre y cuando las condiciones fácticas lo permitan, y de haber ocurrido, promover las investigaciones procedentes.

Se entenderá que existe mando y control efectivo del superior militar o policial sobre los actos de sus subordinados, cuando se demuestren las siguientes condiciones concurrentes:

a) Que la conducta o las conductas punibles hayan sido cometidas dentro del área de responsabilidad asignada a la unidad bajo su mando según el nivel correspondiente y que tengan relación con actividades bajo su responsabilidad;

b) Que el superior tenga la capacidad legal y material de emitir órdenes, de modificarlas o de hacerlas cumplir;

c) Que el superior tenga la capacidad efectiva de desarrollar y ejecutar operaciones dentro del área donde se cometieron los hechos punibles, conforme al nivel de mando correspondiente;

y

d) Que el superior tenga la capacidad material y directa de tomar las medidas adecuadas para evitar o reprimir la conducta o las conductas punibles de sus subordinados, siempre y cuando haya de su parte conocimiento actual o actualizable de su comisión.

²¹ **Artículo 67.** Responsabilidad de los Mandos de las FARC-EP. La responsabilidad de los mandos de las FARC-EP por los actos de sus subordinados deberá fundarse en el control efectivo de la respectiva conducta, en el conocimiento basado en la información a su disposición antes, durante y después de la realización de la respectiva conducta, así como en los medios a su alcance para prevenirla, y de haber ocurrido adoptar las decisiones correspondientes. La responsabilidad del mando no podrá fundarse exclusivamente en el rango o la jerarquía.

Se entiende por control efectivo de la respectiva conducta, la posibilidad real que el superior tenía de haber ejercido un control apropiado sobre sus subalternos, en relación con la ejecución de la conducta delictiva, tal y como se establece en el derecho internacional.

4.1 Regulación para la Fuerza Pública: Artículo Transitorio 24 Constitucional

El precepto referido establece como presupuestos especiales para que se configure la responsabilidad del mando por actos de sus subordinados los siguientes:

- I. no puede fundarse exclusivamente en el rango, jerarquía o ámbito de jurisdicción; por ello, expresamente se precisa que además de que se ostenten aquellas, es necesario que exista capacidad material en el superior, como se explicará más adelante;
- II. tener conocimiento que se base en información recibida antes, durante y después de los hechos;
- III. que las peculiaridades del caso le permitan al superior tener medios a su alcance para prevenir o reprimir la conducta y, de haber ocurrido, “promover las investigaciones procedentes”;
- IV. el control efectivo requiere de las siguientes “condiciones concurrentes”:
 - a) que las conductas hayan ocurrido en el “área de responsabilidad asignada a la unidad bajo su mando” y que tengan relación con “actividades bajo su responsabilidad”; b) que exista la capacidad “legal y material” de emitir órdenes, modificarlas o hacerlas cumplir, lo que apareja que no basta la mera facultad asignada por la norma para emitir mandatos, sino que en las circunstancias del caso la misma pueda ejercerse; c) la “capacidad efectiva” del superior de desarrollar y ejecutar operaciones en la zona donde se cometieron los punibles; d) como presupuesto adicional, se exige la “capacidad material y directa” de adoptar todas aquellas medidas adecuadas para evitar o reprimir los delitos, “siempre y cuando haya de su parte conocimiento actual o actualizable de su comisión”.

Como se ve, esa disposición establece unos requisitos más estrictos que los previstos en el artículo 28 ECPI, en lo relacionado i) al conocimiento (pues no se reprocha el deber de haber tenido que tener conocimiento); y ii) en cuanto al control efectivo, porque los hechos tienen que haber ocurrido en su “área de responsabilidad” y debe existir capacidad de realizar operaciones en el lugar de los hechos.

Esas precisiones adicionales a las previstas en el Estatuto de Roma pueden llevar a la inaplicabilidad de la figura en el marco transicional, concretamente, en el juzgamiento de conductas que sí serían punibles bajo la descripción del Tratado Internacional, lo que, eventualmente, podría aparejar problemas y eventuales marcos de impunidad.

No obstante, en la sentencia C-674 de 2017²², la Corte Constitucional concluyó que no observaba mayores cuestionamientos a la redacción del

²² En ese fallo, la Corte Constitucional efectuó el control automático de constitucionalidad de esa reforma a la Constitución Política.

artículo transitorio analizado, por cuanto, en su criterio, si bien no existía “coincidencia integral” entre la norma nacional y el ECPI, si se presentaba “coincidencia material en los elementos estructurales de la figura”, por cuanto en ambas regulaciones i) se estatuye la responsabilidad “por el hecho de un tercero”, es decir, del superior con autoridad y control efectivo por los delitos de sus subordinados; ii) la responsabilidad se materializa por un conducta omisiva, esto es, “por no adoptar medidas para evitar o para sancionar su comisión”; iii) la figura se predica por la omisión de medidas de prevención y de sanción cuando se han cometido; y iv) “en uno y otro caso se exige un elemento subjetivo que descarta la responsabilidad objetiva, ya que quien tiene el mando debe haber tenido el conocimiento, o al menos debe haber contado con los elementos de juicio para poder inferir la actual o potencial comisión de delitos”.

Con base en esas precisiones, afirmó que no se podía predicar que “las diferencias registradas impliquen una transformación sustantiva que se traduzca en una anulación de la prohibición de la impunidad” y, por esa senda, un desconocimiento del Tratado Internacional aludido.

4.2 Disposición Aplicable a las FARC-EP: Artículo 67 de la Ley Estatutaria 1957 de 2019

Aquí se establece como premisa general la imposibilidad de establecer responsabilidad penal con sustento exclusivo en el rango o jerarquía. Seguidamente, se consagran los siguientes elementos:

- I. el control efectivo: entendido como la “*posibilidad real*” de haber podido ejercer control respecto de los subalternos “en relación con la ejecución de la conducta delictiva, tal como se establece en el derecho internacional”.
- II. conocimiento con sustento en información a disposición “antes, durante y después” de la materialización del punible.
- III. existencia de medios al alcance del superior para prevenir, “y de haber ocurrido adoptar las decisiones correspondientes”.

4.3 Semejanzas y Diferencias Entre las Normas Estudiadas

De los preceptos normativos referidos se puede concluir, como primera medida, que se predica responsabilidad de mando solo a los superiores militares, pues ninguna de las disposiciones hace mención expresa respecto de civiles con tal connotación, cuestión que difiere del artículo 28 ECPI, en el que se regulan ambos tipos de mandos.

Además, a diferencia de la norma ordinaria, en el marco transicional analizado si la conducta criminal acontece, se le impone el deber a los

comandantes de, tratándose de Fuerza Pública, “promover las investigaciones procedentes” y, de la agrupación beligerante, de “adoptar las decisiones correspondientes”. Es decir, en la JEP sí está regulada esta modalidad prevista en el ECPI pero que no se estatuye en el Código Penal ordinario.

De otra parte, es necesario aclarar que una y otra norma otorgan trato disímil a los superiores del Estado y de la guerrilla, como pasa a explicarse:

- I. en torno a las fuentes: el artículo transitorio 24 consagra que tratándose de miembros de la Fuerza Pública se aplicará “el Código Penal colombiano, el Derecho Internacional Humanitario como ley especial, y las reglas operacionales de la Fuerza Pública en relación con el DIH siempre que ellas no sean contrarias a la normatividad legal”, mientras que el artículo 68 LEJEP al definir el control efectivo, indica que ello se efectuará “tal y como se establece en el derecho internacional”. Esa cuestión implica que respecto de los mandos militares no existe remisión expresa al ECPI, mientras que la cláusula abierta que regula los insurgentes permite acudir a esa disposición.

Sin embargo, es importante acotar que la Corte Constitucional precisó en la sentencia C-080 de 2018 que pese a la falta de referencia expresa del Derecho Penal Internacional como fuente aplicable a la Fuerza Pública, ello no era impedimento para que “[...] en el caso concreto, la JEP pondere la norma especial aplicable para la Fuerza Pública, con los derechos de las víctimas para que los hechos sufridos no queden en la impunidad, dentro de un parámetro de igualdad entre ellas, y con la aplicación ponderada del principio de favorabilidad penal”.

- II. respecto al concepto y alcance del control efectivo: para la Fuerza Pública existen mayores requisitos en comparación con las FARC-EP, ello, en la práctica, puede llevar a que existan casos similares en los que la figura sea aplicable respecto de los últimos pero no frente a los primeros.
- III. frente a la categoría normativa: la regla de la Fuerza Pública hace parte de la Constitución Política, mientras que la de las FARC-EP se encuentra en una Ley Estatutaria, esto es, en una norma de menor categoría.

Con todo, es menester reseñar que la Corte Constitucional concluyó en la sentencia C-674 de 2017 que ese tratamiento “especial y diferenciado” dado a las Fuerzas Armadas se encontraba justificado en el marco de la justicia transicional existente en Colombia, precisando que el Acto Legislativo 01 de 2017 “[...] deliberadamente buscó fijar un régimen especial de responsabilidad penal que tiene como contrapartida una ganancia sustantiva en términos de la consecución de la paz, de la verdad, de la reparación, y de la no repetición”. Ahora bien, tampoco puede pasarse por alto que todo proceso transicional implica la negociación con las partes inmiscuidas, entre ellas, las fuerzas armadas, quienes, a pesar de hacer parte del estamento, tienen

sus intereses, los que pusieron de presente en las negociaciones del Acuerdo de Paz²³.

5 CONCLUSIONES

Como se anotó al inicio, el presente trabajo pretende ser una primera aproximación al tema, para lo cual se plantearon los desarrollos normativos y jurisprudenciales que regulan la materia en el derecho penal internacional y en la legislación colombiana. Lo anterior, con el propósito de evidenciar las siguientes cuestiones:

5.1 En relación con el ECPI

- I. ninguna de las legislaciones desarrolla a cabalidad la responsabilidad del superior prevista en el artículo 28 ECPI, es más, en el derecho ordinario ni siquiera se desarrolla normativamente de forma expresa. Ello podría llevar a la adopción de decisiones judiciales internas que impliquen un desconocimiento de la obligación de investigar y juzgar los delitos de competencia de la CPI y a una eventual intromisión de ese organismo internacional.
- II. el marco jurídico de la JEP desarrolla expresamente la materia, sin embargo: i) no regula la responsabilidad del superior que no ostenta la calidad de militar²⁴; ii) otorga un trato diferenciado a la fuerza pública y a los guerrilleros; y iii) impone mayores condicionamientos o requisitos para que se pueda materializar esa responsabilidad.

²³ Sobre el punto, Kai Ambos reseña los siguientes pormenores que llevaron a la eliminación de la mención del derecho penal internacional en la norma aplicable a la Fuerza Pública: “En este sentido, el art. 28 del ECPI fue tomado como punto de referencia para el Acuerdo de Paz disipando así las dudas anteriores sobre el alcance y la interpretación de la definición colombiana. Como respuesta inmediata, oficiales activos y retirados del Ejército protestaron contra estos cambios y, mediante una carta pública dirigida al entonces presidente Juan Manuel Santos, argumentaron que la referencia al “cuestionado” art. 28 del ECPI en el párrafo añadido era innecesaria, causaba un profundo “daño” y, si no se revocaba, afectaría gravemente a la “moral y la voluntad de lucha” de los combatientes. El gobierno cedió y decidió eliminar el párrafo recién insertado, pero solo con respecto a la fuerza pública. Por el contrario, se mantuvo la enmienda a la definición en el aparte referido a los comandantes de las FARC-EP y solo se modificó, ligeramente, para sustituir la frase “tal y como indica el artículo 28 del Estatuto de Roma” por la ya citada: “tal y como se establece en el derecho internacional” (AMBOS, 2020, p. 406).

²⁴ Al respecto, desde la doctrina se ha precisado: “Esta omisión es particularmente más grave porque las pocas referencias existentes en el Derecho y la jurisprudencia colombianos a la RespSup limitan su aplicación a los superiores militares. En consecuencia, se corre el riesgo de generar un amplio espacio de impunidad con respecto a miles de autoridades civiles que, como reflejan las más de dieciséis mil solicitudes de investigación (compulsas de copia) emitidas por la jurisdicción de *Justicia y Paz* a la Fiscalía General de la Nación durante la última década, omitieron durante años el cumplimiento de sus deberes ante la comisión de crímenes internacionales por sus subordinados” (OLASOLO; CANOSA, 2018, p. 492).

Las anteriores cuestiones podrían implicar que se puedan presentar tratos judiciales distintos a los exigidos por el ECPI, esa situación ha sido objeto de preocupación por parte de la Fiscal de la CPI, quien presentó ante la Corte Constitucional de Colombia un escrito denominado “Escrito de *Amicus Curiae de la Fiscal de la Corte Penal Internacional sobre la Jurisdicción especial para la Paz*”, en el que puso de presente los cuestionamientos que la redacción del artículo transitorio 24 constitucional ofrece, aseverando que “en su redacción actual, el Artículo transitorio 24 no “perfora el velo del formalismo” que podría sustraer de responsabilidad penal a aquellos individuos que tuviesen la mayor responsabilidad por actos atroces , y de ese modo no cumpliría su finalidad prevista”.

5.2 Sobre la Coherencia del Ordenamiento Jurídico Colombiano

Como se dijo, en Colombia coexisten varios sistemas de juzgamiento, ello tiene su justificación porque se han llevado a cabo negociaciones y procesos transicionales con grupos armados al margen de la ley; no obstante, esa pluralidad de sistemas conduce al establecimiento de los siguientes cuestionamientos:

- I. unas conductas se rigen por la modalidad de omisión impropia –comisión por omisión–, sin ninguna mención normativa expresa que hable de la responsabilidad de mando por delitos cometidos por sus subordinados; mientras otras se rigen por esa figura, porque está desarrollada en el marco jurídico de la JEP. En los primeros casos se ha desarrollado el tema por la jurisprudencia, sin embargo, el breve estudio de sentencias de las altas cortes muestra que no existe claridad sobre la materia;
- II. el tratamiento disímil lleva a la peculiaridad que conductas punibles puedan ser objeto de condena o absolución dependiendo del régimen por el que sea juzgado el involucrado. Incluso, tratándose de conductas en las que han participado distintos actores armados, puede darse la paradoja que un superior de un bando sea condenado y otro de un grupo distinto –aliado u opuesto– sea absuelto.

Esas circunstancias ponen en entredicho que en Colombia se esté aplicando el derecho a la justicia de forma adecuada y, sobre todo, la aceptación y legitimidad del ordenamiento, pues un procesado condenado por un sistema no aceptará que su par del bando opuesto pueda ser absuelto por conductas similares.

Tampoco satisface las perspectivas de las víctimas, quienes por el trato diferenciado no tendrán certeza sobre la responsabilidad penal de quienes cometieron los crímenes en su contra.

Además, en torno a la determinación de máximos responsables y de conocer la verdad y la memoria de la violencia, es confuso que no exista un trato equivalente para todos los responsables.

BIBLIOGRAFÍA

AMBOS, Kai. **Derecho penal internacional, justicia de transición y JEP:** ensayos varios. Santiago de Cali: Diké S.A.S., 2020.

AMBOS, Kai; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando (Ed.). **El caso Bemba y la responsabilidad del mando:** comentarios y traducción de la sentencia de apelación. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2020.

COLOMBIA. Acto Legislativo 01, de 2017.

COLOMBIA. Constitución Política de Colombia.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-080 de 2018.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-578 de 2002.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia C-674 de 2017.

COLOMBIA. Corte Constitucional. Sentencia SU-1184 de 2001.

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia de 25 de abril de 2018 (radicado 49680).

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP1039, de 27 de marzo de 2019.

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP5333, de 5 de diciembre de 2018.

COLOMBIA. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Penal. Sentencia SP7135, de 5 de junio de 2014.

COLOMBIA. Ley Estatutaria 1957, de 2019.

COLOMBIA. Ley 599, de 2000.

COLOMBIA. Ley 742, de 2002.

COLOMBIA. Ley 975, de 2005.

COLOMBIA. Ley 1407, de 2010.

COLOMBIA. Ley 1765, de 2015.

CORTE PENAL INTERNACIONAL. Sala de Apelaciones. Sentencia de 8 de junio de 2018 (N.º ICC-01/05-01/08 A). Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/CourtRecords/CR2018_02984.PDF>. Acceso en: 8 marzo de 2021.

COTE-BARCO, Gustavo Emilio. Responsabilidad del superior jerárquico y responsabilidad penal por omisión de miembros de la fuerza pública en Colombia: ¿convergencia entre el derecho penal nacional e internacional? En: **International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional**, n. 28, p. 49-112, 2016.

ESCRITO de *amicus curiae* de la fiscal de la Corte Penal Internacional sobre la jurisdicción especial para la paz: ante la Corte Constitucional de la República de Colombia. Disponible en: <<http://cr00.epimg.net/descargables/2017/10/21/17135b6061c7a5066ea86fe7e37ce26a.pdf?int=masinfo>>.

ESTATUTO de la Corte Penal Internacional. Disponible en: <[https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute\(s\).pdf](https://www.un.org/spanish/law/icc/statute/spanish/rome_statute(s).pdf)>.

GARROCHO SALCEDO, Ana M. La responsabilidad del superior por omisión. En: MACULAN, Elena; GIL GIL, Alicia (Directoras). **Derecho penal internacional**. 2. edición. Madrid: Dykinson, 2019.

MACULAN, Elena; GIL GIL, Alicia (Directoras). **Derecho penal internacional**. 2. edición. Madrid: Dykinson, 2019.

OLASOLO, Héctor; CANOSA, Jannluck. La responsabilidad del Superior en el acuerdo de paz en Colombia a la luz del derecho internacional. En: **Revista Política Criminal**, Talca, Ed. Universidad de Talca, volumen 13, n.º 25, Julio de 2018.

PROTOCOLO I adicional a los convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales de 1977. Disponible en: <<https://www.icrc.org/es/document/protocolo-i-adicional-convenios-ginebra-1949-proteccion-victimas-conflictos-armados-internacionales-1977>>.

VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando. Una sentencia absurda: a propósito de la decisión de la Corte Suprema de Justicia de Colombia de cinco de diciembre de 2018. En: AMBOS, Kai; VELÁSQUEZ VELÁSQUEZ, Fernando (Ed.). **El caso Bemba y la responsabilidad del mando**: comentarios y traducción de la sentencia de apelación. Valencia: Tirant Lo Blanch, 2020.

Submissão em: 4 de abril de 2021

Último Parecer favorável em: 22 de abril de 2021

Como citar este artigo científico

HUERTAS DÍAZ, Omar; SALAZAR MEDINA, Martín Eduardo. La responsabilidad del superior jerárquico en Colombia en relación con el artículo 28 del estatuto de la Corte Penal Internacional. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, Montes Claros, v. 2, n. 1, p. 98-125, jan.-abr. 2021.

Kaptan
Мастер
Maestría
Magister
Magisterský
Mağistra
Magistri Omad
Magistro
Maighstir
Máistir
Maîtrise
Mästare
Майстар
Магистра
Магистратура
Master
Màster
Masteri
Master's
Meeschter Ass
Meistarar
Meister
Meistr
Mestarin
Mester
Mestere
Mistrzyni
Mojstrski
Studii de Masterat
Učiteljska
Usta
УЧИТЕЛСКИ
Δάσκαλος

MESTRAADO

O ENQUADRAMENTO DO DIREITO INTERNACIONAL NO DIREITO CONSTITUCIONAL MOÇAMBICANO

EDSON DA GRAÇA FRANCISCO MACUÁCUA¹

RESUMO

O presente artigo tem como objecto de estudo “O enquadramento do Direito Internacional no Direito Constitucional Moçambicano”, faz uma análise em torno do valor jurídico e da posição hierárquica do Direito Internacional na ordem jurídica moçambicana face ao princípio da constitucionalidade e, por conseguinte, aferir a possibilidade de fiscalização da constitucionalidade das normas de direito internacional no ordenamento jurídico moçambicano. Portanto, com a presente reflexão pretende-se responder fundamentalmente duas questões. A primeira prende-se em aferir se, as normas do direito internacional estão sujeitas ao princípio de constitucionalidade e a segunda, com o facto de, se as normas do direito internacional são passíveis de fiscalização da constitucionalidade no ordenamento jurídico moçambicano.

Palavras-chave: Controlo, Fiscalização, Direito Internacional, Constitucionalidade, Inconstitucionalidade e Constituição.

ABSTRACT

The present article aims at studying the International Law framework in the Mozambican Constitutional Law. The work makes analysis regarding the legal status and, hierarchical position of the International Law in Mozambican Legal Law in view of Constitutionality principle and, thus, assess the possibility of surveillance of International Law Norms Constitutionality in

¹ Mestre em Direito. Mestre em Administração Pública. Mestre em Direito de Petróleo e do Gás. Secretário de Estado em Manica. Doutorando em Direito, Doutorando em Paz, Democracia, Movimentos Sociais e Desenvolvimento Humano. Docente na Faculdade de Direito na Universidade Eduardo Mondlane e Universidade Católica de Moçambique. Endereço eletrónico: macuacua.edson@gmail.com

the Mozambican Legal Order. Therefore, the present discussion is meant to basically answer to two questions: the first is, put to measure whether the International Law Norms are subject to Constitutionality Principle, and second, whether the International Law Norms are liable to Constitutionality oversight in the Mozambican Legal Order.

Keywords: Management, Reviewing, International Law, Constitutionality, Unconstitutionality and Constitution.

1 DA SUBMISSÃO DAS NORMAS AO DIREITO INTERNACIONAL AO PRINCÍPIO DE CONSTITUCIONALIDADE

De acordo com o disposto no artigo 3.º da Constituição da República, a República de Moçambique é um Estado de Direito, baseado no pluralismo de expressão, na organização política democrática, no respeito e garantia dos direitos e liberdades fundamentais do Homem. Um dos meios de garantia e materialização do Estado de Direito e dos direitos e liberdades fundamentais do cidadão é o controlo da Constitucionalidade dos actos dos órgãos do Estado.

Como forma de assegurar a supremacia da Constituição e a constitucionalidade dos actos do poder político, a Constituição da República, estabelece no n.º 3 do artigo 2 que o Estado se subordina à Constituição e se funda na legalidade. E o número 4 da mesma disposição constitucional estabelece que as normas constitucionais prevalecem sobre todas as restantes normas do ordenamento jurídico.

Em face do disposto no supracitado n.º 4 do artigo 2.º, coloca-se a questão de compreender, se ao se estabelecer que as normas constitucionais prevalecem sobre todas as restantes normas de ordenamento jurídico, estariam também incluídas as normas do direito internacional em vigor na ordem jurídica moçambicana. Ou seja, as normas de Direito Internacional recebidas na ordem interna fazem também parte do ordenamento jurídico moçambicano.

A propósito da resposta a questão supressuscitada, Filomeno Rodrigues (2017, p. 169-170) afirma que,

obviamente que dizendo o artigo 18.º da Constituição que os “tratados e acordos internacionais, validamente aprovados e ratificados, vigoram na ordem Jurídica moçambicana após a sua publicação oficial e enquanto vincularem internacionalmente o Estado de Moçambique” e o n.º 2 que diz que “as normas de direito internacional tem na ordem jurídica interna o mesmo valor que assumem os actos normativos infraconstitucionais emanados da Assembleia da República e do Governo, consoante a sua respectiva forma de recepção” não descortinamos como possa haver fiscalização preventiva da legalidade desses tratados e acordos. Além das questões de responsabilização do Estado que assume compromissos internacionais, para posteriormente fiscalizar a sua legalidade.

Continua Filomeno Rodrigues, afirmando que

a este respeito, Fernando Lourenço Bastos aponta a criticável opção assumida pelo legislador constituinte de subordinar o Direito Internacional ao texto constitucional não é, no entanto, acompanhada da previsão de qualquer mecanismo de controlo da constitucionalidade ou da legalidade do Direito Internacional. Em conformidade, o artigo 214.º (Inconstitucionalidade) determina que “nos feitos submetidos a julgamento os tribunais não podem aplicar leis ou princípios que ofendam a Constituição” (RODRIGUES, 2017, p. 169-170).

Isto, sem que seja feita qualquer referência a “normas internacionais” ou a fontes de Direito Internacional (RODRIGUES, 2017, p. 169-170). No que é seguido, em termos consoantes, pelo artigo 245.º (solicitação a apreciação de inconstitucionalidade), que circunscreve a intervenção do Conselho Constitucional à apreciação e à declaração da inconstitucionalidade das leis e da ilegalidade dos demais actos normativos.

Refere ainda Filomeno Rodrigues “que a posição assumida em relação à fiscalização sucessiva abstracta é mantida na verificação preventiva da Constitucionalidade, que seria o mecanismo mais adequado a fazer respeitar o posicionamento infraconstitucional do Direito Internacional na ordem Jurídica moçambicana.” (RODRIGUES, 2017, p. 169-170, *passim*). No n.º 1 do artigo 246.º, com efeito a sua utilização está limitado ao direito interno, na medida em que se estabelece que o “Presidente da República pode requerer ao Conselho Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer diploma que lhe tenha sido enviado para promulgação.”

Embora considere que não há uma previsão constitucional para a fiscalização preventiva do Direito Internacional, Filomeno Rodrigues, reconhece que “a fiscalização preventiva do Direito Internacional, seriam também proporcionadora de um debate alargado sobre as opções do Estado moçambicano no panorama internacional, cujos instrumentos muitas vezes são ratificados, sem o devido envolvimento dos cidadãos” (RODRIGUES, 2017, p. 169-170, *passim*).

Esta omissão também constitui um factor construtivo da “quase completa” inércia da Justiça Constitucional moçambicana, que passados 25 anos, necessita de um de um revigorar de forças na constituição do Estado de Direito Democrático.

Não perfilhamos o mesmo entendimento, que julgamos resultar de uma interpretação meramente literal, de que a expressão “ordenamento Jurídico”, não abranja as normas do Direito Internacional Público (DIP), pois o ordenamento Jurídico é uma unidade sistemática e integrada que é constituída por um conjunto de normas (e não somatório), provenientes de uma pluralidade de fontes, desde as supraestaduais (supranacionais), aos estaduais (emanadas pelos órgãos do Estado-Administração) e de fontes intraestaduais (órgãos de governação descentralizada, autarquias locais, e outras pessoas públicas dotadas de poder normativo).

Neste contexto, entendemos que todas as normas de Direito Internacional em vigor na Ordem Jurídica moçambicana fazem parte do ordenamento jurídico nacional desde que estejam devidamente acolhidas na ordem jurídica interna e vinculem internacionalmente o Estado moçambicano. A este propósito, foi feliz o legislador constituinte português que consagra expressamente no n.º 1 do artigo 8.º que “as normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português”. Neste sentido, julgamos que ainda que não estejam expressamente previsto na Constituição da República de Moçambique, as normas de Direito Internacional estão sujeitas ao controlo da constitucionalidade, como um dos mecanismos de garantia da integridade, coerência, harmonia e da unidade do ordenamento Jurídico.

Neste sentido, concordamos com Francisco Pereira Coutinho, quando defende a posição de que as normas de Direito Internacional integram a ordem jurídica moçambicana e tornam inaplicáveis de pleno direito, desde o momento da sua entrada em vigor, quaisquer normas constantes de actos legislativos anteriores que lhes sejam contrárias. E o inverso também ocorre: normas previstas em actos legislativos afastam, desde o momento da sua entrada em vigor, a aplicação de normas internacionais anteriores que lhes sejam contrárias, embora esta opção do legislador constituinte moçambicano tenha um grau máximo de risco de violação do princípio de Direito Internacional *pacta sunt servanda* (artigo 26.º da Constituição de Viena sobre Direito dos Tratados) (COUTINHO, 2008, p. 239).

No mesmo diapasão, Fernando Loureiro Bastos, entende que o legislador constituinte moçambicano ao empregar a expressão “normas de Direito Internacional”, em contraponto a “Tratados e Acordos Internacionais” pretendeu abranger, em termos genéricos, todas as fontes de Direito Internacional existentes. Nestes termos – afirma Fernando Loureiro Bastos (2007) – Moçambique reconhece a potencialidade da incorporação na sua ordem interna das “normas internacionais” que possam ser encontradas no Direito Internacional, nomeadamente em costumes internacionais, em Tratados, em Acordos Internacionais e em actos de direito derivado emitido no âmbito das organizações internacionais de que seja membro.

Entendemos, pois, que as normas de Direito Internacional assumem um valor infraconstitucional e estão sujeitas ao princípio da constitucionalidade, controlo da sua constitucionalidade, pois como afirma Jorge Bacelar Gouveia, do ponto de vista de protecção da ordem constitucional, o que é também, designado na esteira da respectiva expressão francesa, por “bloco da constitucionalidade, a fiscalização da constitucionalidade assume-se como total, pois que tudo o que ali se integra-os princípios e as normas constitucionais – serve de parâmetro aferidor do respectivo juízo Jurisdicional” (GOUVEIA, 2015, p. 542).

Que assim é, confirma-o a presença de dois preceitos constitucionais, que unanimemente apontam no sentido da coincidência do parâmetro da constitucionalidade com o bloco da constitucionalidade (GOUVEIA, 2015, p. 542):

- a formulação do princípio da constitucionalidade: “As normas Constitucionais prevalecem sobre todas as restantes normas do ordenamento jurídico;”;
- a proibição de os Tribunais aplicar normas inconstitucionais: “Nos feitos submetidos a julgamento os Tribunais não podem aplicar leis ou princípios que ofendam a Constituição”.

1.1 Fiscalização Sucessiva Concreta da Constitucionalidade das Normas do Direito Internacional

De acordo com o disposto no artigo 213.º da Constituição da República de Moçambique (CRM), “nos feitos submetidos a julgamento, os Tribunais não podem aplicar leis ou princípios que ofendam a Constituição.”. Poderão os Tribunais, à luz do supraexposto (no artigo 213.º da CRM), recusar a aplicação de normas do Direito Internacional com fundamento na sua inconstitucionalidade? Estarão as normas de Direito Internacional abrangidas no conceito de leis ou princípios que ofendam a Constituição? Serão as normas do Direito Internacional passíveis de fiscalização concreta da Constitucionalidade?

A Constituição da República de Moçambique não prevê, literalmente, a possibilidade de submissão das normas de Direito Internacional à fiscalização concreta da constitucionalidade.

Será que o facto de a Constituição da República de Moçambique não conter textualmente uma disposição atinente à previsão da fiscalização concreta da constitucionalidade das normas de Direito Internacional, significara a inadmissibilidade de fiscalização concreta de tais normas?

Não perfilhamos, a este respeito, da posição defendida por Fernando Loureiro Bastos, segundo a qual não é possível a fiscalização da constitucionalidade das normas de Direito Internacional, por falta de previsão constitucional. Com efeito, Fernando Loureiro Bastos refere que “a criticável opção assumida pelo legislador constituinte de subordinar o Direito Internacional ao texto constitucional não é, no entanto, acompanhada da previsão de qualquer mecanismo de controlo da constitucionalidade ou da legalidade do Direito Internacional.” Em conformidade, o artigo 213.º (Inconstitucionalidade) determina que “nos feitos submetidos a julgamento os tribunais não podem aplicar leis ou princípios que ofendam a Constituição” sem que seja feita qualquer referência a “normas internacionais” ou a fontes de Direito Internacional. No que é seguido, em termos consoantes, pelo artigo 244.º (solicitação de apreciação da inconstitucionalidade), que circunscreve a intervenção do Conselho Constitucional à apreciação e à declaração da “inconstitucionalidade das leis” e da ilegalidade dos demais actos normativos.” (GOUVEIA, 2015, p. 542).

Concordamos com a posição de Francisco Pereira Coutinho (2008, p. 237), segundo a qual, “não parece, admissível retirar de um argumento a contrário senso uma habilitação geral para os Tribunais violarem a

Constituição sempre que aplicarem o Direito Internacional, uma vez que isso violaria o princípio da Constitucionalidade.”. Acresce que tudo leva a crer que, neste preceito da Constituição e também noutros (v. g. o n.º 1 do art. 244.º), o legislador constituinte utilizou o vocábulo “leis” com o sentido material amplo de “normas”. Uma interpretação restritiva que circunscrevesse o alcance da disposição as “leis em sentido formal” da Assembleia da República seria contrária ao *ratio* desta disposição que consiste em impedir a aplicação de normas inconstitucionais nos efeitos submetidos a julgamentos (COUTINHO, 2008).

Neste prisma, sufragamos a tese assumida por Francisco Pereira Coutinho, de que o n.º 4 do artigo 2.º da Constituição da República de Moçambique atribui inequivocamente aos Tribunais a competência para afastar normas internacionais que considerem inconstitucionais, cabendo ao Conselho Constitucional a última palavra, pois lhe devem ser obrigatoriamente remetidas as decisões judiciais que recusem “a aplicação de qualquer norma com base na sua inconstitucionalidade” (COUTINHO, 2008), com fundamento na alínea “a”, n.º 1, do art. 246.º da CRM).

A Constituição da República de Moçambique habilita cada Juiz a tomar sozinho decisões tão delicadas como a de desaplicação da lei que repute inconstitucional nos casos concretos chamados a resolver (artigo 213.º da CRM). Reconhece-lhes também a função “de garantir o respeito pelas leis” (n.º 1 do artigo 212.º da CRM) e apenas “as violações da legalidade” (n.º 2 do artigo 212.º da CRM). O bloco da legalidade a que se refere a Constituição deve ser interpretado em sentido amplo, de modo a incluir o Direito Internacional que tenha sido incorporado na ordem jurídica interna nos termos do artigo 18.º da Constituição da República de Moçambique.

A aplicação do Direito Internacional pelos juízes moçambicanos é controlada pelo Conselho Constitucional. A Constituição da República de Moçambique prevê um sistema de fiscalização concreta da constitucionalidade e legalidade do Direito Internacional, nos termos do qual devem ser remetidas obrigatoriamente para o Conselho Constitucional:

- as decisões judiciais que afastem a aplicação de normas de direito internacional com base na sua inconstitucionalidade (al. “a”, n.º 1 do artigo 247.º da CRM);
- as decisões judiciais insusceptíveis de recurso que recusem a aplicação de normas de direito internacional com fundamento na sua ilegalidade (al. b, n.º 1 do artigo 247.º da CRM).

