

# HUMAN RIGHTS AND UNIVERSAL LEGAL

## Volume II

DINALDO SILVA JUNIOR  
ELENA MARTÍNEZ-ZAPORTA ARÉCHAGA  
DIEGO MOURA DE ARAÚJO  
(Directors)



# HUMAN RIGHTS AND UNIVERSAL LEGAL

## Volume II

DINALDO SILVA JUNIOR  
ELENA MARTÍNEZ-ZAPORTA ARÉCHAGA  
DIEGO MOURA DE ARAÚJO  
(**Directors**)

*autografía*

Barcelona, 2017

*Human Rights and Universal Legal*

SILVA JUNIOR, Dinaldo (Director)

ARÉCHAGA, Elena Martínez-Zaporta (Director)

DE ARAÚJO, Diego Moura (Director)

ISBN: 978-85-518-0202-1

Volume 2, May, 2017.

EDITON: Autografia and Maria Consuelo Pons Pons

REVISION: Vicenta Cervelló Donderis, Romulo Palitot, Genevieve Chevassus,  
Pedro Henrique de Ataíde, Maria Luiza Mayer Feitosa, Eliane  
Superti, Francisco Santos, Marizete Santos, Cristina García Pascual,  
Paulo Milhomens Fonseca e Nicolau Crispino.

EDITORIAL AUTOGRAFÍA

Carrer d'Aragó, 472, 5<sup>e</sup> – 08013 Barcelona

[www.autografia.es](http://www.autografia.es)

All rights reserved.

No part of this publication may be reproduced or transmitted,  
in any form or by any means, without permission.

# TABLE OF CONTENTS

---

PREFACE	7
LES DÉFIS DES CONFLITS ARMÉS DANS LE DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE: LES CAS DE LA COLOMBIE ET DE L'UKRAINE <i>Raquel Esther Jorge Ricart, Dinaldo Barbosa da Silva Junior</i>	21
LA CUESTIONABLE EFICACIA DEL DERECHO HUMANO AL ALIMENTO <i>Elena Martínez-Zaporta Aréchaga</i>	42
O DIREITO AO ESQUECIMENTO E SUA INTERPRETAÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA E BRASILEIRA <i>Diego Moura de Araújo</i>	61
O PAGAMENTO INDIRETO DA COMPENSAÇÃO AMBIENTAL (ART. 36, LEI Nº 9.985/2000) E A ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS <i>Pedro Henrique Sousa de Ataíde, Talden Farias</i>	80
DIRITTI UMANI E LA DIFFERENZA CULTURALE: LA VISIONE RELATIVISTA DI UN DIRITTO UNIVERSALE <i>Silvia Di Meo</i>	100
LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS SOCIALES EN LA ACTUALIDAD EN LOS PLANOS INTERNACIONAL Y ESTATAL DE PROTECCIÓN <i>María Dalli</i>	122
LAVADO DE ACTIVOS E INFRACCIÓN PREVIA COMETIDA EN EL EXTRANJERO: UN DESLIZ DEL LEGISLADOR CUBANO <i>Dayan Gabriel López Rojas</i>	138

LOS ATAQUES CON ÁCIDO COMO UNA DE LAS FORMAS DE LOS CRÍMENES DE HONOR	160
<i>Marta Szygendowska</i>	
SOBRE EL VALOR NORMATIVO DE LA CONSTITUCIÓN Y LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDEN ECONÓMICO	183
<i>Andrea Alarcón Peña</i>	
RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL Y PRINCIPIOS RECTORES DE NACIONES UNIDAS EN EL MARCO DEL INSTITUCIONALISMO	204
<i>Dilía Paola Gómez Patiño</i>	
UN ENFOQUE CRIMINOLOGICO DEL DERECHO A LA MEMORIA DE LAS VÍCTIMAS DEL TERRORISMO	224
<i>Mireia Company Alcañiz</i>	
CONSIDERACIONES EN TORNO A LA CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 47º DEL CÓDIGO DEL TRABAJO, A LA LUZ DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL Y EL DERECHO DE PROPIEDAD EN CHILE	242
<i>Bruno Aste Leiva</i>	
A EFICÁCIA E A IMPORTÂNCIA DA OBRIGATORIEDADE DO <i>RECALL</i> NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO COMO INSTRUMENTO PARA ASSEGURAR A DIGNIDADE DO CONSUMIDOR	257
<i>Gisele Amaral</i>	

## PREFACE

---

It is an honour for me to be able to draft a text that will serve as a preface to the book *Human Rights and Universal Legal*, now published by happy chance. Firstly, because it is a collective work which brings together legal experts, teachers and researchers, who dedicate their time to search for ways, that Law seems to have lost, in which to effect Fundamental Human Rights. They do so in an increasingly uneven, troubled and violent world, showing a detached and courageous attitude that cannot go unnoticed in a world of selfish and utilitarian individualism.

Reading the following texts carried me back to about thirty years ago when, in the beginning of a career as a university professor and jurisconsult, I decided to dedicate my free time to an investigation on the origin of the separation between the universal Rights for Humanity, aimed at peace through Justice, and the international Law of States, to achieve an order, albeit without justice.

Unfortunately, after all this time that we have been expecting a progression of the mentalities of rulers in order to consolidate national and international institutions by rule of Law and to settle the pace of its decisions by the compass of Justice, we see just the opposite, namely the increase of: total armed conflicts, with no regard for civilians and the most fragile members of society; racism and xenophobia; religious intolerance; inequalities between rich and poor and between North and South.

After having deposited all our hopes into the Constitutional texts of all States that chose the constitutional rule of Law as a model of politi-

cal organisation and, in the field of international relations, into multilateralism through the UN, it is with concern that we see today a huge setback in internal and external plans.

Law has become a trite word in political speeches and its use by the tormentors or executioners of legal values has caused an immense crisis in the credibility of legal systems as a response to violent offenders, dictators, profiteers and hoarders. The legitimacy to govern and legislate based on popular vote, in systems simply called democratic, is not enough to promote Justice by Law. Legislators need to know the rules of Law and to take them as limits to their action and governors need to have the sensitivity and culture to accept this limitation as an unparalleled collective guarantee as any other form of political organisation of human communities.

To Europeans, the biggest issue of disregard for Human Rights is the so-called “refugee crisis”, which knocked on their door after an attempt of annihilation of the ways of state government that came out of Middle Eastern and African decolonization processes and that resulted from the fights against the dictatorships in which they were based.

Without any concern for the effects of the storms that were so irresponsibly and criminally sowed, an uncultured and indecent political elite started wars without knowing how to end them or how to resolve the conflicts that caused them. The same elite who is then not able to create appropriate political responses to the reception and possible integration of the millions of refugees who resulted from these conflicts, leading to a growing atmosphere of xenophobia, caused by a real increasing insecurity, and to refugees being abandoned to their own fate (often easy victims of the same radical killers from which they intended to escape in their own countries).

Internal divisions, prejudices between peoples and ancient rivalries born of divergent interests paralyze the European Union. The UN is not able to reform and, beyond the rhetoric of peace and hope, has



little more to offer to those who suffer from hunger, oppression and neglect<sup>1</sup>.

The UN should adopt as its currency, to materialize in concrete actions: “Believe in the Good; Love the Beautiful; Do the Just”. Accept that Peace is only achieved through Justice and that only through Law can it be made<sup>2</sup>. That Law integrates rules formulated by jurists on the basis of specific cases and not as a result of political imposition of deliberations with normative nature.

For this reason, you cannot call international law the resolutions of the Security Council or the decisions of political directories that convey the interests of the most powerful. This is international law, which often ignores Law and the requirement of Justice that is intrinsic to it (justice is the only food of peace).

It is now said that UN ideology are Human Rights, but nothing is done to re-invest in the implementation of the covenants and the Declarations of Human Rights; and in effective nuclear disarmament of all, including great powers; and in ending the militarization of multinational profits, via Security Council resolutions. Those who believe in the ability of UN intervention might find themselves in a similar situation to that of Bosnians, Rwandans, Sahrawi, Palestinians, Kurds...

International Refugee Law must win over the useless panoply of laws without execution and speeches without implementation. We must win over the shadows and educate without weakness, without fear against the indifference that germinates hatred. The UN must take over the priority given to Education in the fight for the future of Humanity.

---

1. As already pointed out in the text published in the collective work in Tribute to Eng. António Guterres, new UN Secretary General.

2. View the wise words of Pope Francis, in books such as Care for Creation: Reflections on the State of the World; The Gospel of New Life; Open Mind, Faithful Heart; True Power is Service; Love is Contagious: The Gospel of Justice.

As I have written before, when the images of the inert body of Aylan Shenu were broadcast on the beach of Bodrum in Turkey in the summer of 2015 with its angelic face placed on the sand, drowned in the murky waters of the Mediterranean by the insanity of Men, I thought the shock caused in all those who saw it would change UN's position in order to put an end to the causes of the exodus of the people of Syria. A cruel war - that does not differentiate between military and civilians, adults or children, old or incapable, healthy and injured - took over everything and everyone.

But nothing changed. The members of the Security Council continued a dialogue of the deaf, distributing blame from one another and feeding the sort of hatred that gives terrorists a cause. After speeches of circumstance, usual in similar occasions, everything kept on going the same or got even worse. There are few and always shunned those who seek to give visibility to the invisibles of the Earth, fighting the horsemen of the apocalypse in a time of triviality of evil and indifference towards others.

The origin of the war that causes this suffering is in family dictatorships that perpetuate themselves through power by intimidation and fear and through what responsible governments' propaganda disseminated by their allied social media companies have called *Arab spring*<sup>3</sup>. We know what the process of democratization in the Middle East should have been and what it became; how it started and who supported it regardless of the effect it would have.

After Egypt, Libya, Syria, Yemen and before Chechnya, Rwanda, Ukraine, Kosovo and the former Yugoslavia and further back as far as

---

3. It had already happened like this with the key centres of misinformation and manipulation, based in large English, French and American multinationals, making a campaign out of images and comments against Serbia and its President Slobodan Milošević (after all acquitted of war crimes by the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia, on 17 August 2016, at p. 2590 of sentence against Radovan Karadžić) preparing an illegal NATO intervention. Ten years after his death, the truth is known by the ruling of judges. The war crimes committed by the Serbs (and they were not the only ones committing them) were not ordered by their President, who was charged and convicted in the public square (for having done so) by commentators and journalists in the current media *far west*.

the memory of an avoidable suffering takes us. History was not studied to act in the Present; there is no investment in Education for peace; no encouragement of equal and sustainable development in all countries; the news prepare political decisions, establish prejudices, feed hatred.

The UN has a Security Council that starts wars they say are legitimized by “Law” instead of promoting peace by ending wars; a UN that accepts a reductionist view of the “International Community” without knowing how to deal with those excluded from “UNist” power; a UN that accepts to act under the conditions laid down by its financiers; a UN that abdicates to intervene where larger interests express themselves freely and with impunity<sup>4</sup>.

A UN where, by order of Mr Ronald Reagan, Boutros Boutros-Ghali, African secretary-general of the Organisation, is replaced for refusing to obey him. A UN that legitimizes with divided decisions of the Security Council the invasion of Iraq by US forces and some of its allies, with fake evidence of the existence of chemical weapons as the only grounds for its decision. A decision with terrible consequences and a mandate so irresponsibly and incompetently exercised by Americans, that still today it marks with suffering the people of the region.

A terrorism that grows without organised response from the UN. Weakened by war hawks that use it for their own interest, creating fear in order to provide security by eliminating freedom and restricting rights<sup>5</sup>. Who can forget the source of Al-Qaida in the religious fanatic

---

4. Have we forgotten the Russian crimes in Chechnya and the terrorist crimes committed by self-designated Islamic groups against Russians? What was done to prevent the genocide of the people of Darfur? What was prepared to not prevent deviations from the universal Olympic ideal? What has been done to protect the languages of the planet?

5. The world security drift that impoverishes Law and weakens Justice (and with it human dignity) has concrete authors (it is not like financial capital that hides in the anonymity of corrupting societies). In Europe, confusing the arrival of refugees with the increase in terrorism has been a demagogic weapon used by populist politicians with great ignorance and irresponsibility. Europe has known in the Past and has remnants still today of violent internal terrorism with a record of catastrophic deaths and injuries. In addition, many of the most violent terrorists of jihadism are Europeans who entered Syria through Turkey, which is a NATO country. Security is important and a duty of the rulers to the governed, for there

Afghan Taliban, who fought soviets in Afghanistan with the political and military support of the United States? Who does not know today that from this event emerged the radical movements that, under the caliphate of the “Islamic State”, united against the governments of Syria and Iraq - legitimizing Russia’s support to the dictatorial government of Bashar al Assad as a “fight against terrorism”.

How to continue looking at Pearl Harbor as justification of Hiroshima and Nagasaki and looking at September 11 as the reason for the catastrophe that befell the Arab world (with a litany of extermination of non-Islamic peoples, of extermination of thousands of random victims among Muslim believers and an increasing number of Christian martyrs at the hands of unbridled Muslim religious radicals). How to defend an international Justice to be exerted by the International Criminal Court if its partiality is structurally dependent on its memberships and its strength only known against the weak, thus ensuring the immunity of the powerful.

A UN unable to respond to the issues of global warming by the frantic exploitation of Earth’s natural resources; with no universal policy to respond to desertification and environmental refugees; unable to fight corruption, be it human, linked to arms, or rare-animal trafficking; a UN that has not been able to preserve the *ethical minimum* of Humanity.

A UN with no strategy to face the “democraships”<sup>6</sup>, which multiply from Putin’s Russia to Erdoğan’s Turkey, from Duterte’s Philippines to el-Sisi’s Egypt. A UN with no strength to halt the extrajudicial executions

---

is no freedom without security; *securiticism* is the infantile disease of digital democracies and a bad adviser, to be avoided.

6. Term invented by Pierre Hassner to designate countries of Eastern Europe that, after the fall of the Berlin Wall, began processes for multiparty democracy, but which has been applied to regimes that, although founded and legitimized by popular suffrage, validate a type of authoritarianism that presents itself as more stable and effective and more protective of the People than the Democracies. Characterized by national and religious exaltation, the cult of personality of the leader and a more or less visible control over the economy and society exert a fierce repression, through fear and humiliation, of political opposition and opinionated divergence.

determined by Obama or the war crimes committed in Syria. Without the morale to demand that the Chinese regime respect the most basic human rights and the North Korean dictator show decency. A UN that is unable to stop the abduction of women in Nigeria or the killings in Sudan. That is unable to eliminate, by force of “blue helmets”, the delinquency of the “Islamic State”. Unable to answer the scourge of war rapes, hunger as a political weapon, torture for the survival of dictators, the humiliation of innocent people because of whom they are.

This brief overview, without any pretence of being complete, is only intended to show the failings and weaknesses of an Organisation which arose with noble and concrete goals and that, after the hecatomb of World War II, has been trying to straighten many issues, but has wronged many times and with very negative effects on those who trusted in this Organisation for the defence of universal Human Rights.

Many of its errors have to do with congenital weaknesses, but many others have to do with a complete mismatch between its institutions and organisational standards and the Humanity of Today. They are organisational anachronisms that can only be overcome by a deep reform of the UN (since there is no path for its extinction, nor for organisational experimentalisms that diminish it as a world organisation of peoples represented in States).

The hierarchical structure of kelsenian inclination that keeps World War II winners as the owners of the World, compared with the recognised power of the permanent members of the Security Council, must end. A collegial UN Government model should be attempted that is horizontal in nature and based on judiciaries with even number-elected holders that have interdependence of powers and exclusivity of functions in their political response before the General Assembly.

The mode of financing of the UN needs a thorough review that does not allow for the supremacy of the richest in important policy decisions for all (*quod omnes tangit*); as well as a set of effective rules that leave indebted peoples at the mercy of unscrupulous bankers, through

the abolition of the Bretton Woods agreement and of the mechanisms and institutions (IMF, World Bank, WTO...) that allow – under the cover of freedoms – the unlimited power of the most powerful and the enrichment of the richest.

The elaboration of a global pact for equality between all the peoples of the planet in the access to natural resources, to knowledge and to the use of new technologies, drinking water and arable land; to gender equality and freedom of movement; to the rights of the human person to a dignified life – so that the inequalities between peoples be attenuated, prejudice won and resentment given rise to solidarity.

A global pact to support European countries in receiving refugees, thus mitigating local problems caused by the massive and unexpected arrival to Europe of millions of people. To remember Europe is the result of the migration of people in the European territory. To fight poverty, improving the allocation of resources and promoting equal opportunities among Europeans<sup>7</sup>. To legally implement human dignity in EU laws and not see it as a figure of discursive rhetoric from European leaders.

The refugee crisis (the biggest in Europe since World War II) has to do with the future of Europe. What Europe does now will determine its collective future. Despite the many contradictions and errors, Europe has fared relatively well by aligning its legal values on the human person with the hard, complex and difficult reality that has been created with the massive arrival of refugees<sup>8</sup> who come to settle as emi-

---

7. Solidarity does not compete with itself. Support for refugees does not limit or condition social support to the most disadvantaged in the host States. This is not the place to develop the principles of social State and the foundations of social economy, it is enough to refer to statistical data. Refugees are people who need help and those who help, help all without distinction.

8. Recognition made by Pope Francis in the following words: "(...) I want to say that Europe has become aware and I thank it (...) I congratulate you and thank you [to the Portuguese] for what you are doing and I give you some advice: on the day of Judgment, we already know what we will be judged for, it is written in the 25th chapter of St. Matthew. When Jesus told you I was hungry, did you feed me? You will say "yes" ... And when I was without refuge, as a refugee, did you help me? "yes". I congratulate you:

grants (with no plans to return to their origins)<sup>9</sup>. A massive entry (not an invasion), with the many affects it entails for the fragile European balances<sup>10</sup>.

To educate, in a Europe of mostly Christian matrix<sup>11</sup>, revealing that Islam (religion) is different from Islamism (ideology)<sup>12</sup> and this from

---

you will pass the exam (interview given to journalist Aura Miguel of Rádio Renascença - Lisbon, September 2015).

9. This is not the place to make conceptual differences between refugees, exiled, emigrants, etc. Let's just remember the fact that these refugees choose the places they want to go to and refuse to be placed in countries such as Portugal, Greece or even Spain and France, preferring strong economies and states with more advantageous social policies (Germany, Sweden...). Portugal prepared to receive 150,000 refugees and communicated this to the EU authorities. It only received about 1500 and many have already left by taking advantage of the European free space, without borders. But will these legal concepts make sense in a humanitarian crisis? Will they not be just semantic nuances to justify attitudes of exclusion and repudiation? I think so.

10. Let us be practical (resisting the realisms of convenience) without abdicating utopias. It is not possible to make a comparison between states without taking into account the many differences refugee host countries and their respective origin nationalities entail. In this respect, a comparative analysis must be carried out starting, for example, from the case of Lebanon, where the massive influx of Palestinian refugees has altered the country's balance and this has paid a heavy bill, with civil war and political and military instability, which still occur. The rulers of these States must be able to balance human values of their societies with the possibilities of their resources to keep them in peace. This is a difficult task that can only be successful if the people who govern and the governed are educated in reception, solidarity, tolerance and peace. And not only do they have the right but also the duty to demand that these values and goals be assumed by refugees as well as their educational commitment along these lines, creating new political ties of belonging. Multiculturalist models tolerant of the preachers of hatred, exclusion and discrimination; identity blackmail; intellectualized conversations about *assimilationism*; and the politically correct discourses of today are not adequate for this task. We need to take care of each other by sharing common elements about people's humanity, and for that we must think of customs, political models, and social and educational institutions best suited for this. But site is Politics on long-term registration. It is not for now, when the motto must be: "welcome, you are safe among friends".

11. We will not discuss here the historical evidence not assumed or even denied by European politicians without culture but with a strong sense of opportunity and situated in the system where they survive and reap their privileges. On refugees, Pope Francis said that the cause behind refugees is a bad and unjust socioeconomic system, which has deprived the person and put the money-God in the centre (interview given to journalist Aura Miguel of Rádio Renascença - Lisbon, September 2015). The Christian civilizational base of Europe is a fact of History that allows us to recognize the importance of other religions, of atheism and agnosticism, in this European construction, in the experience of a religious freedom conquered with the hard sacrifice of so many.

12. Recalling what was the difference between the Catholic Christian religion and the ideology of Christianity-Catholicism in the History of Europe, with the negative effects on civil society and the unleashing of wars and persecutions. And what was the Protestant rapture synthesized in the "Reforma-

Jihadism (violence) and remember, for instance, the way in which the secular community of *Ismaeli* Islamic faith has contributed to the future of our common humanity. To educate, remembering what Europe is, due to its History, due to the different, but shared, memories of its peoples; due to the divergent narrative of facts that took place in it.

To rethink the effects that a return to the borders of European identity in the Balkans (with the destruction of Yugoslavia) and further East with the end of the Soviet Union (both supported by the US and the EU) have on the increase of nationalist, xenophobic and anti-democratic movements in the European States and in the free space of movement created by the European Union and guaranteed by Schengen and also, the human values represented in this structural beam of a united Europe. To study those processes of State re-nationalisation, starting from the revolutions of 1848 in Europe, and to see who truly made a profit from it and what price you pay with one or another of the solutions.

The UN needs to support Europe, because Europe is essential to the UN. A Europe that must politically win its internal enemies and overcome walls, intolerance and shame of exclusion and repudiation of the different values it conquered, founded on the dignity of the human person, on the Welfare State, on the inclusion of differences. With a common European home it will be easier to build the universal common home, taking into account the pedagogical importance of the example given without the supremacies of yore.

To support the initiatives of “positive economics” aimed at preparing human development in the long term, thinking of future generations. A UN that responds to market globalization and its deregulation with a universal power, strong enough to accept Law as the rule of functioning and acting and education for peace as a priority with full pedagogical commitment of the States.

---

tion” and ideological and rancorous militant Protestantism. The battles for the separation of Church and State; Religion and Politics; Law and Theology.



To create Commissions/UN of Truth and Reconciliation to allow families and victims of crimes committed by dictators, during civil wars, international conflicts and acts of terrorism to know what happened, meet the authors and hear their testimony, their repentance and to have the conditions to forgive. To only then, for those who do not accept this *restorative justice*, create judicial instances. But a procedure common to all, whoever they may be, judging by default those who are protected by their respective States.

A UN that promotes education Manuals, from Primary school to High education, for the respect of Human Rights to be adopted in the education systems of Member States – if required as a necessary condition to access membership of the Organisation – joining the larger examples of these values, from Nelson Mandela, Sérgio Vieira de Mello and Malala Yousafzai to the more anonymous<sup>13</sup>.

To deal with the problem of the Israeli and Palestinian peoples through a commitment of the United Nations in the creation of bonds of trust, which are being successively destroyed by terrorist actions without a firm, consistent and determined action of the UN<sup>14</sup>. A first step would be the demilitarization of Jerusalem and the installation of UN headquarters in the city; as well as a military force of its own, in which the supreme commander were the Secretary-General, in order to make effective collective decisions of Humanity.

To rule out any doubt as to the supremacy of the UN among international Organisations, dismantling competing powers (since they should

---

13. As the Muslim Jemal Rahman who, in April 2016, offered himself as prisoner of the terrorist group *al-Shabab* to save from captivity and death his anonymous Christian friend. Terrorists murdered them both.

14. A UN that does not sufficiently remember those who were murdered because they worked for effective Peace, such as Anwar al-Sadat, Yitzhak Rabin and Sérgio Vieira de Mello, and that does not preclude the promotion of violent and intolerant characters who merely want its Peace, a Peace against others, a Peace that rewards its war and the victory of its ideas. Peace is not just the absence of war. It takes a legal densification of justice among people and peoples, namely through the realization of rights and duties, for an authentic and lasting peace.

only be complementary) of organisations such as the G8 and others of regional, religious or economic nature. This is only possible by maintaining a strong and close diplomacy with envoys known to both parties in conflict with a world *auctoritas* and a capacity for dialogue and resistance able to influence the belligerent parties towards peace.

A reform that, taking care of the present, invests as of now in the educational and cultural base, preparing the future. An education that responds to the *religionisation* of social radicalism and dismantles the strategies of radicalisation and extremism of academic, political and business elites and of the intellectualized communication that promotes it. A reform that faces new social pathologies that have been created by current customs, by government models and by institutional blockages and that lead to extremist and intolerant radicalisation.

In order for the reform that the UN needs not be a mere utopia or a proposal aimed at being stuffed in a drawer like many other proposals with the same purpose, it is important to give absolute priority to Law over Politics and to do it without hesitation or backward steps.<sup>15</sup>

To appoint a committee of independent jurists, who do not exercise or have exercised power positions, who are prestigious and known for their work, competence, courage and creativity with the role of drawing up the reform proposal, allowing a legal basis for the work of rapprochement between States that is to be promoted by the Secretary-General.

Jurists who know how to distinguish legal science from law; who are able to separate the field of politics and its interests from Law as an instrument of Justice and who are able to create a truly universal Court of Justice where people to be tried do not depend on their State of citizenship and where committed crimes are investigated and perpetrators prosecuted regardless of their victims and respective origins. Jurists who are able to rebuild trust in the UN by creating a set of universal rules with normati-

---

15. A proposal already presented by me in 2004, in *History of the Common Law of Humanity. Ius Commune Humanitatis ou Lex Mundi?*, AAFDL, Lisbon, Vol I, introduction.

ve nature constantly adapted through solutions that apply them to specific cases, retrieving the creation of legal rules through the system case-rule (exception)-solution (*ius commune humanitatis*) that keeps the legal standard created by political powers (*lex mundi*) from jurisdiction intended to organise Humanity in an institutionally and normatively regulated form.

But, if this work of UN reform can only be done with usefulness by jurists who know how to place Justice as a supreme value of the Organisation and rule of Law as the only instrument to find and implement Universal Justice, only by changing the bases of Universal Education of human beings will this reform have a chance to be successful and long-lasting.

- An increasingly equal education that addresses as equal what is equal and as unequal what is unequal, which means investing more where educational structures do not exist or are more fragile or precarious; an education that, through pedagogy, limits the diffusion in schools of anti-humane ideologies that disqualify the human person and disseminate racial, religious or cultural hatred and justify social differences using personal or familiar criteria of belonging, or other.
- An education that, in the respect of freedom to teach and to learn and freedom of the press, does not allow marketing of educational goals and supremacy of being over having; an education that respects cultural and religious differences, but does not allow the invocation of any of them to violate personality rights or other fundamental rights of the human person. An education that teaches the minimum of ethics of international relationships; the limits of what is tolerable or admitted by the international community; of what is unchangeably universal and what is admitted as particular or specific.
- An education that matches Humanity with the international community, not allowing any State or organisation of States to take ownership of the concept of *international community* with the purpose of removing all States it does not like; an education where no geographical

centrality or national superiority prevails, to prevent new processes of colonization and collective subordination.

- An education that respects children's condition and enables a proper development of children within organised families, able to give love and care, providing an environment able to create confident and sensible adults. An education for the rules, knowing and admitting the exceptions, that punishes whoever prevaricates and promotes who delivers without pharisaism nor excess of zeal. An education by Justice and for justice that creates, at the base, an international community where all mankind belongs and has an organisation that truly represents it: the UN.

Of all the priorities in the defence of the human person, the UN should take over the support to families and national organisations of families as an absolute priority. It is already time to think of creating a UN agency for the family, because therein lies the first line of defence of childhood and old age; and therein all starts to work out. That should be the first flag of the new Secretary-General, if they know how to resist personal vanities, institutional routines, and political pressures: the mud of everyday life.

I believe this is the best way to open a book on Human Rights: make a profession of faith in the role of the UN and in the virtues of political universalism, from a critical diagnosis of its current state; leave an appeal, which is more of a prayer: that young Jurists keep on believing in the universality of Human Rights and its enforcement by the UN, leaving testimony in texts such as the ones published; to have the conviction that only in this way will we continue thinking about those who suffer the most, facing the powerful with courage and determination.

This book takes Justice as a goal and Law as its course. With it, Humanity is a subject of Rights and people who are in it have the dignity of that condition itself.

EDUARDO VERA-CRUZ PINTO  
*University of Lisbon*

# LES DÉFIS DES CONFLITS ARMÉS DANS LE DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE: LES CAS DE LA COLOMBIE ET DE L'UKRAINE

*Raquel Esther Jorge Ricart<sup>1</sup>*  
*Dinaldo Barbosa da Silva Junior<sup>2</sup>*

De 2014 à 2015, le nombre de décès enregistré en Ukraine dans le conflit armé tant au niveau international (contre la Russie) qu'au niveau interne (avec des groupes séparatistes de l'Ukraine) a atteint le chiffre de 5 702 morts. En revanche, le conflit armé interne colombien comptabilise 27 387 morts selon un registre réalisé depuis 1989 (Uppsala Conflict Data Program). Parmi ceux-ci, 19 606 sont morts sur le terrain du conflit armé (*state-based violence*), 2 444 morts ont été provoquées par *non-state violence*, et finalement 5 337 décès dûs à cause de l'une des parties qui composent le conflit (*one-sided violence*).

Ces deux États représentent quelques exemples de ces conflits armés qui - même s'ils sont terminés, ou si ils continuent - ne causent pas seulement des décès, mais aussi des disparitions forcées, des assassinats sélectifs, de la torture, des traitements cruels, inhumains ou dégradants, entre autres.

L'interdiction de ces conduites est un principe basique du Droit International en général, et pour une situation de conflit armé, du Droit international Humanitaire (DIH) en particulier. Ce droit, aussi appelé

---

1. Étudiante de la double licence en Sciences Politiques et Sociologie à l'Université de Valencia (Espagne)

2. Chercheur à l'Université de Valencia et Maître de Conférences d'Histoire Moderne à l'Université Fédérale d'Amapá - Campus Binational

*jus in bello*, est le droit dont la finalité est de limiter la souffrance causée par le conflit armé, indépendamment des causes ou raisons qui ont conduit au développement d'une guerre (*jus ad bellum*). C'est pour cela que lorsqu'on analyse de tels conflits armés (ceux de la Colombie et de l'Ukraine), les dispositions du Droit international Humanitaire sont essentielles parce que leur application est double.

D'un côté, elle est intégrale parce qu'elle s'applique aux parties belligérantes au-delà des moyens, de la gravité et des motifs de chaque partie. D'un autre côté, elle est transversale parce qu'elle couvre la protection des personnes, qu'elles participent ou non au conflit. De la même manière, elle impose une série de restrictions dans la manière sur la manière dont la guerre s'est déroulée (les tactiques militaires) et les moyens utilisés (essentiellement les armes).

Dans ce "droit de la guerre", des personnes civiles comme ceux immergés dans les hostilités ont le droit à la protection : du personnel médical et religieux jusqu'aux collectifs vulnérables comme les femmes enceintes, les enfants et les personnes âgées. Tous doivent disposer de la garantie du respect de leur vie et de leur intégrité physique et morale. Il en est ainsi avec les participants au combat au passé, tels que les prisonniers de guerre, les naufragés, les malades, les combattants blessés et les personnes privées de liberté. Tous ces acteurs se doivent de bénéficier des garanties judiciaires, sans déboucher sur une violation du "principe de non discrimination". De la même manière, le Droit International Humanitaire oblige à protéger les biens et les lieux distinctifs (Convention de la Haye de 1954 pour la protection des biens culturels en cas d'un conflit armé et ses deux Protocoles).

## **LES ARTICLES 2 ET 3 COMMUNS AUX QUATRE CONVENTIONS DE GENÈVE**

Les Conventions de Genève couvrent seulement les situations de conflit armé. Elles ne s'appliquent pas dans des situations de troubles, de révoltes, d'actes isolés et sporadiques de violence, d'urgence publi-

que qui met la stabilité d'un État en danger, ni dans les cas d'état d'urgence ou de siège non plus (Nations Unies, N.95/Add.2; p. 131). L'enquête, la justification et l'application de mécanismes de sanction ou des peines se soumettent à la juridiction nationale puisqu'elles ne sont pas comprises dans la catégorie de « conflit armé ».

Les Conventions de Genève sont quatre documents normatifs à caractère obligatoire pour ceux qui les ont ratifiées (et pas seulement signées). Toutes s'appliquent en cas d'une guerre déclarée, bien que l'une des parties contractantes ne réalise pas une déclaration formelle de reconnaissance de l'état de guerre. De la même manière, aussi elles s'appliquent dans le cas d'une occupation totale ou partielle d'un territoire, même sans résistance. Le contenu de ces documents recueille :

a) I Convention de Genève pour les Forces Armées en Campagne : elle protège une série de garanties tant pour les personnes qui ne participent pas au conflit (jamais ils ne l'ont fait, sont en dehors d'un combat, ou ont déposé les armes), comme pour les membres des Forces armées en Campagne qui sont blessés ou malades.

b) II Convention de Genève pour les Forces armées dans la Mer : elle règle une protection personnelle (forces armées navales, naufragés, et personnel sanitaire, médical et religieux) et une matérielle (des transports sanitaires et les bateaux hôpitaux).

c) III Convention de Genève relative au traitement des prisonniers de guerre : elle suppose la protection des prisonniers de guerre quand ils sont sous le contrôle de l'ennemi. De plus, il faut souligner les Dispositions Additionnelles basées sur des droits (secret professionnel, par exemple) et les obligations (si bien limitées, comme le devoir de déclarer son identité).

d) IV Convention de Genève relative à la protection des personnes civiles en temps de guerre : elle repose sur l'idée de l'obligation de protéger l'ensemble de la population des pays dans un conflit « contre certains effets de la guerre », sans aucun type de distinction. Elle souligne aussi la protection de lieux essentiels – comme les hôpitaux et les éco-

les-, ainsi que l'obligation de respecter certains mécanismes de protection de la population – telle que l'interdiction d'attenter au déplacement des blessés.

Si on peut dire que les Conventions de Genève mettent en lumière un document pluriel et transversal pour la protection des individus dans les hostilités, il faut souligner que les conflits armés sont à géométrie variable par leur caractère et leur nature, ainsi que par leur portée. C'est pour cela que les Conventions ont deux articles qui sont semblables pour les quatre documents : l'Article 2 Commun pour les conflits armés internationaux (CAI) ; et l'Article 3 Commun pour ceux de caractère pas international (CANI).

D'un point de vue juridique, il n'y a plus de types de conflits armés que ceux-là, bien que l'évolution d'un conflit armé puisse varier sa typification.

<b>Conflit armé international</b>	<b>Caractéristiques</b>	<b>Conflit armé non international</b>
Article 2 Commun	<b>Disposition normative</b>	Article 3 Commun
Protocole Additionnel I (1977)	<b>Protocole</b>	Protocole Additionnel II (1977)
Au moins deux États	<b>Territorialité</b>	Dans un même État
Forces armées régulières de deux ou plusieurs États, en pouvant faire face (pas nécessairement) à un groupe armé dissident ou non-étatique	<b>Parties contractantes</b>	Forces armées régulières ( <i>state-based violence</i> ) et les groupes armés dissidents ( <i>non state-based violence</i> ) ou insurgés, ou groupes armés entre eux
Tous les intervenants, sans aucun avantage quelconque	<b>Lien juridique</b>	Tous les intervenants, sans aucun avantage quelconque
Les participants au combat sont tenus d'appliquer les normes	<b>Sujets tenus</b>	Les participants au combat sont tenus d'appliquer les normes
Aucune prise en compte des motifs et de l'intensité du conflit. Ce n'est pas nécessaire d'avoir un conflit ouvert sur le terrain au moment de sa catégorisation.	<b>Conditions pour sa typification</b>	Au moins chacun doit avoir un niveau minimum d'intensité et d'organisation

Source: *Élaboration propre à partir du CICR (2008)*



## DIFFÉRENTIATION ENTRE CAI ET CANI

Ces conflits armés peuvent être analysés avec une perspective tridimensionnelle: conformément aux traités du Droit international Humanitaire (DIH), selon la jurisprudence développée, et en fonction de la doctrine.

En ce qui concerne les traités du DIH, les Conventions de Genève de 1949 stipulent dans l'Article 2 Commun (CAI) que son application univoque sera, "en dehors des dispositions qui doivent déjà entrer en vigueur en temps de paix", pour lesdites situations précitées antérieurement : à savoir, une guerre déclarée entre deux ou plus parties contractantes, indépendamment de sa non reconnaissance officielle par une des parties, ainsi qu'en cas d'une occupation totale ou partielle, bien qu'il n'y ait pas de résistance.

Un des traits qui distingue le CAI du conflit armé non international (CANI), c'est que sa typification n'exige pas un degré concret d'intensité. Au contraire, pour déterminer un CANI, il est nécessaire qu'il y ait un niveau minimal d'intensité et d'organisation (CICR, 2008; p. 6). Cela suggère deux problèmes :

### a) *Dans sa typification :*

Dans le souci de déterminer un conflit armé international, il y a plus de facilité. Le moindre degré d'exigence pour sa catégorisation découle du fait que son étiquetage est fondé sur "conditions de fait" (ce qu'il y a sur le terrain). La durée du conflit et la gravité (comme la mortalité) ne sont pas non plus importants (Pictet, 1952; p. 32).

De la même manière, le Protocole Additionnel I concrétise aussi dans son article 1.4 qu'une "guerre de libération nationale" est elle aussi un conflit armé international. Ce sont des conflits caractérisés par la lutte dont le but est d'atteindre le droit à l'autodétermination, spécialement dans les cas de domination coloniale, d'occupation étrangère, et des régimes racistes.

Au contraire, la typification d'un conflit armé non international (CANI) doit dépasser des obstacles normatifs ardues et laborieux. Un CANI sera classé d'une manière ou de l'autre selon son interprétation:

- En s'appuyant sur l'Article 1 du Protocole Additionnel, sa portée est plus restreinte puisqu'il ajoute une condition spéciale de contrôle territorial, selon laquelle la Haute Partie contractante non gouvernementale doit "exercer un contrôle territorial qui lui permet de réaliser des opérations militaires soutenues et ordonnées". Une autre exigence est relative à la composition des parties : une partie pourra être un groupe organisé ou dissident, mais il faut que dans le conflit il y ait une force armée étatique. L'Article 1 du Protocole II ne considère pas les conflits entre groupes non étatiques (l'Article 3 des Conventions conceptualise quant à lui cette possibilité).

- En s'appuyant sur l'Article 3 Commun des Conventions de Genève, les exigences requièrent un niveau minimal d'organisation et d'intensité. Cet article permet une compréhension et typification du CANI plus compréhensive. Si un État ne ratifie pas le Protocole II, la définition à appliquer sera celle de l'Article 3 Commun (plus élargie), ou bien la définition qui donne la Cour Pénale Internationale (Article 8.2.f).

b) *Dans l'assignation des responsabilités et dans la reddition des comptes :*

Dans la mesure où la catégorisation de l'un ou l'autre présente des articles normatifs basés sur des décisions plus politiques que juridiques, le Comité International de la Croix-Rouge a allégué que la non flexibilité pour parler d'un CANI pourrait produire des risques pour la stabilité et l'intégrité d'un État : par exemple, si on ne filtre pas un conflit armé non international comme tel pour être « insuffisant ».

En fait, la doctrine s'est manifestée avec diverses opinions. Selon l'H. P. Gasser, qui considère un CANI comme un affrontement entre une force étatique et d'autres groupes, «un autre cas est la perte de toute autorité gouvernementale dans un pays, dont la conséquence est le fait que quelques groupes non étatiques s'affrontent entre eux pour le pouvoir» (Gasser, 1993; p. 555).

En plus de ces deux Protocoles Additionnels, un autre Protocole Additionnel a été créé en 2005 relatif à l'adoption d'un emblème distinctif additionnel. Nous nous concentrerons sur les deux premiers à travers une étude exhaustive de deux exemples contemporains, celui de la Colombie et celui de l'Ukraine en 2016.

## **LE CAS DE L'UKRAINE : UN CONFLIT ARMÉ AMBIVALENT**

En 2014, la crise de légitimité du président Yanukovich a généré une série d'affrontements entre les groupes en faveur de la politique de Kiev et ceux qui étaient contre. Des villes comme Donetsk et Luhansk se sont organisées en groupes armés pour, par la suite, proclamer leur indépendance. De la même manière, le port de Sébastopol en Crimée représentait une enclave stratégique jusqu'en 2012 pour la flotte russe. Après le résultat pro-russe lors des élections, elle fut annexée à la Russie. Cependant, des dizaines d'États n'ont pas reconnu ce changement.

### **A) La guerre entre des groupes séparatistes comme CANI**

Les hostilités entre l'Armée du Sud-est ukrainien et l'Armée populaire de Donetsk constituent un CANI puisqu'elles se développent entre une force étatique et un autre groupe.

Les conditions requises de l'Article 3 Commun sont réunies: l'armée de Donetsk manifeste, non seulement à un niveau suffisant d'organisation, mais aussi un contrôle territorial. Les deux opèrent à travers des structures identifiées de commandement, en manifestant une forte capacité d'exercer un contrôle effectif sur des territoires définis, et avec un accès à l'armement qui leur permet de réaliser des opérations militaires ou de maintenir les hostilités. La deuxième condition requise concernant l'intensité se justifie aussi parce que ces attaques sont répétitives et répondent à l'offensive de l'ennemi. Des avions, des hélicoptères et des mortiers sont utilisés. Les graves attaques peuvent être illustrées par des exemples pendant un seul mois (mai 2014) : des attaques à des points de contrôle; un usage de cocktails Molotov; 60 personnes blessées et au

moins 22 morts; ou des luttes prolongées (jusqu'à neuf heures suivies). De la même manière, des déplacements internes de personnes (*IDPs*) se sont produits à cause de l'augmentation des hostilités et de la détérioration des conditions de vie.

Le Comité des Droits de l'homme de l'ONU montre dans ses rapports qu'en juin 2014 au moins 356 personnes avaient été assassinées, dont 257 étaient civils, en incluant 14 enfants (OHCHR, 2014).

Plus récemment, des organisations comme *Amnesty International* et *Human Rights Watch* ont publié des enquêtes dans lesquelles ils dénoncent et vérifient, à travers des entretiens, des cas de torture et d'arrêts arbitraires et prolongés, quelquefois secrets, ainsi que des disparitions forcées (Amnesty International, 2016). Parmi celles-ci, plusieurs sont des cas d'arrêts arbitraires prolongés de civils dans des lieux non officiels, émanant des autorités ukrainiennes.

Le conflit entre les forces armées étatiques et les groupes séparatistes appuyés par la Russie constitueraient un conflit armé non international dans la mesure où il remplit les conditions requises de l'Article 3 et de la définition stricte du Protocole Additionnel.

Les Conventions de Genève ont été signées en 1977 par la Russie (l'Ukraine à ce moment n'existait pas, mais sa signature comme pays indépendant date du même an) et ratifiées en 1989 par la Fédération de Russie et en 1990 par l'Ukraine. La signature et la ratification du Protocole Additionnel II (CANI) se sont produites en même temps.

Alors que l'Ukraine n'a pas ajouté de réserves et de déclarations dans le Protocole II, la Russie a inclus une déclaration en 1989 en affirmant que la ratification de celui-ci constituait un "événement peu habituel dans l'histoire récente diplomatique du pays", pour lequel il fallait reconnaître un mérite spécial (ICRC, 1992; pp. 36-37). Toutes les deux se sont montrées en faveur de l'article 90, permettant d'initier des enquêtes par le Comité International d'Enquête de la Croix-Rouge.

En ce qui concerne les Conventions de Genève, la signature et la ratification coïncident en 1949 et 1954 respectivement pour les deux pays. Ce-

pendant, la Russie a inclus deux réserves (Fin Record, 1949; pp. 355-356) en 1949 et 1954 : une réserve générale pour l'article 10 des quatre documents, selon laquelle elle ne reconnaîtrait pas les demandes de la Puissance Détentrice à l'État neutre ou à une organisation humanitaire pour exercer les fonctions de la Puissance Protectrice, sauf exceptions. Les autres réserves particulières ont été l'article 12 et 85 (III Convention), et 11 et 45 (IV Convention), orientées vers la non-reconnaissance de la Puissance Détentrice au sujet de ses prisonniers de guerre ou vers la délégation de pouvoir à un autre État ou à une organisation humanitaire.

Les violations du Protocole Additionnel II de 1977 relative à la protection des victimes seraient les suivantes :

Non-respect	Disposition normative	Parties contractantes
Application matérielle	<b>Art. 1</b>	Deux parties
Non-intervention	<b>Art. 3</b>	Atteinte à l'intégrité et l'unité nationale de l'État
Garanties fondamentales: Torture, prise d'otages, atteintes à la dignité personnelle, traitements inhumains et dégradants	<b>Art. 4</b>	Deux parties
Poursuites pénales: être forcé de s'avouer coupable ou de témoigner contre soi-même; être accusé par une cour non reconnue	<b>Art. 6</b>	Force armée séparatiste
Protection des unités et moyens de transport sanitaires	<b>Art. 11</b>	Deux parties, mais pas fréquent
Protection de la population civile et des biens pour sa survie	<b>Arts. 13 et 14</b>	Théoriquement, offensives dans zones militaires, mais pas abouti
Interdiction de déplacements forcés	<b>Art. 17</b>	Accroissement du nombre de réfugiés et de déplacés internes (IDP)
Difficultés d'action par des sociétés de secours	<b>Art. 18</b>	Spécialement par La force armée séparatiste (obstacles russes)

*Source: Élaboration propre à partir du Protocole Additionnel II*

Les deux parties sont responsables dans le conflit. Ils ont violé leur obligation de respecter les lois de la guerre. Cette obligation ne dépend pas d'un critère de réciprocité : même si une partie ne respecte pas le

DIH, l'autre partie a l'obligation de le faire. Il ne dépend pas non plus du niveau d'usage de la force : les deux utilisent la force, indépendamment du degré de la cruauté et de violence qu'ils produisent.