No caso em exame, constante do artigo 213.º (inconstitucionalidade), que dita a obrigação de os Juizes nos feitos submetidos a julgamento não aplicarem leis ou princípios que ofendam à Constituição, trata-se de lei no sentido de norma jurídica, independentemente da fonte normativa, pois não se compreenderia que somente as leis em sentido de lei da Assembleia da República (AR), isto é acto normativo editado pelo Parlamento de acordo com o procedimento constitucionalmente prescrito, estivessem sujeitas à conformação com a Constituição da República.

A propósito das matérias passíveis de fiscalização da constitucionalidade, Jorge Bacelar Gouveia chama a atenção para o risco que uma interpretação meramente literal pode acarretar na resposta à questão da possibilidade do controlo da constitucionalidade das normas do Direito Internacional:

É verdade que por vezes o leitor se depara com formulações mais restritivas: “[...] os tribunais não podem aplicar leis ou princípios”: mas os Tribunais poderiam aplicar regulamentos ou convenções internacionais inconstitucionais? “[...] apreciar e declarar a inconstitucionalidade e a ilegalidade dos actos normativos dos órgãos do Estado”: mas, estaria o Conselho Constitucional impedido de declarar a inconstitucionalidade de outros actos Jurídico públicos ou de quaisquer outras fontes de Direito – como os costumes que fossem inconstitucionais?

A resposta é obviamente negativa. E estas são meras flutuações literárias e terminológicas que não obliteram a globalidade da força do princípio da constitucionalidade do qual se retira a invalidação dos actos inconstitucionais e que, pelo contrário, deveriam ser conformes à Constituição (GOUVEIA, 2015, p. 543).

1.2 Fiscalização Sucessiva Abstracta da Constitucionalidade das Normas do Direito Internacional

Em sede da admissibilidade da fiscalização sucessiva e abstracta das normas de Direito Internacional recebidas na ordem jurídica interna, procuramos saber: o Conselho Constitucional pode efectuar a fiscalização geral sucessiva e abstracta da constitucionalidade das normas do direito internacional acolhidas no ordenamento jurídico nacional?

De acordo com Francisco Pereira Coutinho (2008, p. 236), “a supremacia das normas constitucionais permanecerá meramente teórica se não existirem mecanismos efectivos de fiscalização da constitucionalidade do direito internacional”. Ora, em Moçambique, de acordo com Francisco Pereira Coutinho (2008, p. 236), a fiscalização abstracta da constitucionalidade circunscreve a intervenção do Conselho Constitucional ao controlo da constitucionalidade de normas de direito interno:

- a fiscalização preventiva versa somente sobre leis da Assembleia da República que tenham sido enviados ao Presidente da República para promulgação (n.º 1 do art. 162.º e o n.º 1 do art. 245.º da CRM);
- a fiscalização sucessiva apenas “pode ter por objecto quaisquer normas vigentes na ordem jurídica interna, desde que emanadas de órgãos do Estado.”.

Urge suscitar duas questões face ao entendimento supra. Primeira: será que o Conselho Constitucional pode apenas fiscalizar a constitucionalidade de normas de direito interno? Segundo: será que o Conselho Constitucional só pode fiscalizar a constitucionalidade de normas emanadas por órgãos do

Estado, ficando de fora as emanadas por órgãos intraestaduais e supraestaduais?

Num outro diapasão, Fernando Loureiro Bastos, alude à inadmissibilidade da fiscalização da constitucionalidade em decorrência da inexistência de controlo da constitucionalidade e de legalidade do Direito Internacional, apresentado a sua posição nos termos seguintes:

a criticável opção assumida pelo legislador constituinte de subordinar o Direito Internacional ao texto constitucional não é, no entanto, acompanhada da previsão de qualquer mecanismo de controlo da constitucionalidade ou da legalidade do Direito Internacional. Em conformidade, o artigo 213.º (inconstitucionalidade) determina que “nos feitos submetidos a julgamento os tribunais não podem aplicar leis ou princípios que ofendem a Constituição”, sem que seja feita qualquer referencia a “normas internacionais ou a fontes de Direito Internacional”. No que é seguido, em termos consoantes, pelo artigo 244.º (solicitação de apreciação de inconstitucionalidade), que circunscreve a intervenção do Conselho Constitucional à apreciação e à declaração da “e da ilegalidade dos demais actos normativos [...]” A posição assumida em relação à fiscalização sucessiva abstracta é mantida na verificação preventiva da constitucionalidade (BASTOS, 2007, p. 28).

Chegados aqui, ressalta as seguintes questões: Será que as normas de Direito Internacional não podem ser objecto de fiscalização sucessiva abstracta?

Será que o facto de não estar previsto literalmente a referência às normas de Direito Internacional, ficam fora da órbita das normas passíveis de fiscalização sucessiva abstracta de constitucionalidade? Este entendimento não resultará de uma interpretação meramente literal?

A propósito das matérias passíveis de fiscalização da constitucionalidade, Jorge Bacelar Gouveia (2015, p. 543) chama a atenção para o risco que uma interpretação meramente literal pode acarretar na resposta à questão da possibilidade do controlo da constitucionalidade das normas do Direito Internacional. As suas lições já foram transcritas no fim do subitem 1.2, anteriormente impresso, ao qual se remete o leitor. É a parte em que o autor expõe questionamentos acerca de texto constitucional que transcreve.

O n.º 1 do artigo 278.º da Constituição Portuguesa dispõe expressamente que o Presidente da República pode requerer ao Tribunal Constitucional a apreciação preventiva da constitucionalidade de qualquer norma constante de Tratado Internacional que lhe tenha sido submetido para ratificação, de Decreto que lhe tenha sido enviado para promulgação como Lei ou como Decreto-Lei ou de Acordo Internacional cujo Decreto de aprovação lhe tenha sido remetido para assinatura.

A Constituição moçambicana é, literalmente, silenciosa quanto à admissibilidade de fiscalização da Constitucionalidade das normas de direito internacional.

Para a abordagem da questão, é fundamental aferir quais são as matérias passíveis de fiscalização da constitucionalidade nos termos fixados pela Constituição da República.

Embora o Conselho Constitucional, na prática, mais se aproxime do modelo europeu de fiscalização concreta, o seu controlo é apenas de normas e assenta nas mais das vezes em ponderações e harmonizações, o que é particularmente verdade quando estão em causa restrições a direitos fundamentais e estão envolvidos princípios constitucionais, como o princípio da igualdade e o princípio da proporcionalidade.

Sobre o Conselho Constitucional moçambicano guardar semelhança com as Cortes da Europa, escreve Jorge Reis Novais (2017, p. 48) citado por Ribeiro (2019, folhas 210-211):

Enquanto o chamado modelo europeu de fiscalização os Tribunais Constitucionais tanto apreciam inconstitucionalidade de normas como de outros actos pretensamente violadores de direitos fundamentais e enquanto também no chamado modelo americano de fiscalização, os Supremos Tribunais dispõem de análogas possibilidade, o sistema português de fiscalização distingue-se, em primeiro lugar e sobretudo, por este facto: o objecto de fiscalização exercida pelo Tribunal Constitucional são sempre e só normas, nada mais.

Dando continuidade ao raciocínio, diz-se que os actos normativos da alçada de fiscalização do Conselho Constitucional, nos termos do n.º 1 do artigo 243.º, e do artigo 246.º, ambos da Constituição da República de Moçambique, e artigo 60.º e seguintes, da Lei n.º 6/2006, de 2 de agosto – Lei Orgânica do Conselho Constitucional (LOCC) – são todos os actos normativos estabelecidos no artigo 142.º da Constituição, isto é, os actos da Administração Pública, concretamente. Além dos actos legislativos, os demais actos da Assembleia da República, nomeadamente moções e resoluções, os actos regulamentares do Governo, que revestem a forma de Decreto, quer quando determinados por lei regulamentar, quer no caso de regulamentos autónomos e os actos do Governador do Banco de Moçambique, que revestem a forma de Aviso. Neste conjunto de actos, integra-se também o Decreto Presidencial, forma que assumem os actos normativos do Presidente da República, conforme o artigo 157.º da Constituição da República de Moçambique.

Do disposto na alínea a) do n.º 1 do artigo 243.º (Competências) parece delimitar-se a competência do Conselho Constitucional apenas à fiscalização da constitucionalidade das leis, enquanto os demais actos normativos estão sujeitos à fiscalização da legalidade. Porém, o artigo 246.º da Constituição da República de Moçambique estabelece a obrigatoriedade da remessa ao Conselho Constitucional dos Acórdãos e outras decisões com fundamento em inconstitucionalidade quando se recuse a aplicação de “qualquer norma” (RIBEIRO, 2019, folhas 211). O artigo 55.º da Lei n.º 6/2006, de 2 de agosto, LOCC, determina, ao regular o poder de cognição do Conselho Constitucional, que “este Órgão só pode declarar a inconstitucionalidade ou a ilegalidade de

normas cuja apreciação tenha sido requerida, mas pode fazê-lo com fundamento em violação de normas ou princípios constitucionais diversos daqueles cuja violação foi invocada”.

A conjugação dos preceitos acima indicados suscita imediatamente as seguintes questões:

- a) sendo que a fiscalização da constitucionalidade se limita às “leis” (artigo 243.º), qual o alcance do estabelecido relativamente a “qualquer norma” (n.º 1 do artigo 246.º), ambos da Constituição da República de Moçambique?
- b) por outro lado, ao deferir a questão de constitucionalidade para o Conselho Constitucional, o Tribunal *a quo*, observando o preceituado no artigo 246.º da Constituição da República de Moçambique, onde se faz alusão à “recusa de aplicação” de “qualquer norma” com fundamento na inconstitucionalidade, poderá fazê-lo, questionando a constitucionalidade de outros actos normativos, além dos estabelecidos no artigo 142.º da Constituição da República de Moçambique? Ou seja, as possíveis normas poderão abarcar também normas emanadas por outros órgãos que não só os órgãos da Administração Central do Estado?
- c) qual o sentido de lei estabelecido no artigo 213.º da Constituição da República de Moçambique? Terá sido intenção do legislador constituinte sujeitar a fiscalização concreta a “quaisquer normas” na ordem jurídica, seja qual for a sua natureza jurídica?
- d) será líquido que somente as normas de conteúdo geral e abstracto podem ser objecto de fiscalização da constitucionalidade? (RIBEIRO, 2019, folhas 213).

A norma sujeita à fiscalização pelo Conselho Constitucional “aparece sob a veste de um texto, de um preceito ou disposição (artigo, base, número, parágrafo, alínea) e é a partir dessa forma verbal que ela há-de ser encontrada, através de métodos hermenêuticos.” (MIRANDA, 2005, p. 192; MEDEIROS, 2004, p. 186 e ss.; ALEXANDRE, 2005, p. 30; Fernando Alves Correia, (**Justiça Constitucional**, p. 166) *apud* RIBEIRO, 2019, folhas 214). Contudo, o objecto de fiscalização de constitucionalidade são as normas jurídicas e não os preceitos normativos que as contêm (RIBEIRO, 2019, folhas 214). Trata-se de dois conceitos que não coincidem. Uma norma sujeita à fiscalização de constitucionalidade pode resultar da conjugação de vários preceitos ou reportar-se apenas a parte de um preceito ou mesmo a um segmento ideal e um mesmo preceito pode conter várias normas (RIBEIRO, 2019, folhas 214).

Embora pareça ser uma “contrariedade”, o estabelecimento de “lei”, por um lado, e de “quaisquer normas”, por outro, entende-se que essa foi inequivocamente a vontade do legislador ao abarcar a vastidão de diplomas legais de que o Juiz se socorre para dirimir os litígios em julgamento, que não são apenas leis.

Este quadro legal é consentâneo com o plasmado no n.º 4 do artigo 2.º (Soberania e legalidade) segundo o qual “As normas constitucionais prevalecem sobre todas as restantes do ordenamento jurídico”. Portanto, são inadmissíveis actos normativos na ordem interna contrários à Constituição. Todas as normas

contrárias à Constituição são inválidas e não podem ser aplicadas pelos Tribunais e pela Administração Pública.

Esta amplitude dos actos normativos sindicáveis, “Quaisquer normas”, é reforçada pela verificação de que a indicação dos actos normativos estabelecidos no artigo 142.º da Constituição da República não é taxativa – abarca apenas os actos da Administração Pública central, ficando de fora os actos normativos, por exemplo, dos municípios, no âmbito do exercício do seu poder regulamentar (artigo 271.º da Constituição da República de Moçambique) e outros que podem ditar normas de cumprimento obrigatório na sua jurisdição.

O controlo da constitucionalidade tem natureza estritamente normativa, incidindo a fiscalização da constitucionalidade necessariamente sobre normas, e nunca no processo constitucional como contencioso de decisões, independentemente da sua natureza. Citando Carlos Lopes do Rego (O objecto idóneo dos recursos de fiscalização concreta da constitucionalidade: as interpretações normativas sindicáveis pelo Tribunal Constitucional. In: **Jurisprudência Constitucional**, Lisboa, Ed. AATRIC, p. 4), citado por Ribeiro (2019, folhas 220)

Neste sentido, devido à impossibilidade de se poder sindicar da possível e directa violação de direitos fundamentais, especificamente tutelados pela Constituição por concretos actos ou decisões, *maxime* do poder jurisdicional, é inexistente na ordem jurídica moçambicana, a figura do recurso de amparo ou queixa constitucional.

Gomes Canotilho (2003, p. 932) explica no que consiste uma norma ou acto normativo, no Direito Constitucional português, nas seguintes linhas orientadoras: “a qualificação como norma não depende, de qualquer forma (lei, regulamento) específica, mas da sua qualidade jurídica, ou seja, da sua natureza material”, e “este requisito ou qualidade jurídico-material reconduz-se fundamentalmente à ideia de norma como: (i) padrão de comportamentos; (ii) acto criador de regras jurídicas para a decisão de conflitos”. Assim, “em virtude da caracterização material das normas, como padrões e regras, excluem-se do conceito de actos normativos os actos concretos de aplicação dos mesmos (actos administrativos, sentenças judiciais)”.

Elysa Vieira, debruçando-se sobre o princípio da igualdade, socorreu-se do direito português, a propósito do conceito de norma (2011, p. 241):

Para efeitos de controlo de constitucionalidade, a norma é entendida numa perspectiva funcional, como toda e qualquer disposição (regra de conduta ou padrão de valoração de comportamentos) contida em acto legislativo independentemente do seu conteúdo material. Ou seja, a norma não é perspectivada no seu sentido puramente material (enquanto preceito geral e abstracto). Nela incluem-se os preceitos de carácter individual e concreto. Nesta base, todo o preceito, quer tenha carácter geral e abstracto quer carácter individual e concreto, inserido em acto legislativo é passível de controlo pelos órgãos específicos de

fiscalização. Este conceito funcional de norma parte do enquadramento da função do Tribunal Constitucional como garante da conformidade constitucional do direito infraconstitucional.

Já na vigência da Constituição da República de Moçambique de 2004, o Conselho Constitucional debruçou-se sobre o modo de incorporação e a posição hierárquica no esquema de fontes internas do Direito Internacional no Acórdão n.º 04/CC/2009, de 17 de março, proferido no âmbito de um pedido de fiscalização preventiva suscitado pelo Presidente da República.

Ao Conselho Constitucional foi pedido a pronúncia sobre a constitucionalidade de uma disposição de Lei aprovada pela Assembleia da República que criava a Comissão Nacional dos Direitos Humanos e atribuía ao Presidente da República a competência para nomear o seu Presidente e Vice-Presidente. Em causa estava, na opinião do Presidente da República, a violação do princípio da tipicidade das competências presidenciais previstas no art. 160.º da Constituição da República de Moçambique.

Em parecer remetido ao Conselho Constitucional, a Comissão de Assuntos Jurídicos, Direitos Humanos e de Legalidade da Assembleia da República argumentou que a competência atribuída ao Presidente da República para nomear o Presidente e o Vice-Presidente da Comissão decorria directamente da “Convenção de Paris Sobre a Criação de Comissões Nacionais de Direitos Humanos”, a qual foi objecto de “[...] assinatura em reservas pela República de Moçambique”.

A ideia de que a “assinatura sem reservas pela República de Moçambique da Convenção de Paris sobre os Direitos Humanos” atribuiria competências ao Presidente da República não previstas na Constituição da República de Moçambique foi rejeitada pelo Conselho Constitucional nos seguintes termos:

Em primeiro lugar, a Convenção que adopta os chamados “Princípios de Paris” não impõe uma determinada forma de designação dos titulares dos órgãos de direcção das Comissões Nacionais dos Direitos Humanos. Antes pelo contrário, sobre “Composição e garantias de independência e pluralismo” a Convenção preconiza a liberdade de critérios na opção pela forma de designação, ao prever, no seu n.º 1 que “A Composição da instituição nacional e a nomeação de seus membros quer através de eleições, ou de outros meios deve ser estabelecida de acordo com um procedimento que ofereça todas as garantias necessárias para assegurar a representação pluralista [...]”, e, no seu n.º 3, que “A nomeação de seus membros deve ser realizado através de actos oficiais, com especialização da duração do mandato, de modo a assegurar mandato estável, sem o que não pode haver independência [...]”. Em segundo lugar, ainda que a Convenção estabelecesse uma determinada forma de designação da qual resultasse a atribuição de competências extra constitucionais ao Presidente da República, em observância do princípio consagrado no n.º 2 do artigo 18.º da Constituição, tal atribuição ficara sujeita ao controlo de constitucionalidade (COUTINHO, 2008, p. 247).

Conforme lições referendadas por Coutinho (2008, p. 247), deste Acórdão do Conselho Constitucional podem ser retiradas duas conclusões sobre a aplicação do Direito Internacional na ordem jurídica moçambicana: i) as normas de Direito Internacional ocupam uma posição hierárquica infraconstitucional; e ii) estão sujeitas aos mecanismos de controlo de constitucionalidade previstos na Constituição da República de Moçambique, não estando excluída a possibilidade de fiscalização incidental da constitucionalidade de normas internacionais no âmbito de um processo de fiscalização preventiva da constitucionalidade de normas legislativas.

Outra conclusão que pode ser inferida deste processo diz respeito ao desconhecimento que provavelmente existe entre alguns Juizes moçambicanos sobre a natureza jurídica do Direito Internacional. Tanto a Assembleia da República como o Conselho Constitucional aludem a uma “Convenção de Paris Sobre a Criação de Comissões Nacionais de Direitos Humanos” e a uma “Convenção de Paris Sobre Direitos Humanos” que teriam sido objecto de “[...] assinatura em reservas pela República de Moçambique” (COUTINHO, 2018, p. 247). Acontece que tal Convenção simplesmente não existe. O que existe, e foi citado pelo Conselho Constitucional são os “Princípios Relativos ao Estatuto das Instituições Nacionais de Direitos Humanos (Princípios de Paris)”, adoptados pela Resolução n.º 48/134 da Assembleia Geral das Nações Unidas, a 20 de dezembro de 1993². Tratam-se, portanto, de normas de *softlaw* que não vinculam os Estados (Rachel Murray. “The role of National Human Rights Institutions”, *apud* COUTINHO, p. 249).

Portanto, considera-se que, apesar de a Constituição da República não prever textualmente o controlo da constitucionalidade das normas de Direito Internacional, estas estão sujeitas, não só pela sua recepção infraconstitucional (n.º 2 do artigo 18.º da Constituição da República de Moçambique) como também em decorrência do princípio da constitucionalidade (n.º 3 do artigo 2.º da Constituição da República de Moçambique), e do próprio sistema moçambicano de fiscalização da constitucionalidade. Neste contexto sufragam-se as conclusões de Gilles Cistac, segundo as quais:

Compete ao Conselho Constitucional, nos termos da alínea a) do número 1 do artigo 181.º da Constituição: “*apreciar e declarar e a inconstitucionalidade e a ilegalidade dos actos legislativos e normativos dos órgãos do Estado*”, o que quer dizer que, no caso em que uma convenção internacional contém uma cláusula contrária à Constituição da República, a primazia é em favor da Constituição e não da convenção internacional.

Do ponto de vista da competência do juiz interno, se ele tem o poder de não “*aplicar leis ou princípios que ofendam a Constituição*” (artigo 16.º da Constituição da República); pelo contrário, por um lado, se alguns “princípios” normativos de natureza internacional contrariam a Lei

² UN Doc. A/RES/48/134. Uma versão em língua portuguesa desta resolução pode ser consultada aqui: <http://direitoshumanos.gddc.pt/3_22/IIIPAG3_22_2.htm>. Acesso em: 31 ago. 2016.

Fundamental, o juiz interno, qualquer que seja, tem obrigação de “não aplicar” estes princípios. Aqui também, a primazia é em favor da Constituição e não da convenção internacional (CISTAC, 2004, p. 49).

2 CONSIDERAÇÕES FINAIS

As normas de Direito Internacional recebidas no ordenamento jurídico moçambicano, assumem uma posição hierárquica um sobre jurídico infraconstitucional, pois, estão sujeitos ao princípio da constitucionalidade.

Em decorrência do princípio da constitucionalidade resulta que:

- *primeiro*: as normas constitucionais prevalecem sobre todas as normas do ordenamento jurídico (n.º 4 do artigo 2.º da Constituição da República de Moçambique). Deste comando constitucional resulta que todas as normas em vigor na ordem jurídica moçambicano, incluindo as normas de Direito Internacional devem estar em conformidade com a ordem constitucional, tem um valor infraconstitucional e, logo, podem ser sujeitas ao controlo da sua constitucionalidade, incluindo as normas de Direito Internacional;
- *segundo*: nos feitos submetidos a julgamento, os Tribunais não podem aplicar leis ou princípios que ofendam a Constituição (artigo 213.º da Constituição da República de Moçambique) o que significa que um Juiz pode recusar a aplicação de uma norma de Direito Internacional com fundamento na sua inconstitucionalidade, isto é, em sede da fiscalização concreta de constitucionalidade;
- *terceiro*: as normas de Direito Internacional têm na ordem Jurídica interna o mesmo valor que assumem os actos normativos infraconstitucionais emanados da Assembleia da República e do Governo, consoante a sala respectiva forma de recepção (n.º 2 do artigo 18.º da Constituição da República de Moçambique). Desta previsão constitucional resulta claro que sendo as normas de Direito Internacional, equiparadas a actos normativos infraconstitucionais, estão sujeitas ao princípio da constitucionalidade, isto é, devem estar em conformidade com a ordem constitucional, sendo por isso, passíveis de controlo da sua constitucionalidade;
- *quarto*: as normas de Direito Internacional acolhida e em vigor na ordem jurídica moçambicana são integradas na ordem jurídica moçambicana e sujeitas à fiscalização sucessiva abstracta e concreta da constitucionalidade.

Contudo, em face da globalização e da integração regional e continental, o legislador constituinte moçambicano deverá “reinventar” o conceito de soberania e do princípio da supremacia da Constituição para uma melhor integração na comunidade internacional, com a tendência crescente e irreversível, de configuração de uma ordem constitucional supranacional

que vincula as ordens normativas nacionais. Decorrencia dos processos de integraçao regional e da globalizaçao com o surgimento do chamado “constitucionalismo global” que põe em crise o paradigma tradicional de soberania nacional, constitucionalismo nacional e da supremacia da Constituiçao face à nova ordem global.

REFERÊNCIAS

ALEXANDRE, Isabel. A norma constitucional violada e o objecto do recurso de constitucionalidade. **Jurisdição Constitucional**, Lisboa, Ed. AATRIC, n.º 6, p. 30, abril-junho 2005.

BASTOS, Fernando Loureiro. Direito internacional na constituiçao moçambicana de 2004. Texto preparado para a conferência proferida na Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane, em Maputo, em 9 de outubro de 2007, e na Delegaçao da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane na Beira, em 15 de outubro de 2007. Disponível em: <www.fd.ulisboa.pt>. Acesso em: 12 jul. 2020.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituiçao**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CISTAC, Gilles. A questao do direito internacional no ordenamento jurídico da República de Moçambique. In: **Revista Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane**, v. VI, 2004.

COUTINHO, Francisco Pereira. O direito internacional na ordem jurídica moçambicana. In: GOUVEIA, Jorge Bacelar; COUTINHO, Francisco Pereira (Coord.). **O direito internacional público nos direitos de língua portuguesa**. Lisboa: CEDIS, 2008.

COUTINHO, Francisco Pereira. Os tribunais moçambicanos e o direito internacional público. Disponível em: <<http://papers.ssrn.com>>. Acesso em: 27 jun. 2020.

CHUVA, António. A eficácia jurídico-constitucional das normas provenientes da Organizaçao Mundial do Comercio (O.M.C) no direito constitucional moçambicano. In: CHUVA, António et al. **Estudos de direito constitucional moçambicano**: contributos para reflexao. Maputo: CFJJ, 2012.

DIMANDE, Armando César. Os tratados internacionais na ordem jurídica moçambicana. In: **Revista Jurídica da Faculdade de Direito da Universidade Eduardo Mondlane**. v. II. Jun. 1997.

GOUVEIA, Bacelar Jorge. **Direito constitucional de Moçambique**. Lisboa: Instituto do Direito de Língua Portuguesa, 2015.

GOUVEIA, Bacelar Jorge. A fiscalização concreta da constitucionalidade no direito moçambicano. SEMINÁRIO DE DIREITO CONSTITUCIONAL, Curso de Doutoramento em Direito. Faculdade de Direito da UEM, Maputo, junho 2009.

HENRIQUES, Henriques José. A europeização indirecta do direito constitucional moçambicano: cláusula internacional. In: CHUVA, António et al. **Estudos de direito constitucional moçambicano**: contributos para reflexão. Maputo: CFJJ, 2012.

JUSTINO, Justino Felisberto. **O regime jurídico do acesso dos cidadãos à justiça constitucional moçambicana, em fiscalização concreta à luz da Constituição de 2004**. Beira: Eundza, 2018.

MEDEIROS, Rui. A força expansiva do conceito de norma no sistema português de fiscalização concentrada de constitucionalidade. In: MIRANDA, Jorge (Coord.). **Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Armando M. Marques Guedes**. Coimbra: Coimbra Editora, 2004.

MIRANDA, Jorge. **Fiscalização da constitucionalidade**. Lisboa: Almedina, 2017.

MIRANDA, Jorge. **Manual de direito constitucional**: inconstitucionalidade e garantia da constituição. Tomo VI. 2. ed. rev. e actual. Coimbra: Coimbra Editora, 2005.

MOÇAMBIQUE. Constituição da República de Moçambique de 2004. **Boletim da República**, Maputo, n.º 51, I Série, de 22 de dezembro de 2004.

MOÇAMBIQUE. Lei n.º 6/2006, de 2 de agosto de 2006. Lei Orgânica do Conselho Constitucional (LOCC). **Boletim da República**, Maputo, n.º 31, I Série, de 2 de agosto de 2006.

MOREIRA, Vital. O Tribunal Constitucional Português: fiscalização concreta no quadro de um sistema misto de justiça constitucional. In: **Revista Sub Júdice**, n.º 20/21, Coimbra, 2001.

NOVAIS, Jorge Reis. **Sistema português de fiscalização de constitucionalidade**: avaliação crítica. Lisboa: AAFDL, 2017.

NHATITIMA, Pedro. **A jurisdição constitucional moçambicana**. Maputo, 2007.

PEREIRA, André Gonçalves; QUADRO, Fausto de. **Manual de direito internacional público**. 3. ed. Lisboa: Almedina, 2018.

QUEIROZ, Cristina. **Direito constitucional internacional**. Coimbra: Coimbra Editora 2011.

RIBEIRO, Lúcia. Fiscalização concreta da constitucionalidade no direito constitucional moçambicano: a busca do sistema. 2019. Tese (Doutoramento)–Faculdade de Direito, UEM, Maputo, 2019.

RODRIGUES, Filomeno Eugénio dos Santos. **A justiça constitucional moçambicana**: um breve olhar sobre a jurisprudência do conselho constitucional. Maputo: Alcance, 2017.

VIEIRA, Elysa. Os direitos fundamentais na perspectiva da revisão constitucional: ampliação e efectivação. In: **Proposta de revisão constitucional para boa governação**. Maputo: Ciedima, 2011. p. 207-259.

Submissão em: 3 de fevereiro de 2021

Último Parecer favorável em: 23 de março de 2021

Como citar este artigo científico

MACUÁCUA, Edson da Graça Francisco. O enquadramento do direito internacional no direito constitucional moçambicano. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, Montes Claros, v. 2, n. 1, p. 128-144, jan.-abr. 2021.

O NOME DO NASCITURO COMO DIREITO DA PERSONALIDADE

LETÍCIA FRANCO MACULAN ASSUMPCÃO¹

1 INTRODUÇÃO

O “DNA” é o nome biológico do indivíduo, é o que a torna única, mas é preciso um exame médico para conhecê-lo, razão pela qual pode ser considerado o nome oculto da pessoa. Já o prenome e o apelido, ou sobrenome, constituem o nome civil das pessoas: o nome civil é o aparente, o evidente, o que é conhecido mesmo antes de se ver a pessoa ou de se ser a ela apresentados formalmente. Tanto o “DNA” quanto o nome civil são igualmente importantes, pois constituem direitos da personalidade.

A Constituição de Portugal, em seu artigo 1.º, estabelece que o país é uma República Soberana, baseada na dignidade da pessoa humana e na vontade popular, empenhada na construção de uma sociedade livre, justa e solidária. A Constituição enfatiza a legalidade democrática ao prever que todos os cidadãos têm direito ao gozo dos direitos e também têm a obrigação de se sujeitarem aos deveres previstos em lei. O Estado Democrático de Direito está assente não apenas na legalidade, mas principalmente na legitimidade democrática, exigindo respeito aos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos, como leciona Jorge Miranda (*apud* PIRES; TRINDADE; AZNAR FILHO, 2017, p. 128). Somente existe justiça na presença de igualdade entre as pessoas.

O conceito de justiça permeia a ordem jurídica enquanto fundamento do pressuposto ético (BASTOS, 2013, p. X-XI). O legislador, no seu tempo e no seu espaço, capta os valores da justiça no momento da elaboração da norma jurídica. A Constituição exerce controle formal e também substancial das demais leis, garantindo os direitos individuais, conservando em si a fonte de legitimação das políticas públicas e de validade para as normas

¹ Oficial do Cartório do Registro Civil e Notas do Distrito do Barreiro, em Belo Horizonte - MG, graduada na UFMG, pós-graduada, mestre e doutoranda em Direito. Diretora do Instituto Nacional de Direito e Cultura – INDIC. Vice-Presidente do Colégio Registral de Minas Gerais, Diretora do CNB/MG e do RECIVIL. Autora de diversos artigos jurídicos e dos livros “Casamento e Divórcio em Cartórios Extrajudiciais do Brasil”, “Notas e Registros” e “Usucapião Extrajudicial”.

jurídicas, bem como de garantia de acesso às liberdades fundamentais (PIRES, 2016, p. 194-195).

O objetivo deste trabalho é analisar se o nascituro tem ou não direitos da personalidade e, em consequência, direito a um nome. Para compreensão do tema, será necessário trazer o conceito de “nascituro”, conforme doutrina do Brasil e de Portugal. Em seguida, buscar-se-á responder às perguntas a seguir: o que são direitos da personalidade? O nascituro, também chamado de feto ou de embrião, é uma pessoa humana e tem direitos da personalidade, entre os quais o nome? Qual a posição da jurisprudência em Portugal e no Brasil sobre os direitos do nascituro? Em caso de óbito fetal, pode ser atribuído um nome ao nascituro?

2 OS DIREITOS DA PERSONALIDADE

O “DNA” é o nome biológico do indivíduo, é o que a torna única, mas é preciso um exame médico para conhecê-lo, razão pela qual pode ser considerado o nome oculto da pessoa. Já o prenome e o apelido, ou sobrenome, constituem o nome civil das pessoas. O nome civil é o aparente, o evidente, o que é conhecido mesmo antes de se ver a pessoa ou a ela se ser apresentado formalmente. Tanto o “DNA” quanto o nome civil constituem direitos da personalidade.

Pontes de Miranda define direitos da personalidade como todos os direitos necessários à realização da personalidade e à inserção da pessoa nas relações jurídicas. Para ele, o primeiro dos direitos da personalidade é o da personalidade em si mesma, que não se trata de direito sobre a pessoa. O direito de personalidade é o direito que se irradia do fato jurídico da personalidade (MIRANDA, 2000, p. 39). Para Carlos Alberto Bittar são “direitos inatos (originários), absolutos, extrapatrimoniais, intransmissíveis, imprescritíveis, impenhoráveis, vitalícios, necessários e oponíveis *erga omnes*” (BITTAR, 1995, p. 11). A intransmissibilidade dos direitos da personalidade resulta da infungibilidade da pessoa, ou seja, do fato de ser a pessoa insubstituível e única (MIRANDA, 2000, p. 32).

A pessoa é “célula originária, realidade estruturante do direito” (CHORÃO, 1999, p. 261-262). Os direitos da personalidade asseguram a dignidade da pessoa humana, que é o alicerce sobre o qual se edifica o ordenamento jurídico, segundo o qual a pessoa é o pressuposto e o fim do direito: é a sua realidade primeira e básica. A personalidade jurídica é a suscetibilidade de ser sujeito das relações jurídicas. Portanto, possuem personalidade jurídica os indivíduos humanos. Outras entidades, por analogia e de maneira derivada, receberam também da ordem jurídica a personalidade, mas não há dúvida de que os bens e interesses dos homens concretos são os que estão na raiz da ordem jurídica.

É preciso distinguir personalidade jurídica de capacidade jurídica. A personalidade jurídica designa a suscetibilidade de ser sujeito de relações jurídicas. Não há meio-termo quanto à personalidade jurídica: a pessoa é ou não é. A capacidade jurídica, por outro lado, é uma medida variável,

abrangendo os direitos e as vinculações de que a pessoa pode ser titular ou destinatária, denominada capacidade de gozo, ou o poder de exercer por si mesma e livremente os direitos, chamada de capacidade de exercício ou capacidade de agir. A personalidade jurídica é um pressuposto da capacidade, não havendo dúvida de que a toda pessoa pertence a capacidade de gozo de direitos, mas a capacidade de exercício não é genérica, de modo que certas pessoas não a possuem (CHORÃO, 1999, p. 262).

Questão de importância crucial é a relativa ao momento de aquisição da personalidade pelos indivíduos humanos. Há duas teses sobre o tema: a natalista, baseada no nascimento, e a concepcionista, com fundamento na concepção.

Para se prosseguir na análise do tema, deve-se estabelecer o conceito de nascituro. A palavra nascituro deriva do latim “nasciturus”, ou seja, aquele que há de nascer. Em Portugal, Mário Bigotte Chorão defende um conceito amplo de nascituro, designando o “fruto da geração humana desde a fecundação ao nascimento.” (CHORÃO, 2006, p. 421).

No Brasil, De Plácido e Silva (1973, p. 1.051) assim conceitua o termo nascituro: “designa, assim, o ente que está gerado ou concebido, tem existência no ventre materno: está em vida intrauterina. Mas, não nasceu ainda, não ocorreu o nascimento dele, pelo que não se iniciou sua vida como pessoa”. Para Maria Helena Diniz (2005, p. 378), o conceito de nascituro é: “Aquele que há de nascer, cujos direitos a lei põe a salvo”. Já para Flávio Tartuce (2018), o nascituro é “aquele que foi concebido e ainda não nasceu”.

Silmara Juny de Abreu Chinellato, referência brasileira sobre tutela civil do nascituro, afirma que “nascituro é aquele que está por nascer, já concebido”. Melhor explicando, complementa: “o conceito amplo de nascituro – o que há de nascer – pode abarcar tanto o implantado como o embrião pré-implantatório” (CHINELLATO, 2007, p. 51).

O nascituro titula ou não os direitos da personalidade? Para dar resposta a essa questão, deve-se considerar que não é possível que exista um indivíduo humano dotado de personalidade jurídica e desprovido de direitos, também não sendo concebível que existam direitos sem sujeito². O direito é sempre algo de alguém. Assim, ou não se reconhecem direitos ao nascituro, ou não podem ser a ele negados esses direitos. Trata-se de uma indagação com enorme alcance ético-jurídico, refletindo “o abismo ontológico existente entre o ser da pessoa, como sujeito e fim-em-si-mesma, e a realidade das coisas, enquanto instrumentos e meios ao seu serviço” (CHORÃO, 1999, p. 263-265).

O doutrinador Mário Emílio Bigotte Chorão defende o personalismo autêntico ou realista³, apontando que, para essa corrente, existem as seguintes implicações jurídicas fundamentais: “a) a centralidade da pessoa

² Para Pontes de Miranda (1970, p. 149-150), é uma contradição a ideia do direito sem sujeito, não podendo ser aceita nem no terreno jurídico positivo, nem no lógico.

³ Que se contrapõe ao personalismo idealista, que desloca a sede do direito para o pensamento e a vontade, transferindo para a lei a causa da personalidade jurídica, que passa a ser um produto racional, de caráter mais ou menos formal ou abstrato, explicável como fenômeno cultural.

na ordem jurídica; b) o reconhecimento da personalidade jurídica de todos os seres humanos enquanto pessoas em sentido natural; c) a aplicação a todos os indivíduos humanos do princípio da capacidade genérica de gozo de direitos; d) a garantia da efectividade dos direitos.” (CHORÃO, 1999. p. 279).

Em Portugal, o artigo 66.º, 2, do Código Civil, não reconhece a personalidade jurídica do nascituro, adotando a teoria natalista ao afirmar: “Os direitos que a lei reconhece aos nascituros dependem do seu nascimento” (CÓDIGO, 2017, p. 23). Entretanto, para Stela Barbas, existe doutrina significativa que se inclina no sentido de que há vida e personalidade a partir da concepção (BARBAS, 2006, p. 71-73).

Também no Brasil, o Código Civil adotou a teoria natalista, somente reconhecendo personalidade jurídica à criança após o nascimento com vida. Estabelece o artigo 2.º do Código Civil: “A personalidade civil da pessoa começa do nascimento com vida; mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do nascituro.”.

No entanto, o Brasil é signatário do Pacto de San José da Costa Rica, o qual afirma que a vida deve ser protegida a partir da concepção. Dispõe o Decreto 678, de 06-11-1992, que aprovou no Brasil o Pacto de San José da Costa Rica: “**ARTIGO 4.º** Direito à Vida. 1. Toda pessoa tem o direito de que se respeite sua vida. Esse direito deve ser protegido pela lei e, em geral, desde o momento da concepção. Ninguém pode ser privado da vida arbitrariamente [...]”.

E deve ser verificado que o Supremo Tribunal Federal já definiu que tratados e convenções acerca de direitos humanos são recepcionadas com “status” de norma supralegal (STF. Recurso Extraordinário 466343-1/SP). Logo, no Brasil, os tratados e convenções acerca de direitos humanos prevalecem sobre as leis e produzem diretamente direitos e deveres para os habitantes do território nacional.

A proteção da pessoa humana é o tema do momento do Direito Civil de Portugal e também do Brasil. Para Flávio Tartuce, é preciso reconhecer a prevalência de um Direito Civil amparado na proteção da pessoa, distanciado de uma visão anterior, que era essencialmente patrimonialista, sendo que a visão personalista tem grande relevo no estudo das questões atinentes ao nascituro (TARTUCE, 2018).

O estudo da personalidade jurídica ganha importância com a revolução biotecnológica e com a discussão do estatuto jurídico do embrião, sendo questão fundamental de Direito Constitucional, não apenas do Biodireito ou do Direito Civil. O Direito é uno, é um sistema, e a definição da personalidade jurídica do nascituro tem repercussão em todas as áreas, inclusive no que se refere ao nome civil do nascituro.

3 O NASCITURO É PESSOA HUMANA E TEM PERSONALIDADE?

A necessidade de repersonalização do Direito, para proteger a dignidade da pessoa humana e a sua identidade única e irrepetível, é defendida por Stela Barbas. Por isso a importância de ser estudado o conceito de pessoa

humana, buscando a Filosofia (BARBAS, 2006, p. 197), estando atento para o fato de que não é possível “isolar a filosofia da ciência nem a ciência da filosofia”. É certo que a “filosofia que deve compreender o que é a pessoa”, mas a filosofia não é capaz de determinar “qual é ou deve ser o substrato jurídico da pessoa”. A filosofia, pois, limita-se a “integrar o facto de que pessoa não é possível sem este substrato biológico” (RENAUD *apud* BARBAS, 2016, p. 167-168).

A ideia de pessoa como hoje se entende começou com o cristianismo, que acolheu a teoria de que todos os seres humanos possuem igual dignidade, por terem sido concebidos à imagem e semelhança de Deus. Para Santo Tomás de Aquino (*apud* BARBAS, 2016, p. 169), a “pessoa é o que há de mais perfeito em todo o universo”, é um ser dotado de racionalidade, de espiritualidade e de liberdade. Antes do cristianismo, não havia universalidade do conceito de pessoa, apenas alguns possuíam este “status”, de modo que, na Grécia de Aristóteles, escravos e mulheres não eram pessoas: eram seres intermediários entre os homens e os animais (BARBAS, 2016, p. 169).

Kant destaca o aspecto ético na constituição de pessoa, definindo-a como centro de liberdade e independência perante o mecanismo da natureza. A pessoa é um fim em si mesma e não pode ser tratada como coisa ou ser substituída por outrem. O caráter transcendental do homem, ser capaz de autodeterminação, demonstra-se na capacidade de superar as limitações físicas e sociais específicas do homem enquanto indivíduo (KANT *apud* BARBAS, 2016, p. 171).

Max Scheler (*apud* BARBAS, 2016, p. 172), filósofo alemão, no Século XX, afirmou que o Direito deve estar a serviço da pessoa, o que está de acordo com a posição adotada por Stela Barbas, para a qual o homem é o macrocosmo em relação ao microcosmo, pois a pessoa é um “ser corpóreo, racional e espiritual”, superando o mundo material. O homem, por ser homem, está dotado de dignidade. Por consequência, a dignidade é própria de todos os homens e todos os homens são iguais em dignidade. Além disso, a dignidade é exclusiva do ser humano: as coisas e os animais não possuem dignidade (BARBAS, 2016, p. 174). A concordância é com Stela Barbas, para quem “A pessoa é um todo, uma unidade e não apenas uma parte. É o ponto de referência, o valor, o fim e não o meio para atingir o fim, é a realidade transcendente para o Direito, a Economia, a Política, a Ciência, a História.” (BARBAS, 2016, p. 174).

Para o doutrinador brasileiro Gustavo Tepedino, há dois aspectos da personalidade. Considerando o ponto de vista estrutural, ou seja, os atributos da pessoa humana, que a habilitam a ser sujeito de direito, tem-se a personalidade como capacidade, indicando a titularidade das relações jurídicas. Por outro ponto de vista, a personalidade é “o conjunto de características e atributos da pessoa humana, considerada como objeto de proteção por parte do ordenamento jurídico” (TEPEDINO, 2004, p. 27). Em linha do que foi apresentado por Tepedino, Flávio Tartuce defende que personalidade não se confunde com a capacidade de direito, prevista no art. 1.º do Código Civil do Brasil (cujo texto dispõe que “Toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”) que vem a ser a condição que a pessoa tem de ser sujeito de direitos e deveres, na ordem privada.

Considerando o segundo aspecto mencionado por Gustavo Tepedino, por que razão o nascimento completo e com vida é requisito para a obtenção da personalidade? Há alguns posicionamentos que se consideram absurdos, mas aos quais se deve referir para questionar os limites hoje existentes para que um ser humano seja considerado pessoa. Hugo Tristan Engelhardt, Professor de Filosofia e médico, afirma que alguns indivíduos não são considerados pessoas, como os fetos, os bebês, os débeis mentais e os indivíduos em coma. Para ele, falta-lhes a autoconsciência, razão pela qual não têm o “status” de pessoa (ENGELHARDT *apud* BARBAS, 2016, p. 179-180). Não sendo pessoas, falta a eles o reconhecimento dos direitos da personalidade, inclusive o direito à vida. Soa totalmente absurdo, mas não será igualmente absurdo tentar colocar limites para considerar que um ser humano seja uma pessoa?

Para o realismo jurídico ou personalismo jusnaturalista, não há dúvida de que o nascituro possui personalidade jurídica. Trata-se de uma pessoa com capacidade de gozo de direitos, sofrendo, no entanto, de absoluta incapacidade de exercício dos referidos direitos (CHORÃO, 1999, p. 280-281), razão pela qual seus interesses devem ser protegidos. No entanto, a leitura do artigo 66.º, 1, do Código Civil de Portugal ou do art. 2.º, do Código Civil brasileiro, pode levar à interpretação de que a personalidade jurídica, enquanto suscetibilidade para os direitos e deveres, começa com o nascimento com vida. Se o nascituro é titular de direitos, porque tem suscetibilidade para o ser, por que a personalidade só tem início com o nascimento com vida?

Menezes Cordeiro (*apud* BARBAS, 2006, p. 78), já em 1987, alertava sobre a urgência de repensar o conceito jurídico da personalidade, considerando as técnicas de reprodução assistida. Mais recentemente, os Professores Diogo Leite de Campos e Stela Barbas fazem referência à biologia e à moderna embriologia para afirmar que a partir do momento da concepção já surge a vida humana, não havendo dúvida de que é sempre o mesmo indivíduo, único e insubstituível, que se desenvolve, amadurece e morre, de modo que o nascimento é apenas uma nova etapa de uma vida que já teve início com a fecundação. Como o ser humano é uma entidade pré-jurídica, impõe-se reconhecer a sua personalidade jurídica, que não é construída pelo ordenamento jurídico, consistindo um direito inato que caracteriza todas as pessoas. A proposta dos doutrinadores Diogo Leite de Campos e Stela Barbas é o fim do “instituto jurídico do nascimento” e a sua conclusão é de que começam com a concepção tanto a vida humana quanto a pessoa humana e a personalidade jurídica (CAMPOS; BARBAS, 2001, p. 1.257-1.268).

Stela Barbas ensina que, a partir do momento em que as modernas técnicas da reprodução assistida tornaram viável a criação e desenvolvimento da vida humana em um ventre artificial, sem o ato natural de nascer, a tese de que a personalidade jurídica surge apenas com o nascimento ficou desvalorizada. Para ela, está perdida no tempo a norma constante do art. 66.º do Código Civil (de Portugal), que determina que a personalidade jurídica tem início com o nascimento, pois existe a vida desde a concepção. “O nascimento não produz o milagre de converter em humano algo que não o era”.

Qual seria o tratamento jurídico para aqueles que não têm nascimento propriamente dito, porque provêm de ventre artificial? Não teriam eles personalidade jurídica porque não nasceram, já que o nascimento é condição essencial de atribuição de personalidade jurídica? Trata-se de um absurdo lógico-jurídico (BARBAS, 2006, p. 71-73, *passim*). Stela Barbas ressalta que o embrião já é uma nova entidade única e irrepetível (BARBAS, 2006, p. 178). O embrião é aquilo que eu já se foi (BARBAS, 2006, p. 84), o nascituro “não é um nada humano” (CARVALHO *apud* BARBAS, 2006, p. 84).

Juristas franceses, como Jean-Louis Baudouin e Catherine Labrusse Riou (*apud* BARBAS, 2006, p. 213), defendem a personalidade desde a concepção, fazendo mesmo oposição à inseminação artificial, para que a “criança da ciência” não seja tratada como um objeto. Essa também é a posição oficial do Vaticano, contestada por setores católicos, inclusive por Stela Barbas, para quem a inseminação homóloga, respeitadas certas condições, não viola valores essenciais e reforça o direito à procriação (BARBAS, 2006, p. 213).

Em Portugal é reconhecida a dignidade do embrião. Analisando a atual jurisprudência, que vem admitindo indenização por dano sofrido pelo nascituro, Manuel Carneiro da Frada defende que, se são tutelados os interesses do nascituro, e não interesses singulares de outrem, “então forçoso se torna aceitar a personalidade jurídica do nascituro titular de tais interesses”. Mas o próprio doutrinador reconhece que a questão do estatuto jurídico do embrião representa um tema multifacetado e complexo, importante cada vez mais tendo em vista o avanço da ciência médica (FRADA, 2010).

No Brasil, Carmen Lúcia Antunes Rocha (2004, p. 47) ensina que, se a Constituição protege o direito à vida do ser humano, do “*humanum genus*”, não há dúvida de que o embrião está incluído na sua proteção jurídica, pois o “embrião é ser e é humano”. Mas, Mário Luiz Delgado (2018) adverte que existem posições em sentido contrário, que afirmam não haver o constituinte se manifestado sobre o termo “a quo” dos direitos da personalidade, dentre eles o direito à vida.

Para Flávio Tartuce (2018), o nascituro é pessoa humana, gozando de ampla proteção legal, sendo necessário virar as páginas bibliográficas que defendem as outras teses relativas ao nascituro e que não lhe atribuem personalidade jurídica o que, para um Direito Civil Personalizado, é inadmissível. Também pelo surgimento da quarta geração ou dimensão de direitos, aqueles relacionados com a proteção do patrimônio genético da pessoa humana, as teses que negam personalidade ao nascituro estão totalmente ultrapassadas.

Outra questão é se o Código Civil de Portugal e a Lei Civil do Brasil, ao tratar do nascituro, englobam ou não o embrião. Tartuce (2018) explica que, para Maria Helena Diniz, nascituro e embrião não se confundem, sendo o embrião o produto da fecundação do óvulo pelo espermatozoide, tendo vida extrauterina. Por isso, a doutrinadora elaborou proposta legislativa pela qual se alteraria o Código Civil do Brasil para prever que a personalidade civil da pessoa começa com o nascimento com vida, mas a lei põe a salvo, desde a concepção, os direitos do embrião e do nascituro. Tartuce (2018) também

menciona entendimento da Professora Heloísa Helena Barboza de que a figura do nascituro não se confunde com o embrião, defendendo ela que nascituro e embrião têm tratamento diferenciado, principalmente no tocante aos direitos sucessórios.

Já para Silmara Juny Chinellato, também citada por Tartuce (2018), a expressão nascituro engloba o embrião. Tendo em vista os avanços das técnicas de reprodução assistida, trazendo a necessidade de ser considerado o embrião pré-implantatário, Chinellato defende que não é a melhor tese a que faz coincidir a personalidade com a implantação do ovo ou do embrião “*in anima nobile*”. Para a doutrinadora, garantir a viabilidade de desenvolvimento da gravidez não coincide com negar a natureza ontológica e biológica do ser humano. “É preciso que os juristas se preocupem com a tutela civil e penal, a ser definida expressamente pela legislação do embrião pré-implantatário, impropriamente denominado pré-embrião, enquanto ainda *in vitro* ou crioconservado” (CHINELLATO *apud* TARTUCE, 2018).

Tartuce (2018) traz o posicionamento de Giselda Maria Fernandes Novaes Hironaka, para quem “o conceito tradicional de *nascituro* – ser concebido e ainda não nascido – ampliou-se para além dos limites da concepção *in vivo* (no ventre feminino), compreendendo também a concepção *in vitro* (ou crioconservação)”. Para a doutrinadora, a ampliação no conceito se deu por causa das inovações biotecnológicas que possibilitam a fertilização fora do corpo humano. O nascituro permanece sendo o ser concebido embora ainda não nascido, mas sem que faça qualquer diferença o lugar da concepção.”.

Apesar de toda a argumentação anterior, no Brasil, o Supremo Tribunal Federal, no julgamento de Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) proposta pelo Procurador-Geral da República em face do artigo 5.º da Lei de Biossegurança, declarou, em maio de 2008, que nem todo embrião humano desencadeia uma gestação humana, em se tratando de experimento “*in vitro*”, condicionando a introdução do óvulo já fecundado no colo do útero feminino para que seja ele considerado um ser humano. Em virtude disso, foi autorizada pesquisa com células-tronco embrionárias. Para o Tribunal Constitucional do Brasil, portanto, “um embrião congelado, que jamais será gerado, não pode gozar dos direitos de proteção da vida e da dignidade da pessoa humana.” (STF. ADI 3510).

O Supremo Tribunal Federal trata o embrião que não foi ainda implantado no útero como coisa e não como pessoa, como se pode observar do seguinte extrato: “O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição.” (STF. ADI 3510).

Em razão da importância do referido Acórdão para compreensão do posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal, abaixo são reproduzidas as partes mais relevantes da sua ementa:

CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI DE BIOSSEGURANÇA. IMPUGNAÇÃO EM BLOCO DO ART. 5.º DA LEI N.º 11.105, DE 24 DE MARÇO DE 2005 (LEI DE BIOSSEGURANÇA). PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. INEXISTÊNCIA

DE VIOLAÇÃO DO DIREITO À VIDA. CONSTITUCIONALIDADE DO USO DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS EM PESQUISAS CIENTÍFICAS PARA FINS TERAPÊUTICOS. DESCARACTERIZAÇÃO DO ABORTO. NORMAS CONSTITUCIONAIS CONFORMADORAS DO DIREITO FUNDAMENTAL A UMA VIDA DIGNA, QUE PASSA PELO DIREITO À SAÚDE E AO PLANEJAMENTO FAMILIAR. DESCABIMENTO DE UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DE INTERPRETAÇÃO CONFORME PARA ADITAR À LEI DE BIOSSEGURANÇA CONTROLES DESNECESSÁRIOS QUE IMPLICAM RESTRIÇÕES ÀS PESQUISAS E TERAPIAS POR ELA VISADAS. IMPROCEDÊNCIA TOTAL DA AÇÃO.

I - O CONHECIMENTO CIENTÍFICO, A CONCEITUAÇÃO JURÍDICA DE CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS E SEUS REFLEXOS NO CONTROLE DE CONSTITUCIONALIDADE DA LEI DE BIOSSEGURANÇA. As “células-tronco embrionárias” são células contidas num agrupamento de outras, encontradas em cada embrião humano de até 14 dias (outros cientistas reduzem esse tempo para a fase de blastocisto, ocorrente em torno de 5 dias depois da fecundação de um óvulo feminino por um espermatozoide masculino). Embriões a que se chega por efeito de manipulação humana em ambiente extracorpóreo, porquanto produzidos laboratorialmente ou “in vitro”, e não espontaneamente ou “in vida”. Não cabe ao Supremo Tribunal Federal decidir sobre qual das duas formas de pesquisa básica é a mais promissora: a pesquisa com células-tronco adultas e aquela incidente sobre células-tronco embrionárias. A certeza científico-tecnológica está em que um tipo de pesquisa não invalida o outro, pois ambos são mutuamente complementares.

II - LEGITIMIDADE DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS PARA FINS TERAPÊUTICOS E O CONSTITUCIONALISMO FRATERNAL. [...] A escolha feita pela Lei de Biossegurança não significou um desprezo ou desapareço pelo embrião “in vitro”, porém u’a mais firme disposição para encurtar caminhos que possam levar à superação do infortúnio alheio. [...].

III - A PROTEÇÃO CONSTITUCIONAL DO DIREITO À VIDA E OS DIREITOS INFRACONSTITUCIONAIS DO EMBRIÃO PRÉ-IMPLANTO. O Magno Texto Federal não dispõe sobre o início da vida humana ou o preciso instante em que ela começa. Não faz de todo e qualquer estágio da vida humana um autonomizado bem jurídico, mas da vida que já é própria de uma concreta pessoa, porque nativiva (teoria “natalista”, em contraposição às teorias “concepcionista” ou da “personalidade condicional”). E quando se reporta a “direitos da pessoa humana” e até dos “direitos e garantias individuais” como cláusula pétrea está falando de direitos e garantias do indivíduo-pessoa, que se faz destinatário dos direitos fundamentais “à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade”, entre outros direitos e garantias igualmente distinguidos com o timbre da fundamentalidade (como direito à saúde e ao planejamento familiar). Mutismo constitucional hermeneuticamente significante de transpasse de poder normativo para a legislação ordinária. A potencialidade de algo para se tornar pessoa humana já é meritória o bastante para acobertá-la, infraconstitucionalmente, contra tentativas levianas ou frívolas de obstar sua natural continuidade fisiológica. Mas as três realidades não se confundem: o embrião é o embrião, o feto é o feto e a pessoa humana é a pessoa humana. Donde não existir pessoa humana embrionária, mas embrião de pessoa humana. O embrião referido na Lei de Biossegurança (“in vitro” apenas) não é uma vida a caminho de outra vida virginalmente nova, porquanto lhe faltam possibilidades de ganhar as primeiras terminações nervosas, sem as quais o ser humano não tem factibilidade como projeto de vida autônoma e irrepitível. O Direito infraconstitucional protege por modo variado cada etapa do desenvolvimento biológico do ser humano. Os momentos da vida humana

anteriores ao nascimento devem ser objeto de proteção pelo direito comum. O embrião pré-implanto é um bem a ser protegido, mas não uma pessoa no sentido biográfico a que se refere a Constituição.

IV - AS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO NÃO CARACTERIZAM ABORTO. MATÉRIA ESTRANHA À PRESENTE AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. É constitucional a proposição de que toda gestação humana principia com um embrião igualmente humano, claro, mas nem todo embrião humano desencadeia uma gestação igualmente humana, em se tratando de experimento “in vitro”. Situação em que deixam de coincidir concepção e nascituro, pelo menos enquanto o ovócito (óvulo já fecundado) não for introduzido no colo do útero feminino. O modo de irromper em laboratório e permanecer confinado “in vitro” é, para o embrião, insuscetível de progressão reprodutiva. Isto sem prejuízo do reconhecimento de que o zigoto assim extracorporalmente produzido e também extracorporalmente cultivado e armazenado é entidade embrionária do ser humano. Não, porém, ser humano em estado de embrião. A Lei de Biossegurança não veicula autorização para extirpar do corpo feminino esse ou aquele embrião. Eliminar ou desentranhar esse ou aquele zigoto a caminho do endométrio, ou nele já fixado. Não se cuida de interromper gravidez humana, pois dela aqui não se pode cogitar. A “controvérsia constitucional em exame não guarda qualquer vinculação com o problema do aborto.” (Ministro Celso de Mello).

V - OS DIREITOS FUNDAMENTAIS À AUTONOMIA DA VONTADE, AO PLANEJAMENTO FAMILIAR E À MATERNIDADE. A decisão por uma descendência ou filiação exprime um tipo de autonomia de vontade individual que a própria Constituição rotula como “direito ao planejamento familiar”, fundamentado este nos princípios igualmente constitucionais da “dignidade da pessoa humana” e da “paternidade responsável”. A conjugação constitucional da laicidade do Estado e do primado da autonomia da vontade privada, nas palavras do Ministro Joaquim Barbosa. A opção do casal por um processo “in vitro” de fecundação artificial de óvulos é implícito direito de idêntica matriz constitucional, sem acarretar para esse casal o dever jurídico do aproveitamento reprodutivo de todos os embriões eventualmente formados e que se revelem geneticamente viáveis. O princípio fundamental da dignidade da pessoa humana opera por modo binário, o que propicia a base constitucional para um casal de adultos recorrer a técnicas de reprodução assistida que incluam a fertilização artificial ou “in vitro”. De uma parte, para aquinhoar o casal com o direito público subjetivo à “liberdade” (preâmbulo da Constituição e seu art. 5.º), aqui entendida como autonomia de vontade. De outra banda, para contemplar os porvindouros componentes da unidade familiar, se por eles optar o casal, com planejadas condições de bem-estar e assistência físico-afetiva (art. 226 da CF). Mais exatamente, planejamento familiar que, “fruto da livre decisão do casal”, é “fundado nos princípios da dignidade da pessoa humana e da paternidade responsável” (§ 7.º desse emblemático artigo constitucional de n.º 226). O recurso a processos de fertilização artificial não implica o dever da tentativa de nidação no corpo da mulher de todos os óvulos afinal fecundados. Não existe tal dever (inciso II do art. 5.º da CF), porque incompatível com o próprio instituto do “planejamento familiar” na citada perspectiva da “paternidade responsável”. Imposição, além do mais, que implicaria tratar o gênero feminino por modo desumano ou degradante, em contrapasso ao direito fundamental que se lê no inciso II do art. 5.º da Constituição. Para que ao embrião “in vitro” fosse reconhecido o pleno direito à vida, necessário seria reconhecer a ele o direito a um útero. Proposição não autorizada pela Constituição.

[...]

VIII - SUFICIÊNCIA DAS CAUTELAS E RESTRIÇÕES IMPOSTAS PELA LEI DE BIOSSEGURANÇA NA CONDUÇÃO DAS PESQUISAS COM CÉLULAS-TRONCO EMBRIONÁRIAS. A Lei de Biossegurança caracteriza-se como regração legal a salvo da mácula do aqodamento, da insuficiência protetiva ou do vício da arbitrariedade em matéria tão religiosa, filosófica e eticamente sensível como a da biotecnologia na área da medicina e da genética humana. Trata-se de um conjunto normativo que parte do pressuposto da intrínseca dignidade de toda forma de vida humana, ou que tenha potencialidade para tanto. A Lei de Biossegurança não conceitua as categorias mentais ou entidades biomédicas a que se refere, mas nem por isso impede a facilitada exegese dos seus textos, pois é de se presumir que recepcionou tais categorias e as que lhe são correlatas com o significado que elas portam no âmbito das ciências médicas e biológicas. IX - IMPROCEDÊNCIA DA AÇÃO. Afasta-se o uso da técnica de “interpretação conforme” para a feitura de sentença de caráter aditivo que tencione conferir à Lei de Biossegurança exuberância regratória, ou restrições tendentes a inviabilizar as pesquisas com células-tronco embrionárias. Inexistência dos pressupostos para a aplicação da técnica da “interpretação conforme a Constituição”, porquanto a norma impugnada não padece de polissemia ou de plurissignificatidade. Ação direta de inconstitucionalidade julgada totalmente improcedente. (grifo nosso).

Em termos pessoais, discordamos da posição firmada no Brasil pelo Supremo Tribunal Federal, que entendemos ser extremamente perigosa para a pessoa humana. Para nós, o termo “nascituro” deve ser lido em sentido amplo, incluindo o embrião que se encontra crioconservado.

É importante ressaltar que a todos os seres humanos é reconhecida a personalidade jurídica e a titularidade de direitos. Todos os seres humanos são pessoas⁴. Com o avanço científico, já é possível o desenvolvimento de um embrião em um útero artificial, o que já afasta a argumentação defendida no Acórdão anteriormente mencionado. A autonomia, a consciência, a visão, a capacidade de experimentar prazer ou dor, não podem ser requisitos para diferenciar o ser humano da pessoa. Assim, tanto o nascituro quanto o recém-nascido, o alienado mental e o indivíduo em coma são pessoas e possuem direitos. A personalidade é atributo inseparável do homem dentro da ordem jurídica, qualidade que não decorre do preenchimento de qualquer requisito (BARBAS, 2016, p. 183-184).

Apesar do entendimento do Supremo Tribunal Federal do Brasil, tanto o Superior Tribunal de Justiça brasileiro quanto o Supremo Tribunal de Justiça de Portugal têm reconhecido a personalidade jurídica do nascituro, para fins de indenização, inclusive equiparando os direitos dos filhos nascidos aos daqueles por nascer. É o que será demonstrado no tópico seguinte.

⁴ Afirma Carmen Lúcia Antunes Rocha que há que os direitos humanos e a dignidade não dependem do nascimento com vida: “Em geral, os sistemas jurídicos afirmam que ser considerado pessoa em direito, vale dizer, dotar-se de personalidade para os fins de titularizar direitos, depende do nascimento com vida. Todavia, quanto aos direitos humanos, os direitos que cada ser humano titulariza, não se há fazê-los depender da personalidade. [...] O embrião é, parece-me, inegável, ser humano, ser vivo, obviamente, que se dota da humanidade que o dota de essência integral, intangível e digno em sua condição existencial.” (ROCHA, 2004, p. 47).

4 A JURISPRUDÊNCIA PORTUGUESA E A BRASILEIRA

Em Portugal, o Supremo Tribunal de Justiça já reconheceu a personalidade jurídica do nascituro no acórdão 436/07.6TBVRL.P1.S, de 03 de abril de 2014, declarando expressamente que o nascituro não consiste apenas em uma simples massa orgânica, não sendo parte do organismo da mãe, mas um ser humano, que possui dignidade, independentemente de as ordens jurídicas de cada Estado lhe reconhecerem ou não personificação jurídica⁵.

Do inteiro teor do mesmo Acórdão é importante destacar o seguinte trecho, no qual o Supremo Tribunal de Justiça equipara os direitos do nascituro àqueles de uma criança já nascida, conforme o princípio da igualdade:

⁵ O sumário do mencionado Acórdão, por sua importância, abaixo se reproduz:

I - Repugna ao mais elementar sentido de justiça – e viola o direito constitucional da igualdade – que dois irmãos, que sofrem a perda do mesmo progenitor, tenham tratamento jurídico diferenciado pela circunstância de um deles já ter nascido à data do falecimento do pai (tendo 16 meses de idade) e o outro ter nascido apenas 18 dias depois de tal acontecimento fatídico, reconhecendo-se a um e negando-se a outro, respectivamente, a compensação por danos não patrimoniais próprios decorrentes da morte do seu pai.

II - Seguindo o entendimento magistral do Prof. Pedro Pais de Vasconcelos, o art. 66.º, n.º 1, do CC, deve ser entendido como referindo-se à capacidade de gozo, e não propriamente à personalidade jurídica – como aliás sucedia com o art. 6.º do Código de Seabra e com o § 1 do BGB –, uma vez que o reconhecimento da personalidade de seres humanos está fora do alcance e da competência da lei, seja ela ordinária ou constitucional.

III - O nascituro não é uma simples massa orgânica, uma parte do organismo da mãe, ou, na clássica expressão latina, uma *portio viscerum matris*, mas um ser humano, com dignidade de pessoa humana, independentemente de as ordens jurídicas de cada Estado lhe reconhecerem ou não personificação jurídica.

IV - Ainda na fase intrauterina os efeitos da supressão da vida paterna fazem-se sentir no ser humano, sendo os danos não patrimoniais daí decorrentes – traduzidos na falta desta figura, quer durante o período de gestação, quer depois do nascimento, com o vazio que tal ausência provoca – merecedores de compensação.

V - No momento do nascimento, completo e com vida, as lesões sofridas pelo nascituro tornam-se *lesões da própria criança, ou seja, de um ser com personalidade* (Heinrich Ewald Hörster, in 'A Parte Geral do Código Civil Português', Almedina, 1992).

VI - Não constitui óbice ao reconhecimento de tal direito o argumento da exigência da contemporaneidade da personalidade com a lesão uma vez que: (i) nos Estados de Direito contemporâneos é cada vez mais frequente a demanda cível e a responsabilização de agentes cujos actos se produzem a longo prazo (de que são exemplo transmissão de doenças cujos efeitos se manifestam anos depois, catástrofes cujos efeitos se revelam *a posteriori* e traumatismos causados por acidentes cuja evolução para neoplasias malignas acontece a considerável distância cronológica); (ii) a relação entre a causa e o efeito não implica necessariamente que os danos ocorram imediatamente, apenas se exigindo o 'nexo umbilical' que determine que o efeito ocorreu devido ao evento causado por terceiro (cf. voto de vencido do Exmo. Sr. Conselheiro Mário Cruz, no Acórdão do STJ de 17-02-2009, proc. n.º 08A2124).

VII - Considera-se justa e adequada a quantia pedida pela Autora (filha da vítima) de € 20.000,00, a título de danos não patrimoniais próprios decorrentes da perda do seu pai.

VIII - Na fixação do *quantum* indemnizatório por danos patrimoniais futuros, a utilização de critérios matemáticos contidos em diplomas legais não se mostra proibida – desde que se mostrem facilitadores do cálculo para a determinação da pensão justa –, mas não substitui a devida ponderação judicial com base na equidade.

IX - Os arts. 805.º e 566.º do CC, ao estatuírem sobre o cálculo da indemnização e efeitos da mora, não fazem qualquer distinção entre danos patrimoniais e não patrimoniais, razão pela qual os juros serão devidos desde a sentença ou desde a citação apenas e tão somente com base na existência, ou não, na sentença de um raciocínio actualizador."

3 - Acresce que o art. 26.º da Constituição, reconhecendo a todos o direito à identidade pessoal, não estaria a ser cumprido, se se interpretasse o artigo 496.º do CC de uma forma discriminativa e limitativa, atribuindo o direito de indemnização por danos não patrimoniais aos filhos que já tenham nascido e não reconhecendo esse mesmo direito a quem esteja apenas concebido (nem que seja com um dia ou meras horas de diferença) ainda que comungando da mesma fonte de identidade ou genética da personalidade progenitora.