## **B) La guerre à la Crimée comme conflit armé international (CAI)**

Jusqu'en 2016, la doctrine la plus populaire et la vision des organisations internationales des Droits de l'homme refusait l'idée de conflit armé international puisque l'hostilité n'était pas entre deux ou plusieurs gouvernements (définition stricte). L'annexion de la Crimée par la Russie et les insignes russes dans les uniformes des dissidents supposent la nécessité d'appliquer le droit international de l'occupation en Ukraine, mais ce n'était pas un CAI (HRW, 2014). Seulement si les forces russes avaient participé directement, on aurait pu parler alors d'un conflit de cette nature.

Les accusations de la commission de crimes internationaux (régies par le Droit Pénal International) sont constantes dans les régions indépendantes de Donetsk et de Lugansk (IPHR, 2015; pp. 122-123). Cependant, aucun État ne les reconnaît ni offre une voie de recours (par la juridiction universelle, par exemple). Elles ne sont dénoncées que par des organisations internationales non gouvernementales. La perpétuité de l'impunité continue pour les crimes contre l'humanité (attaquer, réprimer, creuser la conscience ou attenter à l'intégrité physique et personnelle de la population constituerait un génocide, mais comme dans ce cas il émane de raisons politiques, elle est reléguée dans la catégorie de crimes contre l'humanité). De la même manière, les crimes de guerre sont constants, en particulier en ce qui concerne le respect pour les prisonniers de guerre dans leur prise et dans leur déplacement.

## **LA VISION DE LA COUR PÉNALE INTERNATIONALE: DE CANI À CAI**

La jurisprudence semble avoir changé d'idée. En novembre 2016, la Procureur de la Cour Pénale Internationale (Fatou Bensouda) a lancé

une alerte dans son rapport annuel sur les activités menées en 2016 en matière d'examen préliminaire (CPI, 2016; p. 34).

Concernant le point 158, on signale que l'information disponible indique que la situation dans le territoire de la Crimée et de Sébastopol ressemble à un conflit armé international entre l'Ukraine et la Fédération Russe, dont l'origine se situe à la fin de février 2016 quand la Russie a déployé des soldats pour contrôler certaines parties du territoire ukrainien sans le consentement ukrainien. De la même manière, le fait que l'Ukraine se trouve dans "un état continu d'occupation" indique aussi que certaines clauses du DIH pour le CAI seraient en application depuis 2014.

La conséquence a été le retrait de la signature (il n'y a pas jamais eu de ratification) de la Russie du Statut de Rome de 1998, dont l'article 5 clame que "la concurrence de la Cour se limitera aux plus graves crimes d'importance" pour l'humanité (Rome Statute, 1998; p. 1), en étant ainsi l'organe unique de caractère international qui juge des individus pour crimes contre l'humanité, crimes de guerre, crimes d'agression et génocide (Vont der Wilt et., 2012; p. 321).

Depuis toujours, la Russie a montré une attitude passive envers la justice internationale et ses institutions. Pour les cas où elle a été affectée ou touchée, elle a opté pour l'option de l'omission : au lieu de repousser d'une manière directe les accusations vers son gouvernement, elle a pris l'habitude de réagir par la voie du silence. Que la Russie n'adhéra pas (à la Cour Pénale Internationale ni à la Cour Internationale de Justice) signifie qu'est écartée la possibilité d'accuser ses nationaux.

C'est pour cela qu'il y a deux problèmes transversaux que j'ai voulu nommer "le paradoxe du voile de l'ignorance" (Jorge, 2017) : premièrement, certains des pays dont la politique internationale est signalée dans les médias comme essentielle pour la paix et la sécurité de la communauté internationale n'ont pas ratifié le Statut de Rome. La Russie, les États-Unis, la Chine, l'Israël, l'Irak, Cuba ou l'Inde sont des

exemples. Deuxièmement, les trois premiers pays nommés dans la liste sont membres permanents du Conseil de Sécurité de Nations Unies. Mais depuis sa création on a critiqué l'usage abusif du recours au veto pour promouvoir ou gêner la résolution de conflits par la voie pacifique et, parfois, par l'usage de la force.

Le gouvernement russe ne désire pas que la Cour Pénale Internationale entreprenne des actions d'enquête vers les citoyens russes qui ont participé ou fait la guerre. Même en alléguant que la Crimée est russe, une importante quantité de pays et les tribunaux de justice internationale repoussent cette doctrine. En fait, dernièrement le Tribunal Pénal International a été aussi remis en question par d'autres pays, comme la Gambie, le Burundi et l'Afrique du Sud qui ont retiré leur ratification du Statut, en critiquant son "occidentalisation" et "l'objectif colonisateur" de la Cour.

À l'occasion du CAI russo-ukrainien, s'est appliqué l'Article 2 Commun ainsi que le Protocole Additionnel I. N'oublions pas antérieurement les réserves russes. Les violations les plus importantes commises du DIH sont englobées - délibérément ou imprudemment - dans les «crimes de guerre». Certaines violations du Protocole I sont les suivantes (on ne va pas répéter celles du Tableau précédent) :

Non-respect	Disposition normative	Parties contractantes
<p>Attaques délibérées, indistinctes et disproportionnées qui abiment civils; prise d'otages; usage de boucliers humains; châtiment collectif, entre autres.</p> <p>Se soucier, faciliter, aider ou inciter au développement d'un crime de guerre.</p> <p>Planification ou instigation d'un crime de guerre : un leader a une connaissance des faits commis, mais il agit avec passivité ou de manière insuffisante.</p>	<b>Droit coutumier</b>	Deux parties; de manière récurrente par la Russie (directement ou en appuyant les groupes dissidents).
Symboles de nationalité	<b>Art. 39</b>	Les forces armées séparatistes utilisaient des uniformes russes, mais ils étaient contre le fait de le reconnaître comme CAI



Non-respect	Disposition normative	Parties contractantes
Combattants: plusieurs d'eux ne se sont pas distingués des civils. Prisonniers de guerre : déprotégés	<b>Art. 44</b>	Deux parties; des négociations dures autour de l'échange de prisonniers de guerre; un espionnage dans le terrain et virtuellement
Population civile; biens civils	<b>Chapitre II et III</b>	Attaque des hôpitaux et écoles; prise d'otages; enlèvements
Mesures de précaution: autant dans l'attaque comme contre les effets de l'offensive	<b>Chapitre IV</b>	Manque de prévision d'effets nuisibles pour la population civile; les zones militaires ne se sont pas toujours éloignées des zones de population civile
Lieux non défendus et zones démilitarisées	<b>Chapitre V</b>	Impossibilité ou insuffisance de supervision de ces zones par le gouvernement ukrainien et les sociétés de secours, comme le CICR

Source: *Élaboration propre à partir du Protocole Additionnel I*

On ouvre l'application du Protocole Additionnel I en se basant sur son Article 3. La fin de l'application de celui-ci aurait lieu "au terme général des opérations militaires et, dans le cas des territoires occupés, à la fin de l'occupation excepté, dans les deux circonstances, pour les personnes dont la libération définitive, rapatriement ou réinstallation a lieu par la suite".

Le Titre V du Protocole précité est discutable puisque, après les mesures d'exécution (l'Art. 80), dans l'article 81 on dit que "les Parties dans un conflit donneront au Comité International de la Croix-Rouge toutes les facilités (...) pour qu'il puisse occuper les travaux humanitaires qui lui sont attribués". Cependant, cela ne s'accomplit pas puisque le propre document donne un filtre de fuite : "Le Comité International de la Croix-Rouge pourra aussi exercer toute autre activité humanitaire en faveur de ces victimes, *avec le consentement préalable* des Parties".

Pour cela, les réserves de la Russie doivent être ajoutées aux Conventions. Déterminer un CAI entre la Russie et l'Ukraine est simple, mais dès lors qu'il faut rendre des comptes et parler des responsabilités, les

obstacles apparaissent dès le premier document grâce auquel on cherche à juger ces responsables (Blaise, 2011; p. 442).

## LE CAS DE LA COLOMBIE: UN CANI À LA FOIS PLURIEL ET SPÉCIFIQUE

Si cette partie devait analyser avec profondeur chacune des violations des Conventions de Genève et de l'Article 3 et du Protocole II, son étendue ne permettrait pas de se concentrer sur une réflexion spécifique à la fois intéressante et vaste.

La Colombie a été l'un des États qui ont signé les Conventions de Genève dans la Conférence Diplomatique de Genève de 1949, lieu et moment de sa création. Sa ratification a eu lieu en 1961. En revanche, la ratification du Protocole Additionnel II pour les conflits armés non internationaux a dû attendre l'année 1995.

De ce fait une *limitation temporelle* est déduite comparativement à l'Ukraine. En effet, l'application des Conventions et des Protocoles dans le cas ukrainien n'a pas généré de problème puisque le commencement du conflit (2014) est postérieur aux ratifications. Tandis qu'en Colombie, bien que les Conventions pouvaient s'appliquer dès son début puisque sa ratification est préalable au commencement de l'hostilité le 11 janvier 1960 (avec l'assassinat du leader communiste Jacobo Prías Alape), dans le cas du Protocole Additionnel II sa ratification a été en octobre 1995, dix-huit ans après la création du Protocole précité, et trente-cinq après le commencement du conflit. Son entrée en vigueur a eu lieu en février 1996 - l'article 23 proclame que celle-ci aura lieu "six mois après que soient déposés deux instruments de ratification ou d'adhésion".

En plus du Droit International des Droits de l'homme, les violations de ces documents sont transversales et variées. En fait, elles sont à géométrie variable dans leur gravité, leur intensité, leur nature et leur portée, de même que pour la région et l'époque. Les zones les plus affectées sont les régions rurales et les frontalières, et l'époque la plus

cruelle a été à la fin des années 90 et au commencement des années 2000. Cependant, les statistiques sont inachevées (Uppsala University, 2016). Certains affirment que depuis 1965 il y a eu à peu près 30 000 morts (Bercovitch and Jackson, 1997); d'autres, 8 000 morts entre 1980 et 1989 (Leitenberg, 2003); ou bien un chiffre de 45 000 morts, dont 36 000 civils entre 1986 et 1995 (Eckhardt, 1996).

Certaines violations des Droits Humains et du respect de la protection de la population dans ce conflit armé non international sont les suivantes: des homicides; des attaques envers des personnes protégées par le DIH; des disparitions forcées; de la violence sexuelle; de la prise d'otages; du recrutement forcé; des mauvais traitements physiques et/ou psychologiques; et du déplacement forcé (CICR, 2016).

### **L'ACCORD DE LA PAIX : UN ACCORD SPÉCIAL SELON LE DIH ?**

En mars 2016, le CICR a réalisé une actualisation des commentaires aux Conventions de Genève, dans lequel a été ajouté le concept "d'un accord spécial". Cette notion surgit du fait dont le paragraphe 3 de l'Article 3 Commun invite – en conjonction avec les obligations précitées – aux parties à réaliser *d'autres dispositions* qui d'un point de vue formel ne s'appliqueraient pas à un CANI.

Cela signifie que le Droit international Humanitaire de caractère conventionnel jouit d'une « santé » limitée avec de nouveaux défis. Dans cette actualisation on a indiqué qu'"un accord de paix, un accord de cessation des hostilités ou autre similaire" pourront être considérés *accords spéciaux* en se basant sur l'Article 3 Commun si ses clauses peuvent apporter des obligations humanitaires dérivées des Conventions et, dans son cas, les Protocoles Additionnels. Le DIH consuetudinaire s'appliquerait même dans l'absence d'un accord spécial, mais si le DIH conventionnel peut le considérer, cela est un point positif pour faciliter la résolution de conflits internes (CICR, 2016).

En mai 2016, le Gouvernement et les FARC accordent une Procédure pour donner de la stabilité et de la sécurité juridique à l'Accord

Final, en assurant son introduction dans l'ordre juridique colombien, toujours avec l'approbation de la citoyenneté à travers le référendum. Depuis ce temps-là, la doctrine, des experts et des académiciens, ainsi que les médias ont exprimé leur opinion sur l'intégration de l'accord de paix comme un "accord spécial" international avec clauses humanitaires.

Les arguments en faveur de l'incorporation des accords de la Havane au droit colombien comme si c'était des instruments internationaux du DIH sont (Gil, 2016) :

a) L'ordre juridique colombien est tenace dans sa dimension matérielle.

b) La sécurité juridique octroyée grâce aux procédés réalisés pendant les premiers mois du 2016 peut être transgressée depuis une perspective légale ce: c'est pour cela qu'il est nécessaire de l'intégrer comme un traité international du DIH.

c) Les FARC ont le droit de demander des garanties juridiques : au cas où les FARC ne respectaient pas partiellement ou totalement les Accords de la Havane, sans être un accord spécial, il y aurait deux effets : l'un, que les FARC auraient déjà réalisé le désarmement et ils ne pourraient pas se mettre derrière; puis, que les forces armées étatiques pourraient mettre fin aux Accords et reprendre le conflit avec une situation d'impuissance et inégale de la part des FARC.

d) En étant un accord spécial, le prix de son non-respect serait plus grand. Cela oblige les deux parties à respecter les clauses pour ne pas se risquer.

e) En plus de faire une partie du DIH, cela pourrait être un "bloc de constitutionnalité", et il exigerait (sans aucune voie de fuite) un référendum.

Les arguments contre sont (Vargas, 2016) (Cuervo, 2016) :

a) Le considérer comme accord spécial signifie un manque de volonté réelle autour de l'accomplissement de l'Accord de la paix par les deux parties.

b) L'interpréter comme accord spécial suppose de le filtrer par la voie de sa constitutionnalité, et un référendum pourrait être évité.

c) Les FARC n'ont pas de personnalité juridique internationale, de ce fait l'accord de paix ne pourrait pas se considérer comme un traité ni une disposition basée sur le DIH consuetudinaire.

d) La condition requise pour être un traité de DIH est l'existence d'un conflit. Dans ce cas, il y a eu une cessation du feu et l'objectif n'était que la paix (Solis, 2010).

En conclusion, l'établissement des accords de la paix comme un accord spécial va au-delà du plan légal et atteint la politique de couloir et le débat citoyen. Les accords spéciaux peuvent "fournir une liste étendue des dispositions de différents DIH du droit déjà applicable, et obtenir un clair compromis" (CICR, 2008).

## UNE HARMONISATION DU DROIT INTERNATIONAL HUMANITAIRE

### A) Une harmonisation avec le Droit interne (Colombie)

#### i. Législation :

- Le Protocole Additionnel III pour l'usage d'insignes et d'emblèmes distinctifs se reflète dans le Décret Présidentiel N° 860 (mai 1998) par lequel on réglemente la protection et l'usage du nom et l'emblème de la Croix-Rouge, et la facilitation de la prestation de services humanitaires sur le territoire colombien.

- Dans la dimension pénale, la réforme est constante. On établit des sanctions pour le délit de génocide, de crimes contre l'humanité et des violations du DIH. Cependant, sa constitutionnalité a été attaquée dans quelques occasions.

- Une réforme de la Loi d'Ordre Public : il améliore le procédé du processus de désarmement et le passage à la légalité de groupes armés organisés en marge de la loi, avec des outils pour son implantation.

- Un projet de Décret - loi avec sanctions pour le génocide, la torture, les disparitions et les déplacements forcés avec mesures plus sévères que le Code pénal.

ii. D'autres mesures d'application : une formation dans DIH des Forces armées (l'Accord Présidentiel de 1991); une création du Bureau pour les DD.HH. et DIH, dans un Ministère pour les DD.HH. (Directives de 1994 et 1995).

iii. Un Comité National de DIH : le CICR appuie sa création, dont l'objectif est "l'humanisation du conflit armé interne et l'application du DIH" en Colombie.

## **B) Une harmonisation avec le Droit communautaire (l'Ukraine et Union Européenne)**

La politique communautaire autour du Droit international Humanitaire est claire : son accomplissement est nécessaire et la ratification des traités a été toujours stimulée. L'harmonisation est toujours rapide, et son implémentation, effective. Grâce à leurs règles et à leurs directives, les États communautaires sont appelés à transposer ces clauses à sa législation nationale, toujours avec quelques exigences minimales.

C'est pour cela que le Droit communautaire se confronte à trois grands défis au sujet du conflit de l'Ukraine (Commission Européenne, 1995) :

i) *L'accès de l'aide aux victimes : un droit d'ingérence ou un droit d'assistance ?* : La Russie a allégué qu'elle aidait directement et indirectement des groupes séparatistes, ainsi que les nouvelles Républiques Populaires de Donetsk et de Luhansk. Le débat tourne autour de la violation de la souveraineté ou de l'intégrité territoriale de l'État.

ii) *Une intervention humanitaire ou une assistance humanitaire ?* : le principe de *lege ferenda* (le droit positif qui est, en face du droit qui devrait être ou évoluer) est lié au « Rapport Cassesse », dans lequel on développe l'argument juridique *ex-injure jus oritur* : de la violation d'une règle, une nouvelle émerge pour rallonger les cas d'usage licite de la

force. Ainsi, dans une situation de conflit, des nouvelles conditions d'usage de la force à des fins humanitaires surgiraient : au conflit ukrainien, si la Russie continue à ne pas prendre en considération les alertes de Nations Unies ; et la frustration de la tentative de résolution pacifique du conflit.

iii) *Le droit à l'assistance humanitaire entre les devoirs des autorités territoriales et les obligations des sociétés de secours* : cette dimension matérielle fait allusion aux concurrences que les Conventions de Genève et des Protocoles Additionnels octroient. Dans ce cas, la Russie et l'Ukraine n'ont pas fait de réserves autour de l'article 90 pour ouvrir la voie à la création d'une Commission Internationale d'Enquête de la part du CICR. Cependant, c'est la Russie qui a réalisé une réserve pour l'article 11 en s'opposant à la reconnaissance de l'exercice de fonctions d'une Puissance de la part d'une organisation humanitaire.

## CONCLUSIONS

Le Droit international Humanitaire est une forme de droit dont les caractéristiques sont la variabilité et la volatilité. Son application, sa vérification et ses justifications sont aussi complexes que l'est son importance, spécialement dans un monde qui au XXI<sup>e</sup> siècle se présente sous les idéaux de la "politique économique de l'insécurité" (Beck, 2006). Le sociologue Ulrich Beck disait que, dans notre "société du risque", l'insécurité nous rend plus conformistes et étrangers à la réalité, et nous éloigne d'être les chercheurs du changement et de l'amélioration de nos conditions.

## RÉFÉRENCES

- AMNESTY INTERNATIONAL; Human Rights Watch, 2016. *'You Don't Exist'. Arbitrary Detentions, Enforced Disappearances and Torture in Eastern Ukraine*, AI
- BECK, U. . *La sociedad del riesgo mundial*, Paidós. 2006.

- BERCOVITCH, Jacob and JACKSON, Richard. *International Conflict: A Chronological Encyclopedia of Conflicts and their Management 1945–1995*. Washington, DC: Congressional Quarterly. 1997
- BLAISE, J.. *Les interactions entre la cour pénale internationale et le conseil de sécurité : justice versus politique ?*, *Revue internationale de droit pénal* 2011/3 (Vol. 82), pp. 420-444.
- CICR ¿Cuál es la definición de “conflicto armado” según el Derecho Internacional Humanitario?, *Documento de opinión del CICR*. 2008. Página web : <https://www.icrc.org/spa/assets/files/other/opinion-paper-armed-conflict-es.pdf>
- CICR. *Mejorar el respeto del derecho internacional humanitario en los conflictos armados no internacionales*. 2008. pág. 16.
- CICR *Colombia: consecuencias humanitarias del conflicto armado en Colombia*. 2016.
- CICR ¿Qué dice el DIH sobre los acuerdos especiales en el marco de un proceso de paz?, 20 junio 2016.
- CPI. *Report on Preliminary Examination Activities 2016*, 14 novembre 2016
- COMISIÓN EUROPEA. *Law in Humanitarian Crises. Access to victims*, Vol. II, European Commission. 1995.
- CUERVO, J. *El acuerdo de paz no es un Acuerdo Especial de DIH*, 13 mai 2016. Site web: [www.elespectador.com/opinion/el-acuerdo-de-paz-no-un-acuerdo-especial-de-dih](http://www.elespectador.com/opinion/el-acuerdo-de-paz-no-un-acuerdo-especial-de-dih)
- ECKHARDT, William, *Wars and War-Related Deaths, 1900-1995*, en Ruth Leger Sivard, ed., *World Military and Social Expenditures*. Washington, DC : World Priorities, 1996. (p.17–19).
- Final Record of the Diplomatic Conference of Geneva of 1949. Vol.I, Federal Political Department, Berne, pp.355-356.
- Gil, M.. *Acuerdo especial y plebiscito*, 10 mai 2016. Site web: <http://www.eltiempo.com/opinion/columnistas/acuerdo-especial-y-plebiscito-laura-gil-columna-el-tiempo/16588143>
- GASSER, H. P.. *International Humanitarian Law: an Introduction*, in: *Humanity for All: the International Red Cross and Red Crescent Movement*, H. Haug (ed.), Paul Haupt Publishers, Berna, 1993. p. 555.



- HRW. *Eastern Ukraine : Questions and Answers about the Laws of War*, Human Rights Watch. 2014. Site web : <https://www.hrw.org/news/2014/09/11/eastern-ukraine-questions-and-answers-about-laws-war>
- ICRC. Additional Protocols of 8 June 1977 to the Geneva Conventions of 12 August 1949; Reservations, Declarations and communications made at the time of or in reference to ratification or accession as at 30 June 1992, ICRC, 15 Juillet 1992, pp.36-37.
- IPHR. *Fighting Impunity in Eastern Ukraine : Violations of International Humanitarian Law and International Crimes in Eastern Ukraine*, Octobre 2015, pp. 122-123.
- JORGE RICART, R.E. *Rusia, el TPI y la rendición de cuentas de los conflictos armados internacionales*, 3 janvier 2017, United Explanations. Site web: <http://www.unitedexplanations.org/2017/01/03/rusia-abandona-el-tribunal-penal-internacional-cual-es-el-futuro-de-la-rendicion-de-cuentas-de-los-conflictos-armados-internacionales/>
- PICTET, J.. *Commentary on the Geneva Convention for the Amelioration of the Condition of the Wounded and Sick in Armed Forces in the Field*, CICR, Ginebra, 1952. p. 32.
- OHCHR. *Report on the human rights in Ukraine (15 June 2014)*, Naciones Unidas.
- ROME STATUTE, 1998.
- SOLIS, G.. *The Law of Armed Conflict: International Humanitarian Law in War*, Cambridge University, 2010.
- UNHRC. *Serie de Capacitación Profesional N.º5/Add. 2, Derechos Humanos y aplicación de la ley. Guía para instructores de derechos humanos para la policía*, Nations Unies, 2004.
- UPPSALA CONFLICT DATA PROGRAM. *Department of Peace and Conflict Research*. University of Uppsala, Suède. 2016.
- VAN DER WILT *et. . The Genocide Convention: The Legacy of 60 Years*, Martinus Nijhoff Publishers, 2012.

# LA CUESTIONABLE EFICACIA DEL DERECHO HUMANO AL ALIMENTO

Elena Martínez-Zaporta Aréchaga<sup>1</sup>

## INTRODUCCIÓN

No se cuestiona que el Derecho a los Alimentos es un Derecho Humano positivo y vigente, reconocido en el art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DDHH) -posteriormente enunciado en otras normas internacionales<sup>2</sup>-, sino su exigibilidad, y que debiera ser directa ante el fracaso del uso de vías indirectas<sup>3</sup>.

Es una obviedad decir que se está aún muy lejos de erradicar el hambre en el planeta, pero es que además no es una situación exclusiva de países subdesarrollados, sino que en los occidentalizados crece alarmantemente lo que se ha dado en llamar “*el cuarto mundo*”<sup>4</sup>. Al mismo

1. Abogada Procesalista. Especialista en Derecho de la Salud y Bioética. Profesora del ISDE. Doctoranda de la Universidad de La Rioja: elenazaporta@gmail.com.

2. RECUERDA GIRELA, M.A. “Los principios generales del derecho alimentario europeo”. *Revista de derecho de la Unión Europea*. Núm. 26. Enero – junio 2014, págs. 167\_190. Págs. 169 y 170 y nota 6. Así debe tenerse en cuenta la Convención de los Derechos del Niño de 1989, ratificada por 193 países, cuyos artículos 24 y 27 se dedican a las obligaciones relativas a la educación y sustento alimenticio de los niños.

3. SAURA ESTAPÀ, J. *Papeles El tiempo de los derechos*. “La exigibilidad jurídica de los derechos humanos: especial referencia a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC)”. Número: 2 Año: 2011. Pág. 4/14: “¿Exigibilidad y justiciabilidad son términos sinónimos? Entiendo que no, que el recurso judicial es sólo una, aunque quizás la más potente, de las vías para exigir los derechos ante los poderes públicos. En este orden de cosas, Abramovich y Cortis distinguen dos tipos de “exigibilidad”, directa e indirecta, que a su vez poseen distintas dimensiones. La exigibilidad directa les permite hablar de garantías normativas (relativas al reconocimiento del derecho a escala nacional e internacional) y garantías jurisdiccionales, es decir, la posibilidad de reclamación ante los tribunales. Por su parte, la exigibilidad indirecta permite la defensa de los derechos sociales a través de la invocación de principios generales que se predicán de todos los derechos, como la igualdad y la no discriminación o el derecho a la tutela judicial efectiva.”

4. VICENTE GIMÉNEZ, T. *La exigibilidad de los derechos sociales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006. Pág. 65: Es una situación de exclusión y marginación dentro de la opulencia.

tiempo y como expresión del cambio social, surge un ciudadano preocupado por la producción sostenible, por la existencia de productos sin alérgenos a precios asequibles y por un reparto más equitativo de los medios de producción y las materias primas -fenómeno que se denomina *ciudadanía alimentaria*<sup>5</sup>-, que es discriminado al ejercitar en Sociedad su *soberanía alimentaria*<sup>6</sup>, no quedando justificadas estas pretensiones desde su tratamiento como consumidor o desde otras regiones jurídicas que se creen conexas. Lo observable es que ninguno encuentra una solución o respuesta concretas, sino que carecen de protección real, produciéndose en ambas situaciones –de un modo u otro- la privación del alimento, y que provoca que, en consecuencia, éste sea el derecho humano más vulnerado en todo el mundo, además de entrañar un grave problema de salud por las muertes que causa al año.

Este trabajo toma como referencia la Doctrina que propugna la efectividad de los derechos sociales (DESC) -entre los que está encuadrado el que tratamos-, a los que debe dotarse de medios para que puedan hacerse valer, partiendo de una labor de síntesis del derecho para fijar un mínimo esencial o irreductible, relevante jurídicamente, alegable y resarcible, y que defendemos es evidente en el que da título a esta propuesta.

## **EL CONTENIDO DEL DERECHO HUMANO A LA ALIMENTACIÓN (DHA)**

Se reconoce por la Doctrina que no hubo una preocupación honda por su definición hasta la Cumbre Alimentaria Mundial celebrada en Roma en 1996. El Relator Especial de Naciones Unidas<sup>7</sup> (NNUU) para

---

5. ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L. “El Derecho humano al alimento: principios constitucionales para un orden agroalimentario global”. Págs. 2039 – 2056. Pág. 2040. En: VVAA, Constitución y democracia: ayer y hoy. Libro homenaje a Antonio Torres del Moral. Vol. II. Editorial Universitas, Madrid, 2012.

6. Íbidem, pág. 2045.

7. Desde el año 2000 el Comité DESC cuenta con un Relator Especial específico para este derecho que elabora informes oficiales y otros, además de notas explicativas.

el derecho a la alimentación, **OLIVIER DE SHUTTER**, en su Informe del Sexagésimo octavo período de sesiones del año 2013<sup>8</sup>, sobre los progresos de la década, cita al respecto en sus antecedentes esa reunión histórica, en la que los participantes se comprometían a “*esclarecer el contenido del derecho a una alimentación suficiente y del derecho fundamental de toda persona a no padecer hambre*”. Acatando dicha recomendación se aprueba la Observación General 12 en 1999<sup>9</sup>, por el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>10</sup>, acerca del *Derecho a una Alimentación Adecuada*, así como el comienzo de la negociación de las *Directrices voluntarias en apoyo de la realización progresiva del derecho a una alimentación adecuada en el contexto de la seguridad alimentaria nacional sobre el derecho de los Alimentos*, finalmente aprobadas por el Consejo de la FAO (Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura) en su 127º período de sesiones, el 23 de noviembre de 2004<sup>11</sup>.

Antes de avanzar algo más, hemos de aclarar el por qué si la alimentación es algo tan imperioso para la supervivencia de la raza humana y los animales, cómo es posible que no se contemple como un DH de primera generación. Sus razones son:

Intrínsecas (que contribuyen a su indefinición y dificultan la síntesis jurídica): A) Naturaleza polifacética del *hecho alimentario*. En muchos documentos elaborados por las organizaciones internacionales se destaca que: “*el derecho a los alimentos atraviesa la totalidad de los DDHH*”, lo que quiere decir que su ejercicio pleno está en consonancia con la procura de otros derechos tales como: el acceso a la atención médica, a la educación, el respeto a la cultura y a la propiedad privada, al trabajo, a la organización econó-

8. DE SHUTTER, O. 25/10/2013 'Assessing a decade of right to food progress', Report presented to the 68th Session of the UN General Assembly. A/68/288. Pág. 3/25.

9. E/C.12/1999/5.

10. Órgano supervisor de la aplicación del PIDESC.

11. [http://www.fao.org/fileadmin/templates/righttofood/documents/RTE\\_publications/ES/RightToFood\\_Guidelines\\_ES.pdf](http://www.fao.org/fileadmin/templates/righttofood/documents/RTE_publications/ES/RightToFood_Guidelines_ES.pdf) [URL con último acceso el 20/12/2016].

mica y política, es más incluso se ha escrito sobre la reducción de la eficacia de los demás cuando la persona está deficientemente alimentada<sup>12</sup>. B) Dificultad para establecer un perfil propio o determinar los siguientes elementos: sujeto (si el titular es el individuo o la colectividad), objeto (caracteres de los bienes sobre los que recae<sup>13</sup> y quién tiene el dominio sobre los recursos que los producen o que se intercambian para su adquisición), garante (ante quién se hace valer) y conductas correctas y erróneas (cuál sería el nivel óptimo de realización y cuáles las acciones prohibidas o de vulneración del derecho frente a las que se solicitaría la reacción).

Extrínsecas (o barreras externas para su eficacia). Y entre ellas: A) Históricas. Como explica LOMA-OSSORIO<sup>14</sup> dado que la Declaración de los DDHH tiene un valor ético y un sentido utópico, y aunque se reconociera que los allí enunciados son “*universales, inviolables e inalienables, intrínsecos a la naturaleza humana, y que deben ser considerados superiores a cualquier otra legislación nacional o internacional*”, lo cierto es que todos ellos no se *entendían* del mismo *rango*. La distinción se hace posteriormente con la aprobación de: el Pacto Internacional para los Derechos Civiles y Políticos (o derechos de *primera generación*) y el Pacto Internacional para los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC) de 1966<sup>15</sup> (o derechos de *segunda generación*), y que es fruto de las distintas visiones ideológicas de los países fir-

12. “(...) la subnutrición no solo pone en peligro la vida humana, sino que dificulta el estudio, el trabajo y la práctica de cualquier actividad física o intelectual; y es especialmente lesiva para el desarrollo físico e intelectual de los niños.” SAURA ESTAPÀ, J. “El derecho humano a la alimentación y su exigibilidad jurídica”. *Lex Social. Revista jurídica de los derechos sociales*. Vol. 3, núm. 1/2013, págs. 4-24. Pág. 5.

13. Lo que comemos y bebemos, si bien el Comité DESC también dictó la Observación 15 para el caso de los recursos del agua y saneamiento: “*el derecho a una alimentación adecuada incluye el derecho a disponer de agua suficiente, salubre, aceptable, accesible y asequible para uso personal y doméstico*”.

14. DE LOMA-OSSORIO, E. “El Derecho a la alimentación. Definición, avances y retos”. *Boletín FU- THER ECOS*, núm. 4. 2008. Monográfico dedicado a este derecho. Centro de Investigación para la Paz (CEIP) - Ministerio de Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio ambiente. Pag. 1-10. <http://www.fuhem.es/ecosocial/boletin-ecos/numero.aspx?n=4> [URL con último acceso el 19/12/2016].

15. Entró en vigor en 1976. El Gobierno Español lo ratificó en 1977 y actualmente son 156 los países firmantes. En su artículo 11 se reconoce “*el derecho fundamental de toda persona a estar protegida contra el hambre*”.

mantes tras la Guerra Fría. La alimentación quedó en este segundo grupo junto con el derecho a la educación, a la vivienda, a la salud y al trabajo, para los que los países firmantes se habían comprometido a darles una *progresiva efectividad* (art. 2.1), frente a la puesta en marcha inmediata de los del primero. B) Políticas. La concepción del DHA está profundamente afectado por el modelo neoliberal, lo que tiñe las voluntades de los Estados, generalmente pasivos ante el problema del hambre<sup>16</sup>, debiéndose de aprobar instrumentos que sirvan de freno a los Estados para no anteponer sus intereses comerciales. C) Legislativas. La decisión de separar las dos clases de derechos ha condicionado la recepción del DHA en los ordenamientos internos, de manera que hay Estados que lo han incluido en sus Constituciones como derecho fundamental -o al menos como un principio o deber esencial que se debe perseguir por la autoridad pública-, mientras que en los países desarrollados sigue su clásica inserción entre los DESC<sup>17</sup> e incluso se ha dejado de hacer una referencia específica<sup>18</sup>, por cuanto que se entiende implícito en la garantía de otros derechos. Esta otra opción escoge la promulgación de leyes marco en las que se delinea el concepto y la desenvolvura legal, siendo ésta una opción menos óptima en tanto que niega la aplicabilidad directa.

16. DE LOMA-OSSORIO, E., Op. Cit. Pág. 2. El autor siguiendo a Amartya SEN recalca la idea de que las hambrunas no se dan en gobiernos democráticos, sino en países cuyos regímenes son dictaduras militares, partidos únicos en el poder, o territorios colonizados. Por lo que se llega a la conclusión de que, “*toda acción dirigida a promover los derechos civiles y políticos en el sistema legal de un país y su cumplimiento efectivo, constituye un avance fundamental en la lucha contra el hambre*”.

17. En la Constitución española, como veremos, el haz de derechos que asiste al DHA se encuentra en el Capítulo III, bajo el epígrafe “*De los principios rectores de la política social y económica*”.

18. “*Entre otras, Constituciones como las de Brasil (art. 227), Congo (art. 34) o Sudáfrica (art. 27) recogen el derecho al alimento o algunos aspectos parciales de éste (...). En la redacción de la Carta Social Europea, en cambio, no se vio necesidad de hacer referencia específica al alimento, en tanto éste se entendía ya implícito en la garantía de otros derechos, como el derecho de los trabajadores a una remuneración que les permita llevar –a ellos y a su familia- una vida digna (...)*”. ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L. “El Derecho humano al alimento: principios constitucionales para un orden agroalimentario global”. Págs. 2039 – 2056. Pág. 2044. En: VVAA, Constitución y democracia: ayer y hoy. Libro homenaje a Antonio Torres del Moral. Vol. II. Editorial Universitas, Madrid, 2012.

Dicho todo esto conviene advertir que se ha avanzado en el plano conceptual, intrínseco, pero mucho menos en el extrínseco que es donde se coloca la potencial efectividad del DHA, y “*que ha adquirido en la práctica un carácter más caritativo que jurídico*”<sup>19</sup>; supeditado al altruismo y la solidaridad de los ricos, y que abordaremos en el siguiente epígrafe.

En rigor, atendiendo a la tradición histórica, los alimentos eran controlados por las autoridades ya desde la época romana, las cuales se encargaban de velar por su salubridad a fin de que la población no enfermara a causa de su ingesta<sup>20</sup>. Esto es, estaba unido a las normas sanitarias y a la ciencia (adelantos en inmunología o patología), en cuanto facilitadora de los criterios técnicos que ayudan a discernir lo que era o no comestible -filiación que subsiste fuertemente en la actualidad-, e indisolublemente orientado a la consecución de la salud pública. Aún persiste otro arcaísmo tradicional, encontrado en los mandatos que algunas religiones hacían a sus seguidores en cuanto a los modos de sacrificio de animales para que estos conservasen su pureza, así como en la prohibición de comer otros que eran considerados impuros. Sin perjuicio de que al margen del fenómeno religioso, son unos alimentos y no otros los que se relacionan con las costumbres de una región o de un país, y que son reconocidas por otras<sup>21</sup> como parte de su cultura. El resguardo de la salud poblacional y la preservación de postulados culturales, permite en el DHA una titularidad colectiva, protegible (como ya se hace) por normas de derecho público (derecho alimentario) o *semi-público* (derecho de los consumidores), principalmente, y desde donde adquiere sentido la intervención administrativa que viene de largo.

19. ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L. Op. Cit. Pág. 2045.

20. BLANCA HERRERA, R.M. “La bipolaridad del derecho alimentario”. Págs. 85-III. Págs. 92-99, la autora hace un recorrido muy loable sobre esta tradición histórica. En: BOURGES, L.A. (Coord.), *UE: Sociología y Derecho Alimentario. Estudios jurídicos en honor de Luis González Baqué*. Thomson Reuters, Aranzadi, 2013.

21. RECUERDA GIRELA, M.A. *Seguridad alimentaria y nuevos alimentos*. Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006, pág. 28: “*Siempre han existido normas religiosas, normas jurídicas y usos sociales sobre los alimentos*”.

Es con estas condiciones cuando se formula la que viene siendo la piedra angular en materia jurídica alimentaria que es el concepto de *seguridad alimentaria*. Aunque se han contado en documentos oficiales hasta 200 definiciones desde los años 70, actualmente se discierne una concepción amplia de otra restringida. La extensa se identifica con “*la seguridad del abastecimiento alimentario (food supply security)*”<sup>22</sup> o “*garantía en el acceso humano al alimento*”<sup>23</sup> íntimamente conectado con el problema del hambre; y la restringida, con la inocuidad y la nutrición (*food safety*), o “*garantía de que los alimentos no causarán daño al consumidor cuando se preparen y/o consuman de acuerdo con su uso previsto*”, más típica de los países del primer mundo.

Esta evolución que situaremos en la década de los ‘80 y que culmina en la de los ‘90 con la citada Cumbre de Roma de 1996, se debe a la reflexión internacional ante la escasez del sustento de millones de personas por la crisis del petróleo y el incremento de la población mundial, haciéndose urgente la revisión de las voluntades políticas, para concienciar sobre el grado de cumplimiento de los Tratados, propendiendo a un mayor compromiso. Por ello, la antedicha ampliación, busca la efectividad del DHA, y es el primer paso para que ello ocurra. Ésta tiene por mérito recuperar los postulados de la versión humanitaria del DHA, y transita desde la consecución de una seguridad alimentaria centrada en la producción y la disponibilidad, al acogimiento de un criterio individualista, para lograr la *seguridad alimentaria familiar*<sup>24</sup> a través de los medios de vida disponibles, y que tendrá en cuenta a partir de ese momento “*las preferencias alimenticias de las personas*”<sup>25</sup>. La definición del DHA tiene en cuenta esos elementos y se debe al Relator de la ONU Jean Ziegler (2003)

22. RECUERDA GIRELA, M.A. “Introducción al derecho alimentario”. Págs. 49 – 130. Pág. 77. En: RECUERDA GIRELA, M.A. (Dir.) *Tratado de Derecho Alimentario*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur menor, 2011.

23. ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L. Op. Cit. Pág. 2042.

24. LOMA-OSSORIO, E. Op. Cit. Pág. 3/14.

25. ESCAJEDO SAN EPIFANO, L. Op. Cit. Pág. 2042.



siendo la que se ofrece en la web oficial de esta organización: “*El derecho a la alimentación es el derecho a tener acceso regular, permanente y sin restricciones a la alimentación, ya sea directamente o a través de la compra, a un nivel suficiente y adecuado, tanto en términos cualitativos como cuantitativos, que corresponda a las tradiciones culturales de la población a la que el consumidor pertenece, y que garantice una vida psíquica y física, individual y colectiva, satisfactoria, digna y libre de temor*”<sup>26</sup>.”

## EL DERECHO ALIMENTARIO Y LA JUDICIALIDAD DEL DHA

Hemos dicho ya que el *hecho alimentario* es polifacético, que su manifestación jurídica más temprana estuvo relacionada con la salubridad de lo que se podía o no comer para mantener a la población sana, y que hoy por hoy es un derecho subjetivo condensado en el concepto de *seguridad alimentaria*. En palabras de **RECUERDA GIRELA** “(...) *se trata de un concepto polémico, porque puede ser analizado desde diversas disciplinas, y porque en él confluyen intereses muy distintos como la producción agrícola, la comercialización de alimentos, la nutrición, la salud pública, el bienestar social, y la innovación tecnológica*”<sup>27</sup>. Asimismo, “*la legislación que recae sobre los alimentos puede perseguir diversas finalidades como proteger la salud de los consumidores, evitar los fraudes, garantizar la salud y el bienestar de los animales, proteger el medio ambiente, controlar la innovación, incentivar el consumo de determinados alimentos, proteger la libertad religiosa, recaudar impuestos, defender espacios económicos, o incluso mantener determinadas situaciones sociales*”<sup>28</sup>”, pero únicamente aquella que persigue la inocuidad y la calidad de los alimentos, y que por tanto, se basa en el concepto restringido antes visto, es lo que se conoce como Derecho Alimentario que en la actualidad ya presenta un corpus jurídico bastante diferenciado. Éste es de estudio reciente. La noción dada

26. <http://www.ohchr.org/SP/Issues/Food/Pages/FoodIndex.aspx> [URL con último acceso el 20/12/2016]. Desde su margen lateral se puede tener acceso a los informes de los Relatores Especiales y otros documentos. Informe Relator Jean Ziegler, doc. A/HRC/7/5, párf.17.

27. RECUERDA GIRELA, M.A. *Seguridad alimentaria*. ... Op. Cit. Pág. 24.

28. RECUERDA GIRELA, M.A. “Los principios generales del derecho alimentario”. Op cit. Pág. 168.

por **BIGWOOD y GÉRARD** en 1975 es aun perfectamente válida, por lo que aquel consistiría en: “*los sistemas de reglas jurídicas que organizan y limitan las actividades de producción, de acondicionamiento y de comercio de los productos alimenticios, tomando como base ciertos principios, cuyas modalidades varían considerablemente con los productos considerados*”<sup>29</sup>. Se aplica a las etapas de producción, transformación y distribución de alimentos así como a “*piensos producidos para alimentar a los animales destinados a la producción de alimentos o suministrados a dichos animales*”, según complementa una de las normas europeas más relevantes del sector, que es el Reglamento (CE) nº 178/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 28 de enero,- por el que se establecen los principios y requisitos generales de la legislación alimentaria, crea la Autoridad Europea de Seguridad Alimentaria y se fijan los procedimientos relativos a dicha seguridad<sup>30</sup>.

Por tanto, estas leyes inciden y afectan a la libertad de empresa, pues introducen cautelas en los medios productivos, sobre todo cuando se recurre a la tecnología alimentaria para obtener el producto, y que son obligatorios para cumplir con la protección de los consumidores y de la salud pública. Adviértase que *alimento* alude a una categoría especial de bienes, que no puede recibir el mismo tratamiento que las *cosas muebles* que se venden en el mercado. Las definiciones legislativas suelen ser amplias para tratar de englobar todos sus aspectos jurídicos que son muchos, y que podemos explicar recurriendo a dicotomías: medicamento/alimento<sup>31</sup> (tomando su finalidad biológica), producto/fruto<sup>32</sup>

29. BLANCA HERRERA, R.M. “La bipolaridad del derecho alimentario”. Op. Cit. Pág. 99. La autora se aventura a dar una definición propia y dice en la pág. 101 que: “*el derecho alimentario es la ciencia que regula los aspectos jurídicos de los alimentos*”.

30. DOUE nº L 31, de 1 de febrero de 2002, cuyo concepto de Legislación Alimentaria es muy parecido al que acabamos de reseñar.