4 - Violaria, por outro lado, também, o direito constitucional da igualdade em que seriam colocados os descendentes no mesmo grau, do mesmo progenitor, relativamente ao enunciado direito, sendo certo que tanto um como outro provêm das mesmas pessoas e que a identidade física do filho nascido é a mesma do filho nascituro enquanto encerrado no ventre materno, e que se desenvolve ininterruptamente desde a concepção. De trazer à colação os art.ºs. 24.º, 25.º e 13.º da Constituição.

No Brasil, assim como ocorre em Portugal, há Acórdãos do Superior Tribunal de Justiça reconhecendo a personalidade jurídica do nascituro para fins de indenização. De fato, em 04 de setembro de 2014⁶, o referido Tribunal

⁶ Tendo em vista sua clareza, abaixo reproduz-se a ementa do referido acórdão: “CÓDIGO CIVIL. ACIDENTE AUTOMOBILÍSTICO. ABORTO. AÇÃO DE COBRANÇA. SEGURO OBRIGATÓRIO. DPVAT. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO. ENQUADRAMENTO JURÍDICO DO NASCITURO. ART. 2.º DO CÓDIGO CIVIL DE 2002. EXEGESE SISTEMÁTICA. ORDENAMENTO JURÍDICO QUE ACENTUA A CONDIÇÃO DE PESSOA DO NASCITURO. VIDA INTRAUTERINA. PERECIMENTO. INDENIZAÇÃO DEVIDA. ART. 3.º, INCISO I, DA LEI N. 6.194/1974. INCIDÊNCIA.

1. A despeito da literalidade do art. 2.º do Código Civil – que condiciona a aquisição de personalidade jurídica ao nascimento –, o ordenamento jurídico pátrio aponta sinais de que não há essa indissolúvel vinculação entre o nascimento com vida e o conceito de pessoa, de personalidade jurídica e de titularização de direitos, como pode aparentar a leitura mais simplificada da lei.

2. Entre outros, registram-se como indicativos de que o direito brasileiro confere ao nascituro a condição de pessoa, titular de direitos: exegese sistemática dos arts. 1.º, 2.º, 6.º e 45, *caput*, do Código Civil; direito do nascituro de receber doação, herança e de ser curatelado (arts. 542, 1.779 e 1.798 do Código Civil); a especial proteção conferida à gestante, assegurando-se-lhe atendimento pré-natal (art. 8.º do ECA, o qual, ao fim e ao cabo, visa a garantir o direito à vida e à saúde do nascituro); alimentos gravídicos, cuja titularidade é, na verdade, do nascituro e não da mãe (Lei n. 11.804/2008); no direito penal a condição de pessoa viva do nascituro – embora não nascida – é afirmada sem a menor cerimônia, pois o crime de aborto (arts. 124 a 127 do CP) sempre esteve alocado no título referente a “crimes contra a pessoa” e especificamente no capítulo “dos crimes contra a vida” – tutela da vida humana em formação, a chamada vida intrauterina (MIRABETE, Júlio Fabbrini. **Manual de direito penal**. volume II. 25. ed. São Paulo: Atlas, 2007, p. 62-63; NUCCI, Guilherme de Souza. **Manual de direito penal**. 8. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012, p. 658).

3. As teorias mais restritivas dos direitos do nascituro – natalista e da personalidade condicional – fincam raízes na ordem jurídica superada pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Civil de 2002. O paradigma no qual foram edificadas transitava, essencialmente, dentro da órbita dos direitos patrimoniais. Porém, atualmente isso não mais se sustenta. Reconhecem-se, corriqueiramente, amplos catálogos de direitos não patrimoniais ou de bens imateriais da pessoa – como a honra, o nome, imagem, integridade moral e psíquica, entre outros.

4. Ademais, hoje, mesmo que se adote qualquer das outras duas teorias restritivas, há de se reconhecer a titularidade de direitos da personalidade ao nascituro, dos quais o direito à vida é o mais importante. Garantir ao nascituro expectativas de direitos, ou mesmo direitos condicionados ao nascimento, só faz sentido se lhe for garantido também o direito de nascer, o direito à vida, que é direito pressuposto a todos os demais.

5. Portanto, é procedente o pedido de indenização referente ao seguro DPVAT, com base no que dispõe o art. 3.º da Lei n. 6.194/1974. Se o preceito legal garante indenização por morte, o aborto causado pelo acidente subsume-se à perfeição ao comando normativo, haja vista que outra coisa não ocorreu, senão a morte do nascituro, ou o pericimento de uma vida intrauterina.

6. Recurso especial provido.”

proferiu Acórdão (Recurso Especial 1.415.727-SC-2013/0360491-3) reconhecendo a titularidade de direitos da personalidade ao nascituro, dentre eles o direito à vida. Em razão disso, foi julgado procedente o pedido de indenização referente ao seguro DPVAT, com base no preceito legal que garante indenização por morte, tendo em vista ter havido o perecimento de uma vida intrauterina.

Do inteiro teor do voto do Ministro Luís Felipe Salomão, no já referido Recurso Especial 1.415.727-SC-2013/0360491-3, destaca-se a afirmação de que, “a despeito da literalidade do art. 2.º do Código Civil – que condiciona a aquisição de personalidade jurídica ao nascimento –, [...] não há essa indissolúvel vinculação entre o nascimento com vida e o conceito de pessoa, de personalidade jurídica e de titularização de direitos”. Para o mencionado Ministro, “se toda pessoa é capaz de direitos, nem todo sujeito de direitos é pessoa, construção essa que pode, sem maior esforço, alcançar o nascituro como sujeito de direito, mesmo para aqueles que entendem não seja ele uma pessoa.”.

Outro aspecto observado pelo Relator é o de que o Código Civil brasileiro não confunde os conceitos de “existência da pessoa” e de “aquisição da personalidade jurídica”. Para ele, é apenas em um dado momento da existência da pessoa, o nascimento, que se tem por iniciada sua personalidade jurídica. “Donde se conclui que, antes disso, se não se pode falar em personalidade jurídica – segundo o rigor da literalidade do preceito legal –, é possível, sim, falar-se em pessoa.”.

A principal conclusão a que chega o Ministro, no mesmo inteiro teor já mencionado, é de que, se a existência da pessoa natural tem início antes do nascimento, nascituro deve ser considerado pessoa e sujeito de direito, pois, por força do art. 1.º do Código Civil brasileiro, “toda pessoa é capaz de direitos e deveres na ordem civil”. E, seguindo a mesma lógica de que o nascituro é uma pessoa, o art. 1.798 do Código Civil reconhece legitimação para suceder não só das “pessoas nascidas”, mas também das pessoas “já concebidas no momento da abertura da sucessão”. Reforça o entendimento a menção de que o nascituro tem o direito de receber doação (art. 542 do Código Civil), de ser curatelado (art. 1.779 do Código Civil), a especial proteção conferida à gestante, (art. 8.º do Estatuto da Criança e do Adolescente, que tem como objetivo garantir o direito à vida e à saúde do nascituro), e a Lei n. 11.804/2008 tratou dos alimentos gravídicos, cuja titularidade é do nascituro. Por fim, no Direito Penal, a condição de pessoa viva do nascituro é ainda mais evidente, posto que o crime de aborto (arts. 124 a 127 do CP) está previsto no título referente a “crimes contra a pessoa”, no capítulo “dos crimes contra a vida”.

O voto arremata esclarecendo que o ordenamento jurídico brasileiro como um todo “alinhou-se mais à teoria concepcionista para a construção da situação jurídica do nascituro, conclusão enfaticamente sufragada pela majoritária doutrina contemporânea”. Ressalta, por fim, que “o fato de nem todos os direitos poderem ser titularizados ou exercidos pelo nascituro não é relevante para a constatação de que o nascituro pode ser considerado uma pessoa, haja vista que nem todas as pessoas exercem de forma plena todos

os direitos, como é o caso dos incapazes e presos” (ainda o inteiro teor do Recurso Especial 1.415.727-SC-2013/0360491-3).

No mesmo sentido já havia o Superior Tribunal de Justiça do Brasil se posicionado em 07-12-2010 (Recurso Especial 1.120.676-SC.2009/0017595-0)⁷, devendo ser destacado, do inteiro teor do voto do Ministro Paulo de Tarso Sanseverino, a afirmação de que, no julgamento da constitucionalidade da Lei da Biossegurança, Ação Direta de Inconstitucionalidade n.º 3.510/DF, o Relator, Ministro Carlos Ayres Brito, apesar de ter manifestado adesão à teoria natalista, não deixou de registrar o transbordamento do princípio da dignidade da pessoa humana ao ser em formação. Portanto, “a questão não está em saber quando, como e de que forma a vida humana tem início ou fim, mas como o Estado deve atuar na proteção desse organismo pré-natal diante das novas tecnologias, cujos resultados o próprio homem não pode prever”. Em conclusão, o Ministro afirmou não ver espaço, para fins de indenização, para diferenciar o filho nascido daquele plenamente formado, mas ainda no útero da mãe.

Apesar de a doutrina e a jurisprudência estarem evoluindo sobre a proteção ao nascituro, o Poder Legislativo, em Portugal e no Brasil, não tem legislado como deveria. Sabe-se que as regras que disciplinam o Direito de Família são de ordem pública, de modo que o Estado deve interferir fixando e disciplinando tais questões (BARBAS, 2006, p. 48). O legislador deve assegurar que a lei preencha três requisitos: 1) responder a uma utilidade social, melhorando o bem estar do maior número possível de pessoas; 2) ter subjacente preocupações de Justiça; 3) não negligenciar considerações de natureza moral (JACQUES ROBERT, *apud* BARBAS, 2006, p. 50).

Há diversas leis que tratam da proteção ao Homem. A Convenção Europeia dos Direitos do Homem reconhece a todo indivíduo direitos essenciais, sendo que os mesmos princípios por ela enunciados se encontram no Pacto das Nações Unidas. A Declaração Internacional dos Direitos da Criança, aprovada pela ONU em 1959, refere-se à proteção da criança antes do nascimento e a Assembleia Parlamentar do Conselho da Europa pela Recomendação 874 (1979) declara que a criança tem direito à vida desde a concepção, o que deve ser reconhecido pelos governos nacionais (BARBAS, 2006, p. 50-51).

Concorda-se com Stela Barbas sobre não existir em Portugal legislação suficiente para a proteção do ser humano, envolvendo questões relativas à procriação assistida e às novas tecnologias (2006, p. 61-62). No Brasil, também

⁷ Reproduz-se, a seguir, a ementa do referido Acórdão: “RECURSO ESPECIAL. DIREITO SECURITÁRIO. SEGURO DPVAT. ATROPELAMENTO DE MULHER GRÁVIDA. MORTE DO FETO. DIREITO À INDENIZAÇÃO. INTERPRETAÇÃO DA LEI N.º 6194/74. 1 - Atropelamento de mulher grávida, quando trafegava de bicicleta por via pública, acarretando a morte do feto quatro dias depois com trinta e cinco semanas de gestação. 2 - Reconhecimento do direito dos pais de receberem a indenização por danos pessoais, prevista na legislação regulamentadora do seguro DPVAT, em face da morte do feto. 3 - Proteção conferida pelo sistema jurídico à vida intrauterina, desde a concepção, com fundamento no princípio da dignidade da pessoa humana. 4 - Interpretação sistemático-teleológica do conceito de danos pessoais previsto na Lei n.º 6.194/74 (arts. 3.º e 4.º). 5 - Recurso especial provido, vencido o relator, julgando-se procedente o pedido.”

é escassa a legislação que trata da proteção ao nascituro. Mas, o Supremo Tribunal Federal, em 16 de junho de 2016, indeferiu Agravo de Instrumento no Mandado de Injunção (AgR MI 0052561-53.2016.1.00.0000 DF 0052561-53.2016.1.00.0000), que tinha por objetivo o reconhecimento de imposição constitucional do dever de legislar sobre os direitos do nascituro, ao fundamento de que o Mandado de Injunção exige que seja demonstrado que a falta de norma regulamentadora torna inviável o exercício dos direitos e liberdades constitucionais e das prerrogativas inerentes à nacionalidade, à soberania e à cidadania. Logo, para o Supremo Tribunal Federal do Brasil, não há norma constitucional que determine ao legislador que regulamente os direitos do nascituro, razão pela qual não há que se falar em omissão legislativa.

Mesmo na falta de lei que proteja definitivamente o ser humano que ainda não nasceu, a doutrina e também a jurisprudência de Portugal e do Brasil têm avançado no sentido de reconhecer personalidade jurídica ao nascituro, que possui dignidade de pessoa humana.

Passa-se a verificar, pois, se ao nascituro pode ser atribuído um nome.

5 O NOME COMO DIREITO DA PERSONALIDADE E O DIREITO DO NASCITURO AO NOME

Stela Barbas ensina com extrema precisão que o ser humano é herdeiro da carga genética de seus pais, mas também do seu patrimônio social, já que fica inserido em um conjunto de relações sociais que não precisou escolher. E ainda herda o patrimônio cultural da sua família: fala sua língua, aprende seus modos e hábitos e recebe seu nome (BARBAS, 2006, p. 166).

Neste tópico, tratar-se-á especificamente do nome da pessoa.

Desde Sócrates é certo que o conhecimento dos nomes não é negócio de importância somenos (PLATÃO *apud* CABRAL; VIEGAS, 2007, p. 13). A doutrina atual de Portugal reconhece que realmente é assim, pois o nome constitui a manifestação mais expressiva e sensível da personalidade. Para Silva (1965, p. 133): “Nada, na ordem jurídica como na construção científica do direito, pode partir de postulados formais, estranhos à personalidade, antes tudo tem de assentar no respeito do fim dignidade do homem”.

Os direitos de personalidade decorrem da dignidade humana (ASCENSÃO, 2008, p. 277-299), que é um princípio constitucional supremo, não apenas um entre vários outros princípios, mas a base sobre a qual se assenta todo o edifício constitucional, sendo a dignidade reconhecida como o “princípio dos princípios” (NOVAIS, 2015, p. 17-21). Canotilho (2003, p. 396) esclarece que, dentre os direitos de personalidade estão os direitos distintivos da pessoa, como o direito à identidade; os direitos de estado, como o direito de cidadania; os direitos sobre a própria pessoa, como o direito à vida; o direito à privacidade; os direitos de liberdade, como a liberdade de expressão.

A Constituição deve exercer um controle formal e substancial das leis, de forma a garantir os direitos individuais e a conservar em si a fonte de

legitimação de validade para as normas jurídicas e também de garantia às liberdades fundamentais (PIRES, 2016, p. 194-195). Em Portugal, os direitos da personalidade têm tratamento constitucional e são objeto de proteção pelo ordenamento jurídico. O Código Civil Português trata da proteção ao nome e ao pseudônimo (CÓDIGO, 2017, p. 24-25). Também no Brasil, o nome é protegido pela Constituição. E o Código Civil brasileiro declara que o nome da pessoa não pode ser empregado por outrem em publicações ou representações que a exponham ao desprezo público, ainda quando não haja intenção difamatória (art. 17), sendo vedado, sem autorização, o uso de nome alheio em propaganda comercial (art. 18). Da mesma forma que em Portugal, o “pseudônimo” adotado para atividades lícitas tem a mesma proteção que se dá ao nome (art. 19 do Código Civil Brasileiro).⁸

O nome é o primeiro e o fundamental elemento de identificação das pessoas. Para fins jurídicos, o conhecimento do nome é dado por meio de menção no ato de nascimento, feito nos Serviços de Registo, em Portugal, ou Registro, no Brasil, responsáveis pelas Pessoas Naturais. Nesses assentos constam o nome atribuído à pessoa, bem como todas as suas alterações posteriores, razão pela qual há íntima conexão entre as normas materiais do direito ao nome e os preceitos registrais que as regulamentam (CARVALHO, 1989, p. 17). Pode-se afirmar que o direito ao nome deriva direta e imediatamente da personalidade, sendo seu eficaz complemento (PERREAU *apud* CARVALHO, 1989, p. 29). Em Portugal, o Supremo Tribunal de Justiça (Acórdão 02B1669) afirmou que o nome é o cerne do direito à identidade pessoal das pessoas, perante os outros e por ela própria (Acórdão 03B3153). No Brasil, o Supremo Tribunal Federal, como ocorre em Portugal, reconhece que o “direito ao nome insere-se no conceito de dignidade da pessoa humana e traduz a sua identidade, a origem de sua ancestralidade, o reconhecimento da família” (Recurso Extraordinário RE 248869-SP).

Em Portugal, o registro da morte fetal é disciplinado pelo artigo 209.º do Código do Registo Civil. O mencionado Código, entretanto, não esclarece sobre a atribuição de nome ao feto, restringindo-se a estabelecer que, no caso de um feto sem vida deixar o ventre materno com 22 semanas ou mais, deverá ser apresentado e depositado o respectivo certificado médico em qualquer conservatória do Registo Civil. Existe disposição no artigo 209.º, 3, de que são aplicáveis ao depósito do certificado médico de morte fetal os preceitos relativos ao assento de óbito, com as necessárias adaptações. Mas, permanece a dúvida: pode ser inserido nome para o nascituro?

O registo de óbito é regido pelo artigo 201.º do Código do Registo Civil, sendo requisitos especiais o nome completo, sexo, idade, estado, naturalidade e última residência habitual do falecido. O nome completo, pois, é elemento essencial do registo de óbito. Mas, o nome do embrião que deixou o útero

⁸ “Pseudônimo” é o chamado “nome artístico”. O termo “apelido”, no Brasil, é sinônimo de “hipocorístico”, que é o vocábulo familiar carinhoso. Em Portugal, no entanto, “apelido” é utilizado no sentido de “sobrenome”, razão pela qual algumas leis brasileiras adotam o termo “apelido” em lugar de “sobrenome”. São exemplos de “apelidos”, no sentido de “hipocorístico”, utilizado no Brasil: Zezinho, Bidu, Chico, Didi, Lula, Xuxa, entre outros. É o que esclarece Nelson Oliver (2005, p. 36).

sem vida também deve ser considerado elemento do registro do óbito fetal, sendo colocada à disposição dos genitores a opção por atribuir um nome ao feto?

No Brasil, o registro do natimorto é objeto de tratamento na Lei de Registros Públicos, Lei 6.015, de 31-12-1973, que, em seu art. 53, determina que, no caso de ter a criança nascido morta, será feito o registro feito em livro específico, denominado “C Auxiliar”, com os elementos que couberem. A lei não esclarece, de forma clara, sobre a possibilidade de dar ou não um nome à criança que, já sem vida, foi expulsa do ventre. Por outro lado, no caso de a criança morrer na ocasião do parto, tendo respirado, a lei estabelece que serão feitos os dois assentos, o de nascimento e o de óbito, não havendo dúvida, pois, sobre a necessidade de ser atribuído nome à criança.

Apesar de a lei ser omissa sobre a atribuição de nome ao natimorto, o Código de Normas do Extrajudicial de Minas Gerais, Provimento Conjunto TJMG/CGJMG 93/2020, de 18 abr. 2020, e publicado em 23 junho de 2020, autoriza que os genitores nomeiem a pessoa que nasceu sem vida. De fato, estabelece o referido Código que:

Art. 630. O registro de natimortos será feito no Livro “C - Auxiliar” e conterá, no que couber, os elementos de registro do nascimento e do óbito, facultando-se aos pais dar nome ao natimorto.

Alguns artigos antes, consta do Provimento Conjunto TJMG/CGJMG 93/2020:

Art. 548. Toda pessoa tem direito ao nome, nele compreendidos o prenome e o sobrenome, ou nome de família.

Também a doutrina começa a tratar do tema, tendo o doutrinador Zeno Veloso afirmado que no assento do natimorto

devem ser inseridos o prenome e o sobrenome, em respeito ao princípio da dignidade da pessoa humana, numa compreensão abrangente, inclusiva, até em solidariedade com os pais que geraram o nascituro e merecem que seja lembrado o nome que escolheram para ele, minorando a dor e o sofrimento da família (VELOSO, 2016, p. 431).

É fácil concordar com Zeno Veloso, pois, no atual estágio de tecnologia, a partir da décima terceira semana de idade gestacional, por meio de exame de ultrassom, já se pode identificar o sexo do bebê com grande precisão. O bebê dentro do útero, hoje, não é mais uma suposição ou um segredo. Seus movimentos já podem ser observados. Seu desenvolvimento pode ser acompanhado pelos genitores. É natural que lhe seja atribuído um nome.

Já existe uma nova perspectiva hermenêutica quanto à lei de Portugal e também quanto à lei do Brasil, no que tange ao reconhecimento da personalidade àquele que nasceu com vida, sob o enfoque dos princípios constitucionais: as leis de ambos os países se referem à prova da existência da vida humana. Portanto, se for demonstrado que o nascituro existe, imediatamente deixa de existir obstáculo para a tutela dessa pessoa que ainda está no útero materno. Não há possibilidade ou necessidade de se atribuir capacidade jurídica de exercício de direitos ao nascituro. A capacidade de exercício pode ser condicionada ao nascimento. Trata-se de uma solução perante o método jurídico, qual seja a interpretação conforme a Constituição do art. 66.º do Código Civil de Portugal e também ao art. 2.º do Código Civil do Brasil, para reconhecer os direitos da personalidade ao nascituro, inclusive o direito ao nome.

Na hipótese de o feto já sem vida deixar o útero, principalmente nas situações em que já ultrapassada a décima terceira semana de idade gestacional, caso os genitores queiram que o nome pelo qual vinham tratando seu bebê conste do registro de óbito fetal, qual seria o obstáculo? O nome é o primeiro e o fundamental elemento de identificação das pessoas. E o nascituro é uma pessoa humana. Os genitores representam seus filhos enquanto menores. Defende-se, pois, que os genitores possam optar por dar nome ao seu bebê, no caso de óbito fetal.

Para a concretização desse direito do nascituro ao nome, é preciso que a lei o reconheça, pois o conceito de justiça deve permear a ordem jurídica enquanto fundamento do pressuposto ético (BASTOS, 2013, p. X-XI). Os valores da justiça devem ser captados pelo legislador no momento da elaboração da norma jurídica, no seu tempo e no seu espaço. Negar o direito do nascituro ao nome é fazer prevalecer uma desigualdade que é inconstitucional.

A Constituição exerce controle formal e também substancial das demais leis, garantindo os direitos individuais, conservando em si a fonte de legitimação das políticas públicas e de validade para as normas jurídicas, bem como de garantia de acesso às liberdades fundamentais (PIRES, 2016, p. 194-195). Os princípios são vetores interpretativos para as regras jurídicas e princípio da igualdade entre os filhos não admite que haja qualquer prevalência dos direitos ou deveres de um em face do outro.

Assim, levando em conta a importância da legalidade, mas como a legitimidade é essencial, é preciso que seja alterada a lei de Portugal e também a lei do Brasil para que elas reflitam o atual estágio tecnológico e os valores da sociedade, passando a permitir que os nascituros, no caso de óbito fetal, recebam um nome.

6 CONCLUSÃO

Neste trabalho foram respondidas as seguintes questões: o que são direitos da personalidade? O nascituro, também chamado de feto ou de embrião, é uma pessoa humana e tem direitos da personalidade, entre os

quais o nome? Qual a posição da jurisprudência em Portugal e no Brasil sobre os direitos do nascituro? Em caso de óbito fetal, pode ser atribuído um nome ao nascituro?

Para que fosse possível a resposta às questões apresentadas, foi examinada a personalidade jurídica do nascituro e o reflexo do entendimento de que o nascituro é uma pessoa humana no que se refere ao seu nome civil. Foi apresentado o paralelo existente entre o “DNA”, que é o nome biológico do indivíduo e o nome civil das pessoas, sendo que ambos são igualmente importantes, pois constituem direitos da personalidade.

Foi examinada a Constituição de Portugal e também a Constituição do Brasil, pois ambos os países fundamentam a ordem jurídica na dignidade da pessoa humana. Foi observado que o Estado Democrático de Direito está assente não apenas na legalidade, mas principalmente na legitimidade democrática, exigindo respeito aos direitos, liberdades e garantias dos cidadãos.

Foi demonstrado como o conceito de justiça permeia a ordem jurídica enquanto fundamento do pressuposto ético e como a Constituição exerce controle formal e também substancial das demais leis, garantindo os direitos individuais, conservando em si a fonte de legitimação das políticas públicas e de validade para as normas jurídicas, bem como de garantia de acesso às liberdades fundamentais. Assim, foi verificado que devem ser aperfeiçoadas as normas a fim de que demonstrem claramente que a aquisição da personalidade já se dá com a concepção, reconhecendo que o nascituro é sujeito de direitos, sendo-lhe garantida a tutela desses direitos conforme a sua natureza.

Essa alteração normativa deve abarcar também o nome do nascituro, pois, existindo a vontade dos genitores de fazer constar do registro de morte fetal o nome pelo qual seu bebê vinha sendo chamado dentro do útero, não há obstáculo para tanto. O nome é o primeiro e o fundamental elemento de identificação das pessoas e o nascituro é uma pessoa humana. Os genitores representam seus filhos enquanto menores. Assim, os genitores podem optar por dar nome ao seu bebê, na hipótese de óbito fetal.

Foi provado que a questão na atualidade é demonstrar que o nascituro existe. Existindo essa prova, imediatamente deixa de existir obstáculo para a tutela dessa pessoa que ainda está no útero materno. Não há possibilidade ou necessidade de se atribuir capacidade jurídica de exercício de direitos ao nascituro, a capacidade de exercício pode ser condicionada ao nascimento. Trata-se de uma solução perante o método jurídico, que é a interpretação conforme a Constituição do Código Civil para reconhecer os direitos da personalidade ao nascituro.

O estudo trouxe a doutrina de Zeno Veloso, segundo o qual, no assento do natimorto, deve ser inserto o seu nome, o que está de acordo com o princípio da dignidade da pessoa humana, numa compreensão inclusiva, e até mesmo em solidariedade com os genitores, que merecem que seja lembrado o nome que escolheram para seu filho.

Foi apresentado o ensinamento de Stela Barbas no sentido de que o ser humano é herdeiro da carga genética de seus pais, mas também do seu patrimônio social e ainda herda o patrimônio cultural da sua família: fala sua língua, aprende seus modos e hábitos e recebe seu nome. O nome é direito da personalidade e o nascituro, representado por seus genitores, também tem esse direito.

REFERÊNCIAS

ASCENSÃO, José de Oliveira. A dignidade da pessoa e o fundamento dos direitos humanos. In: **Revista da Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo**. São Paulo, Edusp, v. 103, p. 277-299, jan./dez. 2008.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. **Direito ao patrimônio genético**. Coimbra: Almedina, 2006.

BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. **Direito do genoma humano**. Coimbra: Almedina, 2016.

BASTOS, Aurélio Wander. Prefácio. In: PIRES, Alex Sander Xavier. **Justiça na perspectiva kelseniana**. Rio de Janeiro: Freitas Bastos, 2013.

BITTAR, Carlos Alberto. **Os direitos da personalidade**. 2. ed. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1995.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto 678, de 06 de novembro de 1992. Promulga a Convenção Americana sobre Direitos Humanos (Pacto de São José da Costa Rica), de 22 de novembro de 1969. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 9 nov. 1992.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 7 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [da] República Federativa dos Estados Unidos do Brasil**, Rio de Janeiro, DF, 31 dez. 1940.

BRASIL. Lei 6.015, de 31 de dezembro de 1973. Dispõe sobre os registros públicos, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 31 dez. 1973; republicada no **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 16 set. 1975; e retificada no **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**. Brasília, DF, 30 out. 1975.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ. Recurso Especial 1.120.676-SC.2009/0017595-0. Relator: Ministro Paulo de Tarso Sanseverino. Julgamento: 07 dez. 2010. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 4 fev. 2011.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça. STJ. Recurso Especial 1.415.727-SC.2013/0360491-3. Relator: Ministro Luís Felipe Salomão. Julgamento: 04 set. 2014. **Diário da Justiça Eletrônico**, Brasília, DF, 30 out. 2014.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. Ação Direta de Inconstitucionalidade 3510. Relator: Carlos Ayres Brito. Julgamento: 29 maio 2008. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 25 maio 2010.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. Agravo Regimental no Mandado de Injunção AgR MI 0052561-53.2016.1.00.0000 DF 0052561-53.2016.1.00.0000. Relator: Ministro Luiz Fux. Julgamento: 16 jun. 2016. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 30 jun. 2016.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. Recurso Extraordinário RE 248869-SP. Relator: Ministro Mauricio Correa. Julgamento: 7 ago. 2003. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 12 mar. 2004.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. STF. Recurso Extraordinário RE 466343-1/SP. Relator: Ministro César Peluso. Julgamento: 03 dez. 2008. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 05 jun. 2009.

CABRAL, João de Pina; VIEGAS, Susana de Matos. Nomes e ética: uma introdução ao debate. In: CABRAL, João de Pina; VIEGAS, Susana de Matos (Org.). **Nomes: gênero, etnicidade e família**. Coimbra: Almedina, 2007. p. 13-38.

CAMPOS, Diogo Leite de; BARBAS, Stela Marcos de Almeida Neves. O início da pessoa humana e da pessoa jurídica. In: **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa, Ed. Ordem dos Advogados, ano 61, v. 3, p. 1.257-1.268, 2001.

CANOTILHO, J. J. Gomes. **Direito constitucional e teoria da constituição**. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

CARVALHO, Manuel Vilhena de. **O nome das pessoas e o direito**. Coimbra: Almedina, 1989.

CHINELLATO, Silmara Juny de Abreu. Estatuto jurídico do nascituro: o direito brasileiro. In: DELGADO, Mário Luiz; ALVES, Jonas Figueiredo (Coord.). **Questões controvertidas no novo código civil**. v. 6. São Paulo: Método, 2007.

CHORÃO, Mário Emílio Bigotte. Concepção realista da personalidade jurídica e estatuto do nascituro. Em: **Revista do Instituto de Direito Comparado Luso-Brasileiro - IDCLB**. Rio de Janeiro, Ed. IDCLB, n.º 17, 2.º semestre de 1999.

CHORÃO, Mário Emílio Bigotte. **Pessoa humana, direito e política**. Lisboa: Imprensa Nacional / Casa da Moeda, 2006.

CÓDIGO Civil. 8. ed. Coimbra: Almedina, 2017. (Coleção *Códigos Universitários*).

DELGADO, Mário Luiz. Direitos da personalidade nas relações de família. Disponível em: <http://www.ibdfam.org.br/_img/congressos/anais/34.pdf>. Acesso em: 06 out. 2018.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. v. 3. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2005.

FRADA, Manuel Carneiro da. Sobre o estatuto jurídico do embrião. Em: **Revista da Ordem dos Advogados**. Lisboa, Ed. Ordem dos Advogado, ano 70, v. I/IV, 2010.

MINAS GERAIS. Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais. Provimento Conjunto TJMG/CGJMG 93/2020, de 18 de abril de 2018. Institui o Código de Normas da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de Minas Gerais, que regulamenta os procedimentos e complementa os atos legislativos e normativos referentes aos serviços notariais e de registro do Estado de Minas Gerais. **Diário do Judiciário Eletrônico n.º 115**, Belo Horizonte, MG, 22 jun. 2020, p. 37-244.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**. Campinas: Brookseller, 2000.

MIRANDA, Pontes de. **Tratado de direito privado**: parte geral: introdução: pessoas físicas e jurídicas. Tomo I. 3. ed. Rio de Janeiro: Borsoi, 1970.

NOVAIS, Jorge Reis. **A dignidade da pessoa humana**: dignidade e direitos fundamentais. v. I. Coimbra: Almedina, 2015.

OLIVER, Nelson. **Todos os nomes do mundo**. Rio de Janeiro: Ediouro, 2005.

PIRES, Alex Sander Xavier. **Súmula vinculante e liberdades fundamentais**. Rio de Janeiro: Pensar a Justiça, 2016.

PIRES, Alex Sander Xavier; TRINDADE, Carla Dolezel; AZNAR FILHO, Simão. **Constitucionalismo luso-brasileiro**: leitura normativa no âmbito do domínio da lei e da humanização das relações. Rio de Janeiro: Pensar a Justiça, 2017.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão 02B1669. Relator: Conselheiro Eduardo Baptista. Lisboa, 20 jun. 2017.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão 03B3153. Relator: Conselheiro Santos Bernardino. Lisboa, 29 jan. 2004.

PORTUGAL. Supremo Tribunal de Justiça. Acórdão 436/07.6TBVRL.P1.S1. Relator: Conselheiro Álvaro Rodrigues. Lisboa, 3 abr. 2014.

ROCHA, Cármen Lúcia Antunes. Vida digna: direito, ética e ciência. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (Coord.). **O direito à vida digna**. Belo Horizonte: Fórum, 2004. p. 11-174.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. v. III. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1973.

SILVA, Manuel Duarte Gomes da. **Esboço de uma concepção personalista do direito**: reflexões em torno da utilização do cadáver humano para fins terapêuticos e científicos. Lisboa: A.N.P / Anuário Comercial de Portugal, 1965. (Separata da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Lisboa, Ed. Universidade de Lisboa, n. 17, 1965).

TARTUCE, Flávio. A situação jurídica do nascituro: uma página a ser virada no direito brasileiro. Disponível em: <<https://www.conpedi.org.br/publicacoes/y0ii48h0/vgn7y7g7/UFWX54d4dYXhMU71.pdf>>. Acesso em: 06 out. 2018.

TEPEDINO, Gustavo. **Temas de direito civil**. 3. ed. atual. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VELOSO, Zeno. Nome civil da pessoa natural. In: PEREIRA, Rodrigo da Cunha (Coord.). **Tratado de direito das famílias**. 2. ed. Belo Horizonte: IBDFAM, 2016. p. 429-481.

Submissão em: 04 de fevereiro de 2021

Último Parecer favorável em: 21 de março de 2021

Como citar este artigo científico

ASSUMPÇÃO, Leticia Franco Maculan. O nome do nascituro como direito da personalidade. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 2, n. 1, p. 145-168, jan.-abr. 2021.

**LATO SENSU
NSINES OTIPI**

O RISCO DO DESEQUILÍBRIO ECONÔMICO-FINANCEIRO DO CONTRATO DE CONCESSÃO SOB O ASPECTO DA RESOLUÇÃO 414/2010, DA ANEEL, NO QUE CONCERNE À FRAUDE E AO FURTO DE ENERGIA ELÉTRICA

LUCIANA VALIM¹

RESUMO

Este artigo visa demonstrar a importância da aplicabilidade dos princípios da legalidade e da segurança jurídica, os quais visam proteger o contrato de concessão do serviço público de energia elétrica entre o Poder Concedente e a Concessionária, para que não haja causa de desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. E, assim, elucidar aspectos que podem levar à melhor compreensão temática da fraude e furto de energia elétrica. Também, comprovar que a omissão quanto à suspensão no fornecimento de energia elétrica, no que concerne a irregularidade na medição descrita na Resolução 414/2010, da ANEEL, foi prejudicial ao equilíbrio entre as relações, dificultando o cumprimento contratual pactuado entre Concessionária e o ente federado, o qual poderá ocorrer o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. Para a pesquisa, foram utilizadas a legislação do setor elétrico brasileiro, Resoluções 456/2000 e 414/2010, da ANEEL, Lei de Concessão de Serviço Público, Direito Público, Direito da Energia Elétrica e Direito Penal.

Palavras-chave: Direito da Energia Elétrica. Desequilíbrio Econômico-financeiro do Contrato de Concessão de Energia Elétrica. Fraude e Furto de energia elétrica. Lei de Concessão do Serviço Público. Resolução 414/2010 da ANEEL.

ABSTRACT

This article aims to demonstrate the importance on the applicability of the principles of legality and legal security, which aims to protect the public electric energy service concession contract between the Granting Authority

¹ Especialista em Direito Público. Advogada. Endereço eletrônico: luciana.valim@zipmail.com.br

and the Concessionaire, so that there is no cause for economic-financial imbalance in the concession agreement. And, thus, elucidate aspects that may lead to a better thematic understanding of the fraud and theft of electric energy. Too, as proving that the omission regarding the suspension in the supply of electric energy in what concerns to the irregularity in the measurement described in Resolution 414/2010 ANEEL, was detrimental to the balance between the relationships, making it difficult to comply with the contractual agreement between the concessionaire and the federated entity, which may result in the economic and financial imbalance of the concession contract. For the research, the Brazilian electricity sector legislation, ANEEL Resolutions 456/2000 and 414/2010, Public Service Concession Law, Public Law, Electricity Law and Criminal Law were used.

Keywords: Law of Electricity. Economic and Financial Imbalance of the Electricity Concession Contract. Fraud and Theft of electricity. Public Service Concession Law. Resolution 414/2010 of ANEEL.

1 INTRODUÇÃO

No trabalho em questão serão abordados aspectos regulatórios, legislação do setor elétrico, Lei de Concessões. Após, serão abordados conceitos básicos e dispositivos legais pertinentes ao furto e à fraude de energia elétrica, cujos temas são tratados pelas concessionárias de energia de energia elétrica, e pela Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL) como “Irregularidade na Medição” elétrica. E também popularmente conhecidos como “gatos”. O objetivo é caracterizar e conceituar fraude e furto de energia elétrica, viabilizando o entendimento, para que se torne possível compreender as perdas técnicas e não técnicas de energia, cuja conduta traduz a intenção de auferir, economicamente, vantagem ilícita. A perda não técnica de energia elétrica é o assunto de maior destaque no decorrer do trabalho.

Nesse sentido, será possível analisar alguns aspectos que levam ao risco do desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão em decorrência da não cobrança da recuperação de consumo de furto e fraude de energia elétrica em face do procedimento irregular descrito na Resolução Normativa ANEEL 414, de 09-09-2010. Resolução que trouxe regras mais benéficas ao fraudador no que concerne à impossibilidade de suspensão do fornecimento de energia, o que colocou em risco o contrato de concessão firmado com o Poder Concedente. Isto, porque poderá ocasionar grave e iminente lesão ao erário, no que concerne à parcela em decorrência destes atos ilícitos, na medida em que, a Concessionária não receberá os valores para fazer o repasse ao Ente Federado. Também deve-se lembrar que serão revertidos estes valores à coletividade, no momento da revisão tarifária.

Importante salientar que, pela falta de informação e conhecimento do tema abordado no âmbito da sociedade, legisladores e pelos Tribunais, por vezes beneficiam aos fraudadores na continuidade de atos ilícitos pela falta de punibilidade e de uma legislação efetiva no combate contra o furto e

fraude de energia elétrica. Combate que visaria, inclusive, proteger os consumidores, pois estes atos podem ocasionar graves acidentes e causar prejuízos às Concessionárias pelos danos na rede de energia, dentre outros. Além do já referido repasse do custo das fraudes aos adimplentes, aos que pagam corretamente pela energia elétrica que consomem.

2 RESOLUÇÕES 456/2000 E 414/2010, DA ANEEL, NO QUE CONCERNE ÀS IRREGULARIDADES NA MEDIÇÃO DE ENERGIA ELÉTRICA

As Resoluções 456/2000 e 414/2010 da Agência Nacional de Energia Elétrica (ANEEL), foram editadas para estabelecer as “Condições Gerais de Fornecimento de Energia Elétrica”. Todavia, cabe informar que a Resolução 456/2000 foi revogada e, em substituição a esta, foi editada a Resolução Normativa ANEEL 414, de 09-09-2010.

Em ambas as Resoluções há dispositivos legais pertinentes que tratam sobre a irregularidade na medição de energia elétrica, sendo que na Resolução Normativa ANEEL 414, de 09-09-2010, tem em seu Capítulo XI - Dos Procedimentos Irregulares - Seção I - Da Caracterização da Irregularidade e da Recuperação da Receita, o momento para tratar especificamente sobre o tema.

Rebello (2006, p. 498), conceitua as perdas técnicas e perdas não técnicas (perdas comerciais) de energia elétrica, assim:

Perda técnica: a energia dissipada de forma natural na rede de transmissão e distribuição, durante o caminho percorrido entre o ponto de recebimento da energia pela concessionária e o seu ponto de entrega à unidade consumidora.

Perdas comerciais: consistem na energia elétrica fornecida e não faturada pela distribuidora em decorrência do seu uso irregular, por meio de manipulação intencional da rede de distribuição ou do medidor de energia elétrica que atende à unidade consumidora. Além disso, também constituem perdas comerciais decorrentes de falhas na gestão comercial da Companhia, tais como falhas de leitura e de faturamento. As perdas comerciais são calculadas a partir da diferença entre as perdas globais e as perdas técnicas. (grifo nosso).

Neste sentido será realizada a análise dos dispositivos legais, os quais serão possíveis verificar que a nova Resolução Normativa ANEEL 414, de 09-09-2010 (vigente), é mais benéfica com o fraudador que comete atos ilícitos, seja referente à fraude ou ao furto de energia, em face da Resolução 456/00 da ANEEL (revogada). Nessa, havia previsão expressa – e em conformidade com a Lei de Concessões – no sentido de executar a suspensão no fornecimento de energia em caso de inadimplência e/ou emergência, risco à segurança por questões técnicas, bem como a fim de proceder com a recuperação de consumo de energia elétrica, a qual impacta diretamente na receita das Concessionárias na parcela correspondente às perdas comerciais. Devido ao fato de não conseguir receber os valores correspondentes à energia

furtada, a consequência é que ocasionará o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão em dois pontos. Um deles é que estes valores não serão repassados posteriormente ao Poder Concedente. O outro, é que haverá grande prejuízo a toda coletividade no momento da revisão tarifária e no momento da prestação de serviço público de energia elétrica, pois implicará em menos investimentos no sistema elétrico e ocasionando menor qualidade na prestação de serviço público de energia elétrica.

2.1 Resolução 414/ 2010 da Aneel e o Procedimento Irregular

Cabe ressaltar que a Resolução Normativa ANEEL 414, de 09-09-2010, da Agência Nacional de Energia Elétrica está vigente. E trouxe mudanças significativas no que tange o procedimento irregular do consumidor. Dentre elas, é possível citar algumas modificações: o aumento do prazo para interposição de recurso administrativo pelo consumidor referente à fraude e furto de energia elétrica. Essa dilação de prazo beneficiou o fraudador e prejudicou a Concessionária também por ter mantido, inicialmente, o prazo de dez úteis para proceder com a resposta e enviá-la ao consumidor – posteriormente, o prazo foi alterado o prazo para quinze dias corridos. Nesse prazo, há a obrigatoriedade de envio do equipamento de medição irregular para ser realizada a análise metrológica antes da realização do cálculo em que apura os valores a recuperar em face do ato ilícito. Ou seja, nos casos de fraude e a impossibilidade de interrupção do fornecimento de energia elétrica em decorrência da irregularidade na medição constatada.

No momento da inspeção, no caso de ser constatada a irregularidade na medição de energia, é emitido o Termo de Ocorrência e Inspeção (TOI). O formulário é empregado no momento da fiscalização para relatar e motivar a irregularidade constatada na unidade consumidora. Esse formulário faz parte do conjunto de evidências utilizadas para caracterizar o ato irregular detectado, segundo dispõe o artigo 129, § 1.º, inciso I, da Resolução Normativa ANEEL 414, de 09-09-2010, sendo esta realizada à revelia da distribuidora, de acordo com o descrito a seguir:

Art. 129. Na ocorrência de indício de procedimento irregular, a distribuidora deve adotar as providências necessárias para sua **fiel caracterização e apuração do consumo não faturado ou faturado a menor:**

§ 1.º A distribuidora deve compor conjunto de evidências para a caracterização de eventual irregularidade por meio dos seguintes procedimentos:

I – emitir o Termo de Ocorrência e Inspeção – TOI, em formulário próprio;
[...]; (grifo nosso).

Neste caso, houve a determinação na própria Resolução de como deveria ser o TOI, padronizado para todas as Concessionárias do Brasil. Na Resolução

ANEEL 456, de 2000, da Agência Nacional de Energia Elétrica, não havia essa previsão. Era facultado às Distribuidoras do país a confecção do formulário chamado de TOI, conforme exigências e necessidades locais. Porém, com a edição da nova Resolução, este documento se tornou padrão, conforme previsto no Anexo V da Resolução Normativa ANEEL 414, de 09-09-2010.

Além de emitir o Termo de Ocorrência e Inspeção (TOI), adotando o rito instituído no artigo 129, § 1.º, inciso V, alínea “b” da Resolução Normativa ANEEL 414, de 09-09-2010, é realizado o registro fotográfico e/ou por meio de vídeo, para evidenciar a fraude ou furto de energia nas unidades consumidoras. Assim dispõe a norma:

Art. 129. Na ocorrência de indício de procedimento irregular, a distribuidora deve adotar as providências necessárias para sua fiel caracterização e apuração do consumo não faturado ou faturado a menor:

§ 1.º A distribuidora deve compor conjunto de evidências para a caracterização de eventual irregularidade por meio dos seguintes procedimentos:

[...]

V – implementar, quando julgar necessário, os seguintes procedimentos:

[...]

b) recursos visuais, tais como fotografias e vídeos; (grifo nosso).

Cumprе ressaltar que o registro fotográfico e vídeo são de alta relevância para comprovação da irregularidade na medição, devido a demonstrarem fielmente que tipo de ato ilícito foi cometido, bem como se examina em detalhes a fraude (manipulação em mecanismos internos/externos do medidor) e o furto de energia elétrica por intermédio de ligação clandestina.

Importante destacar que o consumidor tem o prazo de quinze dias a contar do recebimento do TOI, para requerer o envio do medidor para avaliação metrológica, no caso de não tê-lo feito no momento da autuação que constatou a irregularidade na medição. Sob requerimento, o medidor deverá ser encaminhado para laboratório para análise metrológica. Lembrando que será preservado o direito do consumidor requerer a perícia técnica e acompanhá-la, devendo o consumidor arcar com os seus custos quando emitido pela segunda vez a comprovação de que medidor estava irregular, pois na primeira vez, restou comprovado a irregularidade na medição no momento da emissão do Termo de Ocorrência e Inspeção (laudo técnico). Nesse sentido, veja-se o disposto na Resolução Normativa ANEEL 414, de 09-09-2010:

Art. 129 [...]

§ 4.º O consumidor tem 15 (quinze) dias, a partir do recebimento do TOI, para informar à distribuidora a opção pela perícia técnica no medidor e demais equipamentos, quando for o caso, desde que não se tenha manifestado expressamente no ato de sua emissão.

§ 5.º Nos casos em que houver a necessidade de retirada do medidor ou demais equipamentos de medição, a distribuidora deve acondicioná-

-los em invólucro específico, a ser lacrado no ato da retirada, mediante entrega de comprovante desse procedimento ao consumidor ou àquele que acompanhar a inspeção, e encaminhá-los por meio de transporte adequado para realização da avaliação técnica.

§ 6.º A avaliação técnica dos equipamentos de medição pode ser realizada pela Rede de Laboratórios Acreditados ou pelo laboratório da distribuidora, desde que com pessoal tecnicamente habilitado e equipamentos calibrados conforme padrões do órgão metrológico, devendo o processo ter certificação na norma ABNT NBR ISO 9001, preservado o direito de o consumidor requerer a perícia técnica de que trata o inciso II do § 1.º.

[...]

§ 8.º O consumidor pode solicitar, antes da data previamente informada pela distribuidora, uma única vez, novo agendamento para realização da avaliação técnica do equipamento.

§ 9.º Caso o consumidor não compareça à data previamente informada, faculta-se à distribuidora seguir cronograma próprio para realização da avaliação técnica do equipamento, desde que observado o disposto no § 7.º.

§ 10. Comprovada a irregularidade nos equipamentos de medição, o consumidor será responsável pelos custos de frete e da perícia técnica, caso tenha optado por ela, devendo a distribuidora informá-lo previamente destes custos, vedada a cobrança de demais custos.

§ 11. Os custos de frete de que trata o § 10 devem ser limitados ao disposto no § 10 do art. 137. (grifo nosso).

Depois de constatada a irregularidade e gerado o expediente interno, no qual estão agrupados todos os documentos inerentes à autuação, elabora-se memória de cálculo dos valores a serem recuperados, sendo considerado para fins de cálculo, o período da irregularidade e o período de recuperação, assim verificando o consumo deixado de faturar durante o período considerado irregular. É o que dispõem o artigo 129, § 1.º, inciso IV, (avaliação do histórico de consumo e grandezas) e artigo 130, incisos I, II, III, IV e V da Resolução Normativa ANEEL 414, de 09-09-2010.

Após a realização do cálculo contendo o valor a ser recuperado, é enviado à correspondência ao consumidor contendo toda a memória de cálculo e informando o prazo de trinta dias para interpor o recurso administrativo. Recebido o recurso administrativo, a Concessionária terá o prazo de quinze dias para enviar a resposta informando no que tange ao indeferimento, deferimento parcial e/ou deferimento. No caso de indeferimento e deferimento parcial, em o usuário não concordando com a resposta, poderá ingressar com recurso em outras instâncias recursais na Concessionária, Procon e até mesmo viabilizando ação perante o Poder Judiciário.

Caso ocorra o inadimplemento por parte do consumidor, após a resposta do recurso administrativo, poderá a Concessionária se valer do artigo 6.º, § 3.º, inciso II, da Lei 8.987, de 13-02-1995 – Lei de Concessões – para proceder com a suspensão no fornecimento de energia, pois a Resolução Normativa ANEEL 414, de 09-09-2010, foi omissa em não prever essa hipótese. Fato que beneficia o fraudador, por não ter essa previsão expressa na referida Resolução, o que ocasiona o aumento na perda comercial das distribuidoras

de energia elétrica do País, devido ao inadimplemento por parte do consumidor, referente à fraude e ao furto de energia elétrica. Novamente se recorre ao texto da Resolução Normativa ANEEL 414, de 09-09-2010, que assim dispõe:

Art. 6.º Toda concessão ou permissão pressupõe a prestação de serviço adequado ao pleno atendimento dos usuários, conforme estabelecido nesta Lei, nas normas pertinentes e no respectivo contrato.

[...]

§ 3.º Não se caracteriza como descontinuidade do serviço a sua interrupção em situação de emergência ou após prévio aviso, quando:
I - motivada por razões de ordem técnica ou de segurança das instalações; e,

II - por inadimplemento do usuário, considerado o interesse da coletividade. (grifo nosso).

Desta forma, caso não haja o adimplemento do valor apurado a título de irregularidade na medição, ocasionará impacto direto na recuperação de receitas da Companhia. E por não haver o repasse da parcela correspondente aos valores que integram a perda comercial (não técnica) em decorrência da fraude e furto de energia elétrica para o Poder Concedente, poderá originar a quebra do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. O que é extremamente prejudicial ao Ente Federativo, à Concessionária e também à coletividade.

Verifica-se claramente o quanto essa omissão na Resolução Normativa ANEEL 414, de 09-09-2010, tornou-se benéfica ao fraudador, pois deixou de prever a sanção em face do não pagamento do montante apurado referente à fraude e ao furto de energia.

Nesta senda, merece destaque a elucidação de Ana Claudia Rebello (2006, p. 502):

A cadeia de obrigações do Setor Elétrico é centralizada na distribuição, uma vez que os custos da compra de energia e de seu transporte são faturados pelas geradoras e pelas transmissoras à distribuidora e esta repassa tais valores na tarifa final ao consumidor. Da mesma forma, todos os encargos e tributos incidentes são cobrados na tarifa da distribuidora. Cabe ressaltar que a distribuidora está obrigada ao pagamento integral e imediato dos referidos custos, encargos e tributos em função de penalidades e garantias contratualmente previstas, entretanto não detém instrumentos para obrigar o pagamento integral ou pontual das contas pelos clientes.

Os comportamentos que originam a fraude e no furto de energia elétrica formam ações ilícitas em que os transgressores objetivam a vantagem e incorrer o concessionário em erro, pois o medidor não obtém o registro do consumo usado pelo usuário.

O fraudador poderá ser responsabilizado civil e penalmente, pela conduta delituosa.

No que tange à fraude de energia elétrica, é possível verificar que é conduta que objetiva à diminuição do consumo de energia elétrica e/ou no registro de demanda. O infrator modifica o funcionamento do medidor, cometendo a manipulação. Assim, não se registra o correto consumo de energia usufruído pelo usuário, com a finalidade de receber vantagem manifestamente ilícita para si.

Cumprido ressaltar que os montantes desviados de energia elétrica pelos fraudadores impactam nas perdas comerciais o que ocasionam de forma direta o aumento da tarifa. Os casos de furto e fraude fazem parte da parcela da perda comercial.

Na área de alcance da fraude, frequentemente vinculada às ligações clandestinas/irregulares e adulterações nos mecanismos internos/externos dos medidores instalados nas unidades consumidoras, para se obter o combate ou diminuição, há necessidade de aperfeiçoamento de técnicas, aparelhamentos e até mesmo inteligência artificial para tornar mínima a probabilidade dos usuários manipularem os equipamentos de medição.

O furto de energia elétrica objetiva vantagem – ilícita – ao usuário. Neste caso, há uma particularidade que diferencia o furto da fraude. O furto, como ação ilícita, impede que a energia elétrica consumida chegue ao medidor. Nesse sentido, a atitude do infrator impede que o consumo seja registrado pelo medidor. Significa dizer que se concretiza a subtração da energia em benefício próprio ou de outrem.

Considerando que há furto, é possível imaginar o grande impacto na qualidade do serviço público prestado.

As atuações dos infratores interrompem o provimento de energia elétrica, quando não intervêm sobremaneira no fornecimento de energia correto. Fator importante a ser considerado é que devido ao furto de energia ser feito de forma precária, pode ocasionar grave acidente com terceiros, na própria unidade consumidora em que transgressor reside com seus familiares. A coletividade também fica sujeita à possibilidade de acidente com fios energizados, desviados irregularmente. A atitude do infrator, para conseguir furtar a energia, pode também danificar a rede de distribuição da Concessionária.

Muito embora não haja dúvidas quanto à caracterização da fraude e do furto de energia elétrica, pode-se constatar que Resolução Normativa ANEEL 414, de 09-09-2010, foi benéfica ao fraudador devido às omissões legislativas e com a nova composição do Setor Elétrico Brasileiro. E tem sido admitido que determinadas atividades relacionadas à energia elétrica sejam exploradas sob a forma de “*atividade econômica*”. Nesse sentido, é imperioso analisar o risco do desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão no que concerne a fraude e o furto de energia elétrica, conforme será elucidado adiante.

2.2 Risco do Desequilíbrio Econômico-Financeiro do Contrato de Concessão no que Concerne à Fraude e ao Furto de Energia Elétrica

Nesse tópico será possível analisar os aspectos que levam ao risco do desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão em face da não cobrança da recuperação de consumo de furto e fraude de energia elétrica do procedimento irregular descrito na Resolução Normativa ANEEL 414, de 09-09-2010, a qual tornou mais benéfica ao fraudador no que concerne a impossibilidade de suspensão do fornecimento de energia onerando a sociedade, a Concessionária e colocando em risco o contrato concessão firmado com Poder Concedente sob o aspecto do desequilíbrio econômico-financeiro.

Ganin (2003, p. 90-91) explica que a estrutura de revisão tarifária de energia elétrica para fins de conservação do equilíbrio-econômico financeiro está previsto no § 2.º, art. 9.º da Lei 8.987, de 13-02-1995. Dispositivo legal, em que há segurança no sentido de proceder com a revisão para o caso de aumento de carga tributária que, elucidado pelo órgão regulador nos contratos de concessão de serviço público de energia elétrica, nos seguintes termos:

Art. 9.º A tarifa do serviço público concedido será fixada pelo preço da proposta vencedora da licitação e preservada pelas regras de revisão previstas nesta Lei, no edital e no contrato.

[...]

§ 3.º Ressalvados os impostos sobre a renda, a criação alteração ou extinção de quaisquer tributos ou encargos legais, após a apresentação da proposta, quando comprovado seu impacto, **implicará a revisão da tarifa**, para mais ou para menos, conforme o caso. (grifo nosso).

O conceito essencial de equilíbrio econômico-financeiro (EEF), especialmente no Direito Administrativo brasileiro, está presente em todos os contratos de concessão das distribuidoras de energia elétrica. Inclusive nos contratos iniciais de compra e venda de energia elétrica. No caso exclusivo das distribuidoras de energia elétrica, versa o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, que por sua vez, profere as estruturas de reajuste anual e revisão tarifária periódica para, em conjunto com a revisão tarifária extraordinária, serem satisfatórias para conservação do equilíbrio econômico-financeiro.

Devido a estes fatos, há a necessidade de o órgão regulador em equivaler e estabelecer sempre condições tarifárias apropriadas de forma a ajustar ou de resguardar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão. Neste caso, o equilíbrio está vinculado à condição tarifária que necessita proporcionar à concessionária o alcance de receita para garantir custos eficientes e pagamento apropriado de investimentos criteriosos e indispensáveis. A correção é imprescindível porque há excesso ou falta de receita para o equilíbrio e a preservação do contrato de concessão.

Nesse sentido, Ana Cláudia Rebello explana sobre as perdas de energia que ocasionam do impacto financeiro para as distribuidoras. A autora elucida ainda que é muito danosa à qualidade dos serviços prestados, põe em risco a segurança da população e traz risco de sobrecarga e queima de equipamentos, dentre outros efeitos danosos. Veja-se:

O modelo de tarifação vigente no Brasil permite às **distribuidoras de energia elétrica o repasse das perdas de energia na tarifa**, desde que **limitadas ao percentual definido pela ANEEL como perda regulatória**. Com repasse das perdas regulatórias, o cliente paga uma tarifa mais elevada para compensar o que a Concessionária deixa de receber em razão do consumo irregular. Tal mecanismo visa assegurar à distribuidora a remuneração adequada em seu contrato acordada em seu contrato de concessão, garantindo-lhe os recursos necessários para prestação de serviço de qualidade aos seus usuários. **O repasse da tarifa é medida fundamental para que se garanta a proteção do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão**. Por se tratar de um setor que exige investimentos intensivos com longo prazo de maturação, esse equilíbrio é importante para assegurar a atratividade de recursos privados. Desta forma, os **clientes regulares são afetados diretamente pela incidência de furto de energia, à medida que o valor de sua tarifa de energia elétrica leva em consideração aquele montante**. Nos casos em que há **maior dificuldade no combate as perdas de energia, a distribuidora enfrenta dois riscos: a) de não ter os custos integralmente repassados para a tarifa, b) ainda que repasse, ter sua receita afetada pelo alto índice de inadimplência** (REBELLO, 2006, p. 501). (grifo nosso).

A tarifa de energia elétrica sobreposta aos consumidores finais regulados importa a composição de todos os custos incididos no decorrer da cadeia produtiva de energia elétrica: geração, transmissão, distribuição e comercialização. A sua remuneração necessita ser satisfatória para conservar o princípio da modicidade tarifária e garantir equilíbrio econômico-financeiro das companhias, para que possam conseguir recursos regulares para assegurar suas perdas de operação e manutenção, para que haja pagamento de forma equitativa ao capital designado. Também, a fim de sustentar a assiduidade dos serviços prestados com condições adequadas de qualidade e segurança.

Segundo leciona Antônio Ganin, as tarifas de energia elétrica serão cobradas da seguinte forma:

As tarifas cobradas dos consumidores finais estruturam-se por nível de tensão (alta, média e baixa), classe de consumo (residencial, industrial, comercial, rural, serviços públicos, poderes públicos e iluminação pública), sendo que os consumidores ligados em alta tensão têm a possibilidade de escolher as tarifas diferenciadas por horário (ponta e fora de ponta) e por época do ano (período úmido e período seco). Para os consumidores de classe residencial, ligados em baixa tensão, dependendo de seu nível de consumo foram criadas faixas, onde

são aplicadas as tarifas sociais. Por necessário **preservar o preceito legal de equilíbrio econômico-financeiro**, os contratos de concessão das distribuidoras especificam três mecanismos de atualização tarifária: a) reajuste anual; b) revisão periódica; c) revisão extraordinária. Os reajustes pretendem oferecer às concessionárias a perspectiva de que, no período entre revisões, o equilíbrio econômico-financeiro de sua concessão não sofrerá a corrosão do processo inflacionário, sendo-lhe permitida a apropriação de parte dos ganhos de eficiência econômica que vier a alcançar no período. **As revisões são feitas ordinariamente a cada cinco anos (revisões periódicas) e tem por objetivo de restabelecer o equilíbrio econômico-financeiro da concessão.** Já as **revisões extraordinárias podem ser solicitadas nos períodos de reajuste, sempre que algum evento provoque significativo desequilíbrio econômico-financeiro da concessão.** Nos contratos assinados da ANEEL com as distribuidoras de energia elétrica está previsto o uso de um fator de correção (fator X) do reajuste tarifário, cujo principal objetivo é induzir a concessionária a explorar as oportunidades de melhoria da eficiência econômica de sua concessão. Esse fator atua também como instrumento de repartição dos ganhos de eficiência da concessionária com seus consumidores (GANIN, 2003, p. 92-93) (grifo nosso).

Cumprе salientar que, no momento em que é firmado o contrato de concessão, o concessionário entende e reconhece que as tarifas e os preceitos de reajuste e revisão – que agregam o contrato de concessão de serviço público de energia elétrica – serão para a obtenção de recursos satisfatórios para apropriada prestação dos serviços em que lhe foram conferidos. E para a conservação do equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

Vale ressaltar que as perdas de energia elétrica causam prejuízos bilionários para todos, conforme “Relatório de Perdas de Energia Elétrica na Distribuição da ANEEL” em sua edição 01/2020. O informe é que o furto de eletricidade resulta em perda não técnica (perda comercial) reais ao país o vultoso valor que se aproxima de R\$7,4 bilhões. Estas perdas não técnicas regulatórias são calculadas de acordo com a metodologia da ANEEL, a qual considera um custo de aproximadamente R\$5,3 milhões ao ano. O que representa aos consumidores cerca de 3% do valor da tarifa de energia elétrica.

Nesse sentido, importante esclarecer que as irregularidades na medição (fraude e furto de energia elétrica) comprometem o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, na medida em que não geram o pagamento do consumo usufruído para as concessionárias, sendo que podem estar no mercado regular. Ou seja, fraudes (manipulação do medidor), falhas de equipamentos (medidor avariado, bobina queimada, dentre outras), falhas de processo (constante errada, erro de ligação, etc.), iluminação pública (falha de desempenho e cadastro). E podem também estar no mercado irregular, que são as ligações clandestinas (furto de energia).

De acordo com Fábio Amorim Rocha (2011, p. 211), é regra comum ao Direito, tanto Público quanto Privado, de que para a assiduidade da execução das obrigações avençadas – ou seja, acordadas – é imprescindível não só a

prestação por uma das partes, como a prestação da outra, sob pena de rescisão do contrato de concessão.

Portanto, é possível constatar e certificar que não há motivo para que se condene a Concessionária a prosseguir de forma a executar as suas obrigações acordadas nos contratos de provimento de energia que possui com seus consumidores, se estes não cumprem com os seus deveres. Dentre os deveres, está realizar o adimplemento devido em decorrência dos atos ilícitos que empreenderam no momento em que fizeram as irregularidades no consumo e por efeito se enriqueceram sem causa, prejudicando de forma ardilosa o Poder Concedente, as Concessionárias prestadoras de serviço público de energia elétrica e toda a coletividade, causando o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão.

Diante dessa situação, certifica-se o quanto a Resolução Normativa ANEEL 414, de 09-09-2010, foi prejudicial ao equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, na medida em que, não tem a previsão expressa para suspender o fornecimento de energia elétrica em face das irregularidades na medição que os infratores cometem.

É de suma importância que o usuário proceda com o pagamento do consumo usufruído e cumpra com os seus deveres, pois nos casos de inadimplência, a medida mais adequada – bem como a mais necessária – será o cerceamento do fornecimento de energia elétrica. O usuário, além de ter cometido ato ilícito e passível de punição penal de acordo com Código Penal em seus artigos 155, § 3.º e § 4.º, e 171, não concretizou o pagamento dos valores devidos em decorrência do furto e da fraude de energia elétrica.

Depois destas reflexões sobre o tema, é imprescindível fazer análise a fim de evidenciar a importância da aplicabilidade do Princípio da Legalidade e do Princípio da Segurança Jurídica no que concerne à fraude e ao furto de energia elétrica.

3 A APLICABILIDADE DOS PRINCÍPIOS DA LEGALIDADE E DA SEGURANÇA JURÍDICA NO QUE CONCERNE À FRAUDE E AO FURTO DE ENERGIA

A relevância da matéria se encontra clara quando trata da questão de ser um bem essencial à dignidade da pessoa humana e por se verificar que onera a sociedade, a Concessionária e poderá violar a segurança jurídica do contrato de concessão com o Poder Concedente, pois essas parcelas, em decorrência do furto e da fraude de energia, impactam diretamente no risco do desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, podendo ocasionar grave e iminente lesão ao erário, bem como no momento da revisão tarifária à coletividade, pois estes valores serão rateados para com os demais consumidores. O que significa dizer que há uma tentativa de suavizar a tarifa de energia elétrica.

A fraude e o furto de energia elétrica têm sido objeto de apreensão das Concessionárias Distribuidoras de Energia Elétrica e do Poder Concedente.

Apreensão que aumenta na medida em que crescem os atos criminosos. Atos que lesam as companhias, o Poder Concedente e a sociedade. As preocupações se redobram, principalmente, em momentos de crise, como tem acontecido no período da pandemia de Covid-19, quando o desemprego sofre alta e, até mesmo em busca de formas de sobrevivência, aumentam o número de os atos ilícitos.

Nesse sentido, surge uma inquietação no que tange o risco do desequilíbrio econômico-financeiro do contrato concessão em face da não aplicabilidade de princípios basilares do Direito, sendo estes o princípio da legalidade e o princípio da segurança jurídica, a fim de evitar grave lesão à ordem social, à segurança e à economia pública e privada.

3.1 Aplicabilidade do Princípio da Legalidade

O “Princípio da Legalidade” é o alicerce mais importante do Direito Administrativo brasileiro. Seu fundamento teórico tem a ver com a relação com Estado de Direito.

Algumas palavras sobre o Estado Democrático de Direito. Está pautado no artigo 1.º, parágrafo único, da Constituição Federal, ao dispor que “Todo poder emana do povo, que o exerce por meio de representantes legais eleitos ou diretamente, nos termos da Constituição”. É povo quem titulariza o poder estatal. E quem, de fato, representa a vontade popular é o Parlamento. O povo se manifesta no Estado Democrático de Direito pela aprovação de leis debatidas e discutidas na Câmara, no Parlamento, no âmbito do Poder Legislativo.

Voltando ao centro da discussão acerca do Princípios, como fonte do Direito, lembra-se que a aplicabilidade dos Princípios da Legalidade e da Segurança Jurídica evita o risco do desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão no que concerne à fraude e ao furto de energia elétrica face às alterações da nova Resolução Normativa ANEEL 414, de 09-09-2010, referente ao procedimento irregular. Alterações que, como dito, tem a face de proteção aos fraudadores quanto ao abastecimento de energia elétrica.

Importante explicar que, devido à impossibilidade de suspensão no fornecimento de energia elétrica mesmo ao constatado fraudador, poderá ocorrer a falta de recuperação de consumo efetivamente utilizado e não pago, pois não há uma efetiva punibilidade no caso de não realizar o pagamento dos valores devidos. É que a Resolução Normativa ANEEL 414, de 09-09-2010, em relação ao procedimento irregular, foi omissa. Fato que não ocorria na anterior Resolução 456/2000 da ANEEL, que continha dispositivo legal expresso permitindo a suspensão no fornecimento de energia, nos casos de irregularidade na medição.

Deixando uma lacuna neste importante procedimento que serve como meio de buscar o efetivo pagamento do consumo usufruído e não pago, a norma que regula o setor permite, em outros termos, a ocorrência de prejuízos financeiros para a Concessionária de energia elétrica, e colabora para que

não haja o repasse ao Ente Federado. E, obviamente, em período posterior os valores não ressarcidos serão rateados para a sociedade no momento da revisão tarifária. Em via indireta, coloca em risco a segurança jurídica do contrato de concessão de serviço público de energia elétrica.

Segundo o magistério de Alexandre Mazza (2011, p. 90), “A administração Pública só pode praticar as condutas autorizadas em lei”, ou seja, exigir que Administração Pública cumpra a lei, quer dizer a mesma coisa que afirmar que a Administração Pública só pode fazer o que o povo autoriza. E povo autoriza por meio do parlamento e da criação de normas legais. Comprova-se que o princípio da legalidade tem ligação direta com Estado Democrático de Direito. Tema que é de suma importância no contexto social.