31. RECUERDA GIRELA, M.A. “Introducción al Derecho Alimentario”. Op. Cit. Pág. 83. Esta particularidad se debe al Derecho Comunitario Europeo, y viene motivado por la incorporación, cada vez más a los alimentos de propiedades que pueden mejorar la salud.

32. REYNA, C.A., TABOGA, V., AGUIRRE, C. “El alimento como producto complejo”. Págs. 477 – 493. *Revista crítica de derecho privado*. La Ley Uruguay, 2015, Vol. 2, núm. 12. Pág. 484. Diferenciando el que procede de la explotación de la naturaleza o por aplicación de procesos industriales. Ello además de que-

(diferenciando el sistema agroalimentario que lo produce), nutrientes/placer<sup>33</sup> (punto de vista cultural). Entonces, la regulación -con naturaleza pública- que parte de la comprensión restringida de la seguridad alimentaria, contiene deberes y derechos que pueden considerarse *prima facie* derivados del derecho a la alimentación, pero no alcanzarían al perfil fundamental que éste encierra en sí mismo. Su función es la de servir a la racionalización de los mercados, y evitar en lo posible prácticas colusorias, también en el ámbito internacional, a través de la OMC, la Unión Europea, y firmando diversos Tratados. El hecho de que los Estados del *primer mundo* hayan estado más interesados en esta vertiente comercial, no quiere decir que estuvieran ocupándose del DHA, sino que éste aún no tiene un desarrollo normativo adecuado en la mayoría de los firmantes del PIDESC.

Así, también en la Cumbre de Roma de 1996, se enunciaron las “obligaciones [básicas] del derecho a la alimentación” dirigidas a los Estados, que se resumen en “respetar, proteger y dar efectividad<sup>34</sup>”; y que presuponen un individuo activo con interés por su subsistencia, para lo que se proclama el deber general del aparato gubernamental a remover los obstáculos que impiden el acceso a los recursos y además a crear las oportunidades necesarias para ello. Dice **SARAZÁ** que aunque la norma escrita es garantía de su exigibilidad, debe de contemplar al mismo

---

dar referido a los medios de producción, es asimismo relevante para la introducción de cautelas. Así tiene sentido que el elemento precautorio sobre la modificación de propiedades de un alimento, se aplique respecto del *alimento producto*.

33. Íbidem. No todos lo que comemos está concebido para nutrirnos, sino también para provocar satisfacción psicológica. Esta faceta ha sido recogida por el Código Alimentario Argentino en la definición de alimento: “... toda sustancia o mezcla de sustancias naturales o elaboradas que ingeridas por el hombre aporten a su organismo los materiales y la energía necesarios para sus procesos biológicos. La designación “alimento” incluye además las sustancias o mezclas de sustancias que se ingieren por hábito, costumbres, o como coadyuvantes, tengan o no valor nutritivo”. Pág. 482.

34. LOMA-OSSORIO, E. Op. Cit. Pág. 4/14. También llamados, nivel primario (garantizar el acceso a los recursos para que el individuo pueda producir los suyos propios), nivel secundario (impedir que los sujetos más agresivos esquilen los recursos o los acaparen para sí, así como la evitación de fraudes), y un nivel terciario (de favorecimiento de las oportunidades que permitan disfrutar del derecho).

tiempo una acción procesal para procurarle efectividad<sup>35</sup>. Por ello la Directriz núm. 7.1 de las aprobadas en la FAO recomienda a sus miembros que hagan las modificaciones legislativas oportunas, incluso a nivel constitucional si ello es preciso<sup>36</sup>, y además se establezca un sistema de recursos que lo haga posible (Directriz 7.2<sup>37</sup>).

SAURA recuerda que “*la ausencia de “justiciabilidad” es más bien la regla general en derecho Internacional*”<sup>38</sup>, pero pese a la carencia de estos mecanismos jurisdiccionales no debe servir de excusa para afirmar que los DESC son tan exigibles como lo son otras categorías de derechos. La aparente *inejigibilidad* de los DESC estaría en su “*dimensión prestacional*”, esto es, a que su realización “*se vincula a la disponibilidad económica de los Estados [lo que] hace que su satisfacción sea particularmente vulnerable a una crisis económica (...)*”<sup>39</sup>, y que se recurra a la insuficiencia presupuestaria para excusar su incumplimiento, o al compromiso de “*implantación progresiva*”. Y ello pese a que la Declaración de Derechos Humanos en su art. 8 “*otorga el derecho a recurrir a los tribunales nacionales competentes por vulneraciones de derechos reconocidos en la constitución o en la ley*”, sin restringir el acceso a la justicia a un grupo de derechos concretos<sup>40</sup>.

35. SARAZÁ JIMENA, R. *La protección jurisdiccional ...* Op. Cit. Págs. 27 - 28.

36. “*Se invita a los Estados a considerar, de conformidad con sus marcos jurídicos y sus políticas nacionales, la posibilidad de incorporar disposiciones en su ordenamiento jurídico interno, en su caso con revisión constitucional o legislativa, para facilitar la realización progresiva del derecho a una alimentación adecuada en el contexto de la seguridad alimentaria nacional*”

37. “*(...) Podrían contemplarse mecanismos administrativos, cuasijudiciales y judiciales para proporcionar vías de recurso adecuadas, eficaces y rápidas accesibles, en particular, a los miembros de grupos vulnerables*”.

38. SAURA ESTAPÁ, J. “*El derecho humano a la alimentación...*” Op. Cit. Pág. 12.

39. SAURA ESTAPÁ, J. “*La exigibilidad jurídica de los derechos humanos...*” Op. Cit. Pág. 5. Lo que no es real puesto que está reconocido que todos los DDHH combinan regiones prestacionales con otras que tendrían aplicación directa.

40. MENDIOLA, M. “*La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en Naciones Unidas*”. Págs. 118. *Defender y repensar los derechos sociales en tiempo de crisis*. Observatori DESC, diciembre de 2009. <http://www.descweb.org/> Pág. 5. “*Lo interesante del artículo -más allá de que las garantías judiciales insertas en la declaración, están limitadas a la jurisdicción estatal, no otorgando un derecho a un recurso judicial internacional- es que no restringe el acceso a la justicia a un grupo de derechos, respetando por lo tanto la idéntica naturaleza justiciable de todos ellos. La Declaración no incorporó ninguna limitación en la justiciabilidad de los DESC, tan cuestionada a lo largo del desarrollo del derecho internacional*”.

En esta línea son destacables los siguientes documentos de los Relatores Especiales de la ONU: (1) El 4º Informe del Sr. **JEAN ZIEGLER** de 2003<sup>41</sup> dirigido al Consejo en el que se actualiza la definición del DHA, conmina a los Gobiernos a endurecer la vigilancia a las empresas en tanto que sujetos con capacidad para vulnerar este derecho humano<sup>42</sup>, y se refiere a la soberanía alimentaria como un “nuevo concepto”. (2) La Nota Explicativa del Sr. **OLIVIER DE SCHUTTER**<sup>43</sup> de 14 de mayo de 2010, que induce a la incorporación del DHA en las constituciones en un epígrafe revelador (*El derecho constitucional a la alimentación*), y para dotar al mismo de efecto directo: “*el reconocimiento directo tiene la ventaja de evitar la incertidumbre de la interpretación judicial al estar enunciado el derecho claramente*”. Conclusión que se basa en la incorporación de las observaciones de SEN<sup>44</sup>: que hay un “cuarto mundo”. (3) El Informe de la Sra. **HILAL ELVER** dirigido a la Asamblea de NNUU sobre *El acceso a la justicia y el derecho a la alimentación: el camino a seguir*<sup>45</sup>, en el que se evalúa la entrada en vigor del *Protocolo facultativo del Pacto Internacional de Derechos, Económicos, Sociales y Culturales* (OP-ICESCR por sus siglas en inglés)<sup>46</sup>, que entró en vigor el 5 de mayo de 2013, y que “*permite a las per-*

41. ZIEGLER, J. Informe del Relator Especial sobre el derecho a la alimentación, presentado de conformidad con la resolución 2003/25 de la Comisión de Derechos Humanos. E/CN.4/2004/10, 9 de febrero de 2004 <http://derechoalaalimentacion.org/wp-content/uploads/2012/08/Relator-Especial-Cuarto-informe-comercio-soberan%C3%ADa-alimentaria-y-empresas-transnacionales.pdf> [URL con último acceso el 20/12/2016].

42. Nótese que no son sujetos de derecho público, pero ello no quiere decir que no se les pueda controlar y sancionar internamente.

43. HRC/NONE/2010/244. Briefing Note 1, by the Special Rapporteur on the right to food. 14/05/2010: “*Countries tackling hunger with a right to food approach. Significant progress in implementing the right to food at national scale in Africa, Latin America and South Asia*”; Briefing Note 1, by the Special Rapporteur on the right to food. <http://www.srfood.org/en/briefing-notes> [URL con último acceso el 20/12/2016].

44. Ibidem, Pág. 1: (...) “*Sen señaló que se podía padecer hambre en momentos de gran prosperidad, cuando la renta de algunos grupos se mantenía demasiado baja mientras que la de otros colectivos aumentaba. La originalidad del planteamiento de Sen radicaba en que se alejó de las consideraciones relacionadas con las cifras globales para centrarse en cambio en la situación de los grupos más vulnerables de la sociedad*”.

45. A/HRC/28/65, difundido el 12 de enero de 2015.

46. Aprobado el 10 de diciembre de 2008, la Asamblea General de la ONU, (PF-PIDESC, por sus siglas en español.) Explicación en el siguiente enlace: <http://hrbaportal.org/insights/protocolo-facultativo-del-pacto-internacional-de-derechos-economicos-sociales-y-culturales> [URL con último acceso el 20/12/2016].

sonas buscar justicia, por primera vez, para las violaciones de sus derechos económicos, sociales y culturales en el ámbito internacional, a través del establecimiento de un procedimiento de comunicación (proceso de denuncias individuales) y de un procedimiento de investigación”. La exigibilidad jurídica es posible por la “interdependencia e indivisibilidad” atribuida a todos los DDHH, y en concreto, la negación de los DESC destruye la dignidad humana y es contraria al principio de igualdad y la proscripción de la discriminación<sup>47</sup>. Este documento es relevante en tanto en cuanto: promociona el Protocolo Facultativo que “*abre una histórica vía para la exigibilidad a través de los tribunales de las vulneraciones de los DESC, equiparando los derechos de las víctimas de derechos humanos y creando un espacio más para poder exigir responsabilidades a un Estado*”<sup>48</sup>. En él, la Relatora recoge diversos casos jurisprudenciales de: América latina<sup>49</sup>, Asia<sup>50</sup>, África<sup>51</sup> y Eu-

47. Preámbulo del Protocolo. Texto disponible en: <http://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/OPCESCR.aspx> [URL con último acceso el 20/12/2016]

48. MENDIOLA, M. Op. Cit. Pág. 8. Y reconociendo competencia al Comité DESC para que conozca de las comunicaciones dirigidas por los particulares al respecto del incumplimiento de otro miembro e incluso pueda abrir una investigación (párr. 12, del Informe)

49. Por ejemplo: Párrafo 18: “*En una decisión de 2013, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de El Salvador admitió un recurso de habeas corpus contra la administración penitenciaria interpuesto en relación con un demandante recluso que padecía diabetes e hipertensión. El demandante alegaba que el no proporcionársele una alimentación y una dieta adecuadas conculcaba su derecho a la salud y a la integridad física.*” Párrafo 20: “*En 2013, Guatemala sin Hambre, coalición de ONG, emprendió una litigación estratégica para reclamar el derecho a la alimentación de los niños que padecen malnutrición crónica y viven en condiciones de pobreza extrema. En abril de 2013, la Corte de la Niñez y la Adolescencia del departamento de Zacapa dictó sentencias en las que, sobre la base de los hechos, determinó que se habían conculcado el derecho a la alimentación, el derecho a la vida, el derecho a la vivienda y el derecho a un nivel de vida adecuado.*”

50. Párrafo 21: “*La jurisprudencia constitucional de la India prevé la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales sobre la base del “derecho a la vida”. Este derecho constitucional fue fundamental en la causa People’s Union for Civil Liberties (“PUCL”) v. Union of India.*”

51. Párrafo 23: “*En la causa Centre for Minority Rights Development (Kenya) and Minority Rights Group International on behalf of Endorois Welfare Council v. Kenya, los endorois, comunidad indígena fundamentalmente pastoral, fueron desplazados de sus tierras por el Gobierno de Kenya para establecer una reserva de fauna y flora silvestres. La Comisión Africana concluyó que Kenya había violado los artículos 8, 14, 17, 21 y 22 de la Carta Africana. La Comisión observó que, como consecuencia de su expulsión, la comunidad había sido “relegada a tierras semiáridas”, no aptas para el pastoreo. El pastoreo de animales, uno de los principales medios de subsistencia de la comunidad, se había vuelto imposible a causa de la pérdida de sus tierras, lo que amenazaba la supervivencia de la comunidad.*”

ropa<sup>52</sup>. Asimismo, acentúa que tal vez habría más litigiosidad y se avanzaría en el catálogo de conductas prohibidas, si las víctimas conocieran los derechos y prerrogativas que les asisten en este tema (lo cual desconocen porque los Estados no los informan) y hubiese abogados formados para defenderlas.

## EL CASO ESPAÑOL

En España no hay un reconocimiento expreso del DHA en la Constitución (CE): mucho menos tiene un espacio entre los derechos fundamentales. El art. 25 de la Declaración Universal utiliza la expresión: “*Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado*” precisando a continuación que consistirá en “*la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios*”, y a los seguros de “*desempleo, enfermedad, invalidez, viudedad u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad*”. El único artículo que habla del “nivel de vida” es el art. 130.1 CE<sup>53</sup> ubicado en el título VII dedicado a *Economía y Hacienda*, y eso no parece muy lógico, por lo que debe haber alguna otra explicación. Ésta nos la trae **RECUERDA GIRELA** que encuentra la plena fundamentación constitucional, entrecruzando preceptos y acudiendo a interpretaciones: “*Las condiciones higiénico-sanitarias de los alimentos, y la alimentación tienen una relación fundamental con la salud, y por tanto, conectan directamente con el derecho a la protección de la salud (art. 43 CE), con el derecho a la vida (art. 15 CE), y como no, con la dignidad de la persona (art. 10.1 CE) (...) Pero además, la seguridad alimentaria entra en el elenco de los derechos fun-*

52. Párrafo 25: “*Si bien, en general, los países de Europa han sido más reacios a aceptar la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, ha habido algunos casos que cabe destacar. Por ejemplo, en la sentencia 1 BuL 10/10 del Tribunal Constitucional Federal de Alemania, el Tribunal se pronunció respecto de si las prestaciones en efectivo previstas por la Ley de Prestaciones para los Solicitantes de Asilo eran compatibles con su Constitución. El Tribunal se basó en decisiones anteriores para reiterar que el Estado tiene la obligación de garantizar un “un nivel mínimo de subsistencia digna”, definido como una “garantía amplia sobre los derechos fundamentales”, que incluye el acceso a alimentos (...)*”.

53. “*Los poderes públicos atenderán a la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos y, en particular, de la agricultura, de la ganadería, de la pesca y de la artesanía, a fin de equiparar el nivel de vida de todos los españoles.*”

damentales a través del art. 10.2 CE [vid. también art. 96 CE] que obliga a interpretar las normas relativas a los derechos fundamentales de conformidad con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España, muchos de los cuales tienen por objeto la seguridad alimentaria y el derecho a la alimentación<sup>54</sup>”. Cerrarían este listado la cláusula del Estado Social y democrático de derecho (art. 1 CE) y el sometimiento de los poderes públicos y los ciudadanos a la Constitución (art. 9.1 CE).

Esto mismo aparece en el *Informe sobre la Alimentación adecuada en Cataluña*<sup>55</sup> de 2014: el DHA sólo puede exigirse acudiendo a la conexión con otros derechos, pese a que es evidente su conexión con el derecho a la vida<sup>56</sup>, pues se llega a la misma observación que hemos hecho aquí: legislativamente “no existe ninguna aproximación respecto al derecho a la alimentación ni la cobertura de esta necesidad básica”. En España son colectivos como entidades sin ánimo de lucro Acción contra el Hambre, Ayuda en Acción, Cáritas Española, y Prosalus<sup>57</sup>, los observatorios autonómicos y los institutos de derechos humanos, las que ofrecen un poco de consuelo a las víctimas y luchan por la efectividad del DHA. Sin olvidar el papel de la Federación Española de Bancos de Alimentos

54. RECUERDA GIRELA, M.A. *Seguridad alimentaria y nuevos alimentos*. Op. Cit. Pág. 25.

55. [http://www.entrepueblos.org/files/cast\\_informe-alimentacio.pdf](http://www.entrepueblos.org/files/cast_informe-alimentacio.pdf) [URL con último acceso el 20/12/2016]. Págs. 35 – 39.

56. “En este sentido, el Grupo ad hoc sobre pobreza y derechos humanos de la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas ha reiterado la indisoluble relación entre el derecho a la vida y la satisfacción de las necesidades humanas básicas (documento E/CN.4/Sub.2/2002/15 de 25 de junio de 2002, párrafos 3, 15 y 17): El nivel más esencial del derecho a la vida es la manutención del nivel biológico de los seres humanos y en esa medida el derecho a la vida se descompone en cuatro derechos esenciales: 1, el derecho a la alimentación adecuada; 2, el derecho a contar con agua potable; 3, el derecho a la vivienda; y 4, el derecho a la salud. La ausencia de alguno o varios de estos elementos constituiría una violación de la dignidad de los seres humanos al igual y al mismo nivel de violencia como cuando se tortura, se restringe la libertad o simplemente se mata. El hambre (y la sed) suponen una violencia extrema sobre los individuos (...)”. AUSÍN, T. “El derecho a comer: los alimentos como bien público global”. Págs. 847 – 857. Pág. 854. *Arbor*, núm. 745, Sep-Oct. 2010.

57. Muy importante la campaña *Derecho a la alimentación Urgente!* de cuya página web se han obtenido importantes documentos y datos para la elaboración de este trabajo. [www.derechoalimentacion.org](http://www.derechoalimentacion.org) [URL con último acceso el 20/12/2016].



que se ocupa de distribuir los alimentos, donados por empresas o particulares<sup>58</sup>.

## SUPUESTOS QUE JUSTIFICAN LA APLICABILIDAD DIRECTA DEL DHA

Encontrada ya la (in)justificación legislativa del DHA, que impide poder ser alegado en los Tribunales por las víctimas, ofrecemos a continuación un elenco de supuestos que podrían ser resueltos normativa y judicialmente con arreglo a él:

- 1) Tratamiento de los alimentos sobrantes de la industria alimentaria<sup>59</sup>: para poder corregir las desigualdades en el acceso a alimentos saludables (o población que se alimenta de modo deficiente por falta de recursos)<sup>60</sup> y corregir la distribución inequitativa pese a la abundancia de alimentos que aparece en nuestras sociedades.
- 2) Abaratamiento de los alimentos especiales dirigidos a personas con intolerancias o enfermedades endocrinas.
- 3) Posibilidad de solicitar menús veganos o vegetarianos en instituciones públicas y en colegios para los menores. En la actualidad está mal enfocado en tanto que los afectados se comparan con las medidas permitidas a deter-

58. [www.bancodealimentos.es](http://www.bancodealimentos.es) [URL con último acceso el 20/12/2016].

59. GONZÁLEZ VAQUÉ, L. “El desperdicio de alimentos en la Unión Europea: ¿un nuevo desafío para el

Derecho agroalimentario?” *Selected Works*, mayo 2015. Disponible en: [www.works.bepress.com/luis\\_gonzalez\\_vaque/167/](http://www.works.bepress.com/luis_gonzalez_vaque/167/) [URL con último acceso el 20/12/2016].

60. GRACIA-ARNAIZ, M. “Comer en tiempos de “crisis”: nuevos contextos alimentarios y de salud en España”. *Salud pública de México*. Vol 56, núm. 6, nov-dic 2014. Págs. 648 – 653. “*En la actualidad, más de dos millones de personas en España dependen de los recursos sociales públicos y privados para alimentarse. En plena crisis económica, los comedores sociales, los bancos de alimentos y, en general, las iniciativas de instituciones humanitarias dedicadas a repartir comida han visto desbordada su asistencia debido al crecimiento exponencial de las bolsas de pobreza y colectivos marginados.*”

minadas confesiones religiosas<sup>61</sup>. En los colegios se piden certificados médicos para admitir esas dietas, pese a las protestas de los padres, dado que sólo se prevén adaptaciones por alergias, enfermedades endocrinas o por respeto a los sentimientos religiosos. En este sentido ESCAJEDO SAN EPIFANIO<sup>62</sup> entiende que es ésta una facultad conectada con el libre desarrollo de la personalidad, pues incluso a nivel internacional se ha reconocido la soberanía alimentaria, y asimismo se tiene derecho a la autodeterminación del sistema alimentario pues la gobernanza el hecho alimentario no es monopolística.

4) Como refuerzo de los derechos sociales de los trabajadores: salario adecuado y sostenible.

Son viejas y nuevas cuestiones para las que merece la pena afrontar reformas. Pues de acuerdo con **SARAZÁ**: *“No hay derechos fundamentales si no existe garantía jurisdiccional de los mismos. Por la eficacia de estas garantías jurisdiccionales puede evaluarse la “sinceridad” de los ordenamientos jurídicos en el reconocimiento de los derechos*<sup>63</sup>.”

## CONCLUSIONES

El Derecho a la Alimentación es un Derecho Humano, que a nivel internacional tiene reconocida eficacia directa y judicialidad desde la propia Declaración Universal.

---

61. Ley 26/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Comisión Islámica de España. Art. 14.2: *“La alimentación de los internados en centros o establecimientos públicos y dependencias militares, y la de los alumnos musulmanes de los centros docentes públicos y privados concertados que lo soliciten, se procurará adecuar a los preceptos religiosos islámicos, así como el horario de comidas durante el mes de ayuno (Ramadán).”* Un precepto parecido encontramos en la Ley 25/1992, de 10 de noviembre, por la que se aprueba el Acuerdo de Cooperación del Estado con la Federación de Comunidades Israelitas de España.

62. ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L. Op. Cit. Págs. 2040 y 2045-2046.

63. SARAZÁ JIMENA, Op. Cit. Pág. 27.

El derecho a una alimentación adecuada se ha estudiado acuñando el concepto de seguridad alimentaria, que se desdobra en dos concepciones: una amplia que contiene la esencia del DHA, y otra estricta, a partir de la que surge el Derecho Alimentario, que afecta a los procesos productivos, la tecnología aplicada y la libertad empresarial.

De conformidad con lo previsto en las recomendaciones del Comité DESC de Naciones Unidas y las Directrices de la FAO, para que este derecho pueda ser alegable en los tribunales nacionales, deberá ser objeto de una normativa detallada que lo posibilite incluso modificando la Constitución.

En España pese a que el DHA forma parte del ordenamiento por aplicación de los arts. 10.2 y 96 CE, sólo sería posible hacerlo valer, por conexión a otro derecho con el que se relacione. Existen viejas y nuevas situaciones que solventar (no exclusivas de un solo país), con arreglo al DHA, sin que sea posible recurrir a otros derechos similares.

## **BIBLIOGRAFÍA - MONOGRAFÍAS Y OBRAS COLECTIVAS**

- BLANCA HERRERA, R.M. “La bipolaridad del derecho alimentario”. En: BOURGES, L.A. (Coord.), UE: Sociología y Derecho Alimentario. Estudios jurídicos en honor de Luis González Baqué. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2013.
- ESCAJEDO SAN EPIFANIO, L. “El Derecho humano al alimento: principios constitucionales para un orden agroalimentario global”. VVAA, Constitución y democracia: ayer y hoy. Libro homenaje a Antonio Torres del Moral. Vol. II. Editorial Universitas, Madrid, 2012.
- RECUERDA GIRELA, M.A. Seguridad alimentaria y nuevos alimentos. Thomson Aranzadi, Cizur Menor, 2006.
- RECUERDA GIRELA, M.A. “Introducción al derecho alimentario”. En: RECUERDA GIRELA, M.A. (Dir.) *Tratado de Derecho Alimentario*. Thomson Reuters Aranzadi, Cizur menor, 2011.
- SARAZÁ JIMENA, R., *La protección jurisdiccional de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.

VICENTE GIMÉNEZ, T. *La exigibilidad de los derechos sociales*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2006.

## BIBLIOGRAFÍA - ARTÍCULOS EN REVISTAS

- AUSÍN, T. “El derecho a comer: los alimentos como bien público global”. Págs. 847 – 857. Pág. 854. *Arbor*, núm. 745, Sep-Oct. 2010.
- DE LOMA-OSSORIO, E. “El Derecho a la alimentación. Definición, avances y retos”. *Boletín FUTHER ECOS*, núm. 4. 2008.
- GONZÁLEZ VAQUÉ, L. “El desperdicio de alimentos en la Unión Europea: ¿un nuevo desafío para el Derecho agroalimentario?” *Selected Works*, mayo 2015.
- GRACIA-ARNAIZ, M. “Comer en tiempos de “crisis”: nuevos contextos alimentarios y de salud en España”. *Salud pública de México*. Vol 56, núm. 6, nov-dic 2014.
- MENDIOLA, M. “La exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en Naciones Unidas”. Págs. 1/18. *Defender y repensar los derechos sociales en tiempo de crisis*. Observatori DESC, diciembre de 2009. <http://www.descweb.org/7>
- RECUERDA GIRELA, M.A. “Los principios generales del derecho alimentario europeo”. *Revista de derecho de la Unión Europea*. Núm. 26. Enero – junio 2014, págs. 167-190.
- REYNA, C.A., TABOGA, V., AGUIRRE, C. “El alimento como producto complejo”. Págs. 477 – 493. *Revista crítica de derecho privado*. La Ley Uruguay. 2015, Vol. 2, núm. 12.
- SAURA ESTAPÀ, J. “El derecho humano a la alimentación y su exigibilidad jurídica”. *Lex Social. Revista jurídica de los derechos sociales*. Vol. 3, núm. 1/2013, págs. 4-24.
- SAURA ESTAPÀ, J. *Papeles El tiempo de los derechos*. “La exigibilidad jurídica de los derechos humanos: especial referencia a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC)”. Número: 2 Año: 2011.

# O DIREITO AO ESQUECIMENTO E SUA INTERPRETAÇÃO NA JURISPRUDÊNCIA EUROPEIA E BRASILEIRA

*Diego Moura de Araújo<sup>1</sup>*

## INTRODUÇÃO

No mundo pós-moderno, “novos direitos” surgem e precisam ser enfrentados e aplicados por meios de leis e decisões judiciais. Essa nova temática que, na maior parte das vezes, é referente aos direitos de personalidade, traz uma problematização, isto é, um pseudo conflito entre a intimidade, vida privada e sossego das pessoas *versus* o direito de informação e comunicação, ambos protegidos constitucionalmente e em Tratados Internacionais.

Essa situação de aparente conflito passou a ter um agravante nas últimas décadas – a utilização massiva da internet, como principal meio de comunicação social. Tal fato tem deixado à mostra que a privacidade e a exposição nas mídias sociais podem ferir direitos fundamentais de personalidade protegidos constitucionalmente, tais como, direito à honra e à intimidade. Como se não bastasse, na sociedade de informação os conteúdos e documentos vinculados na rede mundial de computadores ficam acessíveis a qualquer pessoa e a qualquer momento, e aparentemente, não têm como serem esquecidos.

Nesse contexto, a temática do direito ao esquecimento torna-se relevante, pois, com o avanço da internet, as informações, que antes eram

---

1. Doutorando em Ciências Jurídico-Civis pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Mestre em Direito Ambiental e Políticas Públicas pela Universidade Federal do Amapá. Especialista em Direito Civil e Processual Civil pela Universidade Católica Dom Bosco-MT. Magistrado do Tribunal de Justiça do Estado do Amapá. Professor da Universidade Federal do Amapá e da Escola Judicial do Estado do Amapá.

disponíveis apenas nos meios de comunicações tradicionais: jornais, revistas e livros, passaram a ter acesso liberado a poucos cliques do *mouse*. Isto é, a pós-modernidade transmite a sensação de que as informações passam a ser eternizadas, perenes e acessíveis a quaisquer pessoas. Destarte, desligar-se do passado fica mais difícil com a rede mundial de computadores.

Para enfrentar tal tema de grande relevância na atualidade, o presente trabalho explicará as principais decisões tomadas pelo Tribunal de Justiça da União Europeia no caso *Google Spain versus Mario Costeja González* e pelo Superior Tribunal de Justiça nos *leading cases* Aida Curi e Chacina da Candelária, ambos contra a Rede Globo de Televisão. Tais julgados são muito importantes, porque, à época – 2014 e 2013, respectivamente, - foram inéditos na Europa e no Brasil, provocando debates intensos nas doutrinas estrangeira e nacionais e ainda precedentes relevantes para as posteriores decisões sobre a mesma temática.

## A PRIVACIDADE NA SOCIEDADE DE INFORMAÇÃO

Não existem dúvidas de que a sociedade atual é complexa e completamente diferente de séculos atrás. As inovações científicas, tecnológicas, sociais e culturais dos últimos anos fizeram impulsionar transformações nunca vistas e em pouco tempo. O rádio, meio de comunicação mais moderno no início do século XX ficou superado com o avanço das telecomunicações por satélite que impulsionaram o surgimento da *internet*. A revolução da *web* mudou a forma de ver o mundo, pois se antes às notícias eram lidas em jornais comprados em bancas de revistas, hoje passaram a ser vistas em qualquer hora e qualquer momento pelo uso de *smartphones* e *tablets*.

Embora não exista uma data certa para se afirmar o surgimento da sociedade de informação, sabe-se que a tentativa de se formar uma “aldeia global” vem desde a prática do mercantilismo no século XV. Todavia, para os fins do presente estudo, essa sociedade pode ter como marco o pós-segunda guerra mundial com a guerra fria e a recupera-

ção econômica da Europa. A sociedade de informação pode ser analisada por duas simples vertentes, também denominadas de indicadores de desenvolvimento na concepção de **MIRANDA** (2000): a) penetrabilidade, quer dizer, em que grau e/ou quantidade as informações tecnológicas estão presentes nos diversos lares, interferindo no dia-a-dia das pessoas e b) ubiquidade, isto é, saber onde, quando, em que momento e quais os usuários (pessoas físicas, organizações público ou privadas) usam as tecnologias digitais.

A *internet*, até chegar à sociedade atual, passou por três fases bem distintas como bem nota **TOURINHO** (2014). A primeira fase, *WEB 1.0*, foi caracterizada pelo mero consumo de dados, seja de conteúdo informacional ou mesmo lúdico. Na segunda fase, *WEB 2.0*, o usuário passou a ter protagonismo e inseria conteúdos na rede, podendo citar o aparecimento de blogs e redes sociais. O atual momento, *WEB 3.0*, é denominado *internet* semântica e é altamente interconectada com meio externo. As informações e soluções buscadas pelos usuários são obtidas de forma rápida e fácil e até objetos passam a ter conectividade com a rede. O mesmo autor ainda prevê, no futuro, uma *WEB 4.0*, que seria paralela ao cérebro e responderia a todas as necessidades concretas dos seres humanos.

Um exemplo de como esse avanço da conectividade está presente, atualmente, é a denominada *internet* das coisas, utilizadas em tênis, roupas, geladeiras, carros e nos mais variados e impensáveis objetos, e as mídias sociais (*facebook*, *instagram* e *twitter*) que permitem uma comunicação global e instantânea como milhares de pessoas em diversos países do mundo. Como dito acima, a *internet* é o expoente maior da sociedade de informação. **LUISA NETO** (2014) entende que a revolução digital, mais precisamente, com o surgimento e consolidação da *internet* na geração atual, permitiu que a *web* se tornasse um quarto modo de se comunicar ao lado das três tradicionais formas: o som, a escrita e a imagem.

Com o uso crescente do *facebook*, principal rede social com mais de um bilhão de pessoas, popularizou-se a divulgação de dados pessoais

pelos próprios usuários da rede sem terem a noção da real gravidade da exposição da intimidade. Assim, o conceito de esquecimento oferece uma oposição ativa em face dessa nova “onda” de exposição sem limites do que é privado, indo de encontro aos anseios de Marck Zuckerberg, criador do *facebook* (CADIMA, 2014).

Diante dessa nova realidade dos acontecimentos, o debate sobre o direito ao esquecimento mostra-se bastante evidenciado com a popularização da internet<sup>2</sup>, onde as informações tendem a se perpetuar, podendo ser consultadas a todo o tempo e em poucos segundos. Destarte, o direito de ficar só, de não ser mais lembrado por fatos pretéritos, reacende o debate de fatos ocorridos no ambiente digital.

## **DIREITO AO ESQUECIMENTO: ORIGEM, FUNDAMENTAÇÃO E EXPOSIÇÃO DOUTRINÁRIA**

Nota-se que as alterações e incertezas do mundo pós-moderno passaram a afetar a ciência jurídica. Surgem, a cada dia, os denominados “novos direitos” como direito à felicidade, ao sono, à paz, ao esquecimento, à memória e à verdade, à velhice digna, à identidade de gênero dentre outros. Não é que tais direitos tenham aparecido somente nos últimos anos. Eles sempre existiram, porém passaram a ter maior relevância e proteção jurídicas por meio de leis mais democráticas interpretadas à luz da Constituição, com a aplicação dos direitos fundamentais pelo Poder Judiciário e pela facilitação do acesso à Justiça.

Observa-se que muitos desses “novos direitos”, principalmente, o denominado direito ao esquecimento, podem ser considerados como uma espécie do gênero direito de personalidade. De início, é necessário dizer que personalidade não se confunde com direitos de personalidade. O primeiro conceito significa a qualidade que toda pessoa tem para

---

2. Segundo García (2012), a era da informática é propensa à criação de uma nova geração de direitos como o direito ao esquecimento. Mostra que, para entender esses novos direitos, é preciso proteger de um lado os direitos de personalidade (intimidade e dignidade) e de outro a livre difusão de dados (direito à informação).



ser titular de direitos e obrigações jurídicas, correspondendo, portanto, a um atributo ou qualidade natural do ser humano. Tal conceito pode ser facilmente encontrado nos Artº 1º e 2º, do Código Civil brasileiro.

Por outro lado, direitos de personalidade “são todos os direitos necessários à realização da personalidade, à sua inserção nas relações jurídicas” (MIRANDA, 2012, p. 69). CUPIS (2008) entende que eles são direitos subjetivos essenciais a fim de dar conteúdo à personalidade, podendo-se destacar os direitos à vida, à integridade física, à liberdade, à honra, à vida privada e à identidade pessoal. Etimologicamente, a origem do nome personalidade é atrelada à pessoa, do latim *persona*, designando, na antiguidade romana a máscara usada por atores em apresentações (BARBOSA, 2016).

Os direitos de personalidade, em regra geral, são classificados como imprescritíveis, irrenunciáveis, absolutos, intransmissíveis, indisponíveis, perpétuos, possuindo caráter meramente exemplificativo (MIRANDA, 2012). Esses direitos estão amparados na Constituição Federal, principalmente, no princípio da dignidade da pessoa humana (arts. 1º, III e 5º) e nos Arts. 11 a 21, do Código Civil.

Todavia, a modernidade líquida<sup>3</sup> também trouxe mudanças no direito de personalidade. Aquela caracterização rígida da irrenunciabilidade e da indisponibilidade tão caros aos direitos de personalidade, atualmente, passou a ser flexível. Essa crítica é feita por STANCIOLLI (2010) citando o próprio Art. 11, do Código Civil, que inicia com a expressão: “com exceção dos casos previstos em lei” e o enunciado 4 do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: “*O exercício dos direitos de personalidade pode sofrer limitação voluntária, desde que não seja permanente nem geral*”. O mesmo autor conclui que a renúncia é expres-

---

3. Termo cunhado pelo sociólogo Bauman ao afirmar que, ao contrário de décadas passadas em que as transformações ocorriam de forma devagar em decorrência da existência de uma maior solidez em relação aos acontecimentos e certezas científicas, atualmente, no mundo pós-moderno da sociedade de informação, o dinamismo e a flexibilidade das coisas, do espaço e do tempo, bem como as incertezas, tornaram-se fluidas e expansivas à semelhança de líquidos e gases (BAUMAN, 2001).

são do direito ao livre desenvolvimento da personalidade e que os valores criados pelo potencial criativo ilimitado da pessoa humana, embora podendo ser normatizados, não são definitivos.

E é dentro desse contexto de fluidez dos direitos de personalidade, que o direito ao esquecimento se encontra. **SARLET** (2015) afirma que, na verdade, existem decisões jurisprudenciais sobre esse novo direito fundamental bem anteriores à *internet*. No mesmo sentido, **RODRIGUES JÚNIOR** (2013) cita artigos elaborados por doutrinadores brasileiros da década de 1990 que já incluíam o direito ao esquecimento como espécie do direito de personalidade ao lado da vida privada, identidade, intimidade do lar, segredo dos negócios etc. Ainda segundo o referido autor, há referências sobre o direito ao esquecimento nos anos 2000 relacionadas à prescrição penal, à proteção da intimidade do consumidor bancário e à antiga lei de imprensa, que vedava a divulgação ou a transmissão de fato delituoso cujo autor já tenha sido condenado.

O direito ao esquecimento, também denominado, direito de estar só, ou em outras línguas, “*the right to be let alone*”, “*droit à l’oubli*” e “*derecho al olvido*”, pode ser definido como o direito de personalidade de pessoas físicas e jurídicas em terem informações sobre fatos passados, verídicos ou não, apagadas, retiradas e/ou impedidas de divulgação aos meios de comunicação quando já não mais existir interesse público nessas publicações. A ideia central é a proteção da vida privada e da intimidade das pessoas bem como garantir a ressocialização de um condenado, uma vez em liberdade, haja vista que “os direitos de personalidade não podem, por evento passado ou expiado, serem diminuídos” (DIAS NETO, 2015, p. 473).

O direito ao esquecimento pode ser considerado como um desmembramento do direito à intimidade, um dos expoentes do direito de personalidade. Esse novo direito traz em si um debate jurídico bastante relevante em relação a dois bens protegidos constitucionalmente – o direito à intimidade e/ou privacidade *versus* o direito à informação.

Sobre o tema, Henkel *apud* COSTA JR. (1997) parte da diferenciação entre esfera individual, correspondente à proteção da honra e esfera privada que significa proteção contra a discriminação. Ele apresenta, didaticamente, a diferença entre as três esferas da vida privada ou particular. A primeira, denominada esfera privada *stricto sensu*, corresponde a todos os fatos que o sujeito não quer que sejam revelados ao domínio público. A segunda situa-se na esfera da intimidade ou confidencialidade. Nela estão abrangidos acontecimentos que nem a pessoas próximas podem ser revelados, já que se exige confiança e intimidade. Por fim, existe a esfera mais fechada – a do segredo. Participam dessa esfera pouquíssimas pessoas, pois corresponde ao campo secreto do indivíduo merecedor de máxima proteção.

Embora não haja unanimidade quanto ao real alcance do direito ao esquecimento no Brasil, seus fundamentos básicos há muito se encontram presentes no ordenamento jurídico nacional. Institutos como a prescrição, o perdão judicial e a anistia retratam que não se pode, indefinidamente, questionar, litigar ou mesmo rediscutir fatos que não mais tenham relevância à Justiça e à sociedade. Por outro lado, o direito ao esquecimento não corresponde a nenhuma violação a outro direito constitucional, que é a liberdade de informação e expressão, pois há a necessidade de se analisar o caso concreto, como fez o próprio STJ ao ponderar princípios e valores constitucionais além de não existir direito absoluto.

Ademais, no Brasil, o direito ao esquecimento possui fundamentação constitucional e legal. Constitucionalmente, é amparado pelo princípio da dignidade da pessoa humana (art. 1º, III) e pela intimidade, vida privada, honra e imagem das pessoas (art. 5º, X). Pelo Código Civil, é protegido pelos arts. 11 a 21 e art. 52, que tratam sobre os direitos de personalidade, e pelos arts. 2º, 3º, I e II e 7º, I, II e X, todos da Lei nº 12.965/2014<sup>4</sup>, que corresponde ao Marco Civil da Internet. Na seara cri-

---

4. Art. 7º O acesso à internet é essencial ao exercício da cidadania, e ao usuário são assegurados os seguintes direitos: (...) X - exclusão definitiva dos dados pessoais que tiver fornecido a determinada apli-

minal, o direito ao esquecimento é visto como uma forma de reabilitação criminal, respectivamente, arts. 93 a 95, do Código Penal; art. 743, do Código de Processo Penal e art. 202, da Lei de Execução Penal.

Pode-se ainda acrescentar o enunciado 531 da VI Jornada de Direito Civil do Centro de Estudos Judiciários do Conselho da Justiça Federal: “A tutela da dignidade da pessoa humana na sociedade de informação inclui o direito ao esquecimento”.

De maneira geral, a grande maioria das pesquisas sobre direito ao esquecimento situa-se em relação à violação da intimidade pela internet ou sobre fatos ocorridos no campo penal em relação a crimes comuns. Alguns debates atingem também o Direito do Consumidor, mais especificamente, à proteção da intimidade do cliente bancário.

**TORIÑO** (2014, p. 140) define o direito ao esquecimento no meio digital como: “*Derecho del individuo a eliminar ou hacer inaccesibles ciertos datos o información publicados em el entorno digital y que se encuentran indexados por buscadores de Internet*”.

**OST** (1999) trata muito bem a referida temática. Ele destaca que o esquecimento encontra-se fundamentado no próprio Direito e na Justiça e que é difícil desligar tudo o que ocorreu no passado. Isto porque a lembrança de fatos pretéritos é essencial para não se cometer os mesmos erros anteriores além de que não se deve esquecer do dever de memória. Sobre o tema, o autor ainda utiliza a seguinte metáfora: “*O esquecimento é pois necessário como o repouso do corpo e a respiração do espírito; responde à natureza descontínua do tempo cujo fio, como vimos, é entrecortado por pausas e intervalos, atravessados por rupturas e surpresas*”(OST, 1999, p. 163).

Enfatize-se, que o direito ao esquecimento também tem forte atuação no meio ambiente digital com a consolidação da *internet* (ALBERS, 2015). Alguns autores entendem que, do ponto de vista digital, esse direi-

---

cação de internet, a seu requerimento, ao término da relação entre as partes, ressalvadas as hipóteses de guarda obrigatória de registros previstas nesta Lei;

to seria uma quimera, isto é uma luta de braços entre o cidadão que deseja apagar informações do *Google* e de outros buscadores da internet e os motores de busca que pretendem tornar permanentes tais informações (TORIÑO, 2014). Ele se refere a uma decisão proferida pelo Tribunal de Justiça da União Europeia em favor de um cidadão espanhol contra a empresa *Google*. Este julgado determinou que os motores de busca podem ser obrigados a retirar dos seus índices (resultados de pesquisa) ligações a publicações relativas a determinada pessoa que se sinta ofendida. Esta decisão inédita da Justiça Europeia não determinou a remoção de todo o conteúdo de sites e plataformas sobre uma pessoa, apenas a desindexação, isto é, a eliminação nos resultados de pesquisa de referência e notícias sobre determinado tema (REINALDO FILHO, 2014).

Sublinhe-se que **CRAVEN JR.**(1976) traz uma outra vertente do direito do esquecimento que é associado ao direito da não intervenção do Estado em determinadas matérias. Segundo ele, ao longo do século XX nos EUA, houve uma série de intervenções desnecessárias e arbitrárias do Estado, que passaram a afetar os direitos à intimidade e à vida privada dos cidadãos americanos. Cita como exemplo, o caso *Kelley v. Johnson* em que se discutia o debate sobre se a polícia poderia regulamentar o corte de cabelo. Em outro caso, discutiu-se o direito ao uso de determinados trajes de banho nas praias públicas americanas.

Acrescente-se que a aplicação do direito ao esquecimento não pretende violar o dever de memória, sendo com ele compatível (OST, 1999). Tanto é verdade, que há a Lei nº 12528/2011, que constituiu a Comissão Nacional da Verdade. Não se quer, portanto, eliminar todos os dados e referências de fatos ocorridos no passado, apenas evitar a exposição desnecessária e prejudicial de acontecimentos que no presente não tenham mais interesse público ou histórico, que não tenham seu conteúdo atualizado ou ainda que prejudiquem a ressocialização e a regeneração daqueles que pretendem mudar de vida.

O direito à memória está intrinsecamente ligado ao direito ao esquecimento: “*é importante perceber a imperiosa necessidade de lembrança*

*e, portanto, não esquecimento, a fim de que a história seja contada de modo fidedigno, e eventuais traumas coletivos possam ser definitivamente superados”* (SOARES, SANTOS e FREITAS, 2013). Nesse contexto, o direito à memória, além de ser um direito fundamental relacionado ao princípio da dignidade da pessoa humana, apresenta uma dimensão extrajurídica, comportando-se, na verdade, como uma exigência moral em qualquer Estado Democrático de Direito (SOARES, SANTOS e FREITAS, 2013).

Segundo **ALBERS** (2015), o que se busca é o esquecimento social, isto é, cancelamento das informações sem importância que estão perdidas na rede e que não encontram mais a mesma divulgação como no tempo pretérito dos fatos. Ele é diferente do esquecimento individual, aquele mais íntimo suportado pelas vítimas e parentes que ficará a cargo de cada um, não se podendo e nem se desejando ter, por óbvio, controle.

Como regra geral, o direito ao esquecimento no Direito Penal, é uma forma do Estado acreditar na regeneração e na ressocialização do condenado que, ao cumprir pena, não deve ser mais incomodado com lembranças de fatos criminais pretéritos. Desta forma, pretende-se que ex condenados, que cumpriram as penas impostas, não tenham seus registros divulgados e nem disponibilizados para consultas, não sendo mais lembrados por tais delitos, prevalecendo-se o dever de sigilo pelos detentores de tais informações (SANTOS, 2014). Protege-se, portanto, os direitos de personalidade dos ex condenados, tais como imagem, honra e intimidade, pois, caso contrário, estar-se-ia aplicando uma pena perpétua, já que a lembrança de tais crimes por todos ensejaria dificuldade de ressocialização.

Isto pode ser observado pelos art. 202, da Lei de Execuções Penais (LEP); art. 93, do Código Penal e art. 748, do Código de Processo Penal. Pela interpretação de tais artigos, a reabilitação criminal a ser aplicada deve ser a prevista na LEP, por ser a mais benéfica ao não necessitar do prazo mínimo de 2 anos da extinção da pena.

Em relação a União Europeia, o direito ao esquecimento possui previsão em três diplomas normativos. O primeiro, a Directiva 95/46/CE, já revogada, e que serviu de fundamento para as decisões do TJUE, prevê o direito ao esquecimento na seção “Direito de acesso da pessoa em causa aos dados”, *verbis*:

*Art. 12º – Os Estados-membros garantirão às pessoas em causa o direito de obterem do responsável pelo tratamento:*

*b) Consoante o caso, a retificação, o apagamento ou o bloqueio dos dados cujo tratamento não cumpra o disposto na presente directiva, nomeadamente devido ao carácter incompleto ou inexato desses dados.*

Com a revogação da citada Directiva pelo Regulamento nº 2016/679<sup>5</sup>, o direito ao esquecimento passará a ser tratado no Art. 17º. O referido artigo prevê a possibilidade do titular dos dados “obter do responsável pelo tratamento o apagamento dos seus dados pessoais, sem demora injustificada, e este tem a obrigação de apagar os dados pessoais, sem demora injustificada...”. Citam-se como exemplos situações em que os dados pessoais deixarem de ser essenciais para o fim que motivou o tratamento ou quando forem tratados de forma ilícita.

O referido artigo encontra exceções quando o tratamento dos dados se revele necessário para o exercício da liberdade de expressão e informação; por motivo de interesse público no domínio da saúde pública; para efeitos de declaração, exercício ou defesa de um direito num processo judicial; para fins de cumprimento de obrigação legal que exista tratamento previsto pelo Direito da União ou de um Estado-Membro e para fins de arquivo de interesse público, de investigação científica, histórica e para fins estatísticos.

---

5. O regulamento foi publicado em 27 de abril de 2016 e trata da proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados. Apesar de ter revogado a Directiva 95/46/CE (Regulamento Geral sobre a Proteção de Dados), ele só será aplicável a partir de 25 de maio de 2018 (art. 99, n.2).

Por fim, o direito ao esquecimento encontra amparo nos Arts. 7º e 8º da Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia. Nesse entender, resta evidente que um dos direitos mais significativos na atualidade é o direito ao apagamento dos dados pessoais nos prazos que a lei ou autoridade de controle os determinar, quando cessarem as finalidades a que se destinavam ou violarem as normas a que são reguladas (CASTRO, 2013).

### DIREITO AO ESQUECIMENTO NA VISÃO DOS TRIBUNAIS

Pode-se afirmar que decisões sobre o direito ao esquecimento, mesmo sem referência explícita, já remontam ao histórico caso “Lebach”, julgado pelo Tribunal Constitucional alemão. Em suma, um dos acusados do homicídio de quatro soldados alemães, em 1969, estava prestes a sair da prisão por já ter cumprido integralmente a pena a ele imposta. Dias antes da liberdade, descobriu que um canal de TV alemão iria exibir um documentário especial sobre os homicídios e ainda divulgaria detalhes da vida privada dos acusados.

Diante disso, ele ajuizou uma ação inibitória para impedir a divulgação do programa que, depois dos trâmites legais, chegou ao Tribunal Constitucional Alemão (TCF). Esta Corte entendeu que, no caso debatido, a intimidade e a vida privada do condenado, agora solto, merecia especial proteção frente ao direito de informação, pois haveria um prejuízo social à imagem do condenado, já que ele teria cumprido toda a pena e precisava ter condições de se socializar (RAMOS, 2016).

O caso Lebach foi bastante paradigmático, porque ao mesmo tempo em que garantiu, naquele caso concreto, a primazia do direito ao esquecimento frente ao direito de informação também discutiu a aplicação dos direitos fundamentais na esfera privada, isto é, entre os particulares, algo também pouco debatido à época dos fatos e que só há algum tempo passou a ganhar repercussão no Brasil. Ainda segundo RAMOS (2016, p. 140): “Em 1999, o TCF permitiu a veiculação de programa sobre o caso “Lebach”, argumentando que as



mais de duas décadas passadas já haviam permitido a ressocialização dos envolvidos.”

Esse dilema chegou aos Tribunais brasileiros e na União Europeia. No Brasil, o Superior Tribunal de Justiça, por duas ocasiões, pronunciou-se, expressamente, sobre o direito ao esquecimento, reconhecendo sua existência e importância no ordenamento jurídico vigente. O Tribunal de Justiça da União Europeia também se manifestou, recentemente, sobre o tema, que é assegurado, desde 1995, pela Directiva 95/46 da Comunidade Europeia, hoje revogada pelo Regulamento (EU) 2016/679.

Em relação à União Europeia, o caso *Google Spain versus Mario Costeja González* mostrou-se inédito para a Corte de Luxemburgo, porque, pela primeira vez, o Tribunal de Justiça aplicou o direito ao esquecimento fundamentado na Directiva 95/46/CE, “relativa “à proteção das pessoas singulares no que diz respeito ao tratamento de dados pessoais e à livre circulação desses dados”<sup>6</sup>.

Em síntese<sup>7</sup>, em 05/03/2010, o espanhol M. Costeja González apresentou uma reclamação na Agência Espanhola de Proteção de Dados (AEPD) em face do jornal *La Vanguardia*, *Google Spain* e *Google Inc.* Argumentou que, apesar de ter quitado os débitos com a Seguridade Social, ainda constava seu nome no link do *Google Search* e nas páginas do citado jornal como executado de um imóvel em hasta pública. Nesta reclamação, o autor queria que o jornal *La Vanguardia* suprimisse ou alterasse as páginas em que constavam seu nome, para que os seus dados pessoais deixassem de aparecer ou que usasse ferramentas dos motores de busca para obstar o acesso a essas informações.

Em relação ao *Google Spain* e ao *Google Inc.*, solicitou a ocultação ou supressão das informações pessoais para que deixassem de aparecer nos resultados de pesquisa bem como serem relacionados com o cita-

6. A Directiva 95/46/CE foi publicada em 24 de outubro de 1995, e segundo o art. 32, os Estados membros teriam três anos para pôr em vigor as disposições regulamentares, legislativas e administrativas necessárias para o efetivo cumprimento da norma.

7. Cf. <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-131/12>>.

do jornal, tudo isso, porque ele já teria quitado, há vários anos, sua dívida com a Seguridade Social, tornando essas informações antigas e sem nenhuma relevância.

Em 30/07/2010, a AEPD julgou parcialmente a reclamação excluindo o jornal *La Vanguardia* de qualquer responsabilidade, já que ele só efetuou a publicação, porque as informações estavam legalmente justificadas e foram ordenadas pelo Ministério do Trabalho e dos Assuntos Sociais da Espanha. Em relação à empresa *Google*, a reclamação foi procedente, pois se considerou que os motores de busca estão sujeitos à legislação referente à proteção de dados, porque eles são responsáveis pelo tratamento de dados pessoais, atuando como intermediários da sociedade de informação.

Diante dessa decisão, recorreram ao Tribunal da Audiência Nacional da Espanha as rés *Google Spain e Google Inc.* pleiteando a nulidade da decisão da AEPD. Em virtude deste recurso, a Audiência Nacional suspendeu o feito e remeteu três questões prejudiciais para o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) se manifestar sobre a aplicação material, territorial e quanto ao alcance do direito ao esquecimento no caso concreto, nos moldes da Directiva 95/46/CE.

Nas conclusões do Advogado Geral N.Jääkinen, apresentadas em 25.06.2013, foi dito que há aplicabilidade territorial da Directiva de proteção de dados à empresa *Google*, já que ela representa uma única unidade, independentemente da *Google Spain* focar o mercado publicitário e não de coleta de dados. Em relação à aplicação material, entendeu que o prestador de serviços de motor de busca não pode ser considerado responsável pelo tratamento de dados. Por fim, concluiu que os direitos ao apagamento e ao bloqueio de dados, constantes nos arts. 12º e 14º da Directiva não conferem ao autor o direito de se dirigir diretamente aos motores de pesquisa para impedir a indexação de informações referentes à sua pessoa<sup>8</sup>.

---

8. Comentando as conclusões do Advogado Geral, Molina (2013), argui que o parecer adotou uma postura conservadora e feriu o princípio da proporcionalidade. Conclui que, apesar do entendimento do ad-

Em julgamento histórico<sup>9</sup>, realizado em 13/05/2014, o Tribunal de Justiça da União Europeia, respondendo às três questões prejudiciais e, contrariando o entendimento previsto no parecer do advogado geral, assentou a aplicabilidade do direito ao esquecimento fundamentado na Directiva 95/46/CE – arts. 2º, 4º, 12º e 14º bem como na Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia – arts. 7º e 8º. No entanto, não afirmou tal direito como absoluto, uma vez que ao solicitar o apagamento dos dados pessoais sobre a informação pretendida, as razões do requerente devem ser analisadas caso a caso. Ao fim, concluiu que não se pode aplicar o direito ao esquecimento em situações especiais, tal como, o papel desempenhado por uma pessoa na vida pública. Nesse caso, a ingerência nos direitos fundamentais seria justificada pelo interesse prevalente do público no acesso às informações em questão.

Em relação ao Brasil, em recentes decisões do Superior Tribunal de Justiça, a 4ª Turma pôde apreciar o direito ao esquecimento nos seguintes julgados: REsp 1.334.097 (Chacina da Candelária) e REsp 1.335.153 (Aida Curi).

No primeiro caso, o STJ reconheceu o direito ao esquecimento a um acusado, que fora inocentado do crime da Chacina da Candelária, e que, tempos depois de absolvido, foi retratado como coautor do referido crime pelo programa Linha Direta da Rede Globo. Na ação, o autor pretendeu ser indenizado pelo famoso canal de televisão, pois, mesmo absolvido, fora tratado como criminoso, o que teria reacendido ódio e

---

vogado geral, corrobora com ele no aspecto de que o direito ao esquecimento não pode ser geral e nem pode fundamentar-se em preferências subjetivas do interessado.

9. Pouco depois da decisão do TJUE, a empresa *Google* formou um comitê de peritos para analisar as questões sobre direito ao esquecimento e disponibilizar um formulário para serem preenchidas pelas pessoas que querem alteração ou supressão em seus dados pessoais vinculados na rede. Em poucas semanas, forma mais de 40.000 (quarenta mil) petições para cancelamento de dados pelo *Google* (CARO, 2014). Nesses formulários, que além da informação a ser apagada ou alterada, contem o nome das partes e nacionalidade, já que a decisão do TJUE só tem aplicabilidade aos europeus residentes na União Europeia. E, diante de tais dados, é que o *Google* analisa o mérito da aplicabilidade da Directiva (HARDY, 2015).

revolta da população contra sua pessoa, lesionando seu direito à paz, anonimato, vida privada e a própria segurança de seus familiares.

Ao julgar o caso, o relator Ministro Luis Felipe Salomão condenou a requerida em danos morais e disse ser devido o reconhecimento do direito ao esquecimento aos condenados que cumpriram integralmente a pena bem como os que foram absolvidos. Segundo ele, esse direito de personalidade é tido como um verdadeiro direito à esperança em sintonia com a presunção constitucional e legal da regenerabilidade da pessoa humana.

No segundo julgado, caso Aida Curi, os familiares da vítima ajuizaram ação de danos morais também contra a Rede Globo sob o argumento de que o Programa Linha Direta, ao divulgar o nome da vítima, fotos reais e rememorado detalhes pretéritos, teria trazido a lembrança do crime e todos os fatos negativos do acontecimento. Todavia, diferentemente do anterior julgado, o STJ decidiu, por maioria, que não seria devido a indenização, pois o crime ocorrido constituiu um fato histórico e de interesse público, não sendo possível, portanto, que a emissora retratasse a mesma história omitindo o nome da vítima. Destarte, a corte entendeu que, por esse crime ter tido grande relevância à época dos fatos, passados mais de 60 anos, o tempo se encarregaria de tirar o caso da memória do povo ao mesmo passo em que abrandaria os efeitos sobre a honra e dignidade dos familiares.

Sublinhe-se que o direito ao esquecimento em relação a determinados crimes comporta algumas exceções. Um exemplo se refere ao que o STJ entende como crimes de grande relevância social e de cunho histórico como o retratado no caso Aida Curi (REsp nº 1.335.153-RJ). Destarte, o direito ao esquecimento não poderia ter como objetivo fazer desaparecer registros sobre crimes graves que fizeram parte da história policial e judicial e que despertaram grande interesse público. Neste caso concreto, o direito à informação/expressão prevaleceu sobre o direito à intimidade dos familiares da vítima:

“Com efeito, o direito ao esquecimento que ora se reconhece para todos, ofensor e ofendidos, não alcança o caso dos autos, em que se reviveu, décadas depois do crime, acontecimento que entrou para o domínio público, de modo que se tornaria impraticável a atividade da imprensa para o desiderato de retratar o caso Aida Curi, sem Aida Curi” (REsp nº 1.335.153-RJ)

## CONCLUSÃO

Neste artigo, ao analisar o direito ao esquecimento na sociedade de informação, chegou-se a algumas conclusões:

a) A sociedade pós-moderna da informação está calcada no amplo acesso às tecnologias digitais, sendo a *internet* o principal meio de comunicação, superando a TV e o rádio. Com a *web*, propagaram-se *blogs* e redes sociais que tornaram a circulação de informação mais rápida e acessível a apenas alguns cliques;

b) A sociedade de informação traz à tona questionamentos novos relativos ao direito ao esquecimento e ao apagamento de dados e informações pessoais que, apesar de lícitas quando inseridas, passados alguns anos não possuem mais importância;

c) O direito ao esquecimento deriva do direito à intimidade e é uma espécie do gênero direito de personalidade. Esse direito não é um simples “deletar o passado”, já que tal fato é impossível. Trata-se apenas de uma forma de retirar ou mesmo retificar fatos anteriores que não possuem relevância social, pública, histórica ou científica para o próprio indivíduo e à sociedade;

d) A União Europeia e o Brasil têm instrumentos jurídicos para aplicação do direito ao esquecimento em seus respectivos territórios, sejam através de directivas, de regulamentos ou mesmo de leis. Ademais, contam com recentes julgados que retratam com cuidado a aplicação e o entendimento desse novel direito além de trazerem exceções ao caso;

e) Por fim, espera-se que nos conflitos, porventura existentes, entre os direitos fundamentais de personalidade, tais como, privacidade, intimidade, esquecimento e memória *versus* o direito à livre informação

e comunicação; prevaleça o entendimento que melhor proporcione à pessoa humana um elevado nível de dignidade e de respeito.

## REFERÊNCIAS

- ALBERS, Marion. *A imprensa também tem limites*. Revista PUCRS, Porto Alegre, n.173, mar-abr.2015, p.30-31.
- BAUMAN, Zygmunt. *Modernidade Líquida*. Trad. Plínio Dentzein. Rio de Janeiro: Zahar, 2001.
- CARO, María Álvarez. *Reflexiones sobre la sentencia del TJEU em el Asunto “Mario Costeja” (C-131/12) sobre Derecho al Olvido*. *Revista Española de Derecho Europeo*. Pamplona, n.51, jun-set 2014, p. 165-187.
- CASTRO, Catarina Sarmiento e. *Carta dos Direitos Fundamentais da União Europeia Comentada*. In SILVEIRA, Alessandra e CANOTILHO, Marina (orgs.). Lisboa: Coimbra, 2013, p. 120-128.
- CRAVEN Jr., J, Braxton. *Personhood: the right to be let alone*. Disponível em: <<http://scholarship.law.duke.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=2587&context=dlj>>. Acesso em: 10 abr.2016.
- CUPIS, Adriano de. *Os direitos de personalidade*. Trad. Afonso Celso Furtado Rezende. São Paulo: Forum, 2008.
- DIAS NETO, Pedro Miron de Vasconcelos e FURTADO, Emmanuel Teófilo. *Os direitos da personalidade e a liberdade de expressão na modernidade líquida: o direito ao esquecimento no meio ambiente digital do Brasil*. Florianópolis: CONPEDI, 2015.
- HARDY, Bruno. Application dans l’espace de la directive 95/46/CE: la géographie du droit à l’oubli. *Revue Trimestrielle de Droit Européen*. Paris, n.4, oct-déc. 2014, p. 879-897.
- MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: direito de personalidade e direito de família*. Tomo VII. São Paulo: RT, 2012.
- MOLINA, Olga Brotons. Caso Google: tratamiento de datos y derecho al olvido. Análisis de las conclusiones del abogado general, asunto C-131/12. *Revista Aranzzi de Derecho y Nuevas Tecnologías*. Pamplona, n.33, set-dic.,2013, p. 107-126.

- GARCÍA, José Eugenio Soriano. Derecho al Olvido y la creación de derechos. *Galileu – Revista de Economia e Direito*. Lisboa, vol. 17, n. 1-2, 2012, p.207-281.
- OST, François. *O tempo do direito*. Trad. Maria Fernanda Oliveira. Lisboa: Instituto Piaget, 1999.
- RAMOS, André de Carvalho. Direito ao esquecimento e o controle indireto dos bancos de dados de consumo. *Revista de Direito do Consumidor*. São Paulo: RT, mar-abr.2016, p.131-147
- REINALDO FILHO, Demócrito. *Remoção de nomes da internet: decisão europeia e repercussão*. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/30429/a-remocao-dos-resultados-de-pesquisa-indexacao-dos-motores-de-busca-na-internet-1-parte>>. Acesso em: 09 abr. 2016.
- RODRIGUES JÚNIOR, Luiz Otávio. *Brasil debate direito ao esquecimento desde 1990*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2013-nov-27/direito-comparado-brasil-debate-direito-esquecimento-1990>>. Acesso em: 09 abr. 2016.
- SANTOS, Raphael Alves. O direito ao esquecimento dos condenados. Disponível em: <<http://www.direitonet.com.br/artigos/exibir/5781/O-direito-ao-esquecimento-dos-condenados>>. Acesso em: 24 maio 2016.
- SARLET, Ingo Wolfgang. *Tema da moda, direito ao esquecimento é anterior à internet*. Disponível em: <<http://www.conjur.com.br/2015-mai-22/direitos-fundamentais-tema-moda-direito-esquecimento-anterior-internet>>. Acesso em: 22 maio 2015.
- SOARES, Ricardo Maurício Freire; SANTOS, Claiz Maria Pereira Gunça dos e FREITAS, Tiago Silva de. *O direito fundamental à memória e à verdade*. Curitiba: Juruá, 2013.
- STANCIOLLI, Brunello. *Renúncia ao exercício de direitos de personalidade*. Belo Horizonte: Del Rei, 2010.
- TURIÑO, Alejandro. *El derecho al olvido y a la intimidad em internet*. Madrid: Catarata, 2014.
- UNIÃO EUROPEIA. *Tribunal de Justiça da União Europeia*. C-131/12. Disponível em: <<http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?num=C-131/12>>. Acesso em: 26 set 2016.

# O PAGAMENTO INDIRETO DA COMPENSAÇÃO AMBIENTAL (ART. 36, LEI Nº 9.985/2000) E A ATUAÇÃO DOS TRIBUNAIS DE CONTAS

*Pedro Henrique Sousa de Ataíde<sup>1</sup>*

*Talden Farias<sup>2</sup>*

## INTRODUÇÃO

Uma das formas mais eficazes de preservação da biodiversidade consiste na criação de Unidades de Conservação da Natureza (UCs). Por outro lado, a existência de tais áreas protegidas requer considerável aporte financeiro e material. Por essa razão, foi criado no Brasil um instituto peculiar de compensação ambiental, atualmente regulamentado pelo Art. 36 da Lei nº 9.985/2000, que consiste no pagamento realizado pelas atividades de significativo impacto ambiental, cujos valores são aplicados diretamente nas UCs.

O procedimento ocorre da seguinte forma: os empreendimentos causadores de significativo impacto ambiental, sujeitos à elaboração de Estudo de Impacto Ambiental e respectivo relatório (EIA/RIMA), serão obrigados a apoiar a implantação/manutenção de UCs. Tal apoio consiste em destinar recursos para esses espaços protegidos, cujo montante será calculado em percentual sobre os custos totais de implantação do empreendimento.

1. Mestrando em Direito Econômico pela Universidade Federal da Paraíba. Graduado em Ciências Jurídicas e Sociais pela mesma Instituição. Advogado.

2. Doutor em Direito da Cidade pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro, mestre em Ciências Jurídicas pela Universidade Federal da Paraíba e bacharel em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba. Advogado e professor da Universidade Federal da Paraíba.



Percebe-se que o único critério para cobrar do empreendedor referida prestação é que a atividade seja de significativo impacto ambiental. A obra nem precisa ser irregular ou mesmo afetar uma UC específica; basta que ela seja considerada, no licenciamento ambiental, como apta a provocar significativa degradação.

À primeira vista, o cumprimento da obrigação poderá ocorrer tanto na forma direta quanto na indireta. Na primeira, o próprio empreendedor executa as medidas de implementação/manutenção de UCs, de acordo com as exigências respectivo órgão gestor. Já na segunda, ocorre o pagamento de recursos financeiros, para que as medidas sejam efetuadas pelo órgão público que administra o espaço.

Ocorre que no licenciamento ambiental realizado em âmbito federal, o Tribunal de Contas da União (TCU) determinou que não mais poderá haver pagamento indireto. Nesse sentido, o problema da presente pesquisa consiste em analisar se a decisão do referido Tribunal afronta as disposições legais e regulamentares da compensação ambiental, bem como se ajuda a promover alocação efetiva de recursos para as UCs. Parte-se da hipótese de que o entendimento da Corte é incompatível com a normatização, assim como constitui empecilho à efetivação das medidas de apoio às UCs.

Tem-se como objetivo o estudo dos aspectos gerais da compensação ambiental, da natureza do pagamento e da atuação dos Tribunais de Contas. Utilizar-se-á o método dedutivo, na medida em que investiga os aspectos regulamentares do instituto para observar a possibilidade de pagamento indireto. Por fim, a pesquisa foi desenvolvida com base bibliográfica e documental.

## ASPECTOS GERAIS DA COMPENSAÇÃO AMBIENTAL

O instituto da compensação ambiental, atualmente previsto na Lei n. 9.985/2000, foi originado por meio de Resoluções do Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA)<sup>3</sup>.

3. O CONAMA é um órgão integrante do Sistema Nacional do Meio Ambiente (SISNAMA), que possui caráter consultivo e deliberativo. A Lei 6.938/1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente, definiu tal órgão da seguinte forma: Art. 6º. Os órgãos e entidades da União, dos Estados, do Dis-

Os vultosos projetos do setor elétrico brasileiro, localizados na Amazônia, despertaram um intenso debate entre os empreendedores e os estudiosos da temática ambiental.<sup>4</sup> É sabido que a instalação de usinas hidrelétricas provoca a inundação de áreas extensas, o que gera o perecimento de espécimes da fauna e da flora, entre outros impactos ambientais negativos<sup>5</sup>.

Diante de tal situação, tornava-se necessário minorar os prejuízos ao meio ambiente, sobretudo em relação ao ecossistema afetado pelo empreendimento. Vale dizer, a fauna e a flora suprimidas pela inundação deveriam ser compensadas a partir da criação de áreas protegidas para, ao menos, “*servir de testemunho das características do ambiente original*”<sup>6</sup>.

Foi nesse contexto que o CONAMA expediu a Resolução n. 10/1987, determinando que o licenciamento ambiental de obras de grande porte, aptas a causar destruição em ecossistemas, traria à empresa responsável o dever de implantar uma Estação Ecológica<sup>7</sup>, cujo custo não

---

trito Federal, dos Territórios e dos Municípios, bem como as fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental, constituirão o Sistema Nacional do Meio Ambiente - SISNAMA, assim estruturado: [...] II - órgão consultivo e deliberativo: o Conselho Nacional do Meio Ambiente (CONAMA), com a finalidade de assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo, diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais e deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida;

4. FARIA, Ivan Dutra. *Compensação ambiental: os fundamentos e as normas; a gestão e os conflitos*. Consultoria Legislativa do Senado Federal: textos para discussão n. 43. Brasília: julho/2008. Disponível em: <<http://www12.senado.gov.br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-43-compensacao-ambiental-os-fundamentos-e-as-normas-a-gestao-e-os-conflitos>>. Acesso 23 jul. 2014.

5. Dentre os impactos ambientais negativos da construção de hidrelétricas, cabe citar os seguintes: aumento da emissão de gases do efeito estufa (notadamente nas barragens onde a floresta nativa não sofreu desmatamento), degradação da qualidade hídrica, deslocamento populacional compulsório, lesão à cultura ribeirinha e às populações tradicionais de maneira geral, perda de biodiversidade, perda de terras férteis e de madeira, redução das vazões a jusante da barragem etc. (SIRVINSKAS, Luis Paulo. *Recursos hídricos e energia*. In: FERREIRA, Maria Augusta; FARIAS, Talden; CIRNE, Lúcio Flávio Ribeiro. *Direito ambiental – uma perspectiva ambientalista: homenagem aos 30 anos da ASPAN*. Fundação Antônio dos Santos Abranches, 2011).

6. FARIA, Ivan Dutra. *Op. cit.*, p. 9

7. Estação Ecológica é uma unidade de conservação pertencente ao grupo de “Proteção Integral”; isto é, possui como principal objetivo a preservação da natureza e a realização de pesquisas científicas, nos termos do *caput* do Art. 9º da Lei 9.985/2000. Além disso, é formada apenas por áreas de domínio público,

poderia ser inferior a 0,5% (meio por cento) do valor total do empreendimento.

A compensação ambiental tem suas origens na atuação de Paulo Nogueira Neto enquanto Secretário Especial de Meio Ambiente (Atual Ministério do Meio Ambiente), que em entrevista revelou como foi a criação do instituto em comento:

#### **Qual tema ambiental merecia destaque na COP-8?**

Paulo - A grande conquista do Brasil no campo ambiental foi obtida um dia antes de começar a Conferência. Foi o acordo do Ministério do Meio Ambiente com a Caixa Federal para possibilitar compensações ambientais. Para mim foi uma coisa extremamente importante porque fui eu quem começou esta história de compensação no Brasil.

#### **O senhor começou várias coisas neste país, em termos ambientais.**

Paulo - Naquela época era mais fácil. Estava tudo começando, não tinha tanta oposição. Quando o Ministro Aureliano Chaves, que sempre gostou de meio ambiente, estava no Ministério de Minas e Energia, conversei com ele sobre a necessidade da compensação ambiental. Disse que quando se constrói uma hidrelétrica, todas as pessoas que têm bens na região afetada são compensadas. Mas a floresta que foi destruída não recebe nada e deveria existir uma compensação para plantio ou aquisição de uma nova floresta. Ele concordou e eu levei a questão para o Conama, que ampliou o conceito não só para hidrelétricas, mas para outras coisas que pudessem ter impacto negativo sobre a natureza. O problema é que as resoluções do Conama não têm força de lei<sup>8</sup>.

---

de maneira que as terras privadas que estiverem inseridas em seus limites serão desapropriadas, nos termos do § 1º do mesmo dispositivo mencionado.

8. O ECO. O senhor da história – com Paulo Nogueira Neto. Entrevista concedida em 28 de abril de 2006. Disponível em: <<http://www.oeco.org.br/reportagens/10947-oecor6589>>. Acesso 25 ago. 2014, s-p.

Como se vê, a compensação ao meio ambiente foi concebida pelo mesmo raciocínio da compensação patrimonial das pessoas que tiveram a propriedade afetada pela construção das hidrelétricas. Se o destinatário da compensação patrimonial é o proprietário prejudicado, o destinatário da compensação ambiental será, diretamente, o meio ambiente. Em razão disso, a Resolução 10/1987 previu que os recursos seriam alocados diretamente às Estações Ecológicas, e não para o orçamento do Poder Público.

Tal ato normativo foi revogado pela Resolução nº 02/1996. De acordo com esta, a quantia paga pelo poluidor poderia não só custear as Estações Ecológicas, mas qualquer UC de domínio público e uso indireto, tendo sido mantido o piso de 0,5% (meio por cento).

Entretanto, a ausência de previsão em lei para a obrigação da compensação ambiental suscitou diversos entraves práticos em sua cobrança<sup>9</sup>. Foi aí que a Lei nº 9.985/2000, que instituiu o Sistema Nacional de Unidades de Conservação (SNUC), trouxe a positivação do instituto, determinando que a compensação ambiental corresponde ao valor mínimo de 0,5% dos custos totais de implantação do empreendimento, bem como será dirigida às UCs pertencentes ao Grupo de Proteção Integral.

O Supremo Tribunal Federal (STF) apreciou o mencionado Art. 36, no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade nº 3.378, quando declarou a inconstitucionalidade do piso de meio por cento dos custos totais de implantação do empreendimento. Com isso, o órgão ambiental licenciador não está atrelado ao percentual mínimo quando realizar o cálculo da compensação ambiental.

---

9. Nesse sentido: “à época, contudo, muito se discutiu acerca da legalidade e constitucionalidade desses normativos, o que dificultava a sua aplicação pelos órgãos licenciadores. O principal argumento utilizado em defesa da sua inconstitucionalidade – do mesmo modo que ocorreu com a Resolução CONAMA nº 01/86 –, centrava-se no fato do Art. 25 do ADCT estabelecer a revogação, a partir de 180 dias da promulgação da CF/88, dos dispositivos legais que atribuíam ou delegavam a órgão do Poder Executivo competência constitucional do Congresso Nacional”. MACIEL, Marcela Albuquerque. *Compensação ambiental: instrumento para a implementação do Sistema Nacional de Unidades de Conservação*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012, p. 137].

Por fim, é importante destacar que a compensação ambiental é um instituto nacional, o que denota o caráter inovador do Direito Ambiental brasileiro. A respeito disso, **Adriana de Oliveira Varella Molina** expõe o seguinte:

Tivemos acesso à pesquisa internacional realizada neste sentido pelo ICF Consulting, contratada pela PETROBRAS, em cujo relatório consta a conclusão de que na legislação dos países pesquisados (Estados Unidos, Canadá, Noruega União Européia e Reino Unido) não existe instituto similar à compensação ambiental, ou seja, de existência de obrigação nos moldes da lei brasileira, originária de procedimento de licenciamento ambiental de empreendimento de significativo impacto ambiental negativo não mitigável, com recursos vinculados à aplicação em unidades de conservação<sup>10</sup>.

Dessa feita, a compensação ambiental é um instituto genuinamente brasileiro. Sua principal função é alocar recursos financeiros para o SNUC e, dessa forma, torná-lo viável<sup>11</sup>. Vale dizer, a compensação ambiental foi um meio criado pela lei para não deixar as UCs à mercê apenas de dotações orçamentárias dos entes federados.

## **A APLICAÇÃO/GESTÃO DOS RECURSOS DA COMPENSAÇÃO AMBIENTAL E O PAPEL DOS TRIBUNAIS DE CONTAS**

Um dos maiores problemas na aplicação da compensação ambiental tem sido a gestão dos recursos nas hipóteses do pagamento indireto.

Quando o próprio empreendedor executa a obrigação de apoio às UCs (pagamento direto), o controle por parte do Poder Público consis-

10. MOLINA, Adriana de Oliveira Varella. Licenciamento ambiental e compensação ambiental: aplicação na indústria do petróleo do Brasil. 2005. 252 p. Dissertação (Mestrado em Sistema de Gestão) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2005, p. 148.

11. CAMPHORA, Ana Lucia. Ambiente institucional da compensação ambiental de que trata o Artigo 36 da Lei Federal 9.985/2000: da necessidade de governança regulatória. 171 f. Tese (Doutorado em Ciências em Desenvolvimento, Agricultura e Sociedade) – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.

te em fiscalizar a realização das atividades previstas no Termo de Compromisso, se essas correspondem ao percentual estabelecido etc.

A grande celeuma está no pagamento indireto, no qual o empreendedor cumpre a obrigação mediante a transferência dos recursos financeiros para o órgão gestor da(s) UC(s) beneficiária(s).

Conforme será demonstrado a seguir, o Tribunal de Contas da União entende que a única possibilidade de cumprimento da compensação ambiental é através do pagamento direto. Nesse sentido, faz-se mister analisar o gerenciamento e a natureza (se públicos ou privados) dos recursos da compensação ambiental, bem como a atuação dos tribunais de contas e a possibilidade de pagamento indireto.

#### **NATUREZA DO APORTE FINANCEIRO: RECURSOS PÚBLICOS OU PRIVADOS?**

A presente discussão também repousa na natureza jurídica do instituto. Para aqueles que defendem a tese da compensação ambiental como tributo, a exação será necessariamente um recurso público. Já para aqueles que defendem a compensação ambiental como responsabilidade civil antecipada, a questão pode ter outros contornos, uma vez que os recursos poderiam ser interpretados como sendo do empreendedor (recursos privados), destinados ao cumprimento de uma obrigação legal.

No entanto, conforme preleciona Paulo de Bessa Antunes, os recursos são públicos, independentemente de a compensação ambiental ser ou não tributo:

A natureza jurídica da compensação ambiental não é matéria tranquila, havendo aqueles que atribuem-lhe natureza tributária, como é o caso do Professor José Marcos Domingues, titular de Direito Tributário da UERJ. Tributo ou não tributo, é indiscutível que a compensação ambiental é *receita pública*. Vários são os fundamentos para que assim seja, passo a enumerá-los: (i) tem origem em lei; (ii) é definido em processo de licenciamento ambiental que é expressão do poder de polícia; (iii) decorre da utilização de

‘patrimônio público’, (iv) destina-se a ser utilizado prioritariamente para a regularização fundiária de bem público de uso comum do povo. Como receita pública, não tenho dúvidas em afirmar que a sua gestão deve ser pública, o que a torna incompatível que o modelo que alguns estados e municípios vem adotando e que foi acima mencionado<sup>12</sup>.

Discordamos do autor apenas no que tange ao fato de a compensação ambiental decorrer da utilização de “*patrimônio público*”, pois o meio ambiente até constitui patrimônio público, nos termos do Art. 2º, I, da Lei n. 6.938/1981. Entretanto, na compensação ambiental *ex ante*, não se pode vislumbrar o uso de recursos ambientais, uma vez que é devida antes mesmo da utilização desses.

Dessa forma, entende-se que os recursos obtidos pela compensação ambiental são públicos, uma vez que decorrem de obrigação prevista em lei, destinada a implementar/manter UCs, as quais possuem objetivos essencialmente públicos. Até mesmo as UCs que possuam terras privadas em seu território, a exemplo das áreas de proteção ambiental (APAs) e das reservas particulares do patrimônio natural (RPPNs), preservam os objetivos públicos voltados à preservação da biodiversidade.

Além disso, a compensação ambiental é parte do licenciamento ambiental (procedimento administrativo, evidentemente, público). A presente análise, consistente em apreciar a natureza pública ou privada dos recursos da compensação ambiental, só é vislumbrada quando há o pagamento indireto. Nos casos de pagamento direto, faz-se a análise do cumprimento de uma obrigação, e não da natureza de recursos. Nesse palmar, cumpre-nos investigar se é possível o pagamento indireto.

---

12. ANTUNES, Paulo de Bessa. Compensação ambiental: recurso público ou privado? *In O Eco*. Disponível em: <<http://www.oeco.org.br/paulo-bessa/22946-compensacao-ambiental-recurso-publico-ou-privado>>. Acesso 24 mar. 2015, 5-p.

## POSSIBILIDADE DE PAGAMENTO INDIRETO DA COMPENSAÇÃO AMBIENTAL

A possibilidade de pagamento indireto da compensação ambiental nos parece uma inferência lógica do próprio dispositivo legal que a instituiu. Senão, vejamos:

Art. 36. Nos casos de licenciamento ambiental de empreendimentos de significativo impacto ambiental, assim considerado pelo órgão ambiental competente, com fundamento em estudo de impacto ambiental e respectivo relatório - EIA/RIMA, o *empreendedor é obrigado a apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação* do Grupo de Proteção Integral, de acordo com o disposto neste artigo e no regulamento desta Lei.

§ 1º O montante de recursos a ser destinado pelo empreendedor para esta finalidade não pode ser inferior a meio por cento dos custos totais previstos para a implantação do empreendimento, sendo o percentual fixado pelo órgão ambiental licenciador, de acordo com o grau de impacto ambiental causado pelo empreendimento. (grifo nosso)

Ora, só é possível falar em montante de recursos para algo que é passível de ser pago mediante prestação pecuniária. Além disso, o Art. 31-A do Decreto n. 4.340/2002 menciona a expressão “*o valor da compensação ambiental será calculado (...)*”. No mesmo sentido, só se calcula um valor se este for passível de pagamento pecuniário.

Além disso, a expressão “*apoiar a implementação e manutenção de unidades de conservação*” não designa apenas o dever direto de prestar os serviços. Dentre as acepções da palavra apoiar, está a de transferir recursos financeiros.

A existência do pagamento direto representaria sérias dificuldades ao desenvolvimento de diversas atividades empresariais, sobretudo aquelas que não possuem infraestrutura logística para prestar os serviços acordados na compensação ambiental. A alocação de recursos financeiros é suficiente para o cumprimento da obrigação.



## Na preleção de **Marcela de Albuquerque Maciel**:

Nesse sentido, a obrigação constante da norma em discussão não necessariamente corresponde a uma ação direta do autor (...). Pode consistir auxílio, suporte, reforço, inclusive financeiro, em colaboração a atividades realizadas por terceiros. Entende-se, assim, que o repasse recursos aos órgãos executores do SNUC, para que os apliquem na proteção e gestão das UCs, encontra-se adequado ao que dispõe o artigo, o que não impede que – a depender das atividades a serem realizadas – empreendedor opte por executar diretamente a obrigação.

Ademais, o dia-a-dia nos demonstra que são inúmeros os casos de pagamento indireto da compensação ambiental. Inclusive, a maior parte dos empreendimentos noticiados na presente obra ocorreu mediante pagamento indireto<sup>13</sup>.

Esse, no entanto, não é o entendimento do TCU, segundo o qual o pagamento só pode ocorrer de modo direto, contrariando as orientações administrativas, jurisprudenciais e doutrinárias.

### **DECISÃO DO TCU E EXTINÇÃO DO FUNDO DE INVESTIMENTOS DE COMPENSAÇÃO AMBIENTAL E DAS CONTAS ESCRITURAIS**

Conforme já ressaltado, a Lei do SNUC e o Decreto n. 4.340/2002 trouxeram a previsão do pagamento indireto da compensação ambiental, na qual o empreendedor efetua a transferência de pecúnia para o órgão gestor da UC beneficiária.

Ocorre que tanto a Lei quanto o Decreto não trouxeram a previsão de um fundo ou de conta vinculada para receber os recursos da compensação ambiental. Nesse sentido, para efetuar a gestão dos recursos,

---

13. MACIEL, Marcela Albuquerque. *Op. Cit.*, p. 204.

o licenciamento no âmbito federal passou a contar com um Fundo de Compensação Ambiental, conforme explica **Sildaléia Silva Costa**:

Como alternativa para gerenciar os recursos da compensação ambiental, o IBAMA e a CAIXA resolveram celebrar Acordo de Cooperação, em 16 de março de 2006 (extrato do Acordo publicado no DOU de 28 de março de 2006), com vigência de vinte e quatro meses, a contar da data de assinatura do instrumento, objetivando o reconhecimento de mecanismo desenvolvido pela CAIXA para operacionalização das obrigações relativas à compensação ambiental. Trata-se, pois, de um modelo de gestão que visa à aplicação, ao monitoramento e à execução dos recursos da compensação ambiental.

(...)

Assim, o empreendedor interessado deverá formalizar sua adesão ao modelo proposto no Termo de Compromisso celebrado com o IBAMA<sup>14</sup> e em Contrato de Prestação de Serviços específico celebrado com a CAIXA, sendo aberta uma conta específica. Os valores devidos serão centralizados no Fundo de Investimento de Compensações Ambientais (FICA) (...).

O FICA, que, como visto anteriormente, é de adesão voluntária por parte do empreendedor, é um fundo de investimento de renda fixa de longo prazo, sob a forma de condomínio aberto, restrito às aplicações de recursos da compensação ambiental, com rentabilidade e liquidez diárias, sendo que os resgates poderão ser efetivados a qualquer tempo<sup>15</sup>.

A criação do mencionado Fundo de Compensação Ambiental possuiu o escopo de viabilizar o pagamento indireto, bem como de garan-

14. A autora afirma que o Termo de Compromisso será firmado perante o IBAMA porque, na época em que a obra foi elaborada, o ICMBio não havia sido criado. Atualmente, o termo de compromisso é prestado perante o ICMBio, já que é o órgão gestor das UCs federais.

15. COSTA, Sildaléia Silva. Compensação ambiental: uma alternativa de recursos para implementação do Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC). 166 f. Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas e Gestão Ambiental) – Centro de Desenvolvimento Sustentável da Universidade de Brasília (CDS/UnB), Brasília, 2007, p. 147-149.

tir a alocação de recursos apenas para as UCs. Caso o montante fosse destinado para o orçamento público, sem uma conta exclusiva para a compensação ambiental, certamente os recursos seriam desviados para outra finalidade.

Paulo Nogueira Neto, idealizador do instituto da compensação ambiental, afirmou que a criação do mencionado Fundo foi de suma importância para a correta alocação de recursos. Eis um trecho de entrevista concedida pelo ambientalista:

### **Qual tema ambiental merecia destaque na COP-8?**

Paulo - A grande conquista do Brasil no campo ambiental foi obtida um dia antes de começar a Conferência. Foi o acordo do Ministério do Meio Ambiente com a Caixa Federal para possibilitar compensações ambientais. Para mim foi uma coisa extremamente importante porque fui eu quem começou esta história de compensação no Brasil.

(...)

E o Snuc?

Paulo - Aí veio a lei do Snuc, mas ainda ficou faltando uma coisa. Todo mundo sabe que em qualquer governo - federal, estadual ou municipal - entrou dinheiro na caixa geral, some. Nunca mais. Agora, pelo acordo feito com a Caixa, o governo não terá como confiscar o dinheiro das compensações. O dinheiro vai ser depositado na Caixa pela empresa responsável pela degradação e no nome do empreendimento da empresa<sup>16</sup>.

Vale dizer, a criação de um Fundo de Compensação Ambiental foi objeto de aplausos pelo próprio idealizador do instituto, uma vez que representa óbice ao desvio de finalidade na aplicação dos recursos.

Ocorre que o TCU, em decisão um tanto questionável, considerou que o cumprimento da compensação ambiental do Art. 36 da Lei nº

---

16. O ECO. *Op. Cit.*, s-p.

9.985/2000 só poderia ocorrer mediante pagamento direto. Vejamos um trecho do Acórdão nº 2650/2009:

**Sumário:**

Auditoria de natureza operacional. Recursos da compensação ambiental. Lei Nº. 9.985/2000. Contribuição financeira. Inexistência. Gestão de recursos por órgão públicos. Impossibilidade. Recomendações.

1. O Art. 36 da Lei nº. 9.985/2000 cria para o empreendedor, nos casos nela previstos, obrigação de fazer, consistente em praticar atos para apoiar a implantação e a manutenção de unidades de conservação.

2. O empreendedor encontra-se obrigado a destinar e empregar recursos seus, até o limite legal, nessa finalidade específica.