De acordo com Celso Antônio Bandeira de Mello (2010, p. 99-100):

[...] legalidade é específico do Estado de Direito, é justamente aquele que o qualifica e que lhe dá a identidade própria. Por isso mesmo é o princípio basilar do regime jurídico-administrativo, já que o Direito Administrativo nasce com o Estado de Direito: é uma consequência dele. É fruto da submissão do Estado à lei.

Nesse sentido, em um primeiro momento, surge a ideia referente ao Princípio da Legalidade no Direito Administrativo. Princípio que conduz a submissão da Administração Pública aos dispositivos legais. A Administração Pública somente pode fazer o que estiver determinado em lei, o que a lei autoriza. Na Constituição Federal de 1988, o Princípio da Legalidade possui um triplice fundamento. Três dispositivos diferentes, tratam de aspectos referentes a este princípio da legalidade.

Dentre as normas constitucionais quanto ao Princípio da Legalidade, o mais importante é o artigo 37, *caput* da Constituição Federal de 1988, que enuncia os Princípios aplicáveis à Administração Pública. Ali se encontra exposto que a administração direta e indireta de cada um dos poderes da União, Estados, Municípios e Distrito Federal obedecerão a cinco princípios: legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência.

É possível verificar que além do artigo 37, *caput* da Carta Magna, há uma alusão ao princípio da legalidade no artigo 5.º, inciso II, que dispõe que “Ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Nestes termos, pode-se afirmar que somente a lei pode criar deveres e proibições ao particular, sendo a lei, a maior manifestação de vontade dos cidadãos.

Importante ressaltar que a legislação infraconstitucional também trata do “princípio da legalidade” no artigo 2.º, parágrafo único da Lei 9.784, de 29-01-1999, a Lei do Processo Administrativo, prontamente no inciso I do parágrafo único – do já mencionado art. 2.º - trata do Princípio da Legalidade, condicionando o processo administrativo ao cumprimento conforme “a lei e o direito”.

Essa alusão ao Direito significa uma espécie de uma ampliação, ou seja, um acréscimo no conteúdo clássico do Princípio da Legalidade. Respeitar a

legalidade não é apenas cumprir a lei própria do segmento – como no caso do processo administrativo – mas, também as demais leis ordinárias e complementares. E respeitar, especialmente, os dispositivos constitucionais, atender aos Tratados e Convenções Internacionais, Medidas Provisórias e atos normativos da própria Administração. Além disso, cumprir outras espécies de atos normativos.

Vislumbra-se que o Princípio da Legalidade Penal encontra amparo no inciso XXXIX do artigo 5.º da Constituição Federal de 1988, que traz as letras de que “não haverá crime sem lei anterior que o defina, nem pena sem prévia cominação legal”.

Nesse contexto, versa sobre o limite para a atuação do Estado, pois sob o prisma penal, somente poderá tipificar situações que definem os crimes. Situações que podem instituir sanções ou penalidades, mas somente por meio de lei anteriores à ocorrência do fato. Acontecendo o ato lesivo, não haverá possibilidade de se imputar a qualquer pessoa a prática de um crime ou lhe aplicar uma sanção penal pela conduta praticada sem que haja lei anterior que a defina como ilícito.

Segundo os ensinamentos de Fernando Capez (2018, p. 107), “somente a lei, na sua concepção formal e estrita, emanada e aprovada pelo Poder Legislativo, por meio de procedimento adequado, pode criar tipos e impor penas”. Logo, exclusivamente a lei, em sua aceção mais exata, poderá determinar crimes e impor penalidades.

Nesta senda e trazendo a lume o tema central deste texto jurídico, o Princípio da Legalidade Penal visa proteção da coletividade, do cidadão, das Concessionárias contra condutas ilícitas cometidas por fraudadores por meio de conduta antiética. Há previsão legal expressa quanto a atos praticados no que concerne a crime de fraude e furto de energia elétrica, sendo possível que os fraudadores respondam penalmente pelos delitos praticados, os quais estão definidos no Código Penal brasileiro no artigo 171 e artigo 155, parágrafos 3.º e 4.º.

Surgiu a necessidade de regulação para os contratos firmados entre o Estado e as Concessionárias prestadoras de serviços públicos em face do Poder Público Concedente. Para tal, foi criada a Lei de Concessões, que dispõe sobre a prestação de serviços públicos nos regimes de concessão e permissão. Esta Lei 8.987, de 13-02-1995, visa regular esses contratos para uma adequada prestação de serviço público e o equilíbrio econômico-financeiro do mesmo. Trata-se, pois, de um regulamento do art. 175 da Constituição Federal de 1988, que prevê o fato como uma norma programática.

Diante do anteriormente exposto, necessário se faz elucidar os tipos de ilicitudes na medição no mercado regular e no mercado irregular. O Mercado de Energia Irregular são as ligações clandestinas (furto de energia elétrica) e no Mercado de Energia Regular são consideradas as fraudes no equipamento de medição, falhas de equipamentos (bobina queimada, medidor avariado, dentre outras), falhas de procedimento (erro de ligação, constante errada, dentre outras), iluminação pública (cadastro, falha de funcionamento).

No art. 171 do Código Penal brasileiro prevê expressamente em seu caput que todo aquele que obtiver “para si ou para outrem, vantagem ilícita, em prejuízo alheio, induzindo ou mantendo alguém em erro, mediante artifício, ardil, ou qualquer outro meio fraudulento” enquadra-se como “estelionatário”. Dessa forma, há uma norma incriminadora. Já seria suficiente para os casos de “fraude de energia elétrica”, pois o fraudador se enquadra perante a norma penal como estelionatário. Sendo assim, é passível de sofrer a devida penalidade pelo ato cometido.

Muito mais do que o enquadramento penal no art. 171 do Código Penal, em relação ao “furto de energia elétrica”, é possível verificar a previsão legal no Código Penal brasileiro, de forma específica. Está no artigo 155, parágrafo 3.º, do Código Penal. O que confirma que a energia elétrica tem valor econômico. E a enquadra como coisa móvel, passiva, portanto, de ser elemento concreto do crime de furto (res furtiva).

Logo, o artigo 155, parágrafos 3.º e 4.º do Código Penal brasileiro conferem aos sujeitos dos delitos de furto de energia elétrica a pena de reclusão na forma de crime qualificado.

De acordo com Fábio Amorim Rocha (2011, p. 47-48), a tipificação penal de furto simples, furto qualificado pela violência e o furto qualificado pela fraude, é a seguir transcrita:

Cabe a análise das irregularidades no consumo de energia sob a ótica penal, o Código Penal, em seu artigo define como sendo “Subtrair, para si ou para outrem, coisa alheia móvel” e em seu § 3.º que equipara-se à coisa móvel a energia elétrica ou qualquer outra que tenha valor econômico”. O ilustre doutrinador Nelson Hungria, já na metade do século passado, em sua obra “Comentários ao Código Penal”, se posicionou sobre a questão. Para o professor, não há discussão se a energia elétrica é coisa móvel, corpórea ou material, e portanto suscetível de ser furtada, uma vez que considerava esta questão superada com a própria leitura do Código Penal. O que interessa é enumerar as diversas hipóteses de subtração de energia com a respectiva correlação ao Código Penal. [...] demonstrar algumas irregularidades de acordo com a sua tipificação penal.

a) Furto Simples: no art. 155 [...] resta evidenciado, portanto, o crime de “furto simples”, que tem pena de um a quatro anos e a aplicação de multa. Esse crime ocorre quando há uma ligação direta na rede elétrica da Concessionária distribuidora, sem que haja medição pelo aparelho instalado na unidade consumidora. Nelson Hungria, na obra citada, define como: “captação da energia antes da passagem desta pelo aparelho medidor (aplicação abusiva de fios derivativos sobre o fio condutor instalado pela empresa de eletricidade” ou “acréscimo de lâmpadas ou da potência destas, no caso do fornecimento à ‘fortair’, para obtenção de energia em quantidade superior a que o agente tem direito”. Este artifício, no entanto, é de fácil detecção, podendo ser visualizado sem grandes dificuldades;

b) Furto Qualificado pela violência: a cominação do art. 155 do Código Penal supramencionado como § 4.º, inciso I do mesmo Código tipifica o furto qualificado pela violência, cuja pena varia de dois a oito anos, mais multa. A qualificação do crime anteriormente exposto se dá

com a elaboração mais detalhada da irregularidade, de forma que apenas técnicos e peritos criminais possam detectar o ilícito após a realização de exames detalhados. Para Nelson Hungria, é o “desarranjo do aparelho medidor, com rompimento do respectivo selo de chumbo ou de quaisquer de suas peças, para que não seja registrado, total ou parcialmente”;

c) Furto Qualificado pela Fraude: o art. 155, § 4.º, combinado com o inciso II, tipifica o crime de furto qualificado pela fraude. Segundo Nelson Hungria é a “aplicação de qualquer dispositivo para que o relógio medidor não funcione, apesar da passagem de energia ou funcione irregularmente, em prejuízo da empresa” (grifo nosso).

De acordo o magistério de Pedro Lenza (2011, p. 1.160-1.161), o Princípio da Legalidade nasceu com o Estado de Direito, combatendo a toda e qualquer forma de domínio autoritário, antidemocrático. Veio cravado no o art. 5º, inciso II, da CF/88, assim: “ninguém será obrigado a fazer ou deixar de fazer alguma coisa senão em virtude de lei”. Nesse sentido, o mesmo Lenza elucida como deve ser lido esse dispositivo legal que se refere ao particular (usuário) e para a Administração (Poder Concedente):

O **particular** pode fazer tudo o que a **lei não proíbe**, vigorando o **princípio da autonomia da vontade**, lembrando a possibilidade de ponderação desse valor com o da **dignidade da pessoa humana** e, assim, a aplicação horizontal dos direitos fundamentais nas relações entre particulares. Por sua vez, a **Administração só poderá fazer o que lei a permitir**. Deve andar nos “trilhos da lei”, corroborando a máxima do direito inglês: *rule of law, not men*. Trata-se do princípio da legalidade estrita, que, por seu turno, não é absoluto [...]. A administração deve atuar segundo a lei e nunca contra ou além da lei. Por esse motivo, os atos ilegais poderão ser invalidados de ofício, em verdadeiro exercício de autotutela administrativa, ou pelo Judiciário. Confinar a atuação governamental aos parâmetros da lei, editada pelos representantes do povo, é trazer segurança e estabilidade, evitando-se, ainda, qualquer tipo de favoritismo por parte do Administrador (LENZA, 2011, p. 1.160-1.161, grifo nosso).

Inegável é a importância dos contratos de concessão e da aplicabilidade do Princípio da Legalidade, pois estes são instrumentos para auxiliar o Estado Regulador na concretização de seus objetivos e de suas finalidades na ordem econômica e financeira, como meio de promover a universalização e a eficácia na prestação de serviços públicos de energia elétrica. Isto, tendo em vista o bem-estar da coletividade, serviços de qualidade, a manutenção da segurança de todos os usuários e terceiros, bem como conservar o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de Concessão firmado com Poder Concedente. Para que haja o equilíbrio, é interessante que se possa vir a ocasionar, inclusive, a rescisão do contrato face ao descumprimento em decorrência da falta de pagamento da Concessionária por não estar recebendo os valores que integram a perda comercial, devido ao inadimplemento do infrator pela constatação da fraude e furto de energia elétrica.

Por seu lado, o furto de energia elétrica e a fraude nos procedimentos da medição do consumo real é comportamento antissocial altamente reprovável. Até mesmo porque gera grave lesão à sociedade, exigindo que os usuários adimplentes paguem pelo consumo dos inadimplentes, afrontando o elevado princípio da solidariedade.

Pelo bem da comunidade – para que esta não venha a arcar com os custos da energia furtada ou fraudulentamente não medida – é justo, ademais, a suspensão do fornecimento na ocorrência da falta de pagamento da dívida apurada.

3.2 Princípio da Segurança Jurídica

Em relação ao “Princípio da Segurança”, é possível explicar que se trata do que é conhecido como boa-fé e/ou de proteção à confiança. Este princípio é uma base universal, uma fonte do Direito, sendo aplicável a todas as áreas o Direito. Visa garantir a constância social, bem como prever as atuações estatais.

Nesse contexto, segundo leciona Alexandre Mazza (2011, p. 108-109), a intenção da ordem jurídica é propiciar segurança e o equilíbrio harmônico para o convívio social, evitando sobressaltos e surpresas nas ações governamentais.

A abrangência da segurança jurídica como princípio confere o equilíbrio das relações, o que significa o vínculo com o Direito, nas ações estatais e nas relações entre os usuários. Ou seja, nas atuações entre Poder Concedente e os consumidores. Tudo isso, em observação do Princípio da Segurança Jurídica para manter o equilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão de serviço público de energia elétrica.

Segundo leciona Mello (2009, p. 123-124), o Princípio da Segurança Jurídica é da “essência do próprio Direito, notadamente de um Estado Democrático de Direito, de tal sorte que faz parte do sistema constitucional como um todo”. E continua o autor ensinando que os “princípios gerais do Direito são vetores normativos subjacentes ao sistema jurídico-positivo, não, porém como um dado externo, como inerência da construção em que se corporifica o ordenamento”.

O Princípio da Segurança Jurídica é de vital importância para constituir certo equilíbrio e harmonia às relações entre a Concessionária de energia elétrica frente ao Poder Concedente; e entre Concessionária e usuários. Ainda que na configuração hoje idealizada – mesmo de forma subentendida. Em outros termos, elencada de forma implícita no rol dos direitos e garantias individuais.

Em não sendo observado o Princípio da Segurança Jurídica para que se assegure a cobrança do consumo usufruído e não pago, e a suspensão do fornecimento de energia elétrica pelo débito em decorrência do furto e da fraude de energia elétrica causado pelo fraudador, ocorrerá o desequilíbrio

econômico-financeiro do contrato de concessão prejudicando ao Poder Concedente, a sociedade e a Concessionária. Tudo isso, como algumas vezes já destacado, por que a Resolução Normativa ANEEL 414, de 09-09-2010, não prevê a suspensão do fornecimento de energia elétrica em face do procedimento irregular. O que dá margem ao consumidor não realizar o pagamento dos valores apurados do ato ilícito cometido. Fato que pode facilitar o fraudador a se tornar reincidente no delito pela falta de norma regulamentadora como medida repressiva a fim de evitar dano ao erário e a concessionária, bem como para a coletividade.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No presente trabalho, abordaram-se as alterações introduzidas na Resolução Normativa ANEEL 414, de 09-09-2010, em especial as que se referiram ao procedimento irregular, objetivando demonstrar as disposições legislativas que tornaram mais benéficas ao fraudador pela falta de previsibilidade em relação à sanção pelo ato ilícito cometido. Também houve estudo quanto à aplicabilidade dos Princípios da Legalidade e da Segurança Jurídica, os quais são meios eficazes de combater o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão proveniente de irregularidade na medição de energia.

Constatou-se que os atos ilícitos praticados por fraudadores, com o fito ilegal de se locupletarem indevidamente, em decorrência da fraude e do furto de energia, apresentam relevância no ordenamento jurídico. E estão ligados diretamente ao Poder Concedente e às Concessionárias, para uma finalidade específica que é se beneficiar utilizando efetivamente o consumo de energia elétrica. Mas, sem proceder com o pagamento correto, ocasionando este total ou parcialmente o consumo usufruído e assim gerando uma fatura de energia com valores a menor em relação ao devido efetivamente em decorrência da irregularidade na medição. No caso, não há consumo registrado pelo medidor (furto de energia). O que faz com que não haja a geração da fatura de energia mensal nem de forma parcial. Fato que se revela passível a punição penal conforme preconiza os dispositivos do Código Penal brasileiro, nos artigos 155, §§ 3.º e 4.º, pelo delito de furto simples e/ou qualificado, bem como o artigo 171 do mesmo Código, referente à fraude (crime de estelionato).

Comprovou-se que o legislador, ao editar a Resolução Normativa ANEEL 414, de 09-09-2010, favoreceu o usuário infrator, principalmente na falta de previsão da suspensão do fornecimento de energia elétrica pelo inadimplemento do consumidor, uma forma de enriquecimento ilícito.

Antes da Resolução Normativa ANEEL 414, de 09-09-2010, havia a previsão de suspensão de energia elétrica em caso de fraude ou furto de energia.

Essa retirada do ordenamento jurídico referente à suspensão do fornecimento de energia elétrica em que o legislador entendeu ser desnecessário, foi extremamente prejudicial ao equilíbrio econômico-

-financeiro do contrato de concessão e para a conservação das cláusulas acordadas entre Poder Concedente e a Concessionária.

O artigo também analisou alguns dispositivos legais, que versam a Resolução Normativa ANEEL 414, de 09-09-2010 (vigente), os quais beneficiaram ao fraudador que comete atos ilícitos, referente à fraude ou ao furto de energia, em face da revogação da Resolução 456/00 da ANEEL. É que nesta havia previsão expressa – e estava em conformidade com a Lei de Concessões – no sentido de executar a suspensão no fornecimento de energia em caso de inadimplência e/ou emergência e em caso de risco à segurança por questões técnicas. O objetivo era proceder a recuperação do valor que deveria ter sido pago pelo consumo de energia elétrica.

Verificou-se o impacto nas receitas das Concessionárias na parcela correspondente às perdas comerciais, devido ao fato de não receber os valores correspondentes ao furto e fraude de energia elétrica, o que, por consequência, ocasiona o desequilíbrio econômico-financeiro do contrato de concessão, resulta em prejuízos à coletividade no momento da revisão tarifária e no momento da prestação de serviço público de energia elétrica, e causa prejuízos à qualidade da prestação de serviço.

Houve também a demonstração de que há a necessidade de adequação da legislação – Lei de Concessão do Serviço público, em seu artigo 6.º, § 3.º, incisos I e II – em decorrência das omissões referentes à suspensão no fornecimento de energia.

Eliminaram-se as dúvidas referentes ao conceito de apuração do consumo usufruído e não pago. Restou mostrado que o infrator deve proceder com o pagamento do consumo usufruído e não pago, devido ao direito de a Concessionária e/ou a distribuidora auferirem tais importâncias decorrentes dos serviços prestados de fornecimento de energia elétrica.

REFERÊNCIAS

ANEEL. Agência Nacional de Energia Elétrica. Perdas de energia. Disponível em: <<http://www.aneel.gov.br/area.cfm?idArea=801>>. Acesso em: 10 jan. 2015.

ANEEL. Agência Nacional de Energia Elétrica. Relatório de perdas de energia elétrica na distribuição. 2020. Brasília, 2020. Disponível em: <<https://www.aneel.gov.br/documents/654800/18766993/Relat%C3%B3rio+Perdas+de+Energia+2019.pdf/6cb0bf36-4074-bbc3-d15d-ed370f44b34b>>. Acesso em: 08 fev. 2021.

ANEEL. Agência Nacional de Energia Elétrica. Resolução Normativa 414, de 9 de setembro de 2010. Estabelece as Condições Gerais de Fornecimento de Energia Elétrica de forma atualizada e consolidada. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 15 set. 2010, seção 1, p. 115.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Decreto-Lei 2.848, de 07 de dezembro de 1940. Código Penal. **Diário Oficial [da] República dos Estados Unidos do Brasil**, Rio de Janeiro, DF, 31 dez. 1940. Retificado no **Diário Oficial [da] República dos Estados Unidos do Brasil**, Rio de Janeiro, DF, 3 jan. 1941.

BRASIL. Lei 8.987, de 13 de fevereiro de 1995. Dispõe sobre o regime de concessão e permissão da prestação de serviços públicos previsto no art. 175 da Constituição Federal, e dá outras providências. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 14 fev. 1995, republicada no **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 28 set. 1998.

BRASIL. Lei 9.784, de 29 de janeiro de 1999. Regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 1.º fev. 1999.

BRASIL. Lei 10.406, de 10 de janeiro de 2002. Institui o Código Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 11 jan. 2002.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal: parte geral**. v. I. 22. ed. São Paulo: Saraiva, 2018.

GANIN, Antônio. **Setor elétrico brasileiro: aspectos regulamentares e tributários**. Rio de Janeiro: Canal Energia, 2003.

HUNGRIA, Nelson. **Comentários ao Código Penal**. v. VII. 2. ed. Forense, 1958.

LENZA, Pedro. **Direito constitucional esquematizado**. 15. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Saraiva, 2011.

MAZZA, Alexandre. **Manual de direito administrativo**. São Paulo: Saraiva, 2011.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo**. 26. ed. rev. atual. até a emenda constitucional 57, de 18-12-2008. São Paulo: Malheiros, 2009.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. **Curso de direito administrativo: 27. ed., rev. e atual. até a emenda constitucional 64, de 04-02-2010**. São Paulo: Malheiros, 2010.

REBELLO, Ana Cláudia Gonçalves. **Impactos no equilíbrio do setor elétrico brasileiro: regulação jurídica do setor elétrico**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2006. (*Coleção Direito Regulatório*).

ROCHA, Fábio Amorim da. **As irregularidades no consumo de energia elétrica**: doutrina, jurisprudência, legislação. Rio de Janeiro: Synergia, 2011.

VALIM, Luciana. Irregularidade na medição de energia elétrica e o poder regulatório decorrente de lei expressa. Monografia (Graduação em Direito). 2009. Caxias do Sul, 2009.

Submissão em: 24 de fevereiro de 2021

Último Parecer favorável em: 26 de abril de 2021

Como citar este artigo científico

VALIM, Luciana. O risco do desequilíbrio econômico financeiro do contrato de concessão sob o aspecto da Resolução 414/2010 da ANEEL no que concerne à fraude e ao furto de energia elétrica. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, Montes Claros, v. 2, n. 1, p. 170-191, jan.-abr. 2021.

Áframhaldandi Rannsóknir
Astudiaethau Parhaus
Continued Studies
Devam Eden Çalışmalar
Estudios Continuados
Estudis Continuats
Études Continues
Folytató Vizsgálatok
Fortsat Studier
Fortsatte Studier
Fortsättningsstudier
Fortsetzung der Studien
Jätkuðpingud
Jatkuvat Tutkimukset
Континуиране студије
Континуирани студии
Kontinuéierter Studien
Kontynuowane Badania
Nadaljevanje Študij
Nastavak Studija
Nastavne Studije
Оқытуға Арналған Оқу
Оқуды Жалғастыру
Pokračovanie Štúdie
Pokračující Študia
Pokračujúce Štúdie
Sgrùdaidhean Leantainneach
Staidéar Leanúnach
Studi Continua
Studii Continue
Studimet e Vazhdueshme
Studji Kkontinuti
Studji Kontinwi
Tęstiniai Tyrimai
Turpinājumi
Turpinot Studijas
Vervolgstudies
Voortgezette Studies
Продължава Проучвания
Продовження Навчання
Продолжени Студии
Продолжение Обучения
Продукты
Συνεχισμενες Μελετες

ESTUDIOS

CONTINUADOS

CONECTAR Y CREAR: EVOLUCIÓN DESDE UN CURSO PRESENCIAL A UN SEMINARIO CON CARACTERÍSTICAS DE *BLENDED LEARNING* EN EXTENSIÓN UNIVERSITARIA

ADELA PÉREZ DEL VISO¹

RESUMEN

En este trabajo² narraremos el camino que hemos recorrido como docentes, desde un primer curso presencial hasta el actual estado de nuestro Seminario “presencial y no presencial” de Inglés para Propósitos Específicos en la Universidad Católica de Cuyo (San Luis Argentina). Ponemos en evidencia las dificultades que tuvimos inicialmente para decidir cuál plataforma virtual utilizar, y cómo una vez elegida, la misma habría resultado exitosa hasta el presente. Hacemos hincapié en el tipo de relación que deseamos mantener con los alumnos presenciales y virtuales, y cómo nuestro actual desafío es superar las dificultades que se nos presentan en materia de evaluación en los casos de alumnos en entorno exclusivamente virtual. Realizamos una reflexión final sobre la experiencia, considerándola muy positiva por varios aspectos.

Palabras Claves: Blended learning. Entornos virtuales. Pro-socialidad. Inglés para propósitos específicos. Aprendizaje de idiomas.

¹ Abogada y Notaria (U.N. del Litoral, Argentina, 1986/1988), Prof. Inglés (Instituto de Formación Docente Continua San Luis, 2014), Esp. en Educación secundaria y TIC (Conectar Igualdad, Ministerio de Educación de la Nación Argentina) y Esp. en Educación y DDHH (Conectar Igualdad, Ministerio de Educación de la Nación Argentina). Becaria YadVashem (Jerusalem) 2008. Profesora de Inglés Jurídico por ETIJ (Equipo de Trabajo en Inglés Jurídico) en el Colegio de Abogados de San Luis, 2012/2015. Seminario de Inglés Jurídico presencial y no presencial en la Universidad Católica de Cuyo San Luis. (Año 2016 en adelante). Argentina. Autora de artículos publicados en la revista jurídica online Microjuris, Erreius/Errepar e IJ Editores. Abogada en ejercicio. Alumna de segundo año de la especialización en Educación en entornos virtuales Universidad de Quilmes. Correo electrónico: adelamperezdelviso@gmail.com

² Este trabajo expande lo expresado en una ponencia presentada en el VII Congreso Virtual Iberoamericano de calidad en Educación Virtual y a Distancia Eduq@2017 (del 20 al 30 de abril de 2017, <http://www.eduqa.net/eduqa2017/>), eje temático Propuestas Educativas en *Blended Learning*.

ABSTRACT

In this document, we describe our evolution in teaching experiences we have developed through time, until our current Seminar at *Universidad Católica de Cuyo (San Luis, Argentina)* took place, which is both face-to-face and online course. We explain some difficulties we faced initially when we had to take a decision as to which virtual environment was the best for the situation. Additionally, we explain our final decision, and narrate how it resulted into a successful solution to the problem. We consider that the *relationship* with students is key in this matter and that there is a challenge in coping with the difficulties on the matter of evaluation of online students. Lastly, we reflect upon blended learning which is a quite positive teaching option for us.

Keywords: Blended learning. “Pro-friendliness”. E.S.P. English teaching. Virtual learning environment.

1 INTRODUCCIÓN

Cada docente ha comenzado siendo un alumno y nosotros no fuimos la excepción. El amor al conocimiento nos ha guiado desde el principio. Uno conoce, crea e indaga y luego quiere que otros se sumen y que el conocimiento sea un compañero más dentro de un grupo de personas que estudian y aprenden con uno. En nuestro caso particular partimos desde el ámbito la abogacía y nos adentramos en el estudio del idioma inglés. Allí, comenzamos a estudiar un tipo de “E.S.P.” o inglés para propósitos específicos: el Inglés Jurídico. Fuimos profundizando, rindiendo exámenes, adquiriendo libros que permitían seguir estudiando. Completamos oficialmente el profesorado en el Instituto de Formación Docente Continua (I.F.D.C.) San Luis. En inglés jurídico, compartimos la experiencia con el Lic. Mauricio Muñoz Luna. Él era el *profesor* y quien suscribe, su alumna. De eso hace más de once años.

La pasión por el idioma nos fue llevando a buscar cada vez más honduras y de allí pasamos a desear la difusión de esta disciplina incipiente. Ese fue el comienzo de nuestra experiencia docente. El *profesor* se entusiasmó con la temática, y la abogada estudió el Profesorado de Inglés. Y terminamos los dos soñando con dar clases de este intrigante “Inglés para propósitos específicos” a alumnos de nuestra ciudad. Primero se trató de clases presenciales... pero sabíamos que la temática es de interés de muchos, desperdigados tal vez por toda la provincia de San Luis, por todo el país (Argentina) o incluso más allá. El tema no tiene límites. Había que encontrar un modo de intercambio y creación de conocimiento que tampoco los tuviera. Había que *conectar y crear*.

En ese preciso momento de nuestra búsqueda la Universidad Católica de Cuyo –sede San Luis– nos ofreció insertar en sus claustros el curso que veníamos proporcionando en otra sede (el Colegio de Abogados de San Luis). Entonces,

nos propusimos exceder los límites geográficos, y para ello buscar el modo de dictar el curso en lo que llamábamos entonces “Curso a distancia”. Se cumplió inadvertidamente entonces lo que señalan algunos autores, acerca de que la Universidad tiene un papel fundamental en el desarrollo del estudio a distancia:

Algunos expertos, Bennet, Dunne y Carre (2000) Cabero y otros (2009) [...] coinciden en señalar el papel fundamental que desempeña la universidad, deviniendo “la institución de la sociedad red” (Castells, 2003, citado por Duart y Lupiañez, 2005). [...] La universidad actual debe dar un giro: no puede ser una institución orientada hacia formas del pasado, sino que ha de responder a las demandas actuales de la sociedad y garantizar a los estudiantes la adquisición de competencias [...]. Este nuevo entorno ha de tener en Internet su espacio natural (GUITERT, 2014, p. 22).

Ése fue el comienzo de nuestro Seminario de Inglés jurídico, que es a la vez presencial y no presencial. Esta es la experiencia docente, fascinante y aún abierta a futuros desarrollos, que deseamos narrar.

2 EL CONTENIDO DE NUESTRO SEMINARIO

A las clases que dábamos originalmente en el Colegio de abogados de San Luis las denominábamos “Curso”. Pero luego, cuando el proyecto fue aprobado en la Universidad Católica de Cuyo sede San Luis, esta última decidió titular al trayecto, “Seminario”. Se trata de un seminario de ocho meses, durante el cual tratamos temas de Introducción al Inglés Jurídico, Derecho de los contratos (tres unidades), Derecho Societario (dos unidades), Derecho Laboral (1 unidad), Redacción de cartas y textos, Derechos intelectuales. Seguimos así los contenidos proporcionados por el ente organizador de un examen internacional llamado “Toles”. Al fin del seminario, damos la oportunidad de terminar este último y recibir un certificado de la Universidad, como también, a opción del alumno, rendir el examen internacional TOLES (Toles 1 Foundation, Toles 2 Higher, y Toles 3 Advanced) ya que somos uno de los cuatro únicos centros examinadores de Toles que hay en Argentina.

3 LAS DOS MODALIDADES SIMULTÁNEAS DEL SEMINARIO

3.1 Modalidad presencial

En esta modalidad enseñamos y aprendemos Inglés Jurídico (ESP) una vez a la semana durante dos horas en la Universidad Católica de Cuyo (sede San Luis, Argentina). Las clases son optativas, aunque recomendamos fuertemente a los alumnos que viven en la ciudad que concurren en persona,

dado que son habladas prácticamente en inglés, y por ende son muy provechosas. En la clase presencial realizamos los intercambios en inglés, mostramos videos con un proyector, hacemos charla sobre los mismos; hacemos oír grabaciones en inglés a los alumnos para diversas actividades. Asimismo, mostramos materiales en PowerPoint y videos como base de nuestras explicaciones.

3.2 Modalidad no Presencial

Esta modalidad se da en forma simultánea (se “abre” la clase virtual a la noche de la clase presencial) a través de la plataforma virtual. En esta parte, los alumnos deben presentarse, como primera medida, subir su foto, realizar un primer intercambio en un foro (actividades que son obligatorias), bajar a sus computadoras el material de cada clase, estudiarlo; pueden y deben realizar preguntas ya sea a todos o algunos de los alumnos o bien al profesor en forma directa, a través del chat en la página web. De esta manera se cumple con un paradigma inicial de *interacción*.

McConnell enfatiza que una de las principales ideas que sustentan al “*e-learning* colaborativo en red” es la importancia de la interacción, teniendo en cuenta que cuando los estudiantes interactúan unos con otros y con los recursos disponibles, cambian [...] el aprendizaje en línea es una experiencia transformadora (GUITERT, 2014, p. 26).

Acompañamos cada clase con una guía que organiza la lectura de los textos. Durante los años 2016 a 2017 esta guía era un documento PDF creado por los docentes del seminario. En ese documento explicábamos de qué se trata lo que observarían luego en el capítulo pertinente del libro. A este documento le sumamos entonces el PDF con textos basados en el capítulo del libro (Unidad uno, unidad dos, etc.) donde encontrarían el tema de la unidad y ejercicios, basados en el libro que seguimos como base en el seminario.

(Las) plataformas de e-centro (se) definen como: “sistemas tecnológicos que a través de un entorno web facilitan los procesos de información (sobre el centro y sus actividades), comunicación (interpersonal, grupal), gestión (personal, grupal, académica, administrativa, tutorial) y enseñanza/aprendizaje (presencial y a distancia) de los centros docentes” (CÁMARA SERRANO, 2006, hojas 99).

Es de destacar que desde el año 2018 hemos sentido la fuerte necesidad de generar un mayor acercamiento a los alumnos, y por ello hemos reemplazado numerosas veces la guía escrita por un video o un audio explicativo.

El entorno virtual elegido (Schoology) tiene una App que puede bajarse en los teléfonos celulares.

Hasta acá tendríamos una descripción de la plataforma utilizada en nuestro Seminario de Inglés ESP como facilitadora de los procesos de información y de la comunicación interpersonal y grupal.

Todos los alumnos (los presenciales y los no presenciales) deben presentarse (“loguearse”) en la plataforma virtual y llevar a cabo las actividades propuestas en esta última: foro de presentación; foro para enviar una producción (v.g. el comentario sobre un video, con base en consignas dadas por los docentes del seminario); prácticos con ejercicios *online* que se autocorrijen (v.g. ejercicios de V/F, de *multiple choice*, de *matching*) o prácticos de escritura abierta basada en una grilla de criterios de evaluación. Todo ello, para el repaso y recupero de lo estudiado cada dos unidades.

Las dos modalidades son llevadas de manera integrada y continua, de modo tal que los alumnos de otra provincia (v.g. de Bahía Blanca) pueden presentarse y hacerse conocer con los alumnos presenciales de la provincia de San Luis. Y todos estudiarán los mismos contenidos y deberán llevar a cabo el mismo práctico al término de cada unidad.

4 LA EVALUACIÓN EN EL SEMINARIO DE INGLÉS ESP

4.1 El Desafío de la Evaluación en este Seminario

El mayor desafío en este tipo de enseñanza se nos presenta con la evaluación. En otros seminarios o cursos tales como “Teaching English through Drama” (Enseñando inglés a través del uso del Teatro y drama) que lleva a cabo la exitosa profesora internacional de inglés Susan Hillyard (2013) se menciona expresamente en la propuesta inicial, que la evaluación se basa en lo siguiente: “[...] Los participantes serán evaluados conforme su esfuerzo, progreso y participación. Cada participante debe producir un conjunto de técnicas (*portfolio of techniques*) y al menos diseñar diez actividades para ser utilizadas en clase. [...] más un pequeño informe sobre una investigación llevada a cabo en clase”.