3. A execução direta dessas atividades pelo empreendedor decorre diretamente da disciplina legal.

4. *A Lei não cria para o empreendedor obrigação de pagar ou recolher certa quantia aos cofres públicos, a título de compensação ambiental, nem há respaldo legal para arrecadação, cobrança ou exação de qualquer pagamento ou contribuição a esse título.*

5. *Não há previsão legal para que recursos, destinados pelo empreendedor, para apoiar a implantação e manutenção de unidades de conservação, sejam arrecadados, geridos ou gastos pelos órgãos públicos responsáveis pela fiscalização ambiental ou pela gestão das unidades de conservação.*

6. Ao órgão de licenciamento ambiental cabe apenas definir o montante destinado pelo empreendedor a essa finalidade, bem como as unidades de conservação a serem criadas ou apoiadas pelas atividades custeadas por recursos privados.

[...]

**Acórdão:**

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de auditoria de natureza operacional tendo por objeto a gestão do recursos da compensação ambiental, ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, com fulcro no Art.

43, inciso I, da Lei nº 8.443/92 e no Art. 250, inciso III, do Regimento Interno, em:

[...] 9.5. *recomendar* ao Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - ICMBio, ao Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis - Ibama e à Caixa Econômica Federal - CEF que estudem a extinção do chamado Fundo de Compensações Ambientais, porquanto sua criação e operação derivam do equívoco de considerar que a compensação ambiental prevista em lei poderia resolver-se em obrigação de pagar contribuição financeira a ser gerida e aplicada pelos órgãos públicos nas finalidades previstas em lei<sup>17</sup> [grifo nosso].

Da decisão acima, verifica-se que o TCU considerou que a compensação ambiental só pode ocorrer mediante obrigação de fazer (*pagamento direto*), jamais por meio de obrigação de dar, (*pagamento indireto*). O fundamento de tal posição foi a ausência de previsão legal para que os recursos sejam geridos pelos órgãos públicos.

O entendimento exarado pelo TCU contraria todo o arcabouço normativo, doutrinário e jurisprudencial da compensação ambiental. Além disso, contrariou orientações anteriores do próprio Tribunal. Nessa senda, segundo a cartilha de licenciamento ambiental, elaborada pelo TCU, “o pagamento da compensação ambiental é apresentado como parte das despesas do empreendedor com o licenciamento”<sup>18</sup>.

Além disso, nos Acórdãos de nº 1547/2004 e 1676/2004, o TCU reconheceu a possibilidade de pagamento indireto da compensação ambiental como algo legítimo.<sup>19</sup> Em que pese tais considerações, o Fundo de Compensação Ambiental foi extinto em decorrência do Acórdão nº 2650/2009.

17. TCU. Acórdão 2650/2009. ATA 48 – Plenário. Relator: Walton Alencar Rodrigues. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>. Acesso: 24 mar. 2015, 5-p.

18. MACIEL, Marcela Albuquerque. *Op. Cit.*, p. 206.

19. MACIEL, Marcela Albuquerque. *Op. cit.*

Ressalte-se que o entendimento do TCU é restrito ao licenciamento ambiental realizado pela União. Nada impede que os Estados, Municípios e o Distrito Federal instituem (ou continuem utilizando) fundos de compensação ambiental nas leis/regulamentos que dispuserem sobre a matéria<sup>20</sup>.

A extinção do Fundo de Compensação Ambiental criou um empecilho à possibilidade de pagamento indireto no âmbito federal. Diante desse cenário, o ICMBio editou a Instrução nº 20/2011, prevendo que os recursos financeiros obtidos pela compensação ambiental fossem depositados em contas escriturais da Caixa Econômica Federal. Eis o dispositivo do mencionado ato normativo:

*Art. 11. Para o cumprimento da compensação ambiental fixada, o empreendedor poderá optar pela execução por meios próprios, podendo, para tanto, utilizar-se de terceiros, inclusive, instituições financeiras, preferencialmente, oficiais, ou ainda depositar em contas escriturais de compensação ambiental junto à CAIXA.*

§ 1º No caso em que o empreendedor opte por executar a compensação ambiental por meios próprios, as despesas decorrentes da contratação de terceiros correrão às suas expensas, sendo o empreendedor o único responsável perante o Instituto Chico Mendes.

§ 2º Caso o empreendedor faça opção pelo depósito em contas escriturais de compensação em nome de empreendimento, deverá fazê-lo junto à CAIXA, em conta a ser indicada pelo Instituto Chico Mendes, do valor total de sua obrigação à vista ou em até 04 (quatro) parcelas mensais e sucessivas, devidamente corrigidas pelo Índice Nacional de Preços ao Consumidor Amplo Especial - IPCA-E - publicado pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE - ou outro índice que venha a substituí-lo, do mês imediatamente anterior ao do depósito.

---

20. O Estado do Maranhão, por exemplo, editou a Lei 9.412/2011, cujo Art. 14 previu a existência de um Fundo para receber os recursos da compensação ambiental.

§ 3º O empreendedor deverá encaminhar ao Instituto Chico Mendes, em no máximo 10 (dez) dias, os documentos comprobatórios dos depósitos realizados. [grifo nosso]

Perceba-se que o mecanismo das contas escriturais é diferente do Fundo de Compensação Ambiental. Neste, os recursos (embora em contas próprias) eram centralizados no Fundo de Compensação Ambiental. Naquele, o controle do ICMBio ocorre em cada conta vinculada a empreendimento de significativo impacto ambiental.

Como o TCU havia considerado que o fundo só poderia ser implementado mediante previsão em lei ou decreto, o *ICMBio* instituiu as contas gráficas para viabilizar o pagamento indireto, assim como a aplicação vinculada dos recursos nas UCs.

Nessa senda, o mecanismo das contas gráficas também foi submetido à análise do TCU, o qual, repetindo o entendimento do Acórdão nº 2650/2009, afirmou que não é possível o pagamento indireto da compensação ambiental.

Dessa forma, o TCU, por meio do Acórdão nº 1853/2013, determinou que o ICMBio se absteresse de autorizar o pagamento indireto da compensação mediante depósito em contas escriturais, por ausência de previsão na Lei do SNUC e no Decreto que a regulamenta. Eis um trecho do mencionado Acórdão:

9. *Acórdão:*

VISTOS, relatados e discutidos estes autos de solicitação do Congresso Nacional, formulada pela Comissão de Meio Ambiente, Defesa do Consumidor e Fiscalização e Controle do Senado Federal, pertinente à compensação ambiental instituída pela Lei nº 9.985/2000.

ACORDAM os Ministros do Tribunal de Contas da União, reunidos em Sessão Plenária, ante as razões expostas pelo Relator, com fundamento no Art. 38, II, da Lei nº 8.443/1992, em:

9.1. *Determinar:*

9.1.1. Ao Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade que:

9.1.1.1. Se abstenha de autorizar os empreendedores a cumprirem a obrigação de apoiar a implantação e manutenção de unidade de conservação estabelecida no Art. 36 da Lei nº 9.985/2000 mediante depósito do valor da compensação ambiental em contas escriturais abertas na Caixa Econômica Federal em nome do empreendimento, conforme previsto na parte final do *caput* e no § 2º do Art. 11 da Instrução Normativa ICMBio 20, de 22 de novembro de 2011, ante a inexistência de previsão de tal procedimento na referida lei e no decreto que a regulamenta;

(...)

9.1.2. Ao Ministério do Meio Ambiente e ao Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade, com relação ao saldo existente nas contas escriturais de compensação ambiental na Caixa Econômica Federal, que adotem, no prazo de 120 (cento e vinte dias), as providências necessárias à incorporação desses valores à Conta Única e ao orçamento fiscal da União e à correspondente aplicação nas finalidades a que se vinculam, com estrita observância da legislação orçamentária e financeira pertinente<sup>21</sup>.

Perceba-se que foi determinada a transferência, ao orçamento fiscal da União, dos recursos remanescentes nas contas escriturais; tal situação só corrobora a tese de que os recursos da compensação ambiental possuem caráter público. Registre-se que não estamos defendendo a alocação de recursos para os orçamentos públicos, uma vez que as credoras de tal montante são as UCs. Esse é um ponto que criticamos, uma vez que facilita o desvio de finalidade na aplicação dos recursos.

Verifica-se que o TCU aponta como fundamento a ausência de previsão do pagamento indireto, e não apenas a falta de previsão das con-

---

21. TCU. Acórdão 1853/2013, ATA 26 – Plenário. Relator: Weder de Oliveira. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>. Acesso: 24 mar. 2015, s-p.



tas escriturais. Dessa forma, a Corte realiza interpretação deveras restritiva do Art. 36 da Lei nº 9.985/2000 e do Decreto nº 4.340/2002.

Entende-se que eventual alteração na redação desses diplomas, no sentido de tornar ainda mais expressa a possibilidade de pagamento indireto, certamente traria maior segurança jurídica na aplicação do instituto. Todavia, a atual normatização já traz a previsão do pagamento indireto. Necessário, apenas, a utilização de critérios hermenêuticos mais razoáveis.

Repita-se, por oportuno, que os Estados, Municípios e o Distrito Federal não estão sujeitos a tal entendimento do TCU. Podem, inclusive, instituir fundos de compensação, contas escriturais, bem como prever tais institutos em leis e regulamentos da matéria.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

A compensação ambiental representa meio de equacionar desenvolvimento econômico e proteção ao meio ambiente, uma vez que é permitida a instalação de empreendimentos aptos a causar significativa degradação, desde que cumpram o dever de pagar a compensação ambiental. Além disso, constitui criação brasileira, que retrata relevante instrumento de implementação e manutenção das UCs.

O Art. 36 da Lei nº 9.985/2000 possibilita que o pagamento ocorra tanto na forma direta quanto na forma indireta, pois utiliza as expressões “apoiar a implantação e manutenção” (*caput*) e montante de recursos (§ 1º). Dessa forma, a alternativa de pagamento indireto é inferência lógica do dispositivo legal. Por sua vez, Art. 31-A do Decreto n. 4.340/2002 utiliza o termo “valor da compensação ambiental”, deixando expresso a possibilidade de adimplemento por meio de prestação pecuniária.

Portanto, os Acórdãos nº 2650/2009 e nº 1853/2013 violam as disposições legais e regulamentares da compensação ambiental, razão pela qual só poderiam ser prolatadas se estivessem acompanhadas da declaração de inconstitucionalidade (ainda que parcial) da Lei e do Decre-

to. É de se destacar que a decisão do STF só declarou inconstitucional a existência de alíquota mínima da compensação ambiental, não estabelecendo qualquer proibição ao pagamento indireto.

Os dois acórdãos do TCU também dificultam a alocação efetiva de recursos para as UCs, pois muitas vezes os empreendedores não possuem aptidão técnica para realizar as medidas previstas no termo de compensação ambiental. Algumas ações poderiam ser melhor desempenhadas pelo órgão gestor da UC.

A exigência de prestação direta seria interessante se não houvesse fundo de compensação ambiental ou de contas escriturais, já que poderia haver desvio de finalidade na aplicação dos recursos. Com a existência desses dois mecanismos, dificultou-se a utilização dos valores em finalidades diversas da criação, implementação ou manutenção de UCs.

## REFERÊNCIAS

- ANTUNES, Paulo de Bessa. *Compensação ambiental: recurso público ou privado?* In: O Eco. Disponível em: <<http://www.oeco.org.br/paulo-bessa/22946-compensacao-ambiental-recurso-publico-ou-privado>>. Acesso 24 mar. 2015.
- CAMPHORA, Ana Lucia. *Ambiente institucional da compensação ambiental de que trata o Artigo 36 da Lei Federal 9.985/2000: da necessidade de governança regulatória*. 171 f. Tese (Doutorado em Ciências em Desenvolvimento, Agricultura e Sociedade) – Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro, Rio de Janeiro, 2008.
- COSTA, Sildaléia Silva. *Compensação ambiental: uma alternativa de recursos para implementação do Sistema Nacional de Unidades de Conservação da Natureza (SNUC)*. 166 f. Dissertação (Mestrado em Políticas Públicas e Gestão Ambiental) – Centro de Desenvolvimento Sustentável da Universidade de Brasília (CDS/UnB), Brasília, 2007.
- FARIA, Ivan Dutra. *Compensação ambiental: os fundamentos e as normas; a gestão e os conflitos*. In: *Consultoria Legislativa do Senado Federal: textos para discussão n. 43*. Brasília: julho/2008. Disponível em: <<http://www12.senado.gov>>.

- br/publicacoes/estudos-legislativos/tipos-de-estudos/textos-para-discussao/td-43-compensacao-ambiental-os-fundamentos-e-as-normas-a-gestao-e-os-conflitos>. Acesso 23 jul. 2014.
- MACIEL, Marcela Albuquerque. *Compensação ambiental: instrumento para a implementação do Sistema Nacional de Unidades de Conservação*. São Paulo: Letras Jurídicas, 2012.
- MOLINA, Adriana de Oliveira Varella. *Licenciamento ambiental e compensação ambiental: aplicação na indústria do petróleo do Brasil*. 2005. 252 p. Dissertação (Mestrado em Sistema de Gestão) – Universidade Federal Fluminense, Niterói, 2005.
- O ECO. *O senhor da história* – com Paulo Nogueira Neto. Entrevista concedida em 28 de abril de 2006. Disponível em: <<http://www.oeco.org.br/reportagens/10947-oeco16589>>. Acesso 25 ago. 2014.
- SIRVINSKAS, Luis Paulo. *Recursos hídricos e energia*. In: FERREIRA, Maria Augusta; FARIAS, Talden; CIRNE, Lúcio Flávio Ribeiro. *Direito ambiental – uma perspectiva ambientalista: homenagem aos 30 anos da ASPAN*. Fundação Antônio dos Santos Abranches, 2011.
- TCU. Acórdão 1853/2013. ATA 26 – Plenário. Relator: Weder de Oliveira. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>. Acesso: 24 mar. 2015.
- TCU. Acórdão 2650/2009. ATA 48 – Plenário. Relator: Walton Alencar Rodrigues. Disponível em: <<https://contas.tcu.gov.br/juris/SvlHighLight>>. Acesso: 24 mar. 2015.

# DIRITTI UMANI E LA DIFFERENZA CULTURALE: LA VISIONE RELATIVISTA DI UN DIRITTO UNIVERSALE

---

*Silvia Di Meo*<sup>1</sup>

## INTRODUZIONE

Esistono evidenti ragioni per sostenere che il Novecento, fra le altre cose, è stato anche il secolo dei diritti. Oltre – e in conseguenza – del succedersi di due conflitti mondiali, l’atroce dramma dei campi di sterminio e della persecuzione razziale, il riaccendersi, sul finire del secolo, degli odi etnici, il Novecento è anche il secolo in cui il processo di positivizzazione e di estensione generalizzata a livello internazionale dei diritti umani ha subito una progressiva accelerazione. Si è sviluppato un linguaggio dei diritti umani che è stato sanzionato attraverso documenti ufficiali: i diritti umani sono stati accolti nella Dichiarazione Universale del 1948, approvata da quasi tutti gli stati; sono state inoltre ratificate convenzioni per la tutela dei diritti che vincolano gli stati aderenti e i diritti fondamentali sono entrati nelle costituzioni democratiche contemporanee. Tuttavia, come fu noto fin da subito, l’evoluzione del linguaggio dei diritti dell’uomo avvenne in Occidente e dunque la concezione della persona umana che soggiace alla formulazione di tali diritti, non poté che rispecchiare le assunzioni filosofico-politiche dell’individualismo occidentale. Ciò sollevò fin da subito riflessioni importanti circa la portata universale che una simile legislazione potesse avere: evidentemente, la compatibilità dei valori civili, politici e

---

1. Doctora DI MEO, Silvia. Affiliation: Sapienza, Università Di Roma - Dipartimento di Storia, Culture, Religioni.

Ocupación: Graduación magistral en “Discipline etno-antropologiche” Sapienza, Università Di Roma.

sociali della dottrina dei diritti dell'uomo con i contesti extra-europei non è ipotizzabile acriticamente.

La polemica nata e cresciuta attorno al tema dei diritti universali è sintomatica di una difficoltà radicale per i diritti: la loro enunciazione implica necessariamente l'universalità poiché i diritti sono assegnati ad un soggetto in base al suo status di essere umano. I diritti non possono non essere universali perché altrimenti sarebbero privati della connotazione di diritti dell'uomo. Questo, tuttavia, non può non contrastare con il particolarismo delle loro origini storiche: la formulazione universalistica dei diritti dell'uomo non può cancellare il fatto che, in ogni caso, la dottrina dei diritti e lo stesso linguaggio per esprimerla sono prodotti di una specifica tradizione culturale, quella occidentale. Si pone quindi il problema di determinare in che misura il concetto di diritti umani e le sottese argomentazioni filosofico-politiche sulla natura della persona siano condivisibili da parte di individui appartenenti a realtà culturali diverse.

Ecco quindi la necessità di approfondire il rapporto tra l'universalità dei diritti umani, basati sull'ammissione di una unità del genere umano tutto, e la peculiarità delle diverse esperienze culturali, che ne sono il prodotto storico ordinatosi in una pluralità di forme e contenuti.

La questione fondamentale riguarda dunque il peso che le differenze culturali rappresentano nel processo di espansione dei diritti. A misurare questo peso è, tra le altre, la disciplina dell'antropologia che, nell'approcciarsi allo studio della cultura, nasce con una vocazione squisitamente relativista.

Il contributo che qui intendo proporre, in relazione alla tematica dei diritti umani e nello specifico del diritto universale alla differenza culturale, è fondamentalmente una lente con cui guardare, un obiettivo, un filtro, una prospettiva: quella che la mia disciplina, l'antropologia, predilige. Lo sguardo sul mondo –o meglio, sui mondi- dell'uomo, soprattutto quando intende farsi universale, deve farsi "da lontano", citando **Lévi-Strauss**, cioè deve distaccarsi –per quanto possibile- dai pre-

giudizi e dai preconcetti propri dell'osservatore. La "messa in tensione del noi" non è una rinuncia illusoria ed effimera del nostro modo di vedere, al quale non possiamo mai discostarci del tutto, ma un tentativo di conoscere l'alterità e, dunque, l'unità dell'umano, attraverso differenti "forme di vita", come direbbe Wittgenstein: *"il gioco dei giochi è questo tentativo di parlare della totalità, di vedere la vita al di fuori della nostra vita"* (Sobrero, 1999 : 89). La verità, beninteso, è che è inutile cercare uno schema interpretativo che non sia legato ad una cultura; noi leggiamo inevitabilmente il mondo con la grammatica della precomprensione fornitaci dalla nostra tradizione, che, offrendoci soluzioni a problemi e regole di esperienza, ci permette di conoscere. Abdicare alla propria tradizione culturale per ricercare un punto di vista privilegiato significa impedirsi ogni possibilità di conoscenza e di giudizio. Tuttavia è proprio questa impossibilità che genera il dialogo, che produce quella discussione critica che consente di evitare che gli sfondi culturali siano delle prigioni mentali, trasformandole invece in possibilità di confronto tra differenti soluzioni di problematiche comuni. Questo universalismo non è dunque da intendere come spianamento delle verità scientifiche ed etiche, come parificazione matematica dei sistemi di significato, come sospensione del giudizio, ma va invece letto come "sottomissione" al dialogo, il quale, come fa notare Gadamer, può esercitare la sua "autorità" solo se gli interlocutori sono consapevoli dell'impossibilità di dare prova della superiorità di un sistema di valori rispetto agli altri.

Penso che questa istanza, propria dell'antropologia, deve essere un orizzonte di senso comune a chi –in ambito istituzionale, di relazione e di cooperazione internazionale - intende dar funzione a teorie e pratiche dei diritti umani. E' proprio lo sguardo da lontano che si produce con la messa in discussione del noi quello che ci può consentire di parlare in maniera seria, esaustiva e proficua di diritti umani in relazione non tanto ad un concetto di uomo astratto, ma a culture e forme di vita specifiche.

## TRA UNIVERSALISMO E RELATIVISMO: TRA NATURA E CULTURA

Per l'antropologia l'appartenenza culturale è il processo che consolida l'identificazione dell'individuo con il gruppo e che agisce come meccanismo indispensabile alla socialità umana. La mente umana altro non sarebbe che uno scrigno vuoto che si riempie di cultura attraverso quel processo che gli antropologi chiamano "inculturazione". Di conseguenza, l'appartenenza culturale e il contesto sociale sono ciò che più di tutto ci definisce come esseri umani: la condivisione di codici di comportamento, sistemi valoriali e reti di significato inscrivono e situano l'individuo all'interno di una realtà culturale che lo definisce in quanto tale. Di questo assunto fanno un'assoluta certezza gli antropologi, consapevoli che non c'è diritto più umano del diritto di ogni essere umano alla propria cultura. Cultura intesa come elemento distintivo del genere umano in quanto riferito a tutti i suoi membri. Cultura come visione e pratica del mondo, storicamente e particolarmente data, la cui comprensione dipende dall'assunzione di particolari categorie concettuali e valoriali che non possono essere universalizzabili. Cultura, dunque, come differenza. Strenua battaglia è stata ed è quella antropologica contro il diffuso atteggiamento mentale di chi considera le differenze culturali degli altri gruppi umani come una forma di devianza o di anormalità rispetto ai propri corrispondenti modelli d'essere, di pensare e di agire. Senza negare la medesima appartenenza umana e le stesse propensioni mentali che condividono gli esseri umani, l'antropologia si prefigge non di aprire gli altri alla ragione –quella occidentale- ma di aprirsi alla ragione degli altri, alle loro istanze e idee, evitando di tendere all'universalizzazione dei sistemi culturali e affermando la pratica relativista come l'unica in grado di comprendere effettivamente i sistemi di significato e di pensiero altrui.

E' stato dunque un battesimo relativista quello che ha presieduto alla nascita della disciplina antropologica: l'uomo occidentale si è messo alla scoperta del mondo e per farlo ha provato a svestirsi dei propri

abiti e ne ha indossati di nuovi. Tuttavia, quando l'Occidente scoprì il resto del mondo e constatò le ovvie differenze culturali dei gruppi umani sulla base del criterio della distinzione tra sé e gli altri, si ammalò di etnocentrismo cominciando a considerare la propria cultura come "superiore" e arrogandosi, dunque, il ruolo di orientare il futuro degli altri popoli. Se da un lato i sistemi filosofici illuministi divulgavano a gran voce la naturale uguaglianza di tutti gli uomini e sostenevano i principi di fratellanza e libertà, dall'altro, contro quest'uguaglianza ideale si stagliava una certa diversità di fatto e a questa si rivolgeva la pratica della dominazione. Mentre una teoria scientifica – o presuntamente tale – spiegava la differenza nella prospettiva evoluzionistica, si giustificava l'imperialismo come necessità morale di creare un'unica umanità fino ad allora frammentata e differenziata sulla base di contingenze storiche. In questo clima intellettuale è nata l'antropologia, che altro non è che un discorso sull'uomo nella sua interezza. Antropologia come storia di noi stessi, della nostra civiltà e del nostro rapporto con l'alterità. Dal piedistallo eurocentrico, si è rimasti affascinati e sedotti dall'"Altro", ma anche ammaliati e incuriositi da noi stessi. In effetti, a ripercorrere le tappe fondamentali della storia dell'antropologia, emergono i contorni abbastanza distinti di due orientamenti della disciplina: *"come storia degli altri e come scoperta della propria umanità attraverso gli altri"* (Harrison, 2002). Ciò riflette le dinamiche tra universale e particolare: si tratta di modalità prospettiche tramite cui l'antropologia relaziona ciò che trascende tutte le culture e le caratteristiche specifiche delle tradizioni.

Relativismo e universalismo sono dunque i due poli di un vasto discorso che anima da sempre le prospettive dell'antropologia toccando, tra gli altri temi, quello sulla questione dei diritti. Spesso gli antropologi – il cui campo di studio è imprescindibilmente e profondamente legato al relativismo culturale – hanno visto nel concetto di diritti umani delle pretese universali che poco si accordavano con lo spirito e i risultati ottenuti dalla ricerca antropologica, privilegiante invece la diffe-



renza culturale. Sul polo opposto, i diritti umani con la Dichiarazione dell'ONU del 1948 sono stati oggetti di un processo di naturalizzazione che ha voluto sottrarli alla condizione di prodotto storico contestualizzato e radicato in una cultura specifica. Di qui, nell'ambito socio-antropologico- si è sviluppata la tendenza sempre più forte a “denaturalizzare” questi attributi assunti e dati come generali e dunque indiscutibili e insuperabili. Evidentemente, a partire da questi presupposti, il rapporto tra diritti umani e l'antropologia culturale non può che essere ambivalente e problematico: se da una parte, infatti, le ricerche antropologiche hanno contribuito alla costruzione di un clima scientifico, culturale e intellettuale su cui si fonda la Dichiarazione universale dei Diritti umani del 1948, dall'altra, gli antropologi accusano la stessa Dichiarazione di essere stata investita di un valore universalista che trascura l'analisi delle particolarità storiche.

Fra queste due posizioni esistono però ampi spazi di riflessione ancora da percorrere: è da biasimare una rinuncia ad affrontare in modo serio il rapporto con i diritti umani poiché in questo modo gli antropologi rifiutano la possibilità di esprimersi su una delle questioni fondamentali del nostro tempo; tutto ciò da una parte calpestando lo spirito di interpretazione e dialogo fra culture –ampiamente evidenziato dalla pratica della ricerca etnografica- dall'altro cedendo ad estremisti di vario tipo, dai promotori di un relativismo estremo e grezzo ai fondamentalisti di un concetto di diritti umani inattaccabile. Sono questioni sulle quali i risultati delle ricerche antropologiche possono contribuire a dire molto. E, dunque, necessario avventurarsi nell'impresa di districamento della matassa ingarbugliata tra i fili dell'etnocentrismo e del relativismo. Non farlo condannerebbe a una sorte paradossale una disciplina come l'antropologia, senza i cui risultati intellettuali – la confutazione delle ragioni del razzismo, l'affermazione del pluralismo e della pari rispettabilità di individui e culture – sarebbe difficile pensare il concetto stesso di diritti umani.

## L'ANTROPOLOGIA E I DIRITTI UMANI

La storia dell'affermazione universale dei diritti umani in relazione al contributo antropologico risale al secondo dopoguerra. Nel clima di internazionalizzazione dei diritti umani successivo alla riflessione sulla barbarie e la miseria dei conflitti mondiali, gli antropologi avevano concordato sull'infondatezza scientifica di ogni pretesa di classificare, seguendo un qualsiasi ordine gerarchico, le culture con le loro peculiarità e con i loro scarti differenziali. Tuttavia, avevano sostenuto che la possibilità di analizzare le differenze tra culture veniva garantita dal fatto che tutti gli essere umani condividono l'appartenenza alla stessa natura umana, cioè possiedono le stesse competenze mentali e cognitive pur facendo parte di realtà sociali tanto diverse tra loro. Dunque, in ogni tempo e in ogni spazio, gli esseri umani sono potenzialmente portatori di una qualsiasi visione del mondo. Tuttavia, questa potenzialità è plasmata dal gruppo in cui individuo è allevato, educato, socializzato e in cui – usando una terminologia antropologica – ha ricevuto la sua specifica e storica “cultura”. Ne deriva che l'appartenenza storica particolare è individuata come fondamento antropologico di ogni altro diritto umano, ossia il diritto di ogni essere umano alla sua cultura. Per questo motivo, fin da subito, l'interesse specifico dell'antropologo era mirato più che a ribadire l'universalità del diritto, a sottolineare con forza il riconoscimento e la tutela delle differenze culturali tra i vari popoli. Contro la concezione individualistica dei diritti umani che erige l'individuo a singolo soggetto titolare dei propri diritti, la riflessione antropologica richiama l'attenzione sulla società e sulla storia, sul popolo, la nazione o l'etnia di cui il singolo fa parte. Sulla scia di Locke e della tradizione illuminista, la filosofia politica dei diritti umani presupponeva, infatti, una concezione individualistica della società, in aperto contrasto con una prospettiva organicista. A proposito di ciò, è da notare che, una delle cause che secondo **Ellen Messer** (1996) sta alla base dell'allontanamento dell'antropologia dall'adesione attiva alla discussione sui diritti umani, è proprio la tendenza disciplinare a conferire maggior at-

tenzione ai diritti della collettività rispetto ai diritti dei singoli individui, a partire dalla constatazione che i diritti individuali non possono essere estratti artificialmente dal contesto sociale e politico da cui provengono.

Negli anni quaranta del Novecento Melville Herskovits, uno dei vertici dell'antropologia del secondo dopoguerra, in qualità di Presidente dell'American Anthropological Association sottopose alla convalida della Commissione dei Diritti Umani delle Nazioni Unite, che lavorava all'elaborazione della Dichiarazione del 1948, la raccomandazione relativista (1947;1973) perché la futura dichiarazione universale non diventasse di un universalismo particolare i cui confini coincidevano con quelli geografici e morali dell'Occidente. Per far ciò bisognava partire dalla consapevolezza che ogni individuo si realizza attraverso la propria cultura, dunque il rispetto per le differenze individuali si basa sul rispetto delle differenze culturali: i comportamenti, le abitudini e i costumi di ogni gruppo umano sono prodotti culturali e valgono all'interno della cultura da cui derivano.

**HERSKOVITS** sottolineò che nessuna dichiarazione fondata sui valori di una determinata cultura può dirsi universale. Infatti, "quello che è considerato un diritto umano in una data società può essere considerato come antisociale per un altro popolo, o per uno stesso popolo in un periodo differente della storia" (Herskovits, 1947:542). Il problema fondamentale che si solleva attorno a questo argomento è che valori e idee che stanno alla base di supposti diritti non possono considerarsi in maniera assoluta, ma solo come valore proprio agli universali culturali il cui contesto è storicamente definito. La distinzione tra "assoluto" e "universale" è fondamentale per il pensiero relativistico e per i fondamenti giuridici e politici che l'antropologia ricerca. Secondo Herskovits "assoluto" si rifa ad un concetto immobile, che non prevede modifiche e che non differisce da una cultura e da un periodo all'altro; il concetto di "universale" invece rappresenta una sorta di denominatore comune che può isolarsi dal grado di variazione. Il diritto può quindi

considerarsi universale nella misura in cui si realizza assumendo fattezze diverse da luogo a luogo e da tempo a tempo. Da un punto di vista empirico, Herskovits indicava come una cinquantina di ricerche etnografiche mostrassero che non solo era difficile rinvenire qualcosa che fosse inteso come diritto universale, ma che, anzi, “le molte maniere in cui l’uomo risolve il problema della sussistenza, della vita sociale, della regolamentazione politica della vita del gruppo, di cercare un accordo con l’universo e di soddisfare le proprie strade estetiche” emergevano in maniera così netta che non si sarebbero trovati due popoli che *“facessero tutto ciò allo stesso modo”* (Herskovits, 1947 :542). Secondo Herskovits il rischio di un’elaborazione legislativa simile era quello di creare un sistema di pensiero con pretese universali che si sarebbe considerato superiore agli altri invece di cercare da un punto di vista empirico cosa sarebbe stato possibile considerare come diritto umano, elaborando una dichiarazione dichiaratamente interculturale.

L’antropologia, come “scienza delle differenze culturali”, aveva proposto una base disciplinare alla nuova dottrina dei diritti umani, attraverso il punto di vista del relativismo culturale. Le linee prospettiche di tale concezione – basata sul presupposto che una cultura altra non è oggettivamente comprensibile se non ci si discosta dai propri modelli di riferimento- si rifacevano ad una nozione di cultura intesa come “insieme autoreferenziale”, comprensibile soltanto dall’interno, nell’assunzione di determinati e specifici valori e codici comportamentali. In quegli anni comincia a manifestarsi un interesse nei confronti del rapporto tra antropologia e diritti umani e gradualmente si sviluppa un dibattito teorico e professionale intorno all’attivismo in favore dei diritti dei popoli indigeni, la lotta contro il razzismo e la critica al colonialismo. In questa prospettiva diventa possibile anche per un antropologo relativista delineare la potenziale esistenza di principi morali comuni che vengano posti a fondamento di diritti che, per poter essere condivisi da tutti i popoli, diventino “universali”, ossia fondamentali per tutti.

Tra gli animatori di questo risveglio si distingue **Lévi-Strauss** (1952;1983) che, come Herskovits, pose l'accento sul relativismo di un diritto universale, quello alla cultura. Nella sua celebre conferenza all'UNESCO di Parigi nel 1952 sottopose le grandi dichiarazioni dei diritti dell'uomo all'accusa di fondarsi su "un ideale troppo speso dimentico del fatto che l'uomo non realizza la propria natura in un'umanità astratta, ma in culture tradizionali" (Lévi-Strauss 1952:107). Secondo **Lévi-Strauss**, ogni cultura è incapace di giudicare realmente un'altra poiché "ogni cultura non può evadere da se stessa e la sua valutazione, resta, di conseguenza, prigioniera di un relativismo senza scampo" (Lévi-Strauss, 1952 : 29). Tuttavia, egli precisa che le società umane, nonostante la diversità, non sono mai sole. Il concetto di diversità non va inteso in maniera statica, non si tratta di un "campionario inerte" o un "catalogo sezionato"; i frammenti di umanità distaccate costituiscono una moltitudine di società connesse da legami strettissimi. Di conseguenza, si può concludere che la diversità delle culture umane non può condurre ad un'osservazione spezzettata: "essa è funzione non tanto dell'isolamento dei gruppi quanto delle relazioni che li uniscono". Dunque, le due modalità prospettiche dell'universale e del particolare possono essere sovrapposte come filtro unico in una visione della realtà che non perde di vista l'uno a esclusivo vantaggio dell'altro: "guardarsi da un particolarismo cieco che tende a riservare il privilegio dell'umanità ad una sola razza, a una cultura, a una società; ma anche di non dimenticare mai che una frazione dell'umanità non dispone di formule applicabili all'insieme e che un'umanità confusa in un genere di vita unico è inconcepibile, perché sarebbe un'umanità ossificata" (Lévi-Strauss, 1952 :48). L'umanità sarebbe dunque continuamente impegnata con due processi opposti e apparentemente contraddittori, di cui uno tende all'unificazione e l'altro alla diversificazione. La soluzione lévi-straussiana, sintetizzabile nella parte conclusiva del suo discorso all'ONU, guarda ad una possibile sintesi: *"la diversità delle culture umane è dietro di noi, attorno a noi e davanti a noi. La sola esigenza che possia-*

*mo far valere nei suoi confronti è che essa si realizzi in forme ciascuna delle quali sia un contributo alla maggior generosità delle altre” (Lévi-Strauss, 1952: 49).*

**LÉVI-STRAUSS** era conscio delle grosse responsabilità che ricadono sulle istituzioni internazionali in questa impresa. E' bene, dunque, interrogarsi ancora oggi sulle modalità possibili di coniugare il sentimento di appartenenza ad un particolare gruppo etnico al contesto di una società sempre più multi-etnica, in cui differenze e specificità culturali si incontrano e si scontrano.

## **DIRITTI UMANI E CULTURALI: DIRITTO ALL'UGUAGLIANZA, DIRITTO ALLA DIFFERENZA**

La dicotomia tra universale e particolare proietta il discorso sulla dinamica del locale e del globale. **Mondher Kilani** (1992) parla di modalità prospettiche tramite cui l'antropologia relaziona l'universale, ciò che accomuna tutte le culture, e il particolare, le caratteristiche uniche di alcune tradizioni. Ed è proprio quando l'antropologia si confronta con le due facce della stessa medaglia -il diritto all'uguaglianza e il diritto alla differenza- che si colloca nel cuore della ricerca sui fondamenti dei diritti umani. I due diritti sembrano contrapporsi: il diritto all'uguaglianza coesiste, in maniera contrastiva, con il diritto alla specificità, alla nettezza dell'identità, etnica, di genere, di età, di orientamento religioso. Il discorso allora si focalizza sull'universalità di tali diritti e sulla possibilità che essi riconoscano e assumano nel loro quadro i diritti delle minoranze, i diritti etnici, i diritti indigeni e i diritti dei popoli.

Da una parte si possono considerare diritti umani quelli che riguardano tutti i singoli individui della specie umana. Questi diritti non sono leggi ordinarie create e gestite dai singoli governi bensì si tratta di diritti ritenuti inalienabili - ovvero diritti che non possono essere invalidati dalle nazioni- e pensati validi a livello internazionale, ossia ad un livello superiore rispetto a quello delle singole culture. Parallelamente ai diritti umani esistono certi diritti culturali. A differenza dei diritti umani, quel-

li culturali non vengono assegnati ai singoli individui ma a i gruppi, collettività e culture. Essi includono la capacità di un gruppo di preservare la propria cultura, di allevare i propri figli secondo i costumi, di continuare a preservare la tradizione e il linguaggio e di non essere privato della propria base economica (Kottak, 2011). La nozione di diritti culturali è connessa all'idea del relativismo culturale, pertanto anche in questo caso si presentano i problemi descritti in precedenza. In che termini i diritti culturali possono interferire con i diritti umani? E' opinione comune a molti antropologi che il lavoro principale dell'antropologia sia offrire resoconti e spiegazioni dei fenomeni culturali e non approvare o contestare determinate pratiche. Il rispetto per la diversità umana è fondamentale in questo mestiere: tuttavia, obbiettività, sensibilità e prospettiva transculturale non significano che gli antropologi debbano ignorare standard internazionali o personali di giustizia e moralità. Proprio per risolvere questo dilemma si è soliti distinguere due prospettive del relativismo culturale: il relativismo metodologico e il relativismo morale. Il campo antropologico predilige il primo: nel relativizzare metodologicamente e non moralmente si dichiara che per comprendere una cultura è necessario cercare di capire il modo in cui le persone appartenenti a tale cultura vedono, concettualizzano e spiegano la realtà.

E' il problema teorico del relativismo culturale che attiene all'interpretazione delle differenze culturali, alla loro traduzione, di come cioè è filtrato l'incontro tra culture a seguito, ieri, dell'esplosione dell'Occidente sul mondo; oggi, dell'implosione del mondo "occidentalizzato" attraverso l'arrivo dello straniero. Come fare a cogliere queste differenze culturali quando il comportamento di un individuo è impossibile da descrivere se non nei termini dei nostri comportamenti e dei nostri atti, cioè della cultura a cui siamo stati educati, che ci ha plasmato, definendo il nostro modo di vedere diverso da quello che ora dovremmo descrivere e comprendere?

Di qui, alla stregua di **Lévi-Strauss**, si sente l'esigenza di un'analisi culturale fondata su una scienza dell'uomo, ovvero l'antropologia, che

individui elementi –strutture o categorie- comuni, condivisibili e universalizzabili ma non assolutizzabili, per evitare il rischio di svuotare di significato la concretezza del dato storico.

Ogni gruppo –ogni ethos, ogni cultura- erige i propri valori fondamentali come assoluti. Le rappresentazioni sociali e culturali assumono quindi l'attributo del naturale, del necessario e dell'inevitabile, finendo spesso, come nel caso della società occidentale, per presentarsi universali. L'antropologia, invece, è stata ed è ancora lì a confermare che gli assoluti sono tali solo all'interno del contesto culturale che li ha costruiti, sostenendo l'insensatezza completa di un assolutismo morale su scala globale.

Sebbene la disciplina antropologica abbia sviluppato, fin dai suoi esordi, una vocazione universalista a sancire l'unità sostanziale dell'umanità sulla base di criteri intersoggettivi di razionalità che non dipendono dai contesti locali, essa ha sempre rivendicato una forte attenzione al particolarismo storico. La verità dell'uomo, torno a ripetere con Lévi-Strauss, risiede nel sistema delle differenze e delle proprietà comuni. Gli antropologi hanno dimostrato nel corso di tutto il XX secolo che nessuna società ha mai fornito da sola l'immagine unitaria di tutta l'umanità. Questa tesi, oltre ad essere il cuore dell'insegnamento antropologico, è una prerogativa ineludibile per chi intende studiare i fondamenti dei diritti umani.

## **IL RELATIVISMO NELLE SOCIETÀ DELLE MINORANZE, OVVERO NELLE SOCIETÀ DELLE DIFFERENZE**

L'antropologia culturale ha sempre considerato centrale lo studio delle diversità culturali: al principio, nel XIX secolo, le diversità erano esaminate in relazione a società di diversi periodi storici; successivamente, nella prima metà del nostro secolo, le diversità vennero esaminate in società contemporanee alla nostra ma stabilite in realtà più lontane; recentemente l'attenzione si è spostata sulle varietà interne alle stesse società complesse. Qui, il riconoscimento dell'identità culturale in



termini di diritti e il moltiplicarsi delle identità etniche conviventi nel grande flusso migratorio attuale sta producendo grosse trasformazioni delle società, le quali saranno sempre meno espressione di un'unità sociale e culturale e sempre più raggruppamenti di molte minoranze: ognuna responsabile di una cultura propria e di propri sistemi di credenze e valori.

Come nota **Callari Galli**, le migrazioni e i moderni mezzi di comunicazione di massa divengono i due fattori che qualificano la nostra contemporaneità. (Callari Galli, 1998). Le migrazioni sono fenomeni oggi determinati da ragioni varie che concernono il bisogno di sfuggire alla violenza della guerra e della persecuzione politica così come la ricerca di un benessere. Ciò che appare inedito rispetto al passato è che queste diaspore, oggi si realizzano all'interno di un elaboratissimo complesso di comunicazione: lo spazio migratorio è connotato dall'esistenza dei mezzi di comunicazione, dagli aeroplani ai social network, dalla moderna tv alle poste elettroniche, all'uso capillare di internet e della telefonia cellulare. Questi mezzi elettronici trasformano radicalmente il contesto ponendo in una relazione di vicinanza i "localismi" e le "globalizzazioni", mescolano passato tradizionale e presente innovativo, danno agli individui e ai gruppi innumerevoli nuovi materiali culturali e simbolici. Tuttavia quello che è importante evidenziare in questo fluire di stimoli offerti è che la pervasività dei mezzi di comunicazione, il loro introdursi nelle nostre abitudini, abitazioni e spazi sociali introduce nella nostra vita quotidiana, "la trasversalità dei progetti sociali". Il richiamo alle "radici" unisce gruppi insediati nei luoghi più vari e contemporaneamente il richiamo ad affrontare lo stesso progetto vitale e sociale può tagliare continenti e nazionalità, unire individui dalle provenienze più disparate, può potenzialmente appartenere all'umanità tutta. E queste tensioni hanno il potere di trasformare i tradizionali legami tra gruppi e territori, rendono anacronistico ed illusorio il tentativo di blindare le frontiere di stati nazionali e di continenti; addirittura rendono forse superato lo stesso concetto di "confine". Le

comunità divengono più mobili di quanto non lo fossero in passato, i prestiti, le mescolanze, gli scontri, si moltiplicano, accelerano quelle dinamiche. Mettendo in pratica i continui sforzi che le discipline socio-antropologiche hanno sempre fatto sia per dislocare i limiti dell'etnocentrismo, promuovendo il processo di "decentramento del sé", sia per segnalare i limiti di un relativismo culturale assoluto e immobilizzante, forse è necessaria avviare una messa in discussione dell'assunto – profondamente radicato nel pensiero e nel vissuto dell'Occidente contemporaneo - che considera i sistemi di localismo e comunità quali entità naturali ed innate; forse è tempo invece di analizzare come esse siano frutto di pratiche politiche e sociali che formano le identità. Se accettiamo di sfuggire alla "*metafisica della sedentarietà*" (Callari Galli, 1998)- del resto così antitetica a tutta l'impostazione antropologica- se non consideriamo come naturale e indiscutibile il radicamento e l'attaccamento alla comunità, se decidiamo di non accettare in maniera acritica la natura congenita e insita delle identità, vedremo con chiarezza che l'esperienza apparentemente diretta della vita comunitaria in realtà è realizzata da un ben più ampio ventaglio di relazioni sociali e spaziali. Se si accetta questo schema che vede l'intero pianeta percorso da contaminazioni e mescolanze, appaiono falsi e mistificati i modelli che descrivono tipi di identità circoscritte e superlocalistiche - quali le diaspore immigratorie e i flussi dei rifugiati, - come ampliamenti nello spazio e nel tempo di una identità precedente, innata, radicata in una località e in una comunità. E' dunque necessario leggere la cultura come luogo di contatto e di contaminazione, con un dilagare delle diversità che raggiunge ritmi mai osservati finora.

Questa mutazione antropologica che attraversa la nostra epoca pervade la consapevolezza delle scienze umane e in primis dell'antropologia: si tratta di una crisi di rappresentazione, di appartenenza ad un contesto e di adesione ad un mondo come sistema referenziale e chiuso. A mano a mano che i gruppi crescono, che si frammentano e si ricompongono in aggregati sempre nuovi e in seguito a nuovi con-

tatti, a mano a mano che gli immaginari collettivi sono influenzati da esperienze, utopie e idee, la loro identità e storia si configura in modo nuovo.