Nosotros también creemos en la importancia de la evaluación continua del alumno. Sin embargo, dado que los contenidos tienen un importante aspecto teórico, es indispensable que llevemos a cabo al menos una instancia de evaluación instantánea y formal. Veremos a continuación tres tipos de evaluación que intentamos que se lleve a cabo.

4.2 Tres Momentos de Evaluación en Nuestro Seminario

4.2.1 La evaluación diagnóstica

Esta evaluación se lleva a cabo al principio de las clases, ya sea presenciales como no presenciales. En las clases presenciales, se trata de

una auto-evaluación: brindamos la clase en inglés, de la manera más comunicativa posible, haciendo uso de la lengua aprendida y la lengua madre; y ponemos en manos del alumno el comprender si podrá seguir adelante o no con el Seminario (conforme su nivel de comprensión de inglés). En las clases no presenciales ocurre algo parecido, pero en relación con textos en Inglés y en la materia que es de preferencia y de estudio del alumno (abogados y estudiantes de derecho).

Partimos de la base de que quien estudia la disciplina del derecho tiene la “mitad del Inglés jurídico aprendido”, sólo por esa circunstancia. Si a ello le suma un nivel “intermedio” en Inglés, estará en condiciones de seguir adelante con el Seminario. El diagnóstico (Puedo seguir? Me es fácil o difícil? Es algo nuevo para mí o más de lo mismo?) lo hace el alumno en contacto con el material de la primera clase.

4.2.2 Evaluación formativa

La evaluación formativa en la docencia universitaria en línea permite al alumno disponer de una retroalimentación para su regulación de los aprendizajes [...] (la cual) es un elemento clave para poder considerar el grado de evolución y logro de los objetivos de aprendizaje [...] sitúa su grado de logro [...] La información puede ser facilitada por el docente en la misma evaluación pero puede ser automatizada a través de la plataforma de formación del *campus* virtual (GUITERT, 2014, p. 71).

En nuestro caso, la plataforma elegida nos da la posibilidad de diseñar un práctico (que proponemos al final de cada unidad, cada dos clases semanales) con actividades de *múltiple choice*; respuestas V/F, “matching” (unir dos opciones de dos columnas opuestas), ordenado de oraciones o frases, etc.; el resultado del práctico es arrojado inmediatamente por el sistema y requerimos al alumnado un puntaje mayor a 70% para aprobarlo. Hemos diseñado el sistema para que le dé al alumno dos intentos para hacer el práctico. Hasta acá, nunca ha requerido un alumno más de esas dos posibilidades.

El propósito de este práctico es que el alumno repase lo aprendido en la unidad; por ello, solicitamos a los alumnos que no realicen el práctico sin haber leído el material. Obviamente pueden hacerlo en sus casas y con libro abierto, es decir, pudiendo consultar el material de cátedra.

4.3 Evaluación Sumativa

Llevamos a cabo esta evaluación cuando tomamos al alumnado un examen parcial, cada dos o tres unidades. El verdadero acá es cómo tomar esta evaluación sumativa a los alumnos que no se encuentran en la sede de la Universidad, de un modo fiable y que constituya un modo fidedigno de demostrarnos el grado de aprendizaje construido, a los docentes, a la Universidad y la comunidad en general.

Existen en verdad las siguientes posibilidades:

- (4.3.1) tomar el examen en forma presencial;
- (4.3.2) abrir en la misma plataforma virtual la ventana con la posibilidad de hacer el parcial a cierta hora, con un cierre de entrega del parcial en un tiempo estipulado (v.g. dos horas);
- (4.3.3) mandar el examen por *mail* a los alumnos a distancia a determinada hora y establecer un cierre de entrega del parcial en un tiempo estipulado (v.g. dos horas);
- (4.3.4) diseñar todo el examen para ser realizado con las técnicas propuestas por la plataforma (v.g. *matching*, ordenar, V/F, *multiple choice*, etc.);
- (4.4.5) enviar el examen y observar al alumno por Skype u otro sistema, en tiempo real.

Durante 2016 y 2017, hemos utilizado el sistema 4.3.1 para los alumnos presenciales y el sistema 4.3.3 para los alumnos no presenciales. En este último caso el alumno debía enviar el examen de manera escaneada, con las respuestas; el examen se corregía, se escaneaba y era enviado al alumno para que tuviera su feed-back.

A partir del año 2018 hemos decidido utilizar el sistema 4.3.3 para *todos* los alumnos. Es crucial establecer la hora de cierre de la entrega –y por supuesto que esta circunstancia sea conocida de antemano– a los fines de que se sientan obligados a estudiar a fondo el material, sabiendo que no bastará con las ventajas del “libro abierto”, debido a la premura del tiempo. Teniendo en cuenta que muchos de los alumnos trabajan, hemos dispuesto dos “fechas de examen” (por ejemplo un viernes y un sábado) y los alumnos debían inscribirse en una u otra lista, mediante un Google drive a disposición. En todos los casos la nota es reflejada en la cartilla personal que se encuentra publicada en la misma plataforma virtual.

5 LAS DIFICULTADES DEL MECANISMO ELEGIDO

¿En qué es deficiente el sistema de evaluación final que utilizamos hasta este momento? Reconocerlo nos servirá para estar en permanente búsqueda de otro sistema superador:

- el mecanismo elegido no asegura que quien lleve a cabo el examen efectivamente sea el mismo alumno (y no otra persona con mayores conocimientos). Sin embargo, creemos que la temática tratada en el Seminario (Inglés Jurídico) es tan específica, que sólo los verdaderamente interesados en la cuestión participan como alumnos y por ende se sienten orgullosos de realizar las tareas en forma personal;
- el alumno termina haciendo el examen “a libro abierto” con acceso a los materiales. Esta dificultad se sortea por la vía de proponer actividades originales que requieran producción personal y creativa, utilizando en su caso la información contenida en el material provisto en la plataforma.

6 LA BÚSQUEDA DE LA PLATAFORMA VIRTUAL MÁS ADECUADA PARA NUESTRO SEMINARIO

Durante los años 2012 y 2013 habíamos intentado utilizar una plataforma virtual, aún para nuestro Curso presencial de Inglés Jurídico (el curso que dábamos en persona a esforzados alumnos, todos los viernes a la tarde y sábados a la mañana). Nos parecía que teníamos que “ensayar” cómo era realizar el intercambio a través de Internet, tanto de materiales como de ideas y comunicaciones. Teníamos para ello el ejemplo de la plataforma que se utilizaba en el Instituto de Formación Docente Continua San Luis, donde quien suscribe era en ese momento estudiante. En la plataforma del profesorado, cada curso tenía su lugar, en un gran *campus*, y hasta ese momento el uso que se le daba era exclusivamente éste: comunicación profesor/ alumno, y publicación o posteo de materiales, para evitar extracción de fotocopias.

E Cath: En ese momento, entonces, 2012/2013, una profesora de IFDC nos recomendó la plataforma E-CATH. Abrimos una cuenta en *E-cath*, plataforma gratuita *online*, e intentamos que nuestros alumnos nos siguieran. Ellos se *loguearon* en la cuenta, pero luego notamos que no hacían uso de la misma: nos mandaban *e-mails* por la vía tradicional y no abrían los documentos PowerPoint que colocábamos en el *campus* virtual. Entendimos que así ocurría porque *no lo necesitaban*: tenían todo a la mano, con las clases presenciales. Tenían los libros o fotocopias y en última instancia, otras formas de comunicarse. Además E-cath no tenía interfaz con Facebook. Si querían entrar a E-cath tenían que salir de todo lo que estaban haciendo. Los alumnos “no vivían” en ese entorno. Había que encontrar una plataforma que les fuera más familiar, que se volviera indispensable, y que hiciera interfaz con Facebook y se “metiera” en sus celulares Smartphone.

Por qué necesitábamos un entorno de educación virtual: lo que teníamos en claro antes de comenzar nuestro Seminario de Inglés ESP en la Universidad Católica de Cuyo era que íbamos a ampliar el espectro y buscar los posibles interesados en estudiar esta materia tan distinta y específica, *en otros lugares geográficamente muy alejados de donde nos encontramos*.

Para ello, investigamos en Internet qué otras posibilidades de una plataforma virtual educativa de calidad y gratuita teníamos (como Bloosterlog.es). Encontramos una gran cantidad de estos dispositivos e inclusive listas o *rankings* de entornos virtuales posibles:

Com8s	www.com8s.com
Schoology	www.schoology.com
Edmodo	www.edmodo.com
CoursesitesbyBlackboard	www.es.coursesites.com
Lectrio	www.lectrio.com
Udemy	www.udemy.com
Rcampus	www.rcampus.com
Twiducate	www.twiducate.com
Chamilo	http://lcms.chamilo.org
Mcourser	www.mcourser.com
Ecaths	www.ecaths.com

Nos inclinamos entonces por Schoology. Esta plataforma se caracteriza por lo siguiente: a) tiene un aspecto (al *loguearse* el alumno) similar a Facebook; b) tiene salida de publicaciones hacia Facebook y hacia Twitter; c) permite los “anuncios” generales y a la vez el intercambio de correos; d) muy importante: permite, desde la misma plataforma, crear actividades, prácticos, y evaluaciones. Nos detenemos en este punto.

Durante el año 2015 quien suscribe cursaba el penúltimo año del Pos-título de Educación y TIC de “Conectar igualdad”, que había organizado el Ministerio de Educación de la Nación en Argentina. Una de las materias era relativa a la preparación de materiales *online*. Allí, nos enseñaron un programa de uso gratuito que se llama “Hot potatoes”, donde podíamos diseñar actividades de práctica o de evaluación, y que inmediatamente arrojan un resultado. Eso era muy interesante: actividades de unir una columna con otra, V/F, múltiple *choice*, etc. El programa era muy motivante pero de uso difícil.

Pues bien, en Schoology existe esto mismo pero integrado a la plataforma. Y se ha facilitado muchísimo la labor (en relación con Hot potatoes). Es amigable e intuitivo.

- a) tiene una grilla de calificaciones: de modo tal que uno puede marcar la calificación personalmente o bien surge la calificación una vez que el alumno realiza uno de los prácticos o actividades que el docente propuso en Schoology;
- b) tiene una APP para el celular. En este aspecto, los alumnos se mostraron muy fascinados con este punto, y alguno de ellos hasta confesó utilizar casi exclusivamente el celular para trabajar con la plataforma. Desde este punto de vista, ello coincide con una nueva forma de mirar los celulares en relación con el aula y la educación:

Las *netbook* tienen acceso a Internet en la medida que haya una red. El teléfono inteligente tiene acceso propio, no necesita que haya una red, puede estar en cualquier lado y tener acceso a Internet. Por eso es bueno que en el caso de que la institución educativa no tenga red *wifi*, si algún estudiante tiene un teléfono inteligente, se pueda utilizar para investigar, para procesar información, para comparar fuentes, para determinar cuál es creíble, para hacer trabajo de investigación (MORDUCHOWICZ, 2018).

Con la App, llegan todos los materiales al teléfono de los alumnos, que pueden bajar las presentaciones de PowerPoint y pueden leer los anuncios o comunicaciones, procediendo a contestarlos. Al docente, le llega también una llamada especial en la App de Schoology en el teléfono, haciéndole ver que ha habido una respuesta o una pregunta del alumno.

Hay *más ubicuidad*, entendida como

mayor flexibilidad organizativa individual, vinculando el hogar, el centro educativo y el lugar de trabajo. Permite deslocalización del conocimiento. Amplitud y comodidad en el acceso a cualquier persona que disponga de

conexión. [...] Acceso fácil y cómodo a diferentes canales de comunicación e intercambio [...] las 24 horas del día (GUITERT, 2014. P. 29).

Pero aquí, la ubicuidad propia de un curso *online* (que conectaba la casa y el centro educativo) se hace extensiva aún a la calle: no necesitamos estar frente a la computadora para leer las comunicaciones que nos envían. Se genera esa prontitud (casi compulsiva) de respuesta que caracteriza el intercambio en Messenger y en WhatsApp y que concuerda perfectamente con los tiempos actuales (de la vida real “no educativa”).

7 EL INTERCAMBIO Y LA CONSTRUCCIÓN DEL CONOCIMIENTO SUSTANCIAL Y PROCEDIMENTAL CON LOS ALUMNOS

Entendemos el dictado de nuestro Seminario como una experiencia colaborativa y constructiva. No pocas veces hay contenidos que son sugeridos o aportados por los alumnos, y nosotros crecemos en cada una de esas instancias. Esto lo habíamos hecho intuitivamente, pero luego descubrimos que hay ríos de tinta vertidos sobre el carácter constructivista del conocimiento cuando se prepara, se vierte y se comparte *online*:

Uno de los puntos fuertes del trabajo en línea es que promueve una visión constructivista del aprendizaje: trabajo autónomo y auto planificado, personalizado al ritmo individual de cada estudiante (just in time, y just for me), tratamiento de la diversidad, interacción, colaboración, construcción social del aprendizaje, construcción personalizada de aprendizajes significativos (GUITERT, 2014, p. 29).

7.1 En Cuanto a los *Contenidos Sustanciales del Seminario*

En clase presencial o en las comunicaciones en el entorno virtual, la construcción conjunta se da por la vía de los aportes de los alumnos, casi todos ellos abogados o estudiantes de Derecho, preguntando por sus estudios o sus áreas de trabajo, por sus preferencias en el Derecho, y en el caso de estudiantes, por los contenidos de los programas relacionados con las unidades que vamos trabajando en clase (v.g. Contratos, Derecho de las Sociedades). A menudo los alumnos presenciales hacen aportes no sólo de lo que es su conocimiento o experiencia, sino también consultas que realizan en el mismo momento, en sus *tablets*, celulares. Nuevamente entonces, el uso de los celulares inteligentes con conexión a internet en clase presencial se observa como positivo y contribuyente a la tarea del profesor y del seminario en general.

En el trabajo *online*, con los alumnos conectados a la plataforma, también se construye conocimiento, dado que ellos hacen consultas permanentemente a los docentes, proponen temas, dan su punto de vista, inclusive discuten, etc.

7.2 En Cuanto a los Contenidos Procedimentales y de uso de la Plataforma

Hemos construido nuestro conocimiento *procedimental* como docentes, a partir de los alumnos y la plataforma virtual. La forma en que dictamos los contenidos y utilizamos en la vida real una plataforma virtual, ha sido construida entre todos, en el uso diario con nuestros alumnos, durante dos años. No habíamos concurrido nunca a un curso de utilización de plataforma, y todo lo hemos ido aprendiendo en la práctica con los alumnos. Por ejemplo, la aplicación al celular fue una sugerencia de un alumno que se dio cuenta que podía utilizarse de esa manera. Ellos nos enseñan a nosotros y por ello estamos agradecidos. Sin embargo, en la actualidad quien suscribe se encuentra en el segundo año de la Especialización en educación en entornos virtuales en la U.N. de Quilmes, y con cada materia nueva vamos confirmando los diversos aprendizajes intuitivos que hemos realizado con nuestros alumnos.

7.3 La Necesidad de Extremar el Trato Amistoso y Cariñoso con el Alumno Presencial y Virtual

A partir de nuestra experiencia como alumnos de dos Pos-títulos “Conectar igualdad” (Pos título Educación y TIC y Pos-título Educación secundaria y DDHH) dependientes del Ministerio de Educación en Argentina, observamos que, en las comunicaciones a distancia, cuanto más afectivo, cariñoso y amistoso fuera el tutor, más se incrementaba nuestro deseo de seguir adelante con el Módulo o materia *online* que estábamos cursando. El tutor en forma evidente y deliberada se ponía a la altura de los alumnos (ubicados todos en diversos puntos del extenso país) y se interiorizaba de sus problemas, ánimos, alegrías, tristezas o enfermedades, dando tiempos, alentando, dando nuevas oportunidades, proporcionando nuevas pistas para hacer los trabajos, etc.

En cambio, en los pocos casos en que la tutora del módulo pertinente se mostró un tanto más dura en el trato (por ejemplo, contestando de manera cortante, o no atendiendo a las necesidades particulares del alumno), la motivación para seguir adelante con el “curso *online*” decaían totalmente.

Es algo parecido a lo que ocurre con los mensajes de texto: muchas veces es necesario que las cosas se suavicen con emoticones o evitar decir determinadas cosas por mensaje, dado que, como no podemos ver la cara de la persona que lo escribe, se pueden tomar de mala manera y caer mal en el ánimo de quien recibe el mensaje.

Así que en nuestro Seminario, particularmente en el entorno virtual, nos propusimos ser realmente muy afectivos y seguidores del interés de cada alumno. Comenzamos cada comunicación con un “Queridos alumnos y amigos...”; alentamos la realización de los prácticos con un “Vamos, que ya terminamos esta unidad!”, tratando de demostrar que somos todos un conjunto que “va para adelante” y no profesor/alumno. Tratamos de que se

cree una verdadera amistad con estos alumnos, sea que los veamos en persona, o ya sea que nos escriban desde Jujuy. (A San Luis, ubicado a más de 1.500 km).

La amistad es un intercambio recíproco, continuado y constante, de beneficios [...] la verdadera amistad se da habitualmente en un tipo de actitud y conducta orientada al bien del otro, no controlada precisamente por la previsión o la expectativa de una devolución. Berndt (1981) halló ocho categorías de amistad. Una de las más significativas se refería a conductas pro sociales. Los alumnos esperan que sus amigos actúen pro socialmente hacia ellos, compartiendo cosas y ayudándolos cuando necesiten ayuda. [...] ciertos grados de conductas pro sociales son elementos imprescindibles para que se dé la amistad [...] con tres componentes fundamentales: a) sensibilidad a las necesidades del receptor, empatía; b) competencia para responder a esas necesidades; c) habilidad de cooperación” (ROCHE OLIVAR, 1997, p. 217).

Esa buena/excelente relación que se manifiesta “arremangándose” por parte del docente, y siendo realmente afectivo con el alumno en sus comunicaciones “online” y en su trato presencial diario. Esto permitirá disminuir en el alumno el llamado *filtro afectivo*.

En efecto, el autor Stephen Krashen estudió el proceso de la adquisición del lenguaje y encontró que existe un *filtro afectivo*, constituido por el estado emocional de los alumnos y sus actitudes.

Krashen observa que el estado emocional de los alumnos y sus actitudes actúan como un filtro que permite que entre la información necesaria para la comprensión, o bien puede impedir o bloquear la información necesaria para la adquisición del idioma. Así, cuanto más alto sea el filtro afectivo –reflejado en un mayor nivel de ansiedad, baja autoestima y poca participación– más serán las posibilidades de que el estudiante fracase en su proceso de aprendizaje. Por el contrario, un filtro afectivo bajo permitirá mejores niveles de adquisición y aprendizaje de una segunda lengua. Dentro del estudio del filtro afectivo, Krashen abarca aspectos como la motivación, la actitud, la ansiedad y la autoconfianza, para referirse a cómo estos actúan positiva o negativamente en la adquisición de una segunda lengua (PIZARRO CHACÓN; JOSEPHY, 2010, p. 23).

En el caso de la educación en entornos virtuales, creemos que el filtro afectivo se observa no sólo en relación con la adquisición del idioma, sino en relación con el uso de la tecnología y la plataforma virtual: si el alumno está ansioso y tiene poca confianza en que podrá utilizar la plataforma virtual adecuadamente, tendrá un “filtro afectivo alto” y no podrá seguir adelante.

De allí que el docente debe comportarse con actitudes de amistad y afecto, permitiendo que el alumno dé pequeños pasos, alentando cada uno de ellos, dando nuevas oportunidades (como a un niño pequeño que cae y que puede levantarse) en la plataforma virtual, “haciéndose uno” con el

alumno que está a tantos kilómetros de distancia y que sólo conoce de nosotros la foto cuatro por cuatro. Nuestras palabras deben ser de aliento constante. Es necesario repasar la grilla de los alumnos y observar quién está participando y quién no. Si hay “silencio de radio” por parte de alguno de ellos, es aconsejable comunicarse con ese alumno preguntándole cómo está y qué le está pasando, por qué no introdujo el práctico cuando tenía que hacerlo, si tiene algún problema de tiempo o no entiende la consigna.

Es obvio que la misma actitud amistosa y de aliento debe hacerse extensiva al aula presencial, tratando de hacer de cada encuentro “una fiesta”. En nuestro caso, en ocasiones de los exámenes presenciales proponemos sorteos de libros y revistas en inglés. Tratamos de que salgan de la clase regocijados y con la idea de que tuvieron una “experiencia”, un momento completo muy positivo.

8 REFLEXIÓN SOBRE NUESTRO SEMINARIO DE ESP (ENGLISH FOR SPECIFIC PURPOSES) COMO EXPERIENCIA BLENDED LEARNING

Blended Learning (BL) posee distintos significados, pero el más ampliamente aceptado es entenderlo como aquel diseño docente en el que tecnologías de uso presencial (físico) y no presencial (virtual) se combinan con objeto de optimizar el proceso de aprendizaje. Un aspecto a destacar del BL es que se centra en los procesos de aprendizaje, herencia del peso que la Psicología del Aprendizaje ha tenido en el mundo anglosajón, por contraste con la Didáctica del ámbito latino. Así el concepto recibe otras denominaciones más centradas en la acción del diseñador o docente, como “educación flexible” (SALINAS, 2002), “semipresencial” (BARTOLOMÉ, 2001) o “modelo híbrido” (MARSH, 2003). (ALEMANY MARTÍNEZ, 2007, p. 2).

Este Seminario ESP (*English for Specific Purposes*, Inglés Jurídico), que combina a alumnos de otras provincias interesados en nuestro tipo especial de Inglés, y a alumnos que forman parte de la Universidad Católica de Cuyo sede San Luis, es claramente distinto a un Seminario que se hubiese realizado sólo en entorno virtual, en la medida que la parte “presencial” actúa en nosotros como un cable a tierra, haciéndonos ver cuáles son las dificultades de los alumnos, en qué cosas tenemos que hacer hincapié. Y todo lo que se hace en clase presencial se intenta reflejar en la plataforma virtual, ya sea mediante obtener fotos de lo escrito en el pizarrón, o destacando las preguntas claves que tuvimos en clase, etc. Los alumnos presenciales y los no presenciales se “mezclan” en el foro, teniendo la oportunidad de debatir ideas y propuestas.

En cuanto al modo de asegurar la calidad del Seminario, diremos lo siguiente:

- desarrollamos contenidos altamente estudiados y probados (v.g. contenidos provenientes del Centro de Exámenes internacionales TOLES o de la Universidad de Cambridge en materia de Inglés jurídico);

- utilizamos varias instancias de evaluación que permitan al alumno observarse a sí mismo y al docente tomar en cuenta sus falencias para hacer hincapié en las debilidades del método y reforzar las partes dificultosas;
- llevamos a cabo una tutoría constante a los alumnos a distancia para que no decaiga su motivación y entusiasmo.

El Seminario en entornos virtuales nos permite llegar a muchas más personas que un mero curso presencial; tiene un alumnado que se reparte por todo el país³; hace accesible el conocimiento a una amplia gama de interesados; a su vez, como docentes, nos permite tener un feed-back de enriquecimiento constante a través de la clase presencial, lo cual mantiene viva esta vez *nuestra* propia motivación para seguir trabajando, expandiendo y enriqueciendo esta instancia de enseñanza-aprendizaje.

REFERENCIAS

ALEMANY MARTINEZ, Dolores. Blended learning: modelo virtual-presencial de aprendizaje y su aplicación a los entornos educativos. En: ROIG-VILA, Rosabel; MENGUAL ANDRÉS, Santiago; PASTOR VERDÚ, Francisco (Coord.). **TIC@aula 2007**: aula digital: I Congreso Internacional Escuela y TIC, IV Fórum Novadors: más allá del software libre. Alicante: Universidad de Alicante, Instituto de Ciencias de la Educación, 2007.

CÁMARA SERRANO, María Pilar. El uso de una plataforma virtual como recurso didáctico en la asignatura de filosofía: una investigación-acción. 2006. 363 hojas. Tesis Doctoral (Pedagogía Aplicada)-Universidad Autónoma de Barcelona. Bellaterra, España, 2006.

GUITERT, Montse (Coord.). **El docente en línea**: aprender colaborando en la red. Barcelona: UOC, 2014.

HILLYARD, Susan. English in action: a course on teaching English through drama: PD Course for Argentine Teachers of English: ex alumnos del profesorado en Lenguas Vivas "J. R. Fernandez". 2013. Disponible en: <<http://aexalevi.org.ar/archivos/English-in-Action-VF.pdf>>.

MORDUCHOWICZ, Roxana. La nueva brecha digital. En: **Revista Acción**: en Defensa del Cooperativismo y del País. Rosario (Santa Fé), Ed. IMFC, año LI, V. 1.214, p. 22-25, mayo 2018.

³ En 2018 el seminario tuvo 43 inscriptos, de San Juan, San Luis, Mendoza, Prov. de Buenos Aires, Prov. de Córdoba, C.A.B.A. y Salta.

PIZARRO CHACÓN, Ginneth; JOSEPHY, Daniel. El efecto del filtro afectivo en el aprendizaje de una segunda lengua. En: **Letras Revista Electrónica de Literatura y Ciencias del Lenguaje**, Heredia (Costa Rica), Ed. Escuela de Literatura y Ciencias del Lenguaje (Universidad Nacional de Costa Rica), n. 48, p. 209-225, julio-diciembre, 2010.

ROCHE OLIVAR, Robert. **Psicología y educación para la prosocialidad: optimización de las actitudes y comportamientos de generosidad, ayuda, cooperación y solidaridad: programa adecuado a contextos escolares y familiares**. Buenos Aires: Ciudad Nueva, 1997.

37 PLATAFORMAS virtuales educativas gratuitas. Hackea tu educación. Bloosterlog.es. Sábado, 3 de mayo de 2014. Disponible en: <<http://www.ticeducacionec.com/2014/05/30-plataformas-virtuales-educativas.html>>. Acceso en: 23 marzo 2017.

Submissão em: 13 de novembro de 2019

Último Parecer favorável em: 27 de dezembro de 2020

Como citar este artigo científico

PÉREZ DEL VISO, Adela. Conectar y crear: evolución desde un curso presencial a un seminario con características de *blended learning* en extensión universitaria. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 2, n. 1, p. 194-208, jan.-abr. 2021.

RELACIONES COMPLEJAS ENTRE EL DERECHO Y SOCIEDAD: LOS ZAPATOS EN EL DANUBIO

EDGAR JOSÉ MOYA MILLÁN¹

Existe una obra artística conocida con el nombre de “Los Zapatos en el Danubio”, denominada igualmente, “el monumento de los Zapatos de Budapest”, cuya autoría se le atribuye a Gyula Pauer y Can Togay, en 2005. Está compuesta por sesenta pares de zapatos de hierro solitarios, sin dueño, –se desconocen las identidades de las víctimas–, son una personificación de lo que quedó de los judíos que fueron asesinados y luego echados a la corriente del río Danubio durante la II Guerra Mundial. Es un recordatorio al genocidio ocurrido en esa era. Los zapatos simbolizan a las víctimas anónimas asesinadas.

Las víctimas, antes de ser asesinadas por el partido nacionalista Arrow Cros (Nyilaskeresztes Párt, en Húngaro), dirigido por Ferenc Szálasi², se les ordeno quitarse los zapatos para luego dispararles y causarles la muerte; sus cuerpos eran lanzados al agua, algunas veces atados en parejas y solo le disparaban a uno de ellos y que la corriente los arrastrara, se los llevara lejos. Entre el 15 de octubre de 1944 al 28 de marzo de 1945, se cree que llegaron a asesinar de 12 a 15 mil personas. Hay quienes creen que fueron 20 mil, en su mayoría judíos, llegando a confinar a más de 80 mil en campos de concentración como lo fue Auschwitz

¹Abogado desde 1987 con cursos de doctorado en Ciencias, mención derecho en la Universidad Central de Venezuela y en Derecho Civil por la Universidad de Buenos Aires. Magíster Scienturium en Derecho Tributario; Especialista en: Derecho Procesal Constitucional; Derecho Administrativo; Derecho Penal y en Derecho Mercantil. Ex Juez de Municipio, ex Defensor Público Penal; ex Juez Superior en lo Contencioso Administrativo y ex Juez de la Corte Contencioso Administrativo. Profesor de pre y postgrado en Derecho Procesal Constitucional; Derecho Administrativo, legislación Minera y Petrolera; Finanzas Públicas y Derecho Tributario. Autor de 12 publicaciones en derecho. Trabajo realizado en septiembre de 2019. Correo electrónico: jamedus@gmail.com.

² Ferenc Szálasi (AFI: [sa:laʃi ʃ[r]nts]; Kassa, 6 de enero 1897 - Budapest, 12 de marzo de 1946) fue un destacado político y militar húngaro, especialmente entre los ámbitos nacionalistas húngaros, filonazis y de la extrema derecha. Fue jefe de Estado y primer ministro de Hungría al final de la Segunda Guerra Mundial, estando al frente de un Gobierno que encabezó entre el 15 de octubre de 1944 y 28 de marzo de 1945. Tras ser capturado y juzgado por un tribunal popular, fue ejecutado junto a otros miembros de su antiguo Gobierno. Disponible en: <https://es.wikipedia.org/wiki/Ferenc_Szalasi>.

Gyula Pauer y Can Togay nacieron en Budapest, el primero de ellos nació el 28 de febrero de 1941. Es un artista húngaro que se ha dedicado a las realizaciones de performance, también a la pintura y escultura, así como actor, director de cine y, el segundo de los nombrados nació el 27 de agosto de 1955, de padres turcos, vivió un tiempo en Alemania, trabaja en Hungría como director de cine, guionista, actor, poeta y diplomático cultural (UMPIERREZ, 2011). Los zapatos eran un bien escaso y caro, a los judíos que asesinaban los descalzaban antes de lanzarlos al río. El monumento se encuentra ubicado a las orillas del río Danubio, en Budapest, capital de Hungría.

Se plantea dilucidar algunos aspectos de las complejas relaciones entre el derecho y la sociedad, concibiendo al derecho como creador de las condiciones reguladoras, de legitimidad que pone en evidencia las tensiones de las relaciones entre los diferentes actores sociales y políticos. Esta obra artística es una puerta de entrada para observar las escenografías a través de las cuales se despliega el derecho, por detrás de las leyes y las normas positivas.

Se trata de una obra artística que pretende recordar la crueldad que tuvo lugar en la ciudad de Budapest durante la segunda guerra mundial de parte de los integrantes del partido nacionalista socialista Arrow Cross (Nyilaskeresztes Párt), partido político húngaro de carácter fascista, pro-alemán y antisemita, semejante al Partido Nazi germano dirigido por Ferenc Szálasi. Los judíos del gueto de Varsovia eran atados en parejas, –para ahorrar municiones–, y tras disparar a uno de ellos, eran arrojados al río. Los zapatos intentan conmemorar a aquellas personas, como si no hubiesen desaparecido, como si sus zapatos estuviesen aun esperando a que sus dueños volviesen a salir del agua tras darse un baño. En el sitio donde se encuentran los zapatos es uno de los lugares de tanto a lo largo de todo el Danubio, durante los años 1944 y 1945, eran llevados los judíos del gueto por los ejecutores del partido Flechas cruzadas.

Con la llegada del nazismo se produjo las ejecuciones extra judiciales, con ello, el exterminio de seres humanos por distintas circunstancias en toda Europa, especialmente en Alemania y Hungría. De acuerdo con Olivares De La Fuente la Segunda Guerra Mundial:

Es conocida como la más mortífera de la historia con aproximadamente 70 millones de pérdidas humanas y la destrucción de numerosos territorios debido al avance militar. El enfrentamiento se produjo entre las potencias totalitarias; Alemania, Japón, Italia, Hungría y Eslovaquia, entre otras, y Francia, Polonia, Dinamarca, Bélgica, Yugoslavia, Grecia, Gran Bretaña, Estados Unidos, URSS, Países Bajos, Noruega, China y algunos países de América Latina (OLIVARES DE LA FUENTE, 2015, p. 17).

Antes y durante la primera y segunda mundial hubo una persecución sistemática de los judíos por parte del nazismo, convirtiéndose esto una política activa. Los nazis acusaban a los judíos de todos los

problemas de Alemania: la pobreza, el desempleo y la derrota en la Primera Guerra Mundial. Esto indudablemente fue trascendentalmente, causó un impacto social no solamente en el Alemania, sino a nivel internacional. Igualmente dio inicio al “antisemitismo” en el siglo XIX. El término antisemitismo podría entenderse como un prejuicio contra los pueblos semitas en general, el término, en forma exclusiva es usado para describir la hostilidad hacia los judíos. El odio contra los judíos tiene orígenes religiosos. Los cristianos no admitían que los judíos rechazasen creer que Jesús era el “hijo de Dios”, el Mesías. Cuando el cristianismo se convirtió en la religión mayoritaria de Europa, los judíos fueron perseguidos regularmente.

El decreto dictado para confinar a los judíos de parte del partido nacionalista los Cruces Flechadas, el 29 de noviembre de 1944, mediante decreto, establecen la creación del GUETO DE BUDAPEST (acto político):

El Real Gobierno de Hungría obliga a todos los judíos portadores de la estrella amarilla de David a trasladarse a la zona de Budapest delimitada por las calles Dohany, Nagyatadi Szabo Istvan, Kiraly, Csanyi (N.º 3-6) y Rumbach Sebestyen (No.15-19), carretera Madach Imre Road, plaza Madach Imre y calle Karoly Kiraly en el Distrito VII [...] Los no judíos no podrán vivir ni trabajar en las zonas asignadas a los judíos. Las autoridades e instituciones públicas no podrán tener oficinas en el interior de la zona delimitada. En esta lucha a vida o muerte, que puede decidir el destino de los húngaros en los siglos venideros, todos debemos hacer un sacrificio. El gobierno es consciente de las extraordinarias dificultades a que está obligada la población no judía a causa del reasentamiento. Con una firme convicción de un futuro mejor y como promesa de la victoria, debemos tener presente el sacrificio. Voy a velar por que los reasentados no judíos residentes (propietarios, arrendatarios ...) recibirán apartamentos equivalentes a los que se vieron obligados a abandonar. [...]