Dal secondo dopoguerra – e dal primo impegno antropologico ai temi dei diritti umani – è radicalmente cambiata la faccia demografica e politica del mondo: un mondo che aveva visto l'antropologia assumere uno status accademico nel clima del colonialismo, oggi si trasfigura completamente: i vecchi domini coloniali sono spariti e ne sono sorti di nuovi, i soggetti politici e le relative costruzioni politiche identitarie sono cambiate. E anche l'impegno antropologico è mutato in varie forme: dalle lotte contro il razzismo, i regimi totalitari, i genocidi, al sostegno alle cause delle lotte indigene, all'indipendenza e all'auto-governo passando per i temi dello sviluppo, del progresso e della modernizzazione, alle problematiche relative alle mescolanze sempre più accentuate dei diversi mondi culturali. Emerge il dibattito sulla dimensione multiculturale del mondo: la diversificazione non è – oggi ancor più che ieri – solo tra paesi e luoghi differenti ma anche all'interno delle stesse realtà sociali. Da quando il nuovo flusso migratorio si è attivato nella direzione delle potenze industriali occidentali, lo studio degli incontri culturali si orienta al confronto delle alterità con l'Occidente, dentro le mura dell'Occidente.

Necessariamente il tema del relativismo culturale cambia traiettoria: non più difesa della storia caratteristica e particolare dei gruppi diversi da noi, ma l'emergere delle differenze culturali interne alla nostra società, conviventi con la nostra specificità storica. Una visione paralizzata dei concetti di "popolo", "società" e "cultura" appare imperniata su un'idea di permanenza, di tradizione e di autenticità che non tiene minimamente conto del flusso, del cambiamento e del contatto.

Nella prospettiva della modernità, la situazione di mescolanza culturale di oggetti, persone, costumi, valori e consumi, non cancella le differenze e nemmeno riesce ad omogeneizzarle: è proprio il loro caratterizzarsi nella società delle minoranze che richiede l'assunzione di

un'altra prospettiva, di un altro modo di vedere. Qui, il dibattito che ha contrapposto i "relativisti" e gli "universalisti" deve intensificarsi riguardo alle posizioni da occupare sullo scontro politico che l'accentuata mobilità geografica e demografica ha proposto: l'antropologia così si fa politica. Il conflitto interculturale che il processo dei flussi migratori e la conseguente situazione di pluralismo etnico riproducono, danno avvio nuovamente, ma questa volta dall'interno, alle problematiche che nell'era dell'espansionismo coloniale avevano sviluppato un dibattito intorno alla legittimità di attribuire ad altri popoli la funzione astratta di "altro" rispetto a "noi". Come suggerisce Harrison, dobbiamo quindi "tornare a considerare la validità dell'accusa di **Lévi-Strauss** alla *ragione storica* che dell'altro fa il cibo per il suo "*cannibalismo intellettuale*" (Harrison, 2002: 170): oggi c'è il pericolo reale questo "cannibalismo" torni a manifestarsi di nuovo cibandosi, questa volta, dell'immigrato o del profugo con la sua mistificata alterità rispetto all'uomo occidentale, la sua totale alienità rispetto alla nostra immagine di individuo. Il contesto è quello di un Occidente afflitto dal manifestarsi di ritorni nazionalisti e xenofobi, da nuovi particolarismi etnico-razziali e dalle violenze ad essi associate. Per sfuggire agli inganni e alle finzioni dell'universalismo del *diritto all'uguaglianza*, non si può però precipitare nella pratica delle prepotenze separatiste che nel nome di un *diritto all'identità*, affermano con violenza che la conservazione delle tradizioni debba essere mantenuta anche al costo -altissimo- di intolleranti integralismi. Si presenta con decisione, dunque, la questione minoritaria: l'aspetto essenziale del concetto di minoranza è la sua relatività alla percezione che ne hanno le differenti prospettive culturali e gli attori sociali, in una relazione di scambi e di attribuzione di identità. Riprendendo la tesi di Harrison, è attraverso l'esibizione dei propri codici di comportamento e simboli di riconoscimento che si attivano processi di distinzione: *"l'esteriorizzazione della diversità è già aspirazione al riconoscimento, in una rete intricata di influenze e distinzioni che agiscono come forze centripete per deter-*

*minare complessi criteri di convivenze e regole di appartenenza*” (Harrison, 2002:171). Nelle società multiculturali, di fatto, omologazione e frammentazione coesistono, anche se contraddittorie l’una rispetto all’altra, con l’effetto illusorio di un’uguaglianza delle differenze e di una convergenza culturale. Al contrario, un’idea di un’interculturalità, in cui le differenze scoprono equilibri dinamici contro le tendenze di esclusione dell’altro, è ciò che potrebbe costituire, dal punto di vista antropologico, il vero fondamento dei diritti dell’uomo. Inizialmente però bisogna liberarsi da una concezione dell’identità etnica come reliquia, basato su di un’iperframmentazione culturale e, dunque, sulla conflittualità dei separatismi. Piuttosto che soffermarsi sulla contrapposizione tra “società dell’esclusione” e “società dell’assimilazione” è necessario pensare alle possibilità di un pluralismo, alle sue condizioni giuridiche di esistenza e a stabilire se i criteri legittimanti possano effettivamente costituire il futuro contesto in cui produrre il nuovo senso di mondialità.

In prospettiva c’è quindi la previsione di un sistema sociale come aggregato di molti sistemi di valori e credenze diversi: molti stili di vita, molte minoranze, per l’appunto. Si tratta di un aggregato che implica il declino del concetto stesso di maggioranza culturale, religiosa o etnica dello stato moderno, il cui ordinamento giudiziario unico ha neutralizzato fin’ora le differenze interne. Al contrario, la società delle minoranze si fa società delle differenze e si costruisce sulle costanti negoziazioni di gruppi diversi: negoziazione di sistemi simbolici, culturali, sociali e anche di sistemi normativi che, necessariamente, dovranno pensarsi come differenziali e mobili.

Quest’approccio - all’insegna tanto dell’antropologia politica quanto dell’antropologia giuridica- ritrova l’universalità e l’unicità dell’umano non più nell’esperienza reale oggettiva di una società omogenea ma in una coscienza soggettiva che quindi può dirsi planetaria. Infatti, proprio i diritti umani possono fondare e tutelare un modello culturale capace di “inventare” una dialettica fra comuni valori e diversità culturali,

affinché la sfida della coesistenza democratica sia un'utopia desiderabile, una realtà possibile, nonostante le grandi difficoltà e implicazioni che devono essere affrontate.

E' per ciò che oggi crediamo che l'universalità dei diritti umani non potrà mai verificarsi completamente se non in veste di "pluriversità" e cioè di riconoscimento del ventaglio di esperienze storiche e culturali che i gruppi umani producono incessantemente. Così facendo, la questione dei diritti umani in relazione al pluralismo culturale potrebbe conferire al concetto di diritti dell'uomo il ruolo di referente transculturale rintracciabile in qualunque cultura.

In una tale prospettiva **Panikkar** (1982) propone di scoprire come i differenti popoli percepiscano gli stessi diritti o anche secondo quale traduzione i diritti si ricollocano nei contesti specifici. E' un'aspettativa antropologica quella che prevede, in situazioni di pluralismo, che i vari gruppi umani rispondano diversamente a stessi bisogni o che possano esprimere domande diverse. Dunque, la futura produzione normativa rispettosa di una dottrina dei diritti universali, dovrà essere in grado di integrare i diritti umani alla realtà che li accoglie. Come ha detto uno dei maggiori studiosi di antropologia giuridica, Robert Roulant (1992), l'obiettivo deve diventare quello di arrivare all'universale, rifiutando l'uniforme.

Profonda contrapposizione, dunque, tra "relatività" e "universalità" che oggi viene assunta nello spazio globale di un'età dell'interdipendenza: età in cui abbandonata la logica dell'aut-aut e assunta quella dell'et-et (Harrison, 2002) si oscilla tra uguaglianza comune e condivisa e differenza particolare degna di tutela. Bisogna allora imparare a capire come, appunto, differenze e alterità siano cose e rappresentazioni che permettono la costruzione dell'identità di ciascuno, in un'uguaglianza che passa necessariamente per il riconoscimento dell'altrui differenza. Ciò può avvenire soltanto attraverso un'educazione al più fondamentale dei diritti/doveri: il riconoscimento e il rispetto dell'alterità.

## CONCLUSIONI

Solitamente i diritti umani sono pensati come qualcosa di “universale”, il condensato riuscito di ciò che di meglio c’è nell’essere umano. Eppure, come afferma **Geertz** - e con lui tutta l’antropologia-: “*i fatti giuridici non sono innati, ma socialmente costruiti*” e qualsiasi sistema giuridico “*non è limitato ad una serie di norme, di regole, di principi, e valori qualsiasi ma è parte di un modo particolare di immaginare il reale*” (Geertz, 1977 :216). In effetti, ripercorrendo la storia dei diritti umani, si può osservare chiaramente che essi sono situati in senso storico e politico, trovando fondamento in una particolare concezione dell’essere umano. Ciononostante, vedere i diritti umani come “naturalisti” o “universalisti” non deve privare di validità questi strumenti: al contrario, la potenzialità delle dichiarazioni e della giurisprudenza fino ad oggi elaborata intorno alla questione dei diritti umani, fa luce sulla capacità operativa all’insegna di una ricerca costante di modi condivisi per la regolazione dei conflitti sociali. In questo senso i diritti sono da considerarsi utili strumenti trasversali, nati da tragiche esperienze come le guerre mondiali e il colonialismo e prodotti sulla base di riflessioni profonde e critiche sulla storia dell’uomo.

Ma, se ammettiamo finalmente e in tutta sincerità che i sistemi giuridici sono costruzioni umane, strumenti di regolazione dei conflitti che consentono di collocare gli eventi in una rappresentazione normativa del mondo, allora bisogna ammettere che anche il diritto umanitario, come tutti gli altri ambiti del diritto, è contestuale e situato. In questo senso il contributo antropologico può dirsi fondamentale ed acquisire una centralità particolare: non più, come in passato, per decostruire l’idea di universalità dei diritti umani ma, a partire dalla consapevolezza che i diritti altro non sono che tecniche di convivenza, ossia dispositivi di azione “in costruzione” che, come suggerisce **An-Na’im** (1992) dovrebbero svilupparsi rendendo le particolarità locali una “parte dell’equazione” e non imponendosi dall’alto. Il concetto di diritti umani può essere un incentivo e uno strumento di cambiamento in-

terno alle società solo a patto che ciò avvenga di comune accordo, sulla base di un dialogo interculturale con le parti interessate.

Questo modo di vedere le cose, questa lente -come l'ho definito al principio-, renderebbe più sfumato il divario tra universalismo e il relativismo, spesso pensato incompatibile rispetto alle tematiche dei diritti umani. Un approccio più interessato al locale, più fluido e più sfumato, più contestuale e, a conti fatti, relativista, mostra la sua efficacia soprattutto a livello esecutivo, quando i diritti cessano effettivamente di essere qualcosa di ideale e di astratto e diventano "pratiche dei diritti umani" che hanno non più soltanto lo scopo della comprensione ma anche quello del cambiamento. Come sostiene **Alexander Laban Hinton**, gli strumenti dell'antropologia

*“possono offrire un contributo significativo non solo a quelli che hanno come obiettivo la conoscenza di una società, ma anche per quelli che sperano di trasformarla. Comprendere l'architettura di una società non è qualcosa che ha solo un valore conoscitivo in sé ma permette anche di tracciare dei percorsi di cambiamento poiché permette di identificare le condizioni che possono portare a situazioni di violazione dei diritti umani e di sviluppare degli interventi mirati e specifici per quella realtà”* (Laban Hinton, 2002 :9).

Tale approccio è, in buona parte, ancora da costruire e il mio sincero augurio è che l'antropologia -con la sua prospettiva teorica e con i suoi strumenti pratici- possa contribuire in maniera determinante a questo processo.

## BIBLIOGRAFIA

- AN-NA'IM, A. Ahmed.1992.Toward a Cross-cultural Approach to defining International standards of Human Rights in Ed. *Human Rights in in Cross-cultural Prospective: A Quest for consensus*, Philadelphia, pp19-43.
- CALLARI GALLI, M.; CERUTI, M; PIEVANI,T.1998. *Pensare la diversità*, Meltemi, Roma.
- GEERTZ, Clifford.1977. *Antropologia interpretativa*, Bologna, Il Mulino



- HARRISON, Gualtiero.2002. *I fondamenti antropologici dei diritti umani*, Meltemi, Roma
- HERSKOVITS, Melville.1947. "Statement on Human Rights" in *American Anthropologist*, n.49, pp 539-543.
- \_\_\_\_\_.1974(1973) *Cultural relativism. Perspectives in Cultural Pluralism*, New York, Vintage Books.
- KILANI, Mondher.1994(1992). *Antropologia*, Bari, Dedalo
- KOTTAK, Conrad.2011. *Antropologia culturale*, Milano, McGraw-Hill
- LABAN HINTON, Alexander.2002. *Annihilating difference. The anthropology of genocide*, Los Angeles, University of California Press.
- LÉVI-STRAUSS, Claude.1967 (1952) "Razza e storia" in P.Caruso *Razza e storia e altri studi di antropologia*, Torino, Einaudi.
- \_\_\_\_\_.1984 (1983) "Razza e cultura" (conferenza letta all'UNESCO nel 1971) in C.Lévi-Strauss, *Lo sguardo da lontano –Antropologia, cultura, scienza in rapporto*, Torino, Einaudi.
- MESSER, Ellen.1996. "Anthropology Human Rights and Social transformation"; in E. Moran (ed.) *Transforming societies, Transforming Anthropology*, Michigan, p.166.
- PANIKKAR, Raimon.1982 "Is the notion of human rights a western concept?" in *Diogenes* n. 120 pp. 75-102.
- ROULANT, Norbert.1992 (1998). *Antropologia giuridica*, Milano, Giuffrè.
- SOBRERO, Alberto.1999. *L'antropologia dopo l'antropologia*, Meltemi, Roma.

# LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS SOCIALES EN LA ACTUALIDAD EN LOS PLANOS INTERNACIONAL Y ESTATAL DE PROTECCIÓN

*María Dalli<sup>1</sup>*

## INTRODUCCIÓN

El objetivo de este trabajo es abordar la cuestión de las garantías de los derechos sociales en la actualidad. Existen diferentes tipos de garantías a articular, como las constitucionales, legales, ejecutivas o administrativas y las garantías judiciales. El foco de atención se encuentra especialmente en relación con las formas de garantía judicial de estos derechos, que, en términos generales, se mueven entre la protección indirecta de los mismos y la protección independiente o autónoma. En el primer caso, la garantía de los derechos sociales tiene lugar a través la invocación de otros derechos fundamentales protegidos con mayores garantías, cuando el ordenamiento jurídico no ha previsto garantías judiciales suficientes para proteger de forma autónoma los derechos sociales. Ahora bien, ello implica a su vez un reconocimiento del principio de la indivisibilidad e interdependencia entre todos los derechos humanos. Esta forma de litigación de los derechos sociales se produce en la actualidad en los sistemas regionales de protección europeo e interamericano, a los cuales se hará referencia en el primer apartado del trabajo en relación con las garantías de los derechos

---

1. Personal investigador de la Universidad de Valencia, beneficiaria de las ayudas predoctorales 'Atracción del Talent' de la misma Universidad. Este trabajo se ha elaborado en el marco del proyecto de investigación 'Acceso a la justicia y garantía de los derechos en tiempos de crisis: de los procedimientos tradicionales a los mecanismos alternativos', referencia DER2013-48284-R, financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad.

sociales en el ámbito internacional. Asimismo, se trata de un fenómeno común en muchos ordenamientos jurídicos estatales, en los que los derechos sociales no se reconocen como derechos fundamentales, como en el sistema español. Se profundizará en este caso de estudio de protección indirecta de estos derechos en el segundo apartado.

De otro lado, otra forma de protección y litigación de los derechos sociales puede ser una garantía autónoma e independiente de los mismos, en el sentido de que no necesita de la alegación de otros derechos humanos protegidos con mayores garantías, porque todos ellos se reconocen y se garantizan en pie de igualdad, como derechos de igual relevancia. En esta línea, por ejemplo, el sistema regional africano de protección de los derechos humanos ha apreciado en numerosas ocasiones, a través de la jurisprudencia de la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, la violación de obligaciones de respetar, proteger y cumplir los derechos sociales. Además, en el plano internacional, a partir de la entrada en vigor del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es posible la presentación de denuncias individuales en casos de posibles vulneraciones de estos derechos<sup>2</sup>. Por lo que respecta al ámbito estatal, el tercer apartado del trabajo hará referencia a aquellos ordenamientos jurídicos en los que ha justiciabilidad de los derechos sociales ha adquirido especial relevancia. Ello sucede, por ejemplo, en los sistemas sudafricano e indio, y particularmente en varios países latinoamericanos, destacando los casos de Brasil y de Colombia. Este trabajo se propone un acercamiento a las cuestiones señaladas hasta el momento.

## **GARANTÍAS DE LOS DERECHOS SOCIALES EN EL PLANO INTERNACIONAL**

Entre los mecanismos de supervisión del cumplimiento de las obligaciones de los Estados que se ponen en marcha desde las Naciones Uni-

---

2. Naciones Unidas, 'Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales', Resolución A/RES/63/117, 10 de diciembre de 2008.

das, destaca, en relación con los derechos sociales, el envío de informes periódicos por parte de los Estados de acuerdo con el artículo 16 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales<sup>3</sup>. El envío de informes y su revisión por parte del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales tiene lugar cada cinco años. Asimismo las organizaciones no gubernamentales pueden presentar su informe alternativo. A la vista de todo ello, el Comité publica sus recomendaciones finales al Estado que se está sometiendo a la evaluación del cumplimiento de sus obligaciones. Por lo que se refiere a los mecanismos extra convencionales, estos pueden darse con independencia de que el Estado haya ratificado los tratados. Existen mandatos temáticos sobre cada uno de los derechos, que recaen sobre expertos, los llamados relatores especiales, como, por ejemplo el Relator Especial sobre el derecho de todos a disfrutar del más alto nivel posible de salud física y mental. Asimismo el Consejo de Derechos Humanos igualmente revista el cumplimiento de los derechos humanos a través del examen periódico universal.

De otro lado, a partir de la entrada en vigor del Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales es posible presentar denuncias por posibles vulneraciones de los derechos sociales reconocidos en el Pacto<sup>4</sup>. Si el Estado en cuestión ha ratificado el Protocolo, entonces las personas o grupos de personas que se hallen bajo su jurisdicción pueden presentar una queja o denuncia al Comité DESC si consideran que han sido afectadas por una posible vulneración de uno o varios derechos sociales. Ahora bien, es necesario el cumplimiento de algunos requisitos, según los artículos 3 y 4 del Protocolo<sup>5</sup>. En primer lugar, se deben haber utilizado todos los recursos

3. Naciones Unidas, 'Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales', 1966, artículo 16.

4. Naciones Unidas, 'Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales', Resolución A/RES/63/117, 10 de diciembre de 2008.

5. Naciones Unidas, 'Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales', artículos 3 y 4.

disponibles en la jurisdicción interna. Además, el Comité puede declarar la inadmisibilidad de las comunicaciones que: *a)* No se hayan presentado en el plazo de un año tras el agotamiento de los recursos internos, salvo en los casos en que el autor pueda demostrar que no fue posible presentarla dentro de ese plazo; *b)* Se refieran a hechos sucedidos antes de la fecha de entrada en vigor del presente Protocolo para el Estado Parte interesado, salvo que esos hechos hayan continuado después de esa fecha; *c)* Se refieran a una cuestión que ya haya sido examinada por el Comité o haya sido o esté siendo examinada con arreglo a otro procedimiento de examen o arreglo internacional; *d)* Sean incompatibles con las disposiciones del Pacto; *e)* Sean manifiestamente infundadas, no estén suficientemente fundamentadas o se basen exclusivamente en informes difundidos por los medios de comunicación; *f)* Constituyan un abuso del derecho a presentar una comunicación, o *g)* Sean anónimas o no se hayan presentado por escrito.

Por otra parte, en cuanto a los sistemas regionales de protección de los derechos cabe destacar el sistema europeo, el interamericano y el sistema africano. En primer lugar el sistema de protección puesto en marcha en el ámbito europeo viene dado, de un lado, por el Convenio Europeo de Derechos Humanos y el órgano jurisdiccional encargado de su cumplimiento, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos<sup>6</sup>. De otro lado, se encuentra la Carta Social Europea y el órgano que supervisa este texto, el Comité Europeo de Derechos Sociales<sup>7</sup>. Así pues, el Tribunal Europeo puede brindar una protección indirecta de los derechos sociales, al no reconocer el Convenio estos derechos pero no obstante ser posible interrelacionar los mismos con algunos derechos civiles, como el derecho a la vida, la integridad física o la prohibición de discriminación<sup>8</sup>. El Comité Europeo de Derechos Sociales sí permite

6. Consejo de Europa, 'Convenio Europeo de Derechos Humanos', 1950.

7. Comité Europeo de Derechos Sociales, 'Carta Social Europea (revisada)', Estrasburgo, 1996.

8. El Tribunal Europeo ha vinculado el derecho a la salud con la prohibición de la tortura o tratos inhumanos y degradantes (artículo 3) y con el respeto a la vida personal y familiar (artículo 8), con el fin de

una protección autónoma de los derechos sociales, al controlar el cumplimiento por parte de los Estados de la Carta Social Europea, un texto que específicamente reconoce este tipo de derechos humanos.

En cuanto al sistema interamericano, toma importancia la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948 (artículo XI), que reconoce un derecho al bienestar<sup>9</sup> y también el artículo 26 de la Convención Americana de Derechos Humanos, que incluye la obligación de progresividad de los Estados en materia social<sup>10</sup>. Sin embargo, el texto que reconoce de forma específica y más concreta los derechos sociales es el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988, conocido como el Protocolo de San Salvador<sup>11</sup>. El órgano jurisdiccional que se encarga del cumplimiento de los derechos reconocidos en el sistema interamericano es la Corte Interamericana de Derechos Humanos. No obstante, la protección que se da a los derechos sociales viene dada en mayor medida a través de la interrelación de estos derechos con otros derechos fundamentales. Así pues, a pesar de reconocerse los derechos sociales en el Protocolo de San Salvador, no todos ellos pueden ser protegidos por la vía de las denuncias individuales, sólo los derechos del artículo 8.a) y del artículo 13 (el derecho a la sindicación y el derecho a la educación, respecti-

---

proteger a las personas en situación vulnerable, como extranjeros afectados por órdenes de expulsión que agravarían su estado de salud. Tribunal Europeo de Derechos humanos, *D. v. the United Kingdom*, 30240/96, de 2 de mayo de 1997.

9. Organización de los Estados Americanos (OAS), 'Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948', Novena Conferencia Internacional Americana, 1948.

10. Organización de los Estados Americanos (OAS); Convención Americana sobre Derechos Humanos; Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32), San José (Costa Rica), Noviembre de 1969, artículo 26.

11. Organización de los Estados Americanos (OAS), 'Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988', 18º período ordinario de sesiones, 17 de noviembre de 1988.

vamente) de acuerdo con el artículo 19.6<sup>12</sup>. Como ocurre en el sistema europeo en relación con el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, la Corte Interamericana ha conocido de casos en materia de derechos sociales como el derecho a la salud a través de la protección de otros derechos como la prohibición de la tortura, el derecho a la vida o a la integridad física<sup>13</sup>.

Por lo que se refiere al sistema africano de protección de los derechos humanos, la Carta Africana o Carta de Banjul reconoce los derechos sociales<sup>14</sup>. Entre ellos, por ejemplo, el derecho al trabajo, el derecho a la salud, el derecho a la educación<sup>15</sup>. Asimismo se entiende que los Estados tienen obligaciones inmediatas en la garantía de los derechos sociales<sup>16</sup>. De esta forma la jurisprudencia de la Comisión Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos ha apreciado violaciones de la obligación estatal negativa de respetar los derechos sociales así como de las obligaciones positivas de proteger y de cumplir los mismos<sup>17</sup>. También ha hecho referencia constante, dadas las dificultades económicas

12. Magda Yadira Robles, 'El derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004-2014)', *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Núm. 35, 199-246 (julio-diciembre 2016): pp. 201 y 202.

13. Destacan los casos de protección del derecho a la salud para las personas internas en establecimientos penitenciarios o asimismo para miembros de grupos considerados vulnerables como los niños o los migrantes. Por ejemplo, destacan los casos de la *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua*, o el caso de *Cinco pensionistas vs. Perú*. Magda Yadira Robles, 'El derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos', pp. 207 y 208. Manuel Ventura Robles, 'Jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de derechos económicos, sociales y culturales', *Revista IIDH*, Vol. 40 (2004): pp. 107-108.

14. Organización para la Unidad Africana (OUA), 'Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981', XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, Nairobi, Kenya, 1981.

15. Artículos 15, 16 y 17 de la Carta. 'Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981', 1981.

16. Anselm Chidi Odinkalu, 'Analysis of Paralysis or Paralysis by Analysis? Implementing Economic, Social and Cultural Rights Under the African Charter on Human and Peoples' Rights', *Human Rights Quarterly*, Vol. 23, Núm. 2, 327-369 (2001): p. 349.

17. Judy A. Oder, 'Litigating the Right to Health Before the African Commission on Human and Peoples' Rights: the Record So Far', *African Yearbook of International Law*, Vol. 15, núm. 1, 129-142 (2008): pp. 130 y ss.

de muchos países africanos, a la obligación de progresividad<sup>18</sup>. En este sentido, los derechos sociales gozan en el sistema africano de una mayor protección autónoma que en otros sistemas regionales.

## LA VÍA INDIRECTA DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES: EL CASO ESPAÑOL

Así, en el plano internacional se está produciendo una equiparación de las garantías entre los derechos civiles y políticos y los derechos sociales, especialmente por la posibilidad de interponer denuncias individuales ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de Naciones Unidas. Sin embargo, en los ámbitos regionales, en particular por lo que se refiere al sistema europeo y al sistema interamericano, toma importancia la protección indirecta de estos derechos a través de la interrelación de estos con otros derechos de tipo civil y político protegidos con mayores garantías.

Si se presta atención al nivel estatal de protección, suele ocurrir que los derechos sociales son reconocidos como derechos de menor importancia o se acompañan de menores garantías. Otras veces los derechos sociales se incluyen en el catálogo de derechos fundamentales. Por ejemplo, en el caso español, los derechos sociales son entendidos como ‘principios rectores de la política social y económica’ por el propio texto constitucional<sup>19</sup>. Así, no se reconocen como auténticos derechos fundamentales. Además, de acuerdo con el artículo 53 de la Constitución, estos ‘principios rectores’ sólo podrán ser alegados en sede de jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que establezcan las leyes que los desarrollen. De esta forma, no pueden ser objeto de reclamación por la vía del amparo constitucional, el recurso ante el Tribunal Constitucional caracterizado por las notas de sumariedad y preferencia. Por el contrario, los derechos fundamentales reconocidos en el artículo 14, en la

18. Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Purohit and Moore v. The Gambia*, comunicación 241/2001.

19. Constitución española, 1978, Capítulo III del Título I.



Sección 1ª del Capítulo II del Título I, y en el artículo 30.2, pueden alegarse en recurso de amparo. Los únicos derechos sociales que pueden ser objeto de amparo son el derecho a la educación, el derecho de huelga y el derecho de sindicación. Una limitación general que no obstante ha de ser señalada es que actualmente sólo se admiten en amparo aquellas demandas que tengan especial trascendencia constitucional, lo que se evaluará según la importancia que tengan ‘para la interpretación de la Constitución, para su aplicación o para su general eficacia, y para la determinación del contenido y alcance de los derechos fundamentales’, de acuerdo con el artículo 50.1.b de la Ley Orgánica, 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional<sup>20</sup>. Por lo demás, derechos como la salud, la vivienda o el trabajo necesitan de desarrollo legislativo que prevea su justiciabilidad ante la jurisdicción ordinaria.

De esta forma, si se desea alegar la vulneración de un derecho social en el sistema español, las posibilidades son, o bien la utilización de la jurisdicción ordinaria, o bien la protección indirecta de los derechos sociales a través de la tutela en sede constitucional de los derechos civiles y políticos. Al igual que ocurre en el sistema interamericano y en el ámbito del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, en el ordenamiento jurídico español se puede vincular la salud con otros derechos como el derecho a la vida y a la integridad física (artículo 15 de la Constitución), a la dignidad (artículo 10.1) y a la igualdad y a la prohibición de discriminación (artículo 14) o a la protección judicial efectiva (artículo 24). En la práctica, principalmente se han dado casos de alegación del derecho a la prohibición de discriminación o a la tutela judicial efectiva<sup>21</sup>. El Tribunal Constitucional se ha pronunciado, especialmente, sobre casos sobre discriminación en el acceso y en las condiciones de trabajo, por ejemplo,

20. ‘Ley Orgánica, 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional, *Boletín Oficial del Estado*, 5 de octubre de 1979, núm. 239, artículo 50.1.b.

21. María Díaz Crego, ‘El Tribunal Constitucional español y la protección indirecta de los derechos sociales’, *Lex Social-Revista de los Derechos Sociales*, núm. 1/2012, 5-30 (enero-junio 2012): p. 8.

por razón de sexo<sup>22</sup>. Asimismo, en relación con el ámbito laboral se ha alegado vulneración del derecho a la libertad religiosa<sup>23</sup>. Por lo que se refiere en concreto, por ejemplo, al derecho a la salud, se ha protegido este derecho por conexión con el derecho a la integridad personal, cuando existe un peligro grave para la misma<sup>24</sup>. Por lo demás, se ha reclamado la protección de la salud en casos de contaminación acústica invocando los derechos a la integridad personal (artículo 15), a la vivienda (artículo 47) y la intimidad personal y familiar (artículo 18)<sup>25</sup>.

Otras posibilidades de protección indirecta de los derechos sociales en el caso español a través de la interpretación vendrían dadas, por ejemplo, a través de la vinculación de estos con los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por España, según el artículo 10.2 de la Constitución, o con cláusulas como la dignidad de la persona, el reconocimiento del Estado social o la igualdad material del artículo 9.2. Asimismo, se ha señalado que podría entenderse el artículo 53 de la Constitución que prevé las garantías de los derechos, de forma que se refiere a la utilización de la jurisdicción ordinaria para el contenido adicional de los derechos sociales, mientras que su contenido esencial podría ser alegado en sede constitucional<sup>26</sup>.

En otros ordenamientos jurídicos, los derechos sociales se incluyen en el catálogo de derechos fundamentales. Si se prevén garantías judiciales para proteger los mismos, es posible que se reconozca asimismo la justiciabilidad de los derechos sociales en sede constitucional. A continuación se analizan algunos de estos casos.

22. Sentencias del Tribunal Constitucional: '145/1991, de 1 de julio,' y '41/1999, de 21 de marzo.'

23. Tribunal Constitucional, 'Sentencia 19/1985, de 13 de febrero.'

24. Sentencias del Tribunal Constitucional: '35/1996, de 11 de marzo,' '119/2001, de 24 de mayo,' '5/2002, de 14 de enero' y '33/2011, de 28 de marzo.'

25. Tribunal Constitucional, 'Sentencia 119/2001, de 24 de mayo.'

26. Gerardo Pisarello, 'Derechos sociales, democracia e inmigración en el constitucionalismo español: del originalismo a una interpretación sistemática y evolutiva,' en *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración* editado por María José Añón (Valencia: Universitat de València Servei de Publicacions, 2004) 37-86, pp. 68-70.

## JUSTICIABILIDAD CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS SOCIALES

Entre la doctrina que defiende la igual relevancia de todos los derechos humanos, incluyéndose los derechos sociales como derechos fundamentales destacan, entre otros, **ABRAMOVICH Y COURTIS, AÑÓN Y PISARELLO**<sup>27</sup>. En la práctica, algunos ordenamientos jurídicos que reconocen los derechos sociales como derechos fundamentales son los que se encuentran, por ejemplo, en Brasil, Colombia, Bulgaria, Estonia, Hungría, Polonia, Sudáfrica, Venezuela, Ecuador o Bolivia<sup>28</sup>. Especialmente, algunos países de Latinoamérica han incluido derechos sociales como el derecho a la salud en sus Constituciones aprobadas en las últimas décadas. Lo mismo ocurre con Sudáfrica, país que incluyó en su Constitución aprobada tras el *apartheid* derechos sociales para reducir las desigualdades existentes en la población<sup>29</sup>.

Por lo que se refiere a la protección judicial de estos derechos, se plantea la posibilidad de litigación del mismo en sede constitucional. En Sudáfrica, entre otros, es relevante el caso *Treatment Action Campaign* en el que la Corte Constitucional estimó que el derecho a la salud estaba siendo vulnerado al no garantizar el acceso a los tratamientos necesarios para evitar que la enfermedad del VIH-SIDA fuera transmitida de madres a hijos<sup>30</sup>. Entre los países latinoamericanos destacan los casos de Argentina, Chile, Costa Rica, Perú, Uruguay y especial-

27. Victor Abramovich y Christian Courtis, *Los derechos sociales como derechos exigibles* (Madrid: Trotta, 2004). María José Añón, 'Derechos sociales: cuestiones de legalidad y de legitimidad', *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 44 (2010): 15-41. Gerardo Pisarello, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción* (Madrid: Trotta, 2007).

28. Albert Noguera, *Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010).

29. Collen M. Flood y Aeyal Gross, 'Litigating the Right to Health: What Can We Learn from a Comparative Law and Health Care Systems Approach?', *Health and Human Rights*, Vol. 16, núm. 2, 62-72 (2014): pp. 64-69.

30. Jennifer Hasselgård-Rowe y Emmanuel Kabengele Mpinga, 'Justiciability of the Right to Health in South Africa and Switzerland through the Lens of its Normative Components', *International Human Rights Law Review*, 3, 1-28 (2014): p. 14.

mente Colombia y Brasil. Por ejemplo, en relación con el derecho a la salud, en 2010 se estimaron 240.000 casos en los siete estados de Brasil y a nivel federal. En Colombia se darían 95.000 casos en 2010, mientras que en Costa Rica se estiman unos 4.000 casos en 1989, en Argentina 1.159 en 2007 sólo en Buenos Aires y Uruguay tendría 50 casos litigados en cinco años<sup>31</sup>.

Algunos factores que se han entendido de forma negativa o como inconvenientes de este nivel de litigación del derecho a la salud son, por ejemplo, la excesiva intervención judicial en la regulación sanitaria y las inequidades encontradas en el acceso a los tribunales. Así, en ocasiones las resoluciones individuales ha derivado en cambios legislativos. En Colombia, por ejemplo, la Corte Constitucional reclamó un cambio en la regulación sanitaria en relación con la lista de servicios esenciales, en su sentencia T-760 de 2008<sup>32</sup>. Ello derivó en que efectivamente se unificara la lista de servicios para los menores de 18 años y la lista de servicios esenciales para el resto de la población<sup>33</sup>.

De otro lado, se ha señalado que la estimación de las demandas individuales para acceder a medicamentos y tratamientos caros, en situaciones de limitaciones de recursos, resulta en inequidades en salud. El elevado número de casos sobre el acceso a tratamientos que requieren de un alto coste como los que implican la utilización de nuevas tecnologías ha supuesto un impacto financiero. En Brasil, por ejemplo, la litigación del derecho a la salud en 2010 supuso que la totalidad de los pagos en medicamentos ascendiera a 550 millones de dólares, y en Colombia las litigaciones sobre el régimen contributivo en 2009 supusieron un coste de 300 millones de dólares<sup>34</sup>. A pesar de la fuerte protección judicial del derecho a la salud, se ha señalado que en Colombia

31. Leonardo Cubillos-Turriago, et al., 'Universal health coverage and litigation in Latin America,' *Journal of Health Organization and Management*, Vol. 26, núm. 3, 390-406 (2012): pp. 390-395.

32. Corte Constitucional de la República de Colombia, 'Sentencia T-760 de 2008'.

33. Leonardo Cubillos-Turriago, et al., 'Universal health coverage and litigation in Latin America,' p. 400.

34. Leonardo Cubillos-Turriago, et al., 'Universal health coverage and litigation in Latin América,' p. 395.

esta intervención judicial ha derivado en un problema financiero para el gobierno el cual además estaría perdiendo su capacidad para negociar los precios de los medicamentos con las compañías farmacéuticas, hospitales y otros proveedores<sup>35</sup>. Sin embargo, se considera que la sentencia T-760 de 2008 comentada anteriormente supuso un paso hacia la reducción del número de casos individuales al haber influenciado cambios en la regulación que suponen avances colectivos.

Entre otros, **FERRAZ** ha alertado de las inequidades que resultan del denominado ‘modelo brasileño’ de litigación del derecho a la salud. Este modelo se caracteriza principalmente por la estimación de la mayoría de las demandas individuales que reclaman el acceso a tratamientos y medicamentos caros, en situación de escasos recursos. Según el autor, ello supone un peligro para el sostenimiento de la universalidad del sistema<sup>36</sup>. Al mismo tiempo, se estima que la mayoría de los litigantes no padecen dificultades económicas. Para ello, el autor tiene en cuenta los indicadores siguientes: indicadores indirectos, en este sentido, la mayoría de litigantes utilizan servicios privados de asesoramiento legal y, además, la reclamación se produce en relación con la utilización de servicios sanitarios privados. Asimismo indicadores directos que refieren a las áreas de las que provienen los demandantes, pues según algunos estudios, no se trata de aquellas más necesitadas<sup>37</sup>. Así, en Brasil la mayoría de los casos se darían en los estados con un mayor índice de desarrollo humano<sup>38</sup>.

---

35. Everaldo Lamprea, ‘Colombia’s right-to-health litigation in a context of health care reform,’ en *The right to health at the private/public divide: A global comparative study*, editado por Collen M. Flood y Aeyal Gross (Cambridge: Cambridge University Press, 2014), 131-158.

36. Octavio Ferraz, ‘The right to health in the courts of Brazil: worsening health inequities?’ *Health and Human Rights*, Vol. II, núm. 2, 33-45 (2009): p. 34.

37. Octavio Ferraz, ‘The right to health in the courts of Brazil: worsening health inequities?’ p. 39.

38. Octavio Ferraz, ‘Brazil: health inequalities, rights and courts,’ y Paola Bergallo, ‘Argentina: achieving fairness despite routinization,’ en *Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health?* Editado por Alicia Yamin y Siri Gloppen (Cambridge/MA: Harvard University Press, 2011): 76-102 y 43-75, respectivamente.

No obstante, las inequidades en salud que resultan del modelo de litigación brasileño pueden ser debidas a las desigualdades que se encuentran en el mismo acceso a la justicia, lo que implica que el principal problema a solucionar deberían ser las dificultades de los grupos vulnerables para acceder a los tribunales. Además, cabe preguntarse si la ausencia de justiciabilidad o una escasa protección judicial de los derechos sociales es la mejor solución. Así pues existen países altamente desiguales que, o bien no tienen reconocido el derecho a la salud en sus Constituciones, como Nigeria, o no existe una protección judicial, como en China o Hungría, o la garantía judicial en este sentido es modesta, lo que ocurre en India o en Sudáfrica. En este último caso el 70% de la financiación sanitaria continúa en manos privadas<sup>39</sup>.

## CONCLUSIÓN

La garantía de los derechos sociales puede tener lugar de diferentes formas. Atendiendo a las garantías judiciales, la litigación de estos derechos en los tribunales se ha producido a través de la indivisibilidad e interdependencia entre los derechos o bien de forma autónoma. El caso español es un caso de estudio idóneo de protección indirecta de estos derechos por parte del Tribunal Constitucional, mientras que los ordenamientos de países como Brasil y Colombia muestran una fuerte justiciabilidad de los derechos sociales como el derecho a la salud.

En relación con esta litigación de los derechos sociales en los tribunales, el elevado número de casos en algunos países como Brasil o Colombia ha dado lugar a la identificación de algunos problemas, principalmente la falta de legitimidad democrática de los jueces y las inequidades en el acceso a los tribunales. Sin embargo, asimismo es una cuestión abierta si la protección de los derechos sociales como me-

---

39. Lisa Forman y Jerome Amir Singh, 'The role of rights and litigation in assuring more equitable access to health care in South Africa,' en *The right to health at the private/public divide: A global comparative study*, editado por Collen M. Flood y Aeyal Gross (Cambridge: Cambridge University Press, 2014), 288-318.

ros principios u orientaciones para el gobierno o el legislador es la solución más adecuada para la garantía de las necesidades básicas de todas las personas.

## BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Victor y COURTIS, Christian. *Los derechos sociales como derechos exigibles* (Madrid: Trotta, 2004).
- AÑÓN, María José. 'Derechos sociales: cuestiones de legalidad y de legitimidad,' *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, núm. 44 (2010): 15-41.
- BERGALLO, Paola. 'Argentina: achieving fairness despite routinization,' en *Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health?*, editado por Alicia Yamin y Siri Gloppen (Cambridge/MA: Harvard University Press, 2011): 43-75.
- CHIDI ODINKALU, Anselm. 'Analysis of Paralysis or Paralysis by Analysis? Implementing Economic, Social and Cultural Rights Under the African Charter on Human and Peoples' Rights,' *Human Rights Quarterly*, Vol. 23, Núm. 2, 327-369 (2001).
- CUBILLOS-TURRIAGO, Leonardo *et al.* 'Universal health coverage and litigation in Latin America,' *Journal of Health Organization and Management*, Vol. 26, núm. 3, 390-406 (2012).
- DÍAZ CREGO, María. 'El Tribunal Constitucional español y la protección indirecta de los derechos sociales,' *Lex Social-Revista de los Derechos Sociales*, núm. 1/2012, 5-30 (enero-junio 2012).
- FERRAZ, Octavio. 'The right to health in the courts of Brazil: worsening health inequities?' *Health and Human Rights*, Vol. 11, núm. 2, 33-45 (2009).
- FERRAZ, Octavio. 'Brazil: health inequalities, rights and courts,' en *Litigating Health Rights: Can Courts Bring More Justice to Health?* Editado por Alicia Yamin y Siri Gloppen (Cambridge/MA: Harvard University Press, 2011): 76-102.
- FLOOD, Collen M. y GROSS, Aeyal. 'Litigating the Right to Health: What Can We Learn from a Comparative Law and Health Care Systems Approach?' *Health and Human Rights*, Vol. 16, núm. 2, 62-72 (2014).
- FORMAN, Lisa y AMIR SINGH, Jerome. 'The role of rights and litigation in assuring more equitable access to health care in South Africa,' en *The right*

- to health at the private/public divide: A global comparative study*, editado por Collen M. Flood y Aeyal Gross (Cambridge: Cambridge University Press, 2014): 288-318.
- HASSELGÅRD-ROWE, Jennifer y KABENGELE MPINGA, Emmanuel. 'Justiciability of the Right to Health in South Africa and Switzerland through the Lens of its Normative Components', *International Human Rights Law Review*, 3, 1-28 (2014).
- LAMPREA, Everaldo. 'Colombia's right-to-health litigation in a context of health care reform', en *The right to health at the private/public divide: A global comparative study*, editado por Collen M. Flood y Aeyal Gross (Cambridge: Cambridge University Press, 2014), 131-158.
- NOGUERA, Albert. *Los derechos sociales en las nuevas constituciones latinoamericanas* (Valencia: Tirant lo Blanch, 2010).
- ODER, Judy A.. 'Litigating the Right to Health Before the African Commission on Human and Peoples' Rights: the Record So Far', *African Yearbook of International Law*, Vol. 15, núm. 1, 129-142 (2008).
- PISARELLO, Gerardo. *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción* (Madrid: Trotta, 2007).
- \_\_\_\_\_. 'Derechos sociales, democracia e inmigración en el constitucionalismo español: del originalismo a una interpretación sistemática y evolutiva', en *La universalidad de los derechos sociales: el reto de la inmigración* editado por María José Añón (Valencia: Universitat de València Servei de Publicacions, 2004) 37-86.
- ROBLES, Magda Yadira. 'El derecho a la salud en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (2004-2014)', *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Núm. 35, 199-246 (julio-diciembre 2016).
- ROBLES, Manuel Ventura. 'Jurisprudencia de la Corte Interamericana en materia de derechos económicos, sociales y culturales', *Revista IIDH*, Vol. 40 (2004).

## OTRAS FUENTES

- Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Purohit and Moore v. The Gambia*, comunicación 241/2001.



Comité Europeo de Derechos Sociales, ‘Carta Social Europea (revisada)’, Estrasburgo, 1996.

Consejo de Europa, ‘Convenio Europeo de Derechos Humanos’, 1950.

Constitución española, 1978.

Corte Constitucional de la República de Colombia, ‘Sentencia T-760 de 2008’, ‘Ley Orgánica, 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional’, *Boletín Oficial del Estado*, 5 de octubre de 1979, núm. 239.

Naciones Unidas, ‘Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales’, 1966.

Naciones Unidas, ‘Protocolo Facultativo al Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales’, Resolución A/RES/63/117, 10 de diciembre de 2008.

Organización de los Estados Americanos (OAS), ‘Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre de 1948’, Novena Conferencia Internacional Americana, 1948.

Organización de los Estados Americanos (OAS), ‘Convención Americana sobre Derechos Humanos’, Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos (B-32), San José (Costa Rica), Noviembre de 1969.

Organización de los Estados Americanos (OAS), ‘Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988’, 18º período ordinario de sesiones, 17 de noviembre de 1988.