Los no judíos deben salir de la zona asignada a los judíos entre el 2 y 7 de diciembre.

Vajna

Con anterioridad a la segunda guerra mundial, aproximadamente 200.000 judíos que vivían en la ciudad de Budapest, capital de Hungría, siendo el centro de la vida cultural judía del país. Hungría comenzó a promulgar legislación anti judía poco después del Anschluss anexión de Austria por Alemania en marzo de 1938. Se aprobó una ley que reducía en un 80% la participación judía en la economía y las profesiones. En mayo de 1939, el gobierno húngaro limitó aún más a los judíos en el ámbito económico, clasificándolos, no como un grupo religioso, si no “racial”. Ese mismo año se creó el Sistema de Servicio Laboral Húngaro, al que debían incorporarse los varones judíos en edad militar, sistema, en el cual, perecieron un sinnúmero de judíos. En 1941 el gobierno húngaro aprobó una ley racial, similar a las Leyes de Nuremberg, que definía oficialmente quién debía ser considerado judío. En ese momento el censo de judíos en Budapest era de 184.473.

Entre 1933 y comienzos de 1940, Budapest fue un lugar seguro para los refugiados judíos. Antes de la guerra, unos 5.000 refugiados, principalmente

de Alemania y Austria, llegaron a Budapest. Con el inicio de las deportaciones de los judíos de Eslovaquia, en marzo de 1942, ocho mil (8.000) judíos eslovacos se refugiaron en Budapest. La destrucción de los judíos húngaros se convirtió en el programa más rápido de la “desjudificación” ejecutado en la historia del holocausto. Los acontecimientos se revelaron a una velocidad impresionante³.

Aquí existe una relación íntima entre el derecho, la política de Estado y la realidad social; el derecho ha sido creado como norma reguladora de la conducta humana produciendo cambios sociales. Pero en muchos casos el derecho no ha sido para proteger a la clase menos necesitada, sino más bien, para proteger a los más poderosos, creando normas que atenta contra los derechos humanos, que han apuntado al exterminio de la población por creencias políticas, religiosas, de sexo. Como ocurrió en Hungría en el exterminio de los judíos que eran perseguidos por sus creencias religiosas.

El derecho debe ser el medio efectivo para moldear el cambio social y su desarrollo, para que pueda ser concebido por su manera efectiva y eficaz, capaz de prevenir conflictos que se generen entre las razas humanas, sean cuales cualesquiera de las motivaciones que lo originen, social, económico, político, religioso y, execrar de la sociedad cualquier tipo de horror y que los delitos cometidos sean prevenidos y sancionados. Este monumento a las víctimas del Danubio, indudablemente contra ellas, mujeres, hombres, incluyendo niños se ejerció el terror y la violencia. El derecho, es vinculado estrechamente con la violencia, la arbitrariedad, el dolor y la muerte en contra de la sociedad; los exterminios ocurrieron en su gran mayoría cuando el derecho estuvo ausente.

David Fraser (2005, p. 10) en sus reflexiones sobre el *derecho después de Auschwitz*, señala que Auschwitz no hubiera sido posible sin el derecho y que los campos de exterminio y el Holocausto fueron fenómenos plenamente jurídicos. Fraser rechaza la creencia común de que el Holocausto fuese gestado en los últimos años del régimen nazi, especialmente a partir de 1942, cuando un grupo de SS crueles y enloquecidos se aplicaron al exterminio sistemático de millones de judíos europeos. Para él, lo sucedido entre 1933 y 1942 fue una parte constitutivamente integrante del exterminio sistemático que vino después, pues afectó a todos los que *jurídicamente* habían sido excluidos de la *Volksgemeinschaft* alemana.

Los cambios legislativos⁴ y la práctica judicial (CLAVERO, 1997, p. 181-236) de los años 1933 a 1942 prepararon el genocidio, definiendo y segregando legalmente a los sujetos que luego serían exterminados. Fraser critica también a quienes afirman que existe una discontinuidad conceptual entre el derecho y lo hecho por los nazis, como implícitamente sostienen quienes, como Radbruch (2006, p. 7) afirman que lo que hicieron los nazis es demasiado injusto para ser derecho. Fraser (2005, p. 218) rechaza la tesis de la

³ <http://www.callejondelpau.es>

⁴ Esta asociación es particularmente intensa en la lengua inglesa, donde “legal” pueden identificarse con lo que en español denominaríamos como “jurídico” –y no con “legal” en el sentido del “lawful” inglés– y, por lo tanto, donde “legality” sería algo así como “juridicidad”. He descartado hablar de “juridicidad” y “principios de juridicidad” por resultar un uso poco común en español y por mantener la asociación formal entre los términos “legality” y “legalidad”.

discontinuidad y no cree que sea correcto decir que, en Alemania, en algún momento a partir de 1933, se pasó de un Estado de derecho a un Estado criminal, ni de un derecho alemán a un (no-)derecho nazi. Auschwitz no está más allá del derecho, sino que forma parte de su historia y de lo que el derecho mismo hace posible. Por esa razón, tampoco es posible un ajuste cuentas judicial con Auschwitz. El Holocausto es irredimible mediante el derecho, porque el Holocausto es un fenómeno esencialmente jurídico, un hecho histórico construido y fundado sobre el derecho.

El derecho ha estado ausente o no existe en los genocidios, matanzas de seres humanos y barbarie, el derecho es y debe ser incompatible con estas prácticas de exterminio, las cuales se encuentran fuera de toda legalidad y del orden jurídico o normativo. Muchos de los autores que han explorado las relaciones entre la legalidad y el exterminio lo han hecho tomando como referentes al Holocausto y a Auschwitz. El Holocausto fue, en efecto, un episodio esencialmente criminal y exterminador, por su escala, minuciosidad, vocación expresamente exterminadora o por el carácter público de sus perpetradores. La opinión dominante de quienes se preocupan por estudiar la relación entre derecho y Holocausto es clara y sus conclusiones devastadoras para quienes piensan que la legalidad es una forma de convivir moralmente valiosa o que es un indicador de civilización⁵.

Igual posición asume Vivian Grosswald (2004, p. 683-712) y se ha mostrado escéptica ante la posibilidad de una respuesta exclusivamente legalista a tragedias como el Holocausto. Afirma que ni las leyes ni los procedimientos judiciales ni los derechos y principios de justicia constitucionalmente proclamados van a evitar la repetición de episodios de barbarie legalizada. La propensión de los tribunales, incluso en los países democráticos, a validar políticas de discriminación y persecución es la razón de su escepticismo. Estoy muy de acuerdo con esta autora, en Venezuela, por ejemplo, existe un gobierno autoritario, que desconoce las instituciones legítimamente constituidas cuyas decisiones son respaldadas por un Tribunal Supremo de Justicia ilegítimamente elegido, así como una Asamblea Nacional Constituyente que asumió las competencias del órgano legislativo legítimamente elegido por el pueblo.

Es históricamente constatable que el derecho ha abrazado con frecuencia valores e ideologías perversos y también que los jueces han validado –en ocasiones de modo entusiasta– las persecuciones o las políticas represivas y discriminatorias de los gobernantes. Da igual la concepción de derecho que se tenga –si se es iusnaturalista o iuspositivista–, o el modelo de jurisdicción que se promueva⁶. Curran advierte que el derecho sólo podría prevenir la barbarie si es reflejo de buenas ideologías asentadas socialmente y que, por

⁵ En este sentido también Bauman, 1989, p.13-16. Las tesis relativas a la banalidad del mal de Arendt, 1954, p. 171, apuntan en esa misma dirección, al descartar que exista una relación necesaria entre disposiciones éticas o rasgos del carácter patológicos y la probabilidad de que un individuo participe o cometa los actos más execrables imaginables.

⁶ Curran (2004, p. 702-804), es particularmente crítica con quienes, como Dyzenhaus (2010), afirman que los jueces vinculados a la tradición del *common law*, familiarizados con referentes normativos como la *equity* o la *fairness*, son menos propensos a validar políticas discriminatorias o de persecución que los jueces legalistas que actúan en un marco en el que todo el derecho es la ley y la ley es la ley.

el contrario, será un instrumento para la represión cuando las prácticas de la comunidad sean expresivas de valores inhumanos y perversos. La posición de la citada autora más que clara es verosímil, pasa y seguirá pasando en países con corte democráticos creando leyes para legitimar su autocracia y mantenerse en el poder a costa de cualquier penuria o sacrificio de la población.

Aun cuando las posiciones de Curran y otros autores citados son contradictorias, existen otros criterios que, buscando una respuesta a la pregunta de ¿porqué fueron eliminados o llevados al exterminio miles de judíos? Es clara y evidente, ello parte de las resoluciones exterminadoras con las que selló el destino de millones de judíos europeos no fueron reglas, sino algo muy distinto, yo lo llamaría política de Estado.

Como señala Rundle (2009, p. 66) la decisión de exterminar a los judíos siguió una lógica distinta a las leyes de Núremberg y es independiente de la actitud de los judíos hacia estas leyes y decretos y del sentido mismo de esas disposiciones⁷ A los judíos no se les ordenó o prohibió algo so pena de exterminio, ni se les va exterminando a medida que van incumpliendo las normas raciales establecidas. A los judíos se les exterminó sin más, por ser judíos y con independencia de cuál fuera su actitud hacia las normas vigentes. Se les extermina no por algo prohibido que habían hecho, sino por algo que eran –judíos– y que no podían dejar de ser. Preguntas de estilo de “¿qué he hecho yo?”, “¿qué norma he incumplido?” no tenían sentido en esas condiciones.

En este contexto existe una franca violación al principio de la legalidad, ninguna ley de la época consagraba expresamente el exterminio de los judíos, siendo por lo tanto exterminio y legalidad dos conceptos incompatibles, indudablemente que estos hechos producen un trauma cultural y una fractura de la sociedad. Algunos autores como Bauman (1997) la concepción del Holocausto como un acontecimiento histórico que, si bien les sucedió a los judíos, pudo haberle sucedido a cualquier otro grupo humano o social, visión que convierte a las víctimas en blancos potenciales intercambiables de una fuerza discriminatoria endémica a la Modernidad, destructiva e inevitable. Cualquier grupo humano deviene objeto de la exclusión o destrucción inherente a la Modernidad, siendo sus resortes en unos casos raciales, en otros económicos, religiosos o políticos, mismos que resultan secundarios de frente al hecho en sí. Desde esta óptica, la elección del grupo deviene marginal. Al abstraerse de los procesos y acontecimientos históricos que explicarían el por qué no ha sido indistinto qué grupo humano ha sido discriminado, perseguido y exterminado y por qué razones, Bauman relativiza a las víctimas (BOKSER; WALDMAN, 2002, p. 31-60).

Sobre el principio de legalidad Hart (1958, p. 593-629) fue crítico con los juristas que, tras la experiencia del nazismo, repudiaron el *eslogan*

⁷ A diferencia de esta política irrestricta de exterminio llevada a cabo por las SS, el programa jurídico nazi suponía la capacidad de los judíos para responder a sus directrices y normas y pretendió como objetivo su muerte.

iuspositivista “la ley es la ley” y en su lugar abogaron por una doctrina según la cual los principios fundamentales de la moralidad eran parte del derecho mismo y de su concepto⁸. Aunque Hart dejó clara su simpatía personal hacia esos juristas, señaló que era *naif* pensar que la indiferencia de los juristas alemanes hacia las decisiones de los nazis hubiese sido consecuencia de su compromiso con el postulado iuspositivista de la separación entre derecho y moral⁹. Era igualmente ingenuo pensar que de haber estado generalizada la tesis contraria –la conexión conceptual entre derecho y moral–, la resistencia habría existido. Expresivamente, Hart (1961, p. 259) advirtió que instruir a los individuos en la necesidad de pensar y decir “esto no es derecho porque es inicuo” no iba a robustecer ni a fomentar actitudes de resistencia frente a las amenazas del poder político organizado.

Desde el punto de vista social, este y cualquier otro exterminio de la raza humana produce en la sociedad un trauma social, ya que el colectivo siente que han sido sometidos a un hecho horripilante que deja profundas huellas en su memoria o conciencia que, son difíciles de borrar, de olvidar en la población lo que conlleva indudablemente a un cambio de identidad cultural de manera indefinida, algunas veces asumiendo la responsabilidad moral identificándose con las víctimas en sus sufrimientos.

CONCLUSIONES

Los monumentos alegóricos a hechos históricos son obras de arte que aluden a la manera de pensar de una sociedad, pero que es producto no de una sociedad sino de un artista, de un individuo con talento, pero aun así se dice que es obra de la sociedad, no de los individuos. Muy diferente al derecho cuyas normas son creadas por el órgano legislativo encargado de determinar, lo que es el derecho, regulando la conducta de una sociedad, caso similar al Decreto dictado contra los judíos, pues son los legitimados como representantes de la sociedad.

Derecho, sociedad, cultura e igualmente política de Estado, se encuentran fuertemente relacionados. El derecho es un elemento esencial de toda sociedad. Una sociedad no puede evolucionar ni transformarse sin el derecho e igualmente el derecho no puede subsistir sin una sociedad organizada, el derecho como hemos vistos *ut supra*, sus principios jurídicos o normativos aplicados en una sociedad determinada puede afectar su convivencia. Existe un delgado vínculo entre el derecho y la sociedad en el que ambos se ven afectados por el actuar del otro. Así mismo, la sociedad es afectada por el derecho, pero ese último también es afectado por la sociedad.

⁸ Se refería, lógicamente, a juristas como Radbruch.

⁹ Es muy cuestionable que los jueces y juristas nazis fuesen paradigmáticamente iuspositivistas o, han analizado las peculiaridades de la concepción del derecho nacionalsocialista y argumentado en contra de su identificación con los planteamientos iuspositivistas.

Los monumentos históricos u obras artísticas nos permiten apreciar hechos pasados como el exterminio, no sólo como un tema artístico, sino como una identidad que se ha ido formando gradualmente en virtud de las distintas decisiones de los gobiernos expresadas a través de la ley. Nos permiten conocer las realidades sociales que el derecho y sus manifestaciones provocan. Las leyes tal vez definan algunas expresiones artísticas; pero el arte sin duda le permite al derecho ver lo que por sí solo nunca podría.

Siguiendo a Fraser (2005), los órdenes jurídicos son un tipo de orden social que pretende regular las conductas de las personas en sociedad mediante la creación de reglas, mientras que un orden social es el conjunto de reglas, procedimientos e instituciones, sean de tipo consensual, consuetudinario u ordenado, a través de los cuales las relaciones entre los seres humanos quedan sujetas a una ordenación formal. Los órdenes sociales son procesos activos de decisión social a través de los que se remueven deficiencias y conflictos y que establecen un soporte estable para relaciones futuras. Lo que es claro ya que, las reglas o conjuntos de reglas se aplican hacia al futuro para regular la conducta en sociedad, que debería ser para la convivencia social, pero muchas veces no es así, tal como sucedió con los judíos desterrados y exterminados mediante un decreto gubernamental.

Como diría Irigoyen Castillo (2008) que en los procesos arquitectónico de este tipo de objetos (monumentos) se denotan facultades como el ejercicio de la memoria y la aplicación del recuerdo que a través de razonamiento permite llegar a apropiarnos del objeto de diseño, –esta relación es importante–, ya que el diseño como forma en que conocemos el mundo es

un proceso de cohesión de recuerdos que en realidad son toda una propuesta de recuerdos que terminan siendo un esquema de evocaciones propias y ajenas, cuyo requisito es convencer de su apropiabilidad, siempre en congruencia y equivalencia con la admisibilidad del usuario. Porque es una donde los recuerdos deben ser recordados por el usuario, que nunca los tuvo en realidad y, si se va a identificar con el objeto, ésta es la manera de apropiárselo. De otra manera no habrá proceso de identificación con el objeto de diseño (IRIGOYEN CASTILLO, 2008, p. 58).

El asesinato de judíos se llevó a cabo con el apoyo, de una sociedad dominada por los nazis. En casi todos los territorios que se encontraban bajo el control de los nazis, la población era consciente de los asesinatos de judíos y callaban ya que muchos se beneficiaban del reparto de sus propiedades. Muchas personas apoyaron sin reservas los asesinatos, otras se mostraron menos entusiastas. Apenas existía una oposición frontal organizada y sólo una escasa minoría se arriesgó para ayudar a sus vecinos judíos.

Los asesinos de los judíos y gran parte de la sociedad bajo dominio nazi, tenían una posición antisemita, al considerar que los judíos se encontraban excluidos del entorno normativo de la responsabilidad social, que la vida de

los judíos era innecesaria. Como política de Estado los nazis antes de llegar al exterminio de los judíos a los que consideraban “problema judío”, probaron varias alternativas, pensando el asesinato como una de las posibilidades debido a la ideología nazi, lo que fue evolucionando con el transcurso del tiempo. Esta política se llamó Solución final¹⁰, que conllevó al asesinato en masa de los judíos. Algo que no debería repetirse ni siquiera en los próximos quinientos años.

ANEXO

El monumento de los zapatos de Budapest “Los zapatos en el Danubio”



¹⁰ El término “Solución Final” (Endlösung) se refiere al plan alemán que consistía en asesinar a todos los judíos de Europa. El término fue utilizado en la Conferencia de Wannsee (Berlín, 20 de enero de 1942) donde los oficiales alemanes discutieron acerca de su implementación. Disponible en: <<http://www.un.org/en/holocaustremembrance/docs/>>.



Placa to the memory of the victims shot into the Danube, by Arrow Cross Militiarien in 1944-1945. 16 april 2005.

REFERENCIAS

- BAUMAN, Zygmunt. **Modernidad y holocausto**. Madrid: Sequitur, 1997.
- BOKSER, Judit (Liwerant); WALDMAN, Gilda. Modernidad y holocausto: algunas reflexiones críticas en torno a Bauman. En: **Acta Sociológica**, México (D.C.), Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, Centro de Estudios Sociológicos, v. 35, p. 31-60, 2002.
- CLAVERO, Bartolomé. *Happy constitution*. Madrid: Trotta, 1997.
- CURRAN, Vivian Grosswald. Racism's past and law's future. En: **Vermont Law Review**, Pittsburgh, Ed. University of Pittsburgh Legal Studies Research, v. 28, n. 3, p. 683-712, 2004.
- DYZENHAUS, David. **Hard cases in wicked legal systems**. Oxford: Oxford University Press, 2010.
- FRASER, David. **Law after Auschwitz**. Durham: Carolina Academic Press, 2005.
- HART, Herbert Lionel Adolphus. Positivism and the separation of law and morals. En: **Harvard Law Review**, Harvard, Ed. University of Harvard, v. 71, n. 4, p. 593-629, 1958.
- IRIGOYEN CASTILLO, Jaime Francisco. **Filosofía y diseño: una aproximación epistemológica**. México (D. C.): Universidad Autónoma Metropolitana, 2008.
- OLIVARES DE LA FUENTE, Leticia. (2015, 17 de Julio, p.17). El turismo bélico: el caso de Berlín. (Trabajo Fin de Grado)–Universidad de Valladolid. Facultad de Ciencias Sociales, Jurídicas y de la Comunicación. Disponible em: <<https://uvadoc.uva.es>>.
- RADBRUCH, Gustav. Statutory lawlessness and supra-statutory law. Traduced by B. Paulson y S. Paulson. En: **Oxford Journal of Legal Studies**, Oxford (United Kingdom), Ed. Faculty of Law, University of Oxford, v. 26, n. 1, p. 1-11, 2006.
- RUNDLE, Kristen. **Forms liberate**. Oxford/Portland: Hart, 2009.
- UMPIERREZ, Claudia Solís. Los zapatos em el Danubio de Gyula Pauer y Can Togay. 2011. Disponible en: <<https://depasoarte.blogspot.com/2011/04/los-zapatos-en-el-danubio-de-gyula.html>>.

Submissão em: 19 de novembro de 2020

Último Parecer favorável em: 27 de fevereiro de 2021

Como citar este artigo científico

MOYA MILLÁN, Edgar José. Relaciones complejas entre el derecho y sociedad: los zapatos en el Danubio. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, v. 2, n. 1, p. 209-220, jan.-abr. 2021.

A Benyújtás Feltételei
Amodau Cyflwyno
Başvuru Koşulları
Bedingungen für die Einreichung
Betingelser for Indsendelse
Betingelser for Innsending
Coinníollacha Maidir le hAighneacht
Condiciones de Envío
Condições para o Envío
Condicions per a L'enviament
Condiții de Depunere
Conditions de Soumission
Conditions for Submission
Condizioni per la Presentazione
Cumhachan Airson Tagradh
Esitamise Tingimused
Esityksen Ehdot
Iesniegšanas Nosacījumi
Konditioune fir d'Soumissioun
Kundizzjonijiet għas - Sottomissjoni
Kushtet e Paraqitjes
Pateikimo Sąlygos
Podmienky Predkladania
Podmínky pro Předkládání
Pogoji za Oddajo
Skilyrði fyrir Framlagningu
Талсыру Шарттары
Uslovi za Podnošenje
Uvjeti za Podnošenje
Villkor för Inlämning
Voorwaarden voor Inzending
Warunki Przedłożenia
Услови за поднесување
Услови за подношење
Условия подачи
Условия за Подаване
Умовы для Прадстаўлення
Умови подання
Προϋποθέσεις για Υποβολή

CONDITIONES PARRA SUBMISSÃO

CONDIÇÕES PARA SUBMISSÃO

CAPÍTULO I DAS DISPOSIÇÕES INICIAIS

Art. 1.º As regras para a recepção e publicação de textos científicos, pela **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** são as descritas no presente Regulamento, respeitadas as condições fixadas no art. 26 deste Regulamento.

Art. 2.º Para o presente Regulamento, entende-se por textos científicos os artigos científicos, e outras manifestações jurídicas, descritos com as formalidades e padrões da norma culta e observância das normas fixadas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas, especialmente a ABNT 6023.

Art. 3.º A **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** é um periódico de divulgação científica da **Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros**, tem periodicidade quadrimestral e não tem fins lucrativos.

Art. 4.º A **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** não cobra qualquer valor pela publicação de textos de cunho científico e, em contrapartida, não paga aos autores quaisquer valores a título de direitos autorais.

Parágrafo único. A **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** divulgará sem custo para os destinatários, e sem fins lucrativos, os exemplares publicados.

Art. 5.º A **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** tem por objetivo a divulgação científica do segmento do Direito, constituída de:

- I – artigos científicos;
- II – diálogos que a Academia Jurídica tem para com os seus membros;
- III – resenhas ou críticas de livros da área do Direito;
- IV – Sentenças, Acórdãos ou Pareceres, na íntegra, com temas inovadores e que não sejam segredo de Justiça.

Parágrafo único. Em se tratando de Sentenças ou Acórdãos, os nomes das pessoas envolvidas com qualidades de partes ou procuradores deverão ser, em regra, omitidos ou apresentados de forma abreviada ou fictícia, impossibilitando a identificação direta.

Art. 6.º A **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** publica textos científicos escritos em:

- I – Idioma Espanhol;
- II – Idioma Francês;
- III – Idioma Inglês;
- IV – Idioma Italiano;
- V – Idioma Português;
- VI – demais Idiomas da Europa.

Art. 7.º Os textos científicos submetidos à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** são de inteira responsabilidade dos seus autores não somente quanto à autoria e isenção de plágio, quanto a conceitos, opiniões e desenvolvimento de teses doutrinárias e acadêmicas.

Art. 8.º A submissão de textos de cunho científico à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** significa imediata e incondicional aceitação das presentes regras e a cessão de direitos autorais à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**.

Parágrafo único. Após a publicação de um texto científico na **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, uma republicação em qualquer parte do Brasil, em qualquer época, somente poderá acontecer com autorização prévia da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** e a necessidade de a ela ser feita referência, alternativamente, de forma:

- I – direta, indicando nome completa da Revista, número do volume, número da edição, e páginas iniciais e finais da publicação; ou
- II – indireta, mediante referência simplificada indicativa da publicação, como “Agradecimentos especiais à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, pela divulgação deste trabalho científico”.

Art. 9.º Toda a digitação, incluindo citações e referências, deve obedecer às regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

§ 1.º Os tipos ou fonte da digitação serão Times New Roman, tamanho 12 para o texto, e este digitado com espaço 1,5 entre as linhas.

§ 2.º O sistema de citação será no próprio corpo do texto, incluindo o nome do autor, a data da publicação e o número da página em que há a citação.

§ 3.º As notas de rodapé poderão ser utilizadas apenas para identificação dos autores e para as demais informações complementares do texto.

§ 4.º As referências serão inseridas ao fim do texto, com:

- I – espaço simples entre linhas;
- II – o texto das referências alinhadas à esquerda;
- III – o título da obra em letras com efeito negro;
- IV – o subtítulo “Referências”, em letras maiúsculas, em negrito e centralizado;
- V – uma só linha de distância entre uma entrada e outra.

§ 5.º O Resumo, em Língua Portuguesa, e correspondentes em Língua original do autor do artigo científico, deverão ser digitados em espaço simples entre as linhas.

§ 6.º As publicações mais atuais da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** serão os modelos e exemplos das regras contidas no presente artigo.

Art. 10. Em atenção aos autores de outros países, para os quais as regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) são de difícil entendimento, até mesmo pela inexistência de traduções para todos os Idiomas, será admitida a recepção de textos científicos segundo outras normas, respeitadas as condições expressas no art. 24 deste Regulamento.

Art. 11. Os nomes e endereços dos autores que têm textos científicos publicados ou, simplesmente, submetidos à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, são por ela usados com exclusividade, e não serão disponibilizados a pessoas, naturais ou jurídicas, fora do âmbito da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**.

Parágrafo único. Excetuam, quanto à divulgação, a inserção do endereço eletrônico do(s) autor(es) na qualificação junto ao texto publicado, em atendimento às normas da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), órgão do Ministério da Educação, quanto aos dados mínimos para efeitos de classificação do periódico.

CAPÍTULO II

ARTIGOS CIENTÍFICOS

Art. 12. Os artigos científicos devem ser de autoria de, no máximo, três pessoas, sendo preferência que pelo menos um deles tenha título Acadêmico de Doutor.

Art. 13. Para os artigos científicos que contenham resultados de pesquisas patrocinadas por órgão de fomento, serão admitidos o máximo de quatro autores, sendo pelo menos um deles obrigatoriamente com título Acadêmico

de Doutor, desde que identificado o órgão de fomento junto à qualificação e à filiação acadêmica.

Art. 14. Os artigos científicos que sejam resultado de pesquisas de campo, com aplicação de entrevistas ou questionários, devem ser acompanhados de comprovante de registro da correspondente pesquisa na Plataforma Brasil.

Art. 15. Os artigos científicos devem:

I – conter, no mínimo, dez laudas, com observância, quanto à digitação, ao contido no art. 9.º deste Regulamento;

II – ser inéditos no Brasil.

CAPÍTULO III

DIÁLOGOS, RESENHAS, SENTENÇAS OU ACÓRDÃOS

Art. 16. Para efeitos da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, entende-se por:

I – Acórdãos ou Sentenças: peças jurídicas de autoria de Juízes e Desembargadores, com temas ou decisões inovadoras, oriundas de processos judiciais, e que possam ser divulgadas em razão do teor;

II – diálogos que a Academia tem para com seus membros:

- a) estudos especiais envolvendo o Direito;
- b) falas em aulas inaugurais de Curso de Direito;
- c) falas em Bancas Examinadora de candidatos a títulos acadêmicos;
- d) textos de cunho científico, ligados ao Direito, mas não sendo o foco principal no Direito;

III – Pareceres: peças jurídicas de autoria de Juízes, Desembargadores e integrantes do Ministério Público, com temas inovadores, que possam ser divulgadas em razão do teor, e que possam vir a servir de base para futuras decisões no segmento jurídico;

IV – resenhas ou críticas de livros da área do Direito:

- a) análise de livros da área do conhecimento do Direito;
- b) considerações comparativas de um livro de Direito com outro livro ou de Direito ou de disciplina afim ao Direito;
- c) crítica, equiparada à crítica literária, em relação a livros de Direito.

Art. 17. Os textos científicos submetidos à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, para as seções “Estudos Continuados”, “Acórdãos, Pareceres e Sentenças” ou outra que venha a ser criada na forma do presente Capítulo III deste Regulamento, deverão:

I – conter, no mínimo, cinco laudas, com observância quanto à digitação, ao contido no art. 9.º deste Regulamento;

II – ser inéditos no Brasil;

III – ter autoria individual ou, em casos excepcionais e especiais, dois autores.

CAPÍTULO IV **A SUBMISSÃO**

Art. 18. A submissão de texto científico à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** é ato de decisão unilateral do autor ou dos autores e não correspondente a uma responsabilidade da Revista para que haja publicação.

Parágrafo único. O caráter de ato unilateral e responsabilidade única do autor ou dos autores acontecerá ainda que o autor ou os autores tenham recebido comunicação da Revista, ou do seu Editor, ou de membro da **Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros**, quanto à abertura de Edital ou outra forma de divulgação da existência do periódico e da possibilidade de submissão de textos científicos.

Art. 19. A submissão representa a declaração do autor ou dos autores de que o texto científico:

I – é inédito;

II – não contém plágio ou qualquer apropriação de textos de terceiros;

III – não contém sistemas de identificação, por via oblíqua, que possa prejudicar a análise pelo sistema cego de avaliação;

IV – não foi submetido, no todo ou em parte, à avaliação de outro periódico, embora ainda não publicado.

§ 1.º Considera-se inédito o texto científico que foi apenas:

I – objeto de apresentação de resumo oral em evento científico, sem divulgação impressa do seu texto propriamente dito;

II – publicado em Anais em forma de resumo, sem divulgação impressa do seu texto propriamente dito;

III – resultado de trabalho de curso – Monografia, Tese, Dissertação – cuja divulgação foi apenas quanto à apresentação oral e/ou encadernação para depósito junto à Instituição de Ensino.

§ 2.º Até que a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** altere a redação do presente artigo deste Regulamento, especialmente em seu inciso III, a identificação do nome do autor, com sua qualificação e filiação a uma Instituição de Ensino Superior não são itens considerados como forma de identificação que prejudica o sistema cego de avaliação, porque esses dados serão retirados, pelo Editor, quando da remessa para a análise dos membros do Conselho de Pareceristas.

Art. 20. Ao submeter um texto científico à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, o autor ou os autores se responsabilizam quanto às informações referentes à titulação, ao vínculo com Instituição de Ensino ou de Pesquisa e outros dados que forem inseridos na qualificação.

Art. 21. A submissão representa a declaração de certeza e conhecimento de que não haverá pagamento ou retribuição ao autor, nem a título de *pro labore*, bem como não há outra prevista vantagem como compensação pelos direitos autorais automaticamente cedidos.

Art. 22. Ao submeter um texto científico à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, os autores de textos com autoria coletiva se declaram cientes de que, ainda que o texto seja remetido indicado autoria em outra ordem, aparecerão na **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** como autores os nomes na seguinte ordem e prioridade:

I – quem tiver título Acadêmico de Doutor, se único entre os coautores;

II – os coautores que tenham título Acadêmico de Doutor, na ordem constante do texto científico recebido;

III – quem tiver título Acadêmico de Mestre, se único entre os coautores;

IV – os coautores que tenham título Acadêmico de Mestre, na ordem constante do texto científico recebido;

V – quem tiver título Acadêmico de Especialista ou Pós-Graduado *Lato Sensu*, se único entre os coautores;

VI – os coautores que tenham título Acadêmico de Especialista ou Pós-Graduado *Lato Sensu*, na ordem constante do texto científico recebido;

VII – quem for apenas graduado, sem títulos Acadêmicos, na ordem constante do texto científico recebido.

Parágrafo único. Quando um autor fizer a submissão de texto científico de autoria coletiva, torna-se o responsável pelas informações também referentes aos coautores.

Art. 23. Ao submeter um texto científico à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, o(s) autor(es) declara(m) saber que o texto poderá sofrer adaptações quanto à formatação, para seja adaptado à padronização do material publicado.

Art. 24. Especialmente quanto aos autores não brasileiros, para os quais as regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) são de difícil entendimento, até mesmo pela inexistência de traduções para todos os Idiomas, a submissão de texto científico fora das regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), conforme art. 10 deste Regulamento, significa a imediata e incondicional autorização para que o Editor faça as transformações e padronizações segundo as normas da **Revista**

Ultracontinental de Literatura Jurídica e da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

Art. 25. Uma vez submetidos à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, os artigos científicos serão analisados por avaliadores pelo sistema cego de análise (*double blind review*), sendo obedecidas as seguintes condições:

- I – dois pareceres positivos representam aprovação para publicação;
- II – dois pareceres negativos representam reprovação e não aceitação;
- III – um parecer positivo e um parecer negativo representará a necessidade de submissão a um terceiro avaliador, cujo voto decidirá como o segundo voto de uma das categorias que levarão à aprovação ou à reprovação.

CAPÍTULO V

DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 26. As condições omissas no presente Regulamento serão decididas pelo Editor da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, que considerará:

- I – a decisão para o caso concreto, com solução especial e válida somente para a dúvida ou proposta apresentadas;
- II – a possibilidade de submissão da dúvida ou proposta apresentadas à Diretoria da **Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros**, para inserção no presente Regulamento e passar a ser regra geral do momento em diante.

Art. 27. O presente Regulamento poderá ser modificado por decisões da Diretoria da **Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros**.

Parágrafo único. As alterações entrarão em vigor no quadrimestre que se seguir ao quadrimestre em que ocorrer a alteração, ainda que não tenha ainda sido publicada a Revista contendo o Regulamento com o texto alterado.

Art. 28. O presente Regulamento entrará em vigor com a publicação do volume 1, número 1, da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**.

Montes Claros (Minas Gerais, Brasil), 21 de maio de 2020.

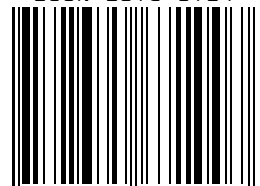
Professor Mestre Richardson Xavier Brant
Professor Mestre Waldir de Pinho Veloso

ASSOCIAÇÃO DE LETRAS JURÍDICAS DE MONTES CLAROS

Endereço: R. Francisco Versiane Ataíde, 389/703, Bairro Cândida
Câmara, Montes Claros, Minas Gerais, Brasil, CEP 39401-039.



ISSN 2675-6714



9 772675 671007