Organización para la Unidad Africana (OUA), ‘Carta Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981’, XVIII Asamblea de Jefes de Estado y Gobierno de la Organización de la Unidad Africana, Nairobi, Kenya, 1981.

Tribunal Europeo de Derechos humanos, *D. v. the United Kingdom*, 30240/96, de 2 de mayo de 1997.

Tribunal Constitucional español, Sentencias: ‘145/1991, de 1 de julio’, ‘41/1999, de 21 de marzo’, ‘19/1985, de 13 de febrero’, ‘35/1996, de 11 de marzo’, ‘119/2001, de 24 de mayo’, ‘5/2002, de 14 de enero’, ‘33/2011, de 28 de marzo’, ‘119/2001, de 24 de mayo’.

# LAVADO DE ACTIVOS E INFRACCIÓN PREVIA COMETIDA EN EL EXTRANJERO: UN DESLIZ DEL LEGISLADOR CUBANO<sup>1</sup>

*Dayan Gabriel López Rojas*<sup>2</sup>

## INTRODUCCIÓN

Sin antecedentes en los diferentes cuerpos legales que han regido los destinos del Derecho penal cubano, la criminalización del lavado de activos aparece por vez primera en el ordenamiento punitivo patrio, bajo en *nomen iuris* de Lavado de Dinero, de la mano de la Ley No. 87 del 16 de febrero de 1999. Esta disposición normativa introdujo al Título XIV del Código Penal “Delitos contra la Hacienda Pública”, el Capítulo II “Lavado de Dinero”; recientemente modificado por el Decreto-Ley No. 316, de 7 de diciembre de 2013 –Modificativo del Código Penal y de la Ley contra Actos de Terrorismo<sup>3</sup> y cuya redacción actual es la siguiente:

### ARTÍCULO 346

I. El que adquiriera, convierta, transfiera, utilice o tenga en su poder recursos, fondos, bienes, derechos, acciones u otras formas de participación a el-

1. La realización del presente trabajo ha sido posible gracias a una estancia de investigación desarrollada en el Departamento de Derecho Penal de la Universitat de València, entre los meses de septiembre y noviembre de 2016. Agradezco sinceramente a la Prof. Dra. Ángeles Jareño Leal, por su demostrada generosidad y pertinentes indicaciones.

2. Profesor Auxiliar de Derecho Penal de la Universidad de Matanzas – Cuba. Doctorando por la Universidad de La Habana – Cuba: dayan.lopez@umcc.cu

3. Decreto-Ley No. 316, de 7 de diciembre de 2013, publicado en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Extraordinaria, Nº 44, de 19 de diciembre de 2013. Disponible en: [http://www.mfp.cu/docs/onat/GO\\_X\\_028\\_2013.pdf](http://www.mfp.cu/docs/onat/GO_X_028_2013.pdf) Consultado el 28/4/2016, a las 21.15.

los relativos, o intente realizar estas operaciones, con el propósito de ocultar o disimular su origen ilícito, o con conocimiento o debiendo conocer, o suponer racionalmente por la ocasión o circunstancias de la operación, que proceden directa o indirectamente de actos relacionados con el crimen organizado, la delincuencia transnacional, el tráfico de artículos robados, o con los delitos de tráfico ilícito de drogas, fabricación, tráfico ilícito de armas, sus piezas o componentes, tráfico o trata de personas, venta y tráfico de menores, extorsión, terrorismo, financiamiento al terrorismo, proxenetismo, corrupción de menores, cohecho, exacción ilegal y negociaciones ilícitas, tráfico de influencias, estafa, falsificación de moneda, tráfico ilegal de monedas, divisas, metales y piedras preciosas, contrabando, transmisión, tenencia ilegal de bienes del patrimonio cultural y falsificación de obras de arte, sacrificio ilegal de ganado mayor, falsificación de documentos públicos, falsificación de documentos bancarios y de comercio, evasión fiscal, insolvencia punible, enriquecimiento ilícito, malversación, apropiación indebida, actos en perjuicio de la actividad económica o de la contratación, lesiones graves, homicidio, asesinato, privación ilegal de libertad, toma de rehenes, robo con fuerza en las cosas, robo con violencia o intimidación en las personas y hurto, incurre en sanción de privación de libertad de cinco a doce años.

2. En igual sanción incurre el que encubra, oculte o impida la determinación real de la naturaleza, el origen, la ubicación, el destino, el movimiento o propiedad verdadera de recursos, fondos, bienes o derechos a ellos relativos, a sabiendas, o debiendo conocer o suponer racionalmente, por la ocasión o circunstancia de la operación, que procedían de los actos referidos en el apartado anterior.

3. El que cometa los delitos previstos en los apartados anteriores, formando parte de un grupo organizado, o cuando estos constituyan actos asociados a la corrupción o que dañen la flora o la fauna especialmente protegida, incurre en sanción de privación de libertad de siete a quince años.

4. Si los hechos referidos en los apartados que anteceden se cometen por ignorancia inexcusable, la sanción será de dos a cinco años de privación de libertad.

5. Los delitos previstos en este artículo se sancionan con independencia de los cometidos en ocasión de ellos.

Esta modificación legislativa estuvo determinada, en el orden material, por las presiones políticas que recayeron sobre Cuba a partir del mes de junio del año 2011, cuando el Grupo de Acción Financiera Internacional (GAFI)<sup>4</sup> incluyó a la nación cubana en la lista negra de países no cooperadores (NCCT's)<sup>5</sup> bajo el argumento de que el marco legal interno en materia de prevención y represión del lavado de activos no se adecuaba a las *Cuarenta Recomendaciones*.

---

4. El *Grupo de Acción Financiera Internacional* (GAFI) es un organismo intergubernamental que desarrolla y promueve políticas para proteger el sistema financiero mundial contra el blanqueo de dinero, la financiación del terrorismo y la financiación de la proliferación de armas de destrucción masiva. Su origen se ubica en las postrimerías de la década de los años ochenta, y estuvo determinado por las serias preocupaciones que el fenómeno de la droga despertó en los representantes de los países más industrializados del mundo –confraternados en el conocido G-7–; lo que condujo a que en el marco de la 15ª Cumbre anual de los Jefes de Estado y de Gobierno se acordara la creación del GAFI para estudiar medidas de lucha contra el blanqueo de capitales. Sus *Cuarenta Recomendaciones* –aprobadas en el mes de mayo de 1990– están inspiradas por una vocación de aplicación universal y, aunque carecen de eficacia vinculante, constituyen el núcleo duro de los esfuerzos antiblanqueo de capitales. Para armonizar dicha estrategia con los cambios evidenciados por tal fenómeno han sido reformuladas en 1996 y en 2003. Asimismo, a partir de la similitud que se aprecia entre estos mecanismos y los empleados para prevenir el terrorismo, en el 2001 se adicionaron ocho recomendaciones que de conjunto con otra añadida en 2004 conforman las *Nueve Recomendaciones Especiales para combatir el Financiamiento del Terrorismo*. Además de las aludidas recomendaciones, las normas del GAFI incluyen las *Notas Interpretativas* de estas –de muchísimo valor en tanto manifestaciones de interpretación auténtica– y el *Glosario*, contentivo de las definiciones aplicables.

5. La relación de NCCT's no tiene carácter coactivo en términos jurídicos –como ninguno de los acuerdos alcanzados por el GAFI–; sin embargo, se debe coincidir con Fabián Caparrós cuando sostiene que “constituye un elemento de presión política que, en última instancia, se traduce en la aplicación de contramedidas”. Fabián Caparrós, Eduardo; “La fenomenología del Lavado de Dinero, sus efectos sobre la economía y el bien jurídico protegido”, en Blanco Cordero, Isidoro, *et. al.*; *Combate al lavado de activos desde el sistema judicial*, 3ª Edición, OEA-CICAD-BID, Washington D.C., 2006, p. 21.

A partir de las serias implicaciones económicas que este acontecimiento revistió para la nación, por los límites que ello suponía en lo relacionado con el comercio internacional, Cuba asumió un compromiso político al más alto nivel en orden a desarrollar un marco legal e institucional orientado a la prevención y enfrentamiento del lavado de activos, y en esta línea se adoptó un plan de medidas orientado a la reordenación normativa tanto en el orden penal como en sede administrativa, cuya implementación permitió que el país dejara de ser señalado por el GAFI y se excluyera de sus mecanismos de monitoreo bajo el entendimiento de que la legislación cubana se adecua, en términos básicos, a los estándares internacionales.

De este modo la figura prevista en el Artículo 346 del Código Penal cubano se ha “*perfeccionado*” –al decir del legislador de la reforma– en varios sentidos. Sin embargo, si bien la configuración típica del entonces lavado de dinero merecía ya algunas críticas<sup>6</sup>, el renovado diseño normativo anticipa preocupaciones en orden al respeto de los más elementales principios que informan el Derecho penal; todo cuanto justifica la necesidad de someter a revisión, desde una perspectiva equilibradora, la formulación típica de la figura con el propósito de readecuarla y reconducirla a unos límites en los que, al tiempo que satisfaga las expectativas internacionales, no antagonice con los principios fundamentales que garantizan la libertad y dignidad humana del ciudadano frente al poder punitivo del Estado.

Dentro de los varios aspectos que merecen atención y clarificación, sólo nos detendremos ahora en la problemática asociada al delito previo, con el propósito de analizar, de conformidad con el derecho positivo y desde una óptica respetuosa del principio de legalidad penal, si la

---

6. Cfr. Hernández de la Guardia, Diana; *El delito de blanqueo de capitales (El delito de lavado de dinero: cuestiones de política criminal y análisis del delito en el Código Penal cubano desde la perspectiva de la doctrina española)*, Tesis doctoral presentada para la colocación del grado de Doctor en Derecho, Universidad de Valencia, Valencia, 2004, pp. 336 y 337.

infracción económicamente productiva que se comete fuera del territorio nacional califica como delito determinante del lavado de activos.

## EL LAVADO DE ACTIVOS COMO FENÓMENO CRIMINAL: SU NATURALEZA POSTEJECUTIVA

Casi todos los autores que han prestado atención al fenómeno del blanqueo de capitales intentan conceptualizarlo, con más o menos originalidad, al tiempo que se lanzan a la discusión –de escaso rendimiento práctico– sobre cuál ha de ser la denominación adecuada entre las tantas propuestas<sup>7</sup>.

He preferido emplear el término “*lavado de activos*”, por coincidir éste con el *nomen iuris* que ofrece el Código Penal cubano (en lo adelante, CP) y ser asimismo la expresión más difundida en los países de habla hispana del continente americano, cual traducción literal de la frase inglesa *money laundering*.

En cuanto a su definición, asumo la propuesta por aquel sector doctrinal que entiende el fenómeno como “*el proceso o conjunto de operaciones mediante el cual los bienes o el dinero resultantes de actividades delictivas, ocultando tal procedencia, se integran en el sistema económico y financiero*”<sup>8</sup>.

7. En la doctrina se hallan múltiples denominaciones alusivas al fenómeno objeto de estudio: blanqueo de capitales, lavado de dinero o activos, legitimación de capitales, regularización, reconversión, naturalización, reciclaje, reintroducción, normalización. Cfr., por todos, Bajo Fernández, Miguel; “El desatinado delito de blanqueo de capitales”, en Bajo Fernández, Miguel y Silvina Bacigalupo Sagesse (Eds.); *Política criminal y blanqueo de capitales*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 23. Resulta interesante la distinción que establece Blanco Cordero entre “lavado” y “blanqueo”, según se trate de dinero sucio o negro, en dependencia de la fuente del dinero o bienes. Al decir de este autor “...si el dinero es negro hay que blanquearlo y si está sucio hay que limpiarlo o lavarlo (...) dinero negro es el que se origina en actividades comerciales legales, pero que elude las obligaciones fiscales, y dinero sucio es el que procede de negocios delictivos, tales como el contrabando, tráfico de drogas, tráfico de armas, tráfico de niños, etc.” Blanco Cordero, Isidoro; *El delito de blanqueo de capitales*, 3ª Edición, Editorial Thomson Reuters-Aranzadi, Pamplona, 2012, p. 84.

8. Cfr. Díaz- Maroto y Villarejo, Julio; *El blanqueo de capitales en el Derecho español*, Editorial Dykinson, Madrid, 1999, p. 5. En similares términos, Blanco Cordero, quien lo define como el “proceso en virtud del cual los bienes de origen delictivo se integran en el sistema económico legal con apariencia de haber sido obtenidos de forma lícita.” Blanco Cordero, Isidoro; *El delito de blanqueo de capitales...op. cit.*, p. 92.

Dos aspectos de medular influencia para la interpretación del tipo penal se derivan de esta definición. En primer lugar, que se trata de un proceso conformado por varias etapas o fases dirigidas a un fin<sup>9</sup>, lo que impide interpretarlo como un hecho aislado que ofrezca inmediata legalidad a un bien de origen delictivo; y, por otra parte, que la finalidad perseguida se concreta en un doble objetivo: inmediatamente se busca la ocultación o el enmascaramiento del origen ilícito de los bienes (esconder su fuente originaria), en tanto el fin último o mediato que persigue el comisor consiste siempre en dotar a los bienes de una apariencia de legitimidad que garantice su acceso a la economía legal para poder disponer libremente de ellos<sup>10</sup>.

En la doctrina se ha delineado una sistematización de las fases que componen el proceso de lavado de activos. Aunque existen varios modelos teóricos, goza de preferencia el esquema que, bajo el diseño del GAFI, reconoce tres etapas o fases, a saber: colocación o inserción (*placement*), encubrimiento o ensombrecimiento (*layering*) e integración o reinversión (*integration*).

Durante la fase de *colocación* tiene lugar la desaparición de la enorme cantidad de dinero en metálico derivado de actividades delictivas mediante su depósito en manos de intermediarios financieros, a través de la adquisición de títulos al portador, etc.; y una vez reducida aquella se pasa a la fase de *conversión*, que se materializará a partir de las múltiples operaciones de las que serán objeto las fracciones resultantes del ingente capital delictivo con el propósito de distanciarlas y desvincularlas de su origen oscuro. Se alcanza la fase de *integración*, por último, cuando la riqueza enmascarada se introduce en el circuito económico

9. Este aspecto resulta trascendental para comprender a cabalidad los límites dogmáticos de la figura, y su eventual distinción respecto a otras tipicidades análogas (como la receptación, por ejemplo). Cfr. Fabián Caparrós, Eduardo; *El delito de blanqueo de capitales*, Editorial Colex, Madrid, 1998, pp. 139-140.

10. Desde la óptica de este resultado final, Jean B. Spreutels define al blanqueo como “el conjunto de operaciones –complejas, con frecuencia– que permite a los criminales disfrutar en perfecta impunidad del producto de sus delitos tras haber camuflado su origen ilícito”. Citado por Fabián Caparrós, Eduardo; *El delito de blanqueo de capitales...op.cit.*, p. 50, nota al pie 67.

legal; pero para alcanzar este estadio será preciso *lavar* una y otra vez ese capital sucio hasta que la riqueza haya sido alejada lo suficiente de su procedencia ilegal como para que las diferentes instancias de control no puedan identificar su verdadera naturaleza<sup>11</sup>.

De la fenomenología propia del ilícito en comento se deduce su carácter de delito secundario o de referencia, en tanto los distintos comportamientos que se cobijan bajo esta figura tienen lugar en la fase post-ejecutiva de una actuación delictiva previa generadora de ganancias que, por tal razón, constituye el aspecto esencial alrededor del cual pivotan el resto de los elementos que conforman la estructura típica del blanqueo.

Varios son los aspectos que se discuten en la doctrina con relación al delito previo del que proceden los activos a lavar. Sin embargo, tal y como he dejado establecido antes, sólo analizaré ahora lo que tiene que ver con la actividad delictiva previa cometida en el extranjero para determinar si, de acuerdo al contexto normativo cubano, aquellas infracciones satisfacen ese concreto aspecto del tipo incriminado bajo el Artículo 346 del CP.

### **ACTIVIDAD DELICTIVA PREVIA COMETIDA EN EL EXTRANJERO: PRINCIPIO DE DOBLE INCRIMINACIÓN VS PRINCIPIO DE JUSTICIA UNIVERSAL**

La posibilidad de entender como delitos determinantes del lavado de activos a aquellas infracciones económicamente productivas cometidas fuera del territorio nacional donde se materializan las conductas de reciclaje ha sido una cuestión pacíficamente admitida por la comunidad internacional.

Tomando en cuenta el carácter transnacional de este fenómeno<sup>12</sup>, las convenciones de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organi-

11. Fabián Caparrós, Eduardo, *El delito de blanqueo de capitales...op. cit.*; p. 50.

12. Desde hace ya mucho tiempo el fenómeno del blanqueo de capitales ha desbordado el ámbito estrictamente nacional, si es que alguna vez lo tuvo. Su marcado carácter internacional está determinado por



zada Transnacional<sup>13</sup> y contra la Corrupción<sup>14</sup>, así como las Cuarenta Recomendaciones del GAFI –principales instrumentos internacionales que en el orden global se ocupan de la prevención y enfrentamiento de este fenómeno criminal<sup>15</sup>– subrayan la necesidad de que las conductas delictivas cometidas en el extranjero califiquen como delitos precedentes de la actividad blanqueadora.

Sin embargo, un repaso por el Derecho comparado pone al descubierto cómo al momento de ajustar sus ordenamientos internos a los estándares exigidos por las referidas convenciones, los Estados se pro-

---

la frecuencia con la que el reciclado de bienes se realiza en un país distinto al del delito previo. Así, afirman Álvarez Pastor y Eguidazu Palacios “que el blanqueo es una actividad internacional es de tal evidencia que nadie discute tal característica del fenómeno, y que el dinero negro sea blanqueado en el mismo país donde se originó, es algo ya inusual hoy día”. Álvarez Pastor, Daniel y Fernando Eguidazu Palacios, *Manual de prevención del blanqueo de capitales*, Editorial Marcial Pons, Madrid, 2007, p. 22. En igual sentido se pronuncia Clarotti al sostener que “se puede considerar que la naturaleza internacional del lavado de dinero tiene tres aspectos: primero, los fondos a blanquear proceden del crimen organizado internacional; segundo, el procedimiento de blanqueo habitualmente entraña el tránsito de dinero a través de las fronteras nacionales; y tercero, tal práctica es difícil de combatir exclusivamente a nivel nacional”. Clarotti, Paolo; “Banking Law Development in the European Union: Deposit insurance and Money Laundering initiatives”, en *Current Legal issues Affecting Central Banks*, Vol. 4, International Monetary Fund, Washington D. C., 1997, p. 116.

13. La *Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional*, comúnmente conocida como Convención de Palermo, fue aprobada en el mes de diciembre del año 2000 con la finalidad de promover la cooperación para prevenir y combatir más eficazmente la delincuencia organizada transnacional. En sus Artículos 6 y 7 se prevén aspectos importantes relacionados con la tipificación de las conductas blanqueadoras y las medidas para su combate. Cuba es signataria del referido instrumento desde el 13 de diciembre del año 2000, y lo ratificó el 7 de febrero de 2007.

14. La *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, también denominada Convención de Mérida, se aprobó en dicha ciudad mexicana en el mes de diciembre de 2003. En términos prácticamente idénticos a los previstos en la Convención de Palermo, se pronuncia su Artículo 23 en punto a la tipificación del delito de lavado de activos. Cuba es firmante de este instrumento desde el 9 de diciembre de 2005, y lo ratificó el 9 de febrero de 2007.

15. *Cfr.* Artículo 6, apartado 2, inciso c) de la Convención de Palermo; el Artículo 23, apartado 2, inciso c), de la Convención de Mérida; y el apartado 5 de la Nota Interpretativa de la Recomendación No. 3 del GAFI. En la Convención de Viena –precursora de la preocupación internacional frente al problema del lavado de activos– no se hace alusión a este particular. Según se afirma en los *Comentarios* de este instrumento, preparados en 1999 por el entonces Secretario General de las Naciones Unidas, Kofi A. Annan, tal cuestión no parece haber sido considerada durante las negociaciones. *Vid. Comentarios a la Convención de las Naciones Unidas contra el Tráfico Ilícito de Estupefacientes y Sustancias Psicotrópicas, 1988 –hecha en Viena el 20 de diciembre de 1988–*, Publicación de las Naciones Unidas, Nueva York, 1999, p. 55.

nuncian de forma expresa en la tipificación del blanqueo de capitales sobre la procedencia de incluir a los actos delictivos perpetrados en otro país dentro del catálogo de infracciones determinantes<sup>16</sup>.

La arista polémica de este asunto se manifiesta en lo relacionado con la regla en virtud de la cual habrán de determinarse las exigencias de ese delito previo, y a partir de cuál de los ordenamientos jurídicos concernidos. Tradicionalmente se ha defendido, con preferencia, el respeto al *principio de doble incriminación*<sup>17</sup>, en cuya virtud el hecho previo cometido en el extranjero ha de constituir delito tanto en el país donde se realizó como en aquel donde se materializa la conducta blanqueadora. Sin embargo, a partir de las dificultades que supone la aplicación de esta regla de cara a la cooperación internacional –aspecto clave de la lucha contra la delincuencia transnacional–, su vigencia está siendo cuestionada últimamente<sup>18</sup> para privilegiar la aplicación del *principio*

---

16. En el contexto europeo siguen esta línea los códigos penales de Alemania (*cf.* § 261.8 StGB), España (*cf.* Art. 301.4), Suiza (*cf.* Art. 305 bis n. 3). Asimismo, en la región latinoamericana este aspecto es tenido en cuenta tanto en los códigos penales como en las leyes penales especiales promulgadas por algunos países para la prevenir y enfrentar el analizado flagelo criminal. *Cfr.*, a modo de ejemplo: Código Penal de Colombia (Art. 323); Ley No. 19.913/2003, de Chile (Art. 27-b); Decreto No. 498/1998, de El Salvador (Art. 4, segundo párrafo).

17. El principio de doble incriminación está siendo cuestionado con motivo de las dificultades que supone de cara a la cooperación internacional, aspecto clave de la lucha contra la delincuencia transnacional. A nivel europeo, el *Convenio del Consejo de Europa relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo*, de 16 de mayo de 2005 –Convenio de Varsovia– relativiza la aplicación práctica de este principio y permite a los Estados la persecución y sanción de los comportamientos blanqueadores exigiendo, como única condición, que el hecho hubiese calificado como delito determinante de haberse cometido en el territorio donde tuvo lugar el blanqueo (*Cfr.* Artículo 9, apartado 7, del Convenio de Varsovia). El GAFI permite igualmente esta posibilidad, dejando a los Estados la decisión de asumir esta regla o continuar apegados al principio de doble incriminación (*Cfr.* Apartado 5 de la Nota Interpretativa de la Recomendación Tercera del GAFI). Desechar la vigencia de la doble incriminación para asumir el criterio antes explicado conduce a que un Estado pueda perseguir conductas asociadas a «activos» procedentes de hechos no delictivos en el lugar de comisión, con lo que se difuminaría la noción de origen delictivo del producto, aspecto trascendente al juicio de lesividad que fundamenta la infracción penal de blanqueo por cuanto el tipo de injusto de aquella se erige sobre la existencia de una actividad delictiva previa.

18. *Apud.* Blanco Cordero, Isidoro; *El delito de blanqueo de capitales...op. cit.*; p. 295.

*de justicia o jurisdicción universal*<sup>19</sup>, que renuncia al requisito de incriminación recíproca y se asume como única exigencia que el hecho previo constituya delito de conformidad con el ordenamiento jurídico del país donde se comete el lavado de activos.

Así, a nivel global, el GAFI aprueba esta posibilidad y deja a los Estados la decisión de asumir tal regla o continuar apegados al principio de doble incriminación<sup>20</sup>; mientras que en el espacio europeo el Convenio de Varsovia relativiza igualmente la aplicación práctica del mencionado principio y permite a los Estados la persecución y sanción de los comportamientos blanqueadores bajo la exigencia exclusiva de que el hecho del que proceden los activos hubiese calificado como delito determinante de haberse cometido en el territorio donde tuvo lugar el blanqueo<sup>21</sup>.

Sin cuestionar la trascendencia de la cooperación internacional para el logro de los ansiados estándares de eficacia en orden a la prevención y represión de la delincuencia transnacional en general, y del lavado de activos en particular; no parece coherente anteponer finalidades procesales tendentes a garantizar la persecución y el juzgamiento de tales conductas cuando ello implica trastocar aspectos dogmáticos esenciales, pues toda estrategia reactiva que aspire al éxito debe diseñarse desde un enfoque global que armonice los planos criminológico, sustantivo y procesal.

---

19. Según este principio el Estado se reserva la competencia para perseguir hechos cometidos fuera del territorio nacional, ya sea por nacionales o por extranjeros, cuando lesionan determinados bienes jurídicos reconocidos por la comunidad internacional y en cuya protección ésta se encuentra interesada. Al decir de García Arán "...el reconocimiento de este principio por los Estados supone no sólo una asunción de competencias, sino también el compromiso en la persecución de hechos lesivos para intereses de carácter supranacional y frecuentemente lesionados por formas de delincuencia internacional?" García Arán, Mercedes; "El principio de justicia universal en la L.O. del Poder Judicial español", en García Arán, Mercedes y Diego, López Garrido (Coords.): *Crimen internacional y jurisdicción universal. El caso Pinochet*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2000, p. 66.

20. *Cfr.* Apartado 5 de la Nota Interpretativa de la Recomendación Tercera del GAFI.

21. *Cfr.* Artículo 9, apartado 7, del *Convenio del Consejo de Europa relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito y a la financiación del terrorismo*, de 16 de mayo de 2005, conocido en el espacio europeo como *Convenio de Varsovia*.

Desechar la vigencia de la doble incriminación para asumir el principio de justicia universal conduce a que un Estado pueda perseguir conductas asociadas a activos procedentes de hechos no constitutivos de infracción penal en el lugar de comisión, con lo cual se difuminaría la noción de origen delictivo del producto; aspecto trascendente al juicio de lesividad que fundamenta la infracción penal de blanqueo, cuyo injusto típico se erige sobre la existencia de una actividad delictiva previa.

Con independencia de que se asuma una u otra postura al respecto, lo que sí resulta invariable – y así lo ha entendido de forma unánime la doctrina –, es que el Tribunal del país donde se haya cometido y se juzgue el delito posterior de blanqueo ha de llevar a cabo un juicio de calificación jurídica sobre el hecho antecedente que origina el producto objeto a lavar, por lo que eventualmente<sup>22</sup> deberá extender su jurisdicción – aunque solo a los efectos de determinar su calificación jurídica – al conocimiento de un suceso cometido fuera del ámbito espacial del Estado.

De ello cabe colegir que si bien la doctrina mayoritaria no exige la condena por el delito previo<sup>23</sup>, sí se requiere que en el orden probatorio

---

22. Téngase en cuenta que ello sólo acontecerá en los casos en que se asuma el *principio de doble incriminación*, en cuya virtud el órgano judicial estaría obligado a determinar la relevancia penal de la conducta previa de conformidad con el ordenamiento jurídico penal de cada uno de los Estados implicados; no así bajo la vigencia del *principio de justicia universal*, que exclusivamente exige al tribunal llevar adelante el comentado juicio de calificación jurídica atendiendo al ordenamiento positivo nacional.

23. Ni la doctrina mayoritaria ni la jurisprudencia extranjera exigen el juzgamiento o condena por la infracción de la que proceden los bienes. *Vid.*, por todos, Blanco Cordero, Isidoro, *El delito de blanqueo de capitales...op. cit.*, pp. 330-332. Especialmente críticos frente a esta posición, Cobo del Rosal y Zabala López-Gómez, quienes entienden que el delito de blanqueo de capitales presupone, típicamente, la existencia de un delito anterior, de modo que "...nadie podrá ser condenado (...) si no existe una sentencia firme y definitiva"; pues "...la expresión «origen en un delito» no significa otra cosa que origen en un hecho que ha sido declarado jurisdiccionalmente delito, y hasta que no se produzca esa declaración, procesalmente no se podrá hablar de delito, ni de blanqueo de capitales, pues le falta algo esencial: el delito previo u originario, la conducta, pues, será atípica". Cobo del Rosal, Manuel y Carlos Zabala López-Gómez; *Blanqueo de capitales. Abogados, procuradores y notarios, inversores, bancarios y empresarios (repercusión en las leyes españolas de las nuevas directivas de la Comunidad Europea)*, CECEJ Ediciones, Madrid, 2005, pp. 82-83. Les siguen: Córdoba Roda, Juan, *Abogacía, secreto profesional y blanqueo de capitales*, Editorial Marcial

el órgano juzgador cuente con elementos que acrediten suficientemente la hipótesis fáctica sobre la cual recaerá aquella valoración jurídica (previa infracción económicamente productiva), porque únicamente así podrá constatarse la concurrencia de este elemento típico de naturaleza normativa sobre el que se estructura el tipo objetivo de del Artículo 346 del CP<sup>24</sup>.

### ¿ES PUNIBLE EN CUBA EL BLANQUEO DE ACTIVOS ORIGINADOS EN UN DELITO COMETIDO EN EL EXTRANJERO?

Uno de los aspectos polémicos en torno al delito de lavado de activos, tal y como quedó modificado tras la entrada en vigor del Decreto-Ley No. 316/2013, es el relacionado con la inclusión, dentro del catálogo de delitos previos, de aquellas conductas cometidas fuera de la jurisdicción del Estado cubano.

A pesar de que la comentada modificación estuvo determinada por “la necesidad de atemperar la legislación penal a los compromisos internacionales asumidos por nuestro Estado y Gobierno en la lucha contra el terrorismo y el lavado de activos”<sup>25</sup>; es de lamentar que el legislador se haya desentendido de las directrices que en orden a la regulación de este aspecto imponen las Convenciones de Palermo y Mérida, ratificadas asimismo por la Nota Interpretativa de la Recomendación Tercera del

---

Pons, Madrid, 2006, p. 65; Gómez Benítez, José Manuel, “Reflexiones técnicas y de política criminal sobre el delito de blanqueo de bienes y su diferencia con la defraudación fiscal”, en *Cuadernos de Política Criminal*, No. 91, 2007, p. 22.

24. Aunque en el orden dogmático no cabe cuestionar la autonomía típica y sustantividad propia del delito de lavado de activos respecto a las infracciones subyacentes, no debe soslayarse la estrecha relación de dependencia que existe en el orden criminológico entre la conducta blanqueadora y el hecho previo que origina la ventaja económica. Cfr. Fabián Caparrós, Eduardo A., “Consideraciones de urgencia sobre la Ley Orgánica 8/1992, de 23 de diciembre, de modificación del Código Penal y de la Ley de Enjuiciamiento Criminal en materia de tráfico de drogas”, en *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, Tomo XLVI, Fascículo II, 1993, p. 605.

25. Así se declara expresamente en el Primer POR CUANTO del Decreto-Ley No. 316, de 7 de diciembre de 2013 –Modificativo del Código Penal y de la Ley contra Actos de Terrorismo–, *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Extraordinaria, No. 44, de 19 de diciembre de 2013.

GAFI<sup>26</sup> – principales fuentes inspiradoras de la reforma – para pronunciarse a nivel normativo sobre tan significativa cuestión, con lo que habría dejado zanjada cualquier duda al respecto.

Su silencio, por el contrario, genera una opacidad interpretativa cuya clarificación no queda exenta de polémica; pues en ningún caso cabe entender que por el solo hecho de que Cuba sea parte signataria de los comentados instrumentos internacionales, éstos resulten aplicables como norma directa en el ordenamiento jurídico-penal nacional<sup>27</sup>. Y es que los tratados internacionales en materia de delincuencia organizada no califican dentro de los denominados *self-executing* o autoaplicativos<sup>28</sup>, por lo que carecen de eficacia directa en el Derecho interno de los Estados parte que, a los efectos de garantizar su aplicación, deben modificar y atemperar la normativa nacional a tales exigencias<sup>29</sup>. Esta ha sido la razón por la que se ha reformado el tipo de banqueo por el Decreto-Ley No. 316/2013.

## LA CUESTIÓN EN LA DOCTRINA Y LA JURISPRUDENCIA CUBANAS

De la omisión normativa que aqueja al texto punitivo patrio, en lo que a la cuestión analizada concierne, pueden inferirse al menos dos criterios interpretativos.

26. Es de resaltar el estilo preceptivo apreciable en la redacción de dichas normas internacionales. *Cfr.* Artículo 6, segundo párrafo, inciso c), de la Convención de Palermo; Artículo 23, segundo párrafo, inciso c), de la Convención de Mérida; Apartado 5 de la Nota Interpretativa de la Recomendación Tercera del GAFI.

27. Un análisis serio en torno a la consideración de los tratados internacionales como fuentes del derecho cubano puede verse en Richards Martínez, Orisell; “Una mirada a los presupuestos teóricos para la recepción de tratados internacionales en el ordenamiento jurídico cubano”, en *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas de Medellín-Colombia*, Vol. 42, No. 116, enero-junio de 2012, pp. 117-158.

28. *Apud.* De Llera Suárez-Bárcena, Emilio; “La utilización de la información policial y de los servicios de inteligencia como prueba en el proceso penal”, en *Diario La Ley*, No. 8215, Año XXXIV, 2013, p. 1.

29. La doctrina distingue entre tratados autoaplicativos y tratados no autoaplicativos. Los primeros son aquellos que no requieren de una reglamentación posterior en el ámbito interno de los Estados para su adecuada aplicación; los segundos, por el contrario, necesitan de disposiciones de derecho interno para su debido cumplimiento. *Cfr.* Dondé Matute, Francisco; *Cooperación internacional en materia penal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, México, D.F., 2013, p. 20.

Una primera tesis a defender –centrada en el tenor literal del recientemente reformulado Artículo 346 – apunta a que el legislador, siguiendo la línea de su predecesor, no ha querido incluir dentro del catálogo de infracciones subyacentes a la actividad delictiva perpetrada fuera del territorio nacional<sup>30</sup>.

La otra postura, contraria a la anterior, conduce a entender que a pesar de la fatal y reiterada desidia legislativa también los hechos previos cometidos en el extranjero podrán ser tenidos en cuenta como infracciones determinantes del delito de lavado de activos. Su principal sustento, de naturaleza político-criminal, toma en cuenta el carácter transnacional ínsito a la generalidad de las manifestaciones de blanqueo, en las que la previa infracción económicamente productiva se comete en un Estado diferente de aquel donde se llevan a cabo las conductas tendentes a su legitimación y reintroducción al circuito económico lícito.

Con relación a este aspecto se han alzado calificadas voces en el contexto nacional defendiendo la posibilidad de cobijar los hechos cometidos fuera de Cuba dentro del elenco de infracciones previas, lo cual justifican a partir de una interpretación teleológica del Artículo 346 conducente, a su vez, a la analógica aplicación de las disposiciones que en sede de Parte General disciplinan la eficacia extraterritorial de la penal cubana.

Así, en opinión **HERNÁNDEZ DE LA GUARDIA**, “...del espíritu de la ley se puede considerar que están incluidos los bienes obtenidos ilícitamente en el extranjero, siempre que lo sean por alguno de los tipos que prevé el artículo 346. Avala este criterio que de acuerdo con la regulación cubana (artículo 5.3) se puede sancionar por delitos tipificados en el Código Penal

---

30. Esta posición podría encontrar justificación en el criterio sostenido en la doctrina española por Orts Berenguer, quien aconseja proceder con la más exquisita prudencia a la hora de examinar el problema de las lagunas en Derecho penal, en respeto al principio de legalidad; todo cuanto lo lleva a concluir que “si específicas acciones no parecen sancionadas por la Ley, antes de pensar que allí ha surgido una laguna, habrá que inclinarse por la creencia de que no se las ha querido incriminar”. Orts Berenguer, Enrique; *Atenuante de análoga significación (Estudio del Artículo 9.10º del Código penal)*, Valencia, 1978, p. 13.

*a extranjeros que cometen delitos en el extranjero (...)*<sup>31</sup>; y en esta propia línea de pensamiento se ha pronunciado **TORRES AGUIRRE** –con posterioridad a la modificación operada en virtud del Decreto-Ley No. 316/2013– al entender que la problemática analizada “encuentra solución en la Parte General del Código Penal, concretamente en lo establecido en sus artículos 4 y 5, sobre la eficacia de la Ley penal cubana en el espacio, aun cuando en este delito en particular, por su complejidad, pudiera llevarse al ámbito de la tipicidad”<sup>32</sup>.

La escasa jurisprudencia nacional<sup>33</sup> sobre el ilícito en comento no hace expreso pronunciamientos sobre este particular, quizás porque no se ha discutido o meditado en profundidad sobre ello; sin embargo, la decisión judicial contenida en la Sentencia No. 158, de 5 de agosto de 2011, recaída en la Causa No. 122/2011 de la Sala Segunda de lo Penal del Tribunal Provincial Popular de La Habana (“Caso Mariposa”), parece comulgar con esta postura teórica.

---

31. Hernández de la Guardia, Diana; *El delito de blanqueo...cit.*, p. 502.

32. Torres Aguirre, Armando; “La internacionalización del lavado de activos. Su regulación jurídico-penal en Cuba”; en Goite Pierre, Mayda (Coord.); *Globalización, Delincuencia organizada, Expansionismo penal y Derecho penal económico en el siglo XXI*, Editorial UNIJURIS, La Habana, 2015, p. 426.

33. Según se expresa en el *Informe de Evaluación Mutua de la República de Cuba*, publicado por GAFILAT con motivo de la evaluación a que fue sometida Cuba entre los días 1 y 12 de septiembre de 2014, hasta esa fecha sólo se habían enjuiciado en Cuba dos casos de lavado de dinero desde la inclusión de esta tipicidad delictiva en el CP. (“Caso Pelegrino” y “Caso Mariposa”). A propósito de las razones que justifican el déficit de persecución y sanción de este tipo de conductas delictivas resulta interesante el análisis y las conclusiones a las que se arriba en dicho informe: “Se considera que existen distintos motivos para ello, incluyendo dos principalmente. Primero, en el Código Penal se incorporaron como delitos precedentes al LA la gran mayoría de los establecidos por el GAFI hasta finales de 2013. En este sentido, el delito de LA solamente se podía perseguir antes de dicho año de forma limitada, con un enfoque exclusivo en los delitos de tráfico ilícito de drogas, armas y personas. Segundo, las autoridades cubanas seguramente se sintieron conformes con sus resultados indirectos en contra del LA, toda vez que al ser aparentemente efectivos en combatir los delitos entonces precedentes, no iniciaron investigaciones financieras paralelas por LA. En este sentido, no deben haber sentido la necesidad de perseguir el LA de forma más directa”. GAFILAT, *Informe de Evaluación Mutua de la República de Cuba*, Aprobado en el marco del XXXI Pleno de Representantes del Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFILAT), desarrollado entre los días 9 y 10 de julio de 2015 en San José, Costa Rica, pp. 52 y 53. Disponible en: <http://gafilat.org.iplan-unix-03.toservers.com/UserFiles//Biblioteca/Evaluaciones/IEM%204ta%20Ronda/IEM%20CUBA%20TEXTO%20FINAL.f.pdf> Consultado el 06/11/ 2015, a las 11.00.



Tal criterio ha sido expuesto además por el *Informe de Evaluación Mutua de la República de Cuba* aprobado en el marco del XXXI Pleno de Representantes del Grupo de Acción Financiera de Latinoamérica (GAFILAT), en cuyo párrafo 240 se afirma expresamente la posibilidad de juzgar en Cuba el lavado de activos cuando el delito precedente haya sido cometido en el extranjero<sup>34</sup>.

## OPINIÓN PERSONAL

Al momento de tomar partido por alguno de los criterios expuestos parece imposible desvincularse del panorama normativo que exhibe el CP, y luego de un análisis coherente de la sistemática legislativa me permito disentir de la postura teórica que, bajo la actual redacción del Artículo 346, entiende posible incluir dentro del catálogo de delitos subyacentes a aquellas conductas cometidas extra muros de las fronteras nacionales. Si bien tal criterio resulta político-criminalmente adecuado y deseable, entiendo que no encuentra asidero en el ordenamiento positivo y, por ende, riñe con el principio de legalidad.

Con la finalidad de justificar la opinión que definiendo esbozaré las razones que, tanto en el plano sustantivo como en lo procesal, me conducen a tomar distancia de la posición que asume el referido sector doctrinal, y que hasta el momento han seguido los tribunales cubanos.

Desde la óptica del respeto al principio de legalidad deviene forzada e inadmisibles una interpretación teleológica<sup>35</sup> del Artículo 346 del CP,

34. Cfr. GAFILAT; *Informe de Evaluación Mutua de la República de Cuba...op. cit.*, p. 52.

35. La interpretación teleológica ostenta especial relevancia y utilidad en el Derecho penal por cuanto orienta al intérprete a comprender el sentido de la norma a partir de criterios de justicia material y de política criminal. Tal criterio interpretativo, sin embargo, encuentra un límite en el principio de legalidad penal. Al respecto explica Cuello Contreras que para que el Derecho penal “pueda desarrollar su eficacia sin caer en la inseguridad jurídica ni vulnerar el principio de legalidad, la interpretación resultante de aplicar criterios teleológicos debe caer dentro del tenor literal de la ley (...)”, sin que en ningún caso pueda sobrepasarse este. Cuello Contreras, Joaquín; *El Derecho Penal Español. Curso de Iniciación. Parte General – Nociones introductorias-Teoría del delito-*, 2ª Edición, Editorial Civitas, Madrid, 1996, pp. 170, 171-172. Al decir de Silva Sánchez ello se justifica en “consideraciones de seguridad jurídica y legitimidad democrática”. Silva Sánchez, Jesús; “Sobre la «interpretación» teleológica en Derecho penal”, en Díaz y García Conlle-

orientada a la aplicación analógica del Artículo 5, apartado 3, del propio texto punitivo con relación a los casos en que la infracción económicamente productiva que origina el objeto material se ha cometido en el extranjero.

Asumir lo contrario, si bien de *lege ferenda* devendría lo más razonable y coherente desde la perspectiva político-criminal – especialmente si se toma en cuenta que la criminalización del lavado de activos se ha valorado como una pieza clave de la política criminal supranacional orientada a la reacción contra la criminalidad generadora de ingentes ganancias<sup>36</sup> –, de *lege lata* supone un ensanchamiento del tipo objetivo de la infracción, más allá del sentido literal posible, en perjuicio de la persona a quien se atribuya la comisión de alguna de las conductas descritas en el Artículo 346, todo cuanto implicaría dar cabida a un representativo supuesto de aplicación analógica *in malam partem* o contra reo<sup>37</sup>.

La inaplicabilidad de lo previsto en el Artículo 5, apartado 3, en tales casos se deduce de los propios presupuestos normativos que determinan la vigencia extraterritorial de la ley penal cubana, que únicamente deviene aplicable en aquellos supuestos en los que se “*juzga*” – con toda la amplitud que en el orden procesal implica el término<sup>38</sup> – a una per-

---

do, Miguel y Juan A. García Amado (Eds.); *Estudios de Filosofía Penal*, Editorial de la Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2006, p. 368.

36. *Cfr.*, por todos, Manso Porto, Teresa; “El blanqueo de capitales entre la dogmática y la política criminal internacional: resultados desde una perspectiva de Derecho comparado”, en *Estudios Penales y Criminológicos*, Vol. XXXI, 2011, pp. 306-308.

37. La analogía supone la aplicación de la ley penal a un supuesto no comprendido en ninguno de los sentidos posibles de su letra, pero análogo a otros sí contemplados en el texto legal, y su aplicación en Derecho penal queda rotundamente prohibida si afecta al reo. *Cfr.* Mir Puig, Santiago; *Derecho Penal. Parte General*, 9ª Edición, Editorial Reppertor, Barcelona, 2011, p. 115. Explican Muñoz Conde y García Arán que la prohibición de *analogía in malam partem* “(...) es consecuencia directa del sentido garantista del principio de legalidad que actúa como límite a la intervención punitiva del Estado y significa que no pueden aplicarse analógicamente las normas penales que *fundamentan* la responsabilidad penal porque definen las conductas punibles, ni tampoco aquéllas que la *agravan* en función de determinadas circunstancias”. Muñoz Conde, Francisco y Mercedes García Arán; *Derecho Penal. Parte General*, 8ª Edición revisada y puesta al día, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010, p. 123.

38. En estricto sentido procesal, el juzgamiento supone que el órgano judicial desarrolla una actividad orientada al conocimiento del objeto del proceso (en el proceso penal: hecho atribuido a determinada

sona que ha delinquido fuera del territorio nacional, y que está presente en Cuba al momento del enjuiciamiento<sup>39</sup>.

Téngase en cuenta, en primer lugar, que en los casos en los que el delito antecedente del blanqueo se ha perpetrado en el extranjero no se producirá una verdadera aplicación extraterritorial de la ley cubana, porque ese hecho previo no será “*juzgado*”. Y es que en tales supuestos el órgano judicial no se pronunciará sobre las consecuencias jurídico-penales asociadas a la conducta precedente que origina el producto a lavar: no se acordarán respecto a estas sanciones (ni principales ni accesorias), ni responsabilidad civil, ni pronunciamientos con relevancia migratoria—; porque en realidad la órbita de conocimiento del Tribunal queda limitada a llevar a cabo un mero juicio de calificación sobre la relevancia jurídico penal del hecho cometido en el exterior, con el único propósito de constatar la presencia de un requisito típico<sup>40</sup>, esto

---

persona) con la finalidad de dictar una resolución que resuelva el fondo del asunto, ya sea condenando o absolviendo, susceptible de posterior ejecución.

39. A continuación se transcribe el tenor literal del Artículo 5, apartado 3, del CP cubano: “*La ley penal cubana es aplicable a los extranjeros y personas sin ciudadanía no residentes en Cuba que cometan un delito en el extranjero, si se encuentran en Cuba y no son extraditados, tanto si residen en el territorio del Estado en que se perpetraron los actos como en cualquier otro Estado y siempre que el hecho sea punible también en el lugar de su comisión. Este último requisito no es exigible si el acto constituye un delito contra los intereses fundamentales, políticos o económicos, de la República, o contra la humanidad, la dignidad humana o la salud colectiva, o es perseguible en virtud de tratados internacionales*”.

40. Valga aclarar, en este sentido, que la calificación de la actividad delictiva cometida en el extranjero ha de realizarse de conformidad con la legislación nacional del lugar donde se ha cometido el blanqueo. Cfr. Blanco Cordero, Isidoro; *El delito de blanqueo de capitales...cit.*, p. 291 y 294. Hay que tener presente que una cosa es la determinación del carácter delictivo de la conducta precedente, que sí dependerá del Derecho vigente en el país donde aquella se haya cometido (si se asume la regla de *doble incriminación*); y otra, su calificación jurídico-penal, que habrá de establecerse en todo caso de conformidad con el Derecho interno del país donde se cometa el lavado de activos. Asimismo no debe soslayarse que Cuba ha asumido el *modelo de catálogo o listado*, lo que supone la predeterminación taxativa de aquellas infracciones que originan los bienes a lavar. De ahí que, para constatar la presencia de este requisito típico, el órgano juzgador ha de contar con el necesario material probatorio que le permita definir los contornos fácticos esenciales del hecho antecedente, pues su determinación constituye un presupuesto necesario e imprescindible para llevar a cabo el comentado juicio de calificación a los efectos de determinar si constituye una infracción previa o no.

es, la subsunción del hecho previo en alguna de las figuras delictivas comprendidas dentro del catálogo de infracciones determinantes.

Por otra parte, el criterio de aplicación extraterritorial al que se adscribe el CP exige en todos los casos la presencia del presunto responsable en territorio nacional<sup>41</sup>, situación bastante infrecuente por tratarse de una tipicidad delictiva cuyo carácter transfronterizo implica normalmente un distanciamiento territorial entre el hecho previo que origina el producto a blanquear y las conductas propias de lavado.

Valga aclarar al respecto que si bien el Decreto-Ley No. 208, de 16 de febrero del 2000, introdujo en la Ley de Procedimiento Penal (LPP) un procedimiento especial por medio del cual es posible juzgar a acusados ausentes<sup>42</sup>, éste sólo compatibiliza con supuestos de aplicación territorial de la norma sustantiva, por lo que sólo podrá ser enjuiciado bajo este tipo procedimental aquel sujeto que habiendo delinuido en el territorio nacional es declarado rebelde *a posteriori*. Ello se deduce del único Por Cuanto del mencionado Decreto-Ley, en el que se enuncia la finalidad de este tipo de procedimiento al afirmarse que el enjuiciamiento en ausencia se seguirá contra “*aquellos delincuentes prófugos de la justicia cubana que sean responsables de atentados contra los fundamentos políticos o económicos de la República, o de hechos punibles asociados al delito internacional organizado*”; y asimismo del tenor literal del Artículo 5 del CP, que establece claramente que la aplicación extraterritorial de la ley penal cubana sólo es posible cuando el acusado (cubano, extranjero o persona sin ciudadanía, residente o no en Cuba) se halle en el territorio nacional.

41. Así lo ha resaltado Quirós Pérez, para quien la potestad de reprimir las acciones delictivas cometidas en el extranjero está sometida a la condición de que el sujeto sobre quien recaigan indicios como autor del delito perpetrado en el extranjero se encuentre en el territorio nacional cubano al momento de ser enjuiciado. Según este autor “...el delincuente tiene que encontrarse en Cuba cuando el procedimiento se inicie; es decir, no puede comenzarse el proceso, ni ejercerse la acción penal, en rebeldía”. Cfr. Quirós Pérez, Renén; *Manual de Derecho Penal*, Tomo I, Editorial Félix Varela, La Habana, 1999, p. 66.

42. Cfr. Artículo 454 de la LPP, tal y como quedó modificado por el Decreto-Ley No. 208, de 16 de febrero del 2000, publicado en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, Extraordinaria, No. 01, de 17 de febrero de 2000.

Frente a este escenario legal advierto, sin embargo, un único supuesto en el que sí podría tomarse en cuenta la actividad delictiva desplegada en el extranjero como infracción determinante del lavado de activos. Se trata del caso – excepcional, sin dudas – en el que se juzgue en Cuba al presunto responsable por el hecho previo perpetrado en el extranjero<sup>43</sup>, pues en tales casos sí que se cumplirían los presupuestos exigidos por el Artículo 5 del CP, esto es, juzgamiento y presencia física del comisario en territorio nacional.

Si se entiende, como estimo correcto, que en ningún caso las más acuciantes exigencias de política criminal pueden justificar mermas del principio de legalidad, habrá que coincidir en que el panorama normativo actual se torna preocupante, pues no sería exagerado sostener que una interpretación del Artículo 346, respetuosa de la regla de taxatividad, relegaría la especie en comento a una práctica inaplicación.

Para solventar la analizada problemática, en armonía con los fundamentos teórico-políticos sobre los que se asienta el Estado de Derecho, ha de tenerse en cuenta que en ningún caso pueden cargarse al ciudadano los costos de un olvido o actuación poco diligente del legislador al momento de la previsión normativa; y asimismo que la única vía legítima de resolver el asunto queda en manos del propio órgano legislativo en tanto, a diferencia de lo que acontece en otros órdenes jurídicos, en el Derecho penal las lagunas deben subsanarse en todo caso por el legislador<sup>44</sup>.

---

43. El juzgamiento por el delito determinante podría resultar previo respecto al posterior delito de lavado de activos; o, incluso, por imperio de las reglas de la conexidad procesal (Cfr. Art. 13 de la Ley de Procedimiento Penal), ambos enjuiciamientos podrían producirse de forma conjunta. La aplicación de la ley penal cubana a hechos cometidos en el extranjero supone, obviamente, que en aquel país no se haya producido juzgamiento alguno sobre los mismos, pues lo contrario comportaría una flagrante vulneración del principio *non bis in idem* y, eventualmente, del instituto de la cosa juzgada.

44. Cfr. Corcoy Bidasolo, Mirentxu; “*La interpretación en Derecho penal. Favor libertatis versus favor securitatis. In dubio pro reo versus in dubio contra reo*”, en Luzón Peña, Diego-Manuel (Dir.); *Derecho Penal del Estado Social y Democrático de Derecho* –Libro homenaje a Santiago Mir Puig–, Editorial La Ley, Madrid, 2010, p. 163. En este propio sentido sostiene Cortés Bechiarelli que “*para el Derecho penal, la laguna punitiva sólo puede significar impunidad; sostenible o criticable, pero, en cualquier caso, impunidad (...)*”. Cortés Be-

## A MODO DE CONCLUSIONES

Del panorama legal esbozado precedentemente se deduce la necesidad de una modificación urgente al Artículo 346 del vigente CP, que introduzca una cláusula aclaratoria a nivel normativo y en virtud de la cual se deje constancia sobre la procedencia de reconducir al grupo de delitos determinantes del lavado de activos, aquellos que, expresamente previstos en la descripción típica, se cometan fuera del territorio nacional.

Asimismo, en respeto al principio de lesividad, sería aconsejable que se dispusiera expresamente dentro del Capítulo II del Título XIV del CP– a los efectos de excluir la aplicación de lo dispuesto en el Artículo 5,3 *in fine*– la obligación de observar las reglas derivadas del principio de doble incriminación. Ello, además de resultar congruente con las previsiones contenidas en los instrumentos internacionales suscritos por Cuba, garantizaría una mayor coherencia desde la óptica criminológica y dogmática, impidiendo la persecución y juzgamiento en territorio nacional de conductas asociadas a bienes procedentes de hechos no constitutivos de delito en el lugar de comisión<sup>45</sup>.

La postura asumida por Cuba en lo que respecta a la actualización y readecuación de la legislación interna orientada a prevenir y reprimir el lavado de activos resulta loable. Sin embargo, aún queda mucho por hacer. La prontitud con la que se enfrentó la reforma del tipo penal de blanqueo ha sido, quizás, el factor que más ha incidido para que persistan en la actual formulación típica aspectos que ya habían sido objeto de críticas, y en que hayan aparecido otras muchas incoherencias dogmáticas y de política criminal, como la que ahora se trata.

---

chiarelli, Emilio; “Prohibición de la analogía”, en Cobo del Rosal, Manuel (Dir.); *Comentarios al Código Penal*, Tomo I (Arts. 1-18), Editorial Edersa, 1999, p. 97.

45. La aplicación de la regla genérica prevista en el Artículo 5,3 *in fine*, con la excepción que entraña en orden a la vigencia del principio de doble incriminación, no parece congruente con las características propias de esta figura penal, pues conduciría al absurdo de perseguir en Cuba conductas asociadas a bienes procedentes de hechos no delictivos en el lugar de comisión, con lo que se vaciaría de contenido el juicio de lesividad propio de la conducta blanqueadora que se erige sobre la existencia de una actividad delictiva previa.

Hay que tener presente que una reacción razonable frente a este fenómeno criminal – y lo mismo vale decir en cuanto al resto de las conductas asociadas a la delincuencia no convencional –, supone para todos los actores del sistema penal, y en especial para el legislador, un doble compromiso. Y es que se debe concientizar la necesidad de enfrentarlas desde el Derecho penal, pero en ningún caso ello ha de implicar un réquiem por las garantías penales y procesales, so pena de comulgar con un malquerido Derecho penal del enemigo cuyos fundamentos teóricos y filosóficos resultan opuestos a la idea de la justicia humanista y democrática que defiende y proclama nuestro modelo político. La clave está, como ha puesto de relieve **SANZ MULAS**, en comprender la urgencia de un Derecho penal que haga frente a los “nuevos” problemas, pero sin olvidar los “viejos” límites<sup>46</sup>.

---

46. Sanz Mulas, Nieves; “El Derecho penal ante los retos del siglo XXI: la urgencia de un Derecho penal que haga frente a los “nuevos” problemas, pero sin olvidar los “viejos” límites”, en *Cuadernos de Política Criminal*, No. 106, I, Época II, abril 2012, pp. 115-151.

# LOS ATAQUES CON ÁCIDO COMO UNA DE LAS FORMAS DE LOS CRÍMENES DE HONOR

*Marta Szygendowska<sup>1</sup>*

## INTRODUCCIÓN

Los crímenes de honor constituyen una manifestación de violencia de género y violación de derechos humanos. Respecto a la violencia de género, es un acto de agresión basado en la desigualdad de la situación de la mujer respecto de los hombres, que resulta un daño físico y psicológico a la víctima. Por su parte, respecto a los derechos humanos, estos delitos privan a las mujeres de sus derechos fundamentales y vulneran el derecho a la vida, el derecho a la integridad personal, la prohibición de la tortura, tratos inhumanos o degradantes, el derecho a la no discriminación y libertad sexual, entre otros. En efecto, los crímenes de honor constituyen un delito grave, por lo tanto ningún tipo de justificación debe aplicarse, aunque estos, muy a menudo se suelen interpretar en el marco del relativismo cultural<sup>2</sup>.

Los ataques con ácido son una de las formas de los crímenes de honor y establecen un modo de “castigo” que reciben las mujeres que han manifestado su desobediencia frente a un hombre. Si bien este delito afecta tanto a los hombres como a las mujeres, el presente trabajo aborda la problemática de las mujeres víctimas de los ataques con ácido

---

1. Doctora en Derecho. Profesora asistente de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad de Antofagasta, Chile.

2. COOMARASWAMY, R., “Violence against women and ‘crimes of honour’”, en *‘Honour’: Crimes, Paradigms and Violence Against Women*, WELCHMAN, L.; HOSSAIN, S., (Ed.), Zed Books, Londres, 2007, p. xii.



como consecuencia de la deshonra. En efecto, la víctima está expuesta a la estigmatización social y otros efectos muy graves que perjudican su presencia en el entorno social, laboral y familiar.

En este sentido, el artículo busca analizar la suficiencia de la legislación internacional respecto a los crímenes de honor, específicamente de los ataques con ácido en tanto una de sus manifestaciones, estudiando la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer (CEDAW), siendo el único instrumento internacional vinculante que se refiere a las prácticas culturales nocivas.

### ¿QUÉ ES UN CRIMEN DE HONOR?

Los crímenes cometidos en el nombre del honor constituyen un modo de control y obediencia que ejercen ciertos grupos de hombres sobre las mujeres. Como señala el Informe de la Relatora Especial de las Naciones Unidas sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, estas prácticas suceden mayoritariamente en los países mediterráneos y del Golfo Pérsico, pero también dentro de las comunidades musulmanas en los países occidentales como Francia, Alemania, Reino Unido<sup>3</sup>. No existe una definición universal de dichos delitos, relevante para todas las culturas. Esta falta de definición es sorprendente, teniendo en cuenta que tendría que representar tanto las perspectivas culturales locales, como las foráneas<sup>4</sup>.

El perfil de un crimen de honor es una práctica delictiva que tiene como sujeto activo al hombre, como sujeto pasivo a la mujer, es doloso y especialmente cruento, cuyo desencaderante rayaría en lo patológico en un país occidental, pero que allí consiste en una motivación cul-

3. UN Commission on Human Rights, *Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Ms. Radhika Coomaraswamy, submitted in accordance with Commission on Human Rights resolution 2001/49: Cultural practices in the family that are violent towards women*, 31 January 2002, E/CN.4/2002/83.

4. SAFETY AND JUSTICE, "The Government's proposals on Domestic Violence", citado por KIRTI, A., KUMAR, P. *et al.*, "The Face of Honour Based Crimes: Global Concerns and Solutions", *International Journal of Criminal Justice Sciences*, vol. 6, nº 1, 2003, p. 345.

tural acerca de la burda protección del honor familiar. La organización no gubernamental HUMAN RIGHTS WATCH caracteriza a los crímenes de honor como ataques físicos implacables “*por lo general homicidios<sup>5</sup>, cometidos por miembros masculinos de la familia contra las mujeres de la misma percibiendo que han manchado el honor familiar*”<sup>6</sup>. En el Informe de la Relatora Especial sobre la violencia contra la mujer, sus causas y consecuencias, RADHIKA COOMARASWAMY define el honor “*en términos de roles sexuales y familiares asignados a la mujer, dictados por la tradicional ideología familiar*”<sup>7</sup>. Como ejemplo de la violación del honor de la familia, indica el adulterio, el mantenimiento de las relaciones prematrimoniales (señalando que estas no necesariamente deben incluir relaciones sexuales), o la violación. Dicho valor que es primordial para algunas sociedades, se encuentra representado en el entorno por el “cabeza de familia” y sucesivamente por los descendientes masculinos según su edad, de manera que el merecimiento, reputación, o fama social de la estirpe, paradójicamente dependen de la conducta de la esposa, hijas, sobrinas o nietas, que automáticamente quedan a cargo de los hombres, que pueden ejercer el control sobre ellas, incluso en los hábitos y vivencias más nimios, sin respetar su intimidad o privacidad, y concediéndoles que puedan castigarlas si sus actitudes<sup>8</sup> o decisiones se consideran desviadas o incorrectas. En efecto, la mujer se encuentra bajo el control masculino durante toda su vida, pasando del dominio del padre al del esposo<sup>9</sup>.

5. Siendo más conocidos los “homicidios de honor” que tal vez otras formas de violencia.

6. HUMAN RIGHTS WATCH, “Item 12-Integration of the Human Rights of Women and the Gender Perspective: Violence Against Women and “Honor” Crimes, Intervention Before the 57th Session of the U.N. Commission on Human Rights.” Prepared for Human Rights Watch Oral Intervention on 57th Session for the UN Commission on Human Rights. Disponible en: <https://www.hrw.org/news/2001/04/05/item-12-integration-human-rights-women-and-gender-perspective-violence-against-women> [visitado el 20/05/2016].

7. UN Commission on Human Rights, *Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Radhika Coomaraswamy*, 21 January 1999, E/CN.4/1999/68/Add.3, para. 18.

8. A veces basta con que se sospeche que la mujer pudo hacer algo “deshonesto” para que se le castigue.

9. SEN, P., “Crimes of honour, value and meaning”, en *‘Honour’: Crimes...*, op. cit., p. 46.

Las mujeres encarnan el honor de la familia de tal modo que su cuerpo y sexualidad representan el prestigio de los familiares masculinos y garantizan respeto y moralidad dentro de la sociedad, considerando a los hombres protectores de este valor<sup>10</sup>. Por lo general, los perpetradores son los maridos, padres, hermanos, tíos o incluso hijos, y las víctimas son las mujeres miembros de la familia de todas las edades y estados civiles. En diversas ocasiones las familias obligan a los miembros masculinos menores de edad a llevar a cabo la ejecución, puesto que en caso de que sean juzgados, no recibirán una pena alta por el hecho de no haber alcanzado la edad adulta<sup>11</sup>.

Lo dicho tiene su origen en el patriarcado, un sistema social que se basa en la hegemonía masculina<sup>12</sup>, de tal manera que “*todas las vías de poder...se encuentran por completo en manos masculinas*”<sup>13</sup>, determinando el papel que desempeñan los dos sexos en la sociedad, y que sitúa a la mujer en una posición inferior a la del hombre. Este trato diferencial está causado por el hecho de que la sociedad ve a las mujeres como objetos sexuales y no como seres humanos<sup>14</sup>. La defensa del honor masculino en ciertas sociedades donde prevalecen fuertes códigos culturales patriarcales es sustancial<sup>15</sup>, por lo tanto el control masculino sobre la mujer se extiende no sólo a la conducta y apariencia, pero, sobre todo, a su comportamiento sexual que representa el honor de la familia.

Los crímenes de honor constituyen una manifestación de violencia contra la mujer<sup>16</sup> que se diferencia de otras conductas violentas

10. RUANE, R., “Comment, Murder in the Name of Honor: Violence Against Women in Jordan and Pakistan”, *Emory International Law Review*, nº 14, 2000, pp. 1530-1531.

11. Vid., ONAL, A. *Honour killings: stories of man who killed*, Saqui Books, Turkey, 2008.

12. POSTIGO ASENJO, M., “El patriarcado y la estructura social de la vida cotidiana”, *Contrastes: revista internacional de filosofía*, nº 6, 2001, p. 200.

13. MILLET, K. *Política sexual*, Ediciones Cátedra, Madrid, 1995, p. 69.

14. Vid., SZYMANSKI, D.; MOFFITT, L. *et al.*, “Sexual Objectification of Women: Advances to Theory and Research”, *The Counseling Psychologist*, vol. 39, nº 1, 2001.

15. SEN, P., “Crimes of honour’...”, *op. cit.*, p. 51.

16. WELCHMAN, L.; HOSSAIN, S., “Honour? Crimes...”, *op. cit.*, p. 4.

por la *justificación* social de estos por parte de la comunidad que defiende la preservación del valor primordial que es el honor. La violencia contra la mujer es un trato ilegítimo que afecta a las mujeres e implica para ellas la negación absoluta de bienes jurídica y universalmente protegidos, sobre todo la libertad y la integridad física y psíquica, situándolas en una posición por debajo de los hombres<sup>17</sup>, lo que crea una situación de subordinación, claramente discriminatoria y degradante. Siguiendo la propuesta de Naciones Unidas en su Declaración para la Eliminación de la Violencia contra la Mujer, los focos en los que se registran los actos violentos están divididos en tres ámbitos: familia, Comunidad y Estado<sup>18</sup>. Se puede pensar que los llamados “crímenes de honor” están más bien dentro del primero, formando un subgrupo al que se le pueden añadir caracteres propios y sumarse las prácticas más crueles y degradantes. Sin embargo, lo grave del asunto es que, si bien es cierto que ocurre entre parientes, tiene una proyección comunitaria, ya que la capacidad que tienen los hombres de salvar el honor es juzgada por la sociedad a la que pertenecen, por la familia y los vecinos.

17. Ya reconocida como forma grave de discriminación de género en las disposiciones de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. La finalidad de dicho convenio es eliminar todas las formas de discriminación contra la mujer. La CEDAW explica el concepto de esta discriminación en el artículo 1: “A los efectos de la presente Convención, la expresión ‘discriminación contra la mujer’ denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.” Vid., UN General Assembly, *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*, 18 December 1979, United Nations, Treaty Series, vol. 1249, p. 13.

18. La Declaración de las Naciones Unidas para la Eliminación de la Violencia Contra la Mujer, adoptada como un documento complementario que tiene por objeto reforzar la CEDAW, en su artículo 2 se refiere a los actos de violencia contra la mujer, y tras advertir que no tiene ánimo exhaustivo en cuanto a sus modos de comisión (dándonos una descripción breve que se centra en los que se considera que han sido más habituales: abusos sexuales, prostitución forzada, mutilación genital femenina, vejaciones, violación por parte del cónyuge), señala que dichos actos suceden en tres ámbitos: familia, Comunidad y Estado. Vid., UN General Assembly, *Declaration on the Elimination of Violence against Women*, 20 December 1993, A/RES/48/104.

**WELCHMAN** y **HOSSAIN** subrayan que la definición de los crímenes de honor no es clara, por lo tanto la imprecisión de su uso constituye la razón por la que dicho concepto se utiliza con precaución<sup>19</sup>. Estos delitos abarcan una variedad de manifestaciones de actos violentos y comprende mutilaciones, desmembraciones, matrimonios forzados, ejecuciones específicas y los ataques con ácido arrojado al rostro de las víctimas<sup>20</sup>. La falta de una definición universal de los crímenes de honor y la indeterminación respecto de qué prácticas constituyen dichos delitos, causan incertidumbre a la hora de tratar estos atroces actos, ya que el concepto del crimen de honor puede ser amplio y queda en manos de la doctrina la determinación de estas manifestaciones de violencia. El vacío legal que existe a nivel internacional respecto a la problemática de los crímenes de honor hace necesario la creación de un instrumento normativo internacional que reconozca y describa las prácticas que pueden ser calificadas como crimen de honor, ya que hoy en día, a la hora de sancionar un crimen de honor, es necesario hacer una interpretación con el fin de delimitar el ámbito de aplicación de este concepto.

Los ataques con ácido constituyen una forma especialmente cruel de la violencia contra la mujer y de los crímenes de honor. En principio, lo que el agresor pretende es la desfiguración, pero puede causar también la muerte. El motivo más común para esta práctica suele ser el rechazo de una propuesta matrimonial o a una relación sentimental, aunque se han detectado otras<sup>21</sup>. Últimamente es en algunos los países asiáticos donde se viene constatando un número cada vez más sobresaliente de este tipo de agresiones<sup>22</sup>.

19. WELCHMAN, L.; HOSSAIN, S., “Honour: Crimes...”, op. cit., p. 4.

20. Estas son solamente algunas manifestaciones de los crímenes de honor. No existe un desarrollo normativo que identifique que prácticas son consideradas los crímenes de honor. No obstante, esta problemática se va a desarrollar con más profundidad en la siguiente sección.

21. GOLLOGLY, J.; VATH, S. *et al.*, Acid attacks in Cambodia: serious reminders of personal Conflicts”, *Asian Biomedicine*, vol. 2, nº 4, 2008, p. 333.

22. Vid., SAHUQUILLO, M., “La marca de la posesión machista”, *El País*, 25 de Junio de 2012. Disponible en: [http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/06/22/actualidad/1340390169\\_472566.html](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/06/22/actualidad/1340390169_472566.html) [visitado el

Según los diferentes estudios realizados, dichas prácticas ocurren sobre todo en los países del Sur de Asia, como India, Pakistan, Cambodia, Bangladesh, Vietnam, Laos, Hong Kong, China<sup>23</sup>. LICADHO señala el significativo incremento de los casos de ataques con ácido en los últimos años en los primeros tres países mencionados anteriormente<sup>24</sup>. Lo dicho como efecto de las debilidades de los sistemas judiciales y el fácil acceso a la compra del ácido en los países señalados, en los que se aprecia una sociedad patriarcal que otorga importantes privilegios a los hombres- factor que influye en que estos delitos se cometan<sup>25</sup>.

### DIMENSIONANDO EL PROBLEMA: LOS FRENTES ABIERTOS

Los ataques con ácido consisten en arrojar éste u otra sustancia corrosiva al cuerpo de una persona, generalmente a la cara, con intención de desfigurar, mutilar o matar, y en todo caso torturar a la víctima física y psíquicamente<sup>26</sup>. Cuando la mujer es la víctima del ataque, ello parte de

---

9/12/2015].

23. WELSH, J., "It was like burning in hell: A Comparative Exploration of Acid Attack Violence", *Department of Anthropology*, nº 32, 2009, p. 2

No obstante, éstas prácticas no se desconocen en otras partes del mundo, como Europa, África y Oriente Medio. Vid., KALANTRY, S.; KESTENBAUM, J. "Combating Acid Violence In Bangladesh, India, and Cambodia". Disponible en: <http://www.obchr.org/Documents/HRBodies/CEDAW/HarmfulPractices/AvonGlobalCenterforWomenandJustice.pdf> [visitado el 5/01/2016].

24. CAMBODIAN LEAGUE FOR THE PROMOTION OF HUMAN RIGHTS, "Living in the Shadows: Acid attacks in Cambodia". Disponible en: <https://www.licadho-cambodia.org/reports/files/41acid%20report%20English.pdf> [visitado el 29/08/2015].

Según ACID SURVIVORS FOUNDATION, una organización no gubernamental de Bangladés que proporciona ayuda a las víctimas de este tipo de violencia, sólo en el año 2015, 41 mujeres fueron víctimas de los ataques con ácido. Vid., ACID SURVIVORS FOUNDATION. Disponible en: <http://www.acidsurvivors.org/Statistics> [visitado el 29/08/2015]. Por su parte, las estadísticas publicadas por ACID SURVIVORS FOUNDATION INDIA, la organización encargada de trabajar con los supervivientes en India, señala 249 mujeres víctimas de dichos delitos. Vid., ACID SURVIVORS FOUNDATION INDIA. Disponible en: [http://www.asfi.in/webpage.php?title=statistics+&p\\_type=1&parent=76&catid=78](http://www.asfi.in/webpage.php?title=statistics+&p_type=1&parent=76&catid=78) [visitado el 29/08/2015].

25. *Ibidem.*, p. 2

26. CAMBODIAN ACID SURVIVORS CHARITY, "Breaking the Silence: Addressing Acid Attacks in Cambodia". Disponible en: [http://www.cchrcambodia.org/admin/media/report/report/english/2010-05-21%20Breaking%20the%20Silence%20Addressing%20Acid%20Attacks%20in%20Cambodia\\_%20EN.pdf](http://www.cchrcambodia.org/admin/media/report/report/english/2010-05-21%20Breaking%20the%20Silence%20Addressing%20Acid%20Attacks%20in%20Cambodia_%20EN.pdf) [visitado el 4/11/2015].

una concepción especial de la belleza de la mujer, que aunque no sea la misma que tenemos en occidente, sí nos permite afirmar que la mayoría de las mujeres del mundo son, de un modo u otro, juzgadas por sí parecen bellas o no<sup>27</sup>. En el islam, que influencia la cultura de muchos países orientales, ellas están obligadas a cubrir partes de su cabeza o incluso su cuerpo, porque resulta obsceno exponerlo con naturalidad para que todos puedan verlo<sup>28</sup>. Su visualización queda reservado para la intimidad de una pareja, por lo que tiene un fuerte significado sexual: lo que se cubre sólo puede ser contemplado por los futuros esposos o miembros de la familia muy concretos. Dicho de otro modo, se tapa lo que excita al hombre, o lo que el hombre considera que sólo puede ver él. La corrosión lo hace desaparecer e incluso lo vuelve repugnante desde la mirada de los estereotipos imperantes. El proceso es dolorosísimo. Pero el dolor no acaba cuando finaliza el efecto del ácido, sino que la tortura continúa.

Es importante señalar que en los países con mayor tasa de índices de dichos delitos, el ácido constituye una mercancía barata y fácil de conseguir<sup>29</sup>. Otras cualidades son: la eficacia para obtener el fin pretendido (lesiones irreversibles, dejar una marca indeleble en un lugar, el rostro que puede ser visto por todos), la reducción de la posibilidad de defensa del sujeto receptor desde que entra en contacto con la piel que debe apresurarse -pese a sus dolores- a procurarse el antídoto para frenar la

---

27. El delito significa una alteración en el rostro de la persona, pudiendo ser ambos afectados en su identidad o en otros atributos. De esta forma, SONTAG afirma que la cara juega un papel importante en la evaluación de la belleza, otorgándole el "status privilegiado". El aspecto del rostro influye en una serie de elementos, tales como la moda, la apreciación sexual, los aspectos modales, entre otros, por tanto las alteraciones en la cara de una persona eventualmente significarán un cambio en los elementos ya mencionados. Como señala la autora, "No todas las alteraciones de la cara son repulsivas o vergonzosas. Las que más espantan son las que parecen una mutación a la animalidad". SONTAG, S., *La enfermedad y sus metáforas. El Sida y sus metáforas*, Taurus, Madrid, 1996, p. 61.

28. AVENA DE MIRANDA, C., "Perspectivas sobre el velo islámico: Especial referencia a la doctrina del margen de apreciación en la jurisprudencia internacional", *Anuario de Derechos Humanos*, vol. II, 2010, p. 20.

29. BEGUM, A., "Acid Violence A Burning Issue of Bangladesh—Its Medicolegal Aspects", *The American Journal of Forensic Medicine and Pathology*, vol. 24, nº 4, 2004, p. 321.

abrasión sobre la piel, y la facilidad para provocar la lesión y salir huyendo, impidiendo la identificación del atacante por testigos o la víctima. Es por tanto un medio muy demoledor y peligroso.

El conocimiento de la causa de un problema suele ser la vía para atajar su reproducción, pero los pretextos utilizados son variados y es muy difícil planificar una estrategia para que los hombres no recurran a esto. Junto al rechazo de propuestas sentimentales, BURNEY, activista pakistaní de derechos humanos, explica que se comete “*para asegurar el dolor y el sufrimiento de la víctima porque ella deshonró al pretendiente, negándose a su propuesta*”<sup>30</sup>; existen también otras causas, como las discrepancias en torno a la dote<sup>31</sup>, o incluso ciertas motivaciones religiosas: los fundamentalistas atacan a las mujeres desconocidas si aprecian que sus nacionales lucen “demasiado modernas y occidentalizadas.”

Parte de la literatura ha puesto énfasis además en las motivaciones psicológicas que originarían estos ataques, dando cuenta de cómo las intenciones dependen de creencias colectivas. Según hemos dicho, las raíces de este asunto no se encuentran en un componente individual aislable, sino que se estructuran fuera del individuo, enmascarado por lo que se dice que es costumbre o cultura. Entonces, el germen está en el la cultura, que es la que inspira estos particulares y crueles actos, y que sin duda es una de las características más típicas de los crímenes de honor. Se trata de normas sociales y decisiones colectivas tomadas por la comunidad<sup>32</sup> que tienen por finalidad manifestar el poder sobre las mujeres. En este sentido, las sociedades en las que se registra este tipo

---

30. BURNEY, A., “Women’s Rights: Our Struggle to Fight for the Rights of Women”. Disponible en: [http://www.ansarburney.org/womens\\_rightsviolence.html](http://www.ansarburney.org/womens_rightsviolence.html) [visitado el 15/10/2015].

31. La violencia relacionada con la dote es muy común en los países asiáticos, sobre todo en Bangladés. La dote constituye una parte indispensable del matrimonio en estas sociedades y muy a menudo las disputas en torno de la dote llevan a la muerte de la novia. Vid., UN General Assembly, *Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Rashida Manjoo*. 14 May 2013, A/HRC/20/16.

32. SEN, P., “Crimes of honour?...”, op. cit., p. 50.



de prácticas, siguen los denominados “códigos de honor”<sup>33</sup>, cuya naturaleza es consuetudinaria, pero que trascienden la mera costumbre para convertirse en algo más trascendental: en moral. Son por tanto reglas morales construidas a partir de un valor fundamental que es el honor. Éste se puede ganar o perder. Como señala SEN, la violación del código de honor tiene un costo social y, al contrario, la obediencia a éste supone el respeto social. La autora añade que “*el código de honor refleja y contribuye a las construcciones socialmente legitimadas de las normas de género que forman y manifiestan los comportamientos de los que no están separados*”<sup>34</sup>.

Lo que resulta paradójico al estudioso occidental es por qué la reputación del cabeza de familia y de sus descendientes masculinos, se hace depender de la obediencia esperada de la mujer y por qué la honorabilidad se vincula principalmente a la sexualidad femenina y a sus fases: virginidad, castidad y fidelidad<sup>35</sup>. El honor es un indicador de aceptación social, y si se cuestiona (lo que ocurre cuando no se siguen los códigos de conducta), los afectados están expuestos a la exclusión de la comunidad. El hombre se ve expuesto a traer el deshonor y la vergüenza a la familia tan sólo porque se ha rechazado su cortejo, o porque no ha obtenido un objetivo económico o comercial que se esperaba de él<sup>36</sup>. Es un sentimiento personal, pero al verse auspiciado realmente por la opinión externa, ésta ejerce una presión poderosa que lo exacerba y que espera del agraviado una reacción, ya que de no verificarse, éste permanecerá en la deshonor mientras no lo haga, porque su autoridad no se ha respetado, la mujer ha desobedecido –o en el caso de dotes o tierras, otro clan considerado inferior que

33. Los códigos de honor constituyen un conjunto de reglas que especifican qué es y qué no es el honor. Las sociedades en las que se suceden estos crímenes, se rigen por estas normas consuetudinarias y su seguimiento suscita el respeto colectivo por parte de la sociedad. La violación del código de honor supone la pérdida del valor más honrado. *Ibidem.*, pp. 50-51.

34. *Ibidem.*, p. 51.

35. MUSA, M.; MUHD HASHIM, N., “Honour killing: a preliminary review”, *Shariah Law Reports*, nº 1, 2011, p. vii.

36. HUMAN RIGHTS WATCH, “Integration of...”, *op. cit.*

puede ser despreciado, y está autorizado que se denigre a sus mujeres de esa manera. Y por ello unos u otros merecen el castigo, siendo el agraviado quien lo ejecute, constituyendo lo anterior un modelo a seguir para las generaciones venideras o entre sus vecinos. Las personas que limpian el honor de su familia, gozan del respeto en la sociedad<sup>37</sup>. En suma, la mezcla del odio o los celos particulares, con la incitación social y el exhorto familiar, espolea fuertemente al interesado.

Varios son los efectos negativos de esta práctica. Desde el punto de vista de la salud, el resultado de los ataques es devastante<sup>38</sup>. El contacto del ácido con la piel causa quemaduras y heridas que desfiguran el cuerpo, exponiendo los huesos y dejando profundas cicatrices. Lo más habitual consiste en que el arrojo se dirija al rostro, siendo ésta una maniobra escabrosamente simbólica, dejando prácticamente inexistentes las posibilidades de la mujer para contraer matrimonio<sup>39</sup>, que aunque desde ciertas lecturas no es un destino muy halagüeño, para muchas es su porvenir en tanto que pueden salir de su casa, dejar de ser mantenidas por su padre y crear su propia familia (lo que al menos les dota de cierta respetabilidad). Es fácil que el ácido entre en los ojos, y la víctima puede perder uno o ambos, o quedarle inservibles, quedando expuesta a la ceguera o a sufrir graves dificultades de visión<sup>40</sup>. La desfiguración además de la cara puede alcanzar al cuello, a las manos, a los antebrazos, a los hombros e incluso al abdomen o a las piernas, si bien, sea cual sea el grado de afectación, provoca fuertes traumas psicológicos que persiguen a las afectadas de por vida<sup>41</sup>.

37. ONAL, A., "Honour killings...", op. cit., p. 89.

38. BEGUM, A., "Acid Violence...", op. cit., p. 322. El impacto que tiene el ácido en la piel causa quemaduras químicas. El proceso de curación de las heridas se basa en la formación de cicatrices extensas y contracturas musculares. Vid., BHULLAR, D.S., "Acid throwing: a cause of concern", *Journal of Punjab Academy of Forensic Medicine & Toxicology*, vol. 13, nº 2, 2013, p. 60.

39. KALANTRY, S.; KESTENBAUM, J., "Combating...", op. cit., p. 20. En muchas culturas el rostro se considera fundamental para contraer matrimonio.

40. BEGUM, A., "Acid Violence...", op. cit., p. 322.

41. BIPLOB KANTI, M.; SIDDIQUR, R., "Causes and consequences of acid violence – a case of Bangladesh", *Bangladesh Research Publications Journal*, vol. 9, nº 2, 2013, pp. 99-100.

El segundo efecto devastador es el aislamiento social calificado como *ostracismo social*<sup>42</sup> por los estudiosos, pues las limitaciones físicas o psíquicas consecuentes no les permite participar en la comunidad ni en la cultura<sup>43</sup>, y en todas se aprecia baja autoestima y depresión<sup>44</sup>. En muchos casos, se producen discapacidades graves que requieren ayuda especializada. Algunas ni siquiera pueden desarrollar tareas simples, lo que les deja en una situación de dependencia completa de otros. Unas pocas consiguen que sus familiares les procuren tratamiento médico para paliar su sufrimiento, pero los costes son elevados y muy a menudo llevan a la pobreza, por lo que no todos se lo pueden permitir<sup>45</sup>. Es ésta una situación delicada que exige ayuda muy concreta, médica y psicológica, y los países de referencia no la proporcionan, o no de manera suficiente. Las mujeres quedan solas y desatendidas.

## LAXITUD DE LA LEGISLACIÓN INTERNACIONAL RELATIVA A LOS CRÍMENES DE HONOR

Tenemos ante nosotros un problema de insuficiencia legal de los instrumentos normativos internacionales en materia de la erradicación de los crímenes de honor. La convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer no se refiere expresamente a la violencia de género, sin embargo define en su artículo 1 la discriminación contra la mujer como la “*distinción, exclusión o restricción basada*

42. El ostracismo fue una práctica antigua griega que consistía en el aislamiento de una *persona non grata*. En la Antigua Grecia fue utilizado en el ámbito de la política con el fin de repudiar a la persona inconveniente políticamente de la comunidad. El ostracismo social significa la exclusión social y el rechazo por la sociedad, causando efectos emocionales, conductuales y físicos. Vid., WILLIAMS, K.; NIDA, S., “Ostracism: Consequences and coping”, *Current Directions in Psychological Science*, vol. 20, nº 2, 2011, pp. 71-72.

43. BIPLOB KANTI, M.; SIDDIQUR, R., “Causes...”, op. cit., pp. 100-101.

44. CAMBODIAN LEAGUE FOR THE PROMOTION OF HUMAN RIGHTS, “Living...”, op. cit., p. 14.

45. NAIR, A., “Acid attack-violence against women ‘need of the honour’”, *Journal of Innovative Research and Solution*, vol. 1, nº 1, 2011, p. III.

*en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer.”*

No obstante lo anterior, y como señala el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer en su Recomendación General n. 19, la violencia contra la mujer constituye una forma de discriminación, ya que obstaculiza el disfrute de derechos y libertades<sup>46</sup>. Siguiendo la Recomendación señalada, la CEDAW, definiendo en su artículo 1 la discriminación contra la mujer, alude a la violencia contra la mujer, entendiéndola como “*la violencia dirigida contra la mujer porque es mujer o que la afecta en forma desproporcionada.*” Por lo siguiente, “*la violencia contra la mujer puede contravenir las disposiciones de la CEDAW.*” **BARRERE** indica que la violencia establece “*la manifestación directa de la ruptura de la regla de justicia que se basa en la igualdad de status de hombres y mujeres*”, por lo tanto se tipifica como discriminación<sup>47</sup>.

Como hemos señalado anteriormente, en la mayoría de los casos, los crímenes de honor son prácticas culturales basadas en la supremacía del hombre sobre la mujer que producen un daño físico y psicológico en ella, por lo tanto constituyen una forma de violencia contra la mujer. La CEDAW es el único instrumento normativo internacional que alude a las prácticas nocivas, obligando a los Estados a erradicarlas<sup>48</sup>. En el artículo 5 (a), la Convención invoca a los Estados a: “*(M)odificar los patrones socioculturales de conducta de hombres y mujeres, con miras a alcanzar la eliminación de los prejuicios y las prácticas consuetudinarias y de cualquier otra índole que estén basados en la idea de la inferioridad o su-*

46. UN Committee on the Elimination of Discrimination Against Women (CEDAW), *CEDAW General Recommendations Nos. 19 and 20, adopted at the Eleventh Session, 1992 (contained in Document A/47/38)*, 1992, A/47/38, para. 1.

47. BARRERE UNZUETA, M., “Género, discriminación y violencia contra las mujeres,” en *Género, violencia y derecho*, LAURENZO COPELLO, P.; MAQUEDA ABREU, M.L. *et al.* (coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 33.

48. MOUNTIS, E., “Cultural Relativity and Universalism: Reevaluating Gender Rights in a Multicultural Context,” *Dickinson Journal of International Law*, vol. 15, 1996, p. 117.

*perioridad de cualquiera de los sexos o en funciones estereotipadas de hombres y mujeres”.*

Por su parte, el artículo 2 (f) apoya la aplicación del artículo 5 (a)<sup>49</sup>, imponiendo la obligación de “(A)doptar todas las medidas adecuadas, incluso de carácter legislativo, para modificar o derogar leyes, reglamentos, usos y prácticas que constituyan discriminación contra la mujer”. Para algunos autores, esta combinación de las dos disposiciones refuerza el derecho a la igualdad de género en el caso de que entre en el conflicto con las prácticas culturales<sup>50</sup>. Sin embargo, como señala SEPPER, el artículo 5 (a) tiene “*más alcance y es más amplio que cualquier otra disposición del tratado, y su lenguaje vago proporciona poca orientación a los Estados Partes en cuanto al rol y la función del artículo*”<sup>51</sup>. La autora indica también el rol sustancial de dicha disposición y la función que cumple, siendo herramienta interpretativa a pesar de su lenguaje sencillo que proporciona un guía mínimo, y advierte que debe leerse a la luz de objeto y finalidad de la Convención<sup>52</sup>.

La CEDAW, instando a los Estados a combatir las prácticas culturales en las disposiciones señaladas, sin duda constituye una sólida base normativa para superar las barreras culturales en la lucha por la igualdad<sup>53</sup>. No obstante, no proporciona la definición de éstas. Como indica **BURROWS**: “(L)a obligación de los Estados es modificar los patrones de conducta, utilizando todas las medidas apropiadas. Estas medidas no están definidas ni tampoco lo está el alcance de los patrones que deben cambiarse. Es de suponer que cada Estado tiene que decidir por sí mismo el alcance de

49. RADAY, “Gender and democratic citizenship: the impact of CEDAW”, *International Journal of Constitutional Law*, vol. 10, nº 2, 2012, p. 520.

50. *Ibidem.*, p. 520.

51. SEPPER, E., “Confronting the Sacred and Unchangeable: The Obligation to Modify Cultural Patterns under the Women’s Discrimination”, *Journal of International Law*, vol. 30 nº 2, 2008 p. 585.

52. SEPPER, E., “Confronting...”, *op. cit.*, p. 596.

53. RADAY, “Gender...”, *op. cit.*, p. 512.

los estereotipos basados en el sexo en sus prácticas culturales y sociales, y entonces tratar de cambiarlos”<sup>54</sup>.

Esta ambigüedad del artículo 5 (a) puede provocar una conveniente excusa para la inactividad de los Estados frente a la responsabilidad de modificar las desigualdades<sup>55</sup>. La Convención no indica qué es lo que deben hacer los Estados Partes para cumplir con sus obligaciones en virtud del artículo analizado, por lo tanto, los que redactaron la Convención, dejaron abierto el aspecto analizado<sup>56</sup>.

La falta de definición y especificación de las prácticas culturales a nivel internacional lleva a la indeterminación respecto de cuáles de ellas constituyen los crímenes de honor, el aspecto que está sujeto a la interpretación del Comité para la Eliminación de la Discriminación Contra la Mujer en virtud de sus funciones establecidas en el artículo 18 de CEDAW: examinar los informes de los Estados sobre las medidas aplicadas para el cumplimiento del Convenio y proporcionar recomendaciones generales para guiar a los Estados en la correcta interpretación de los tratados<sup>57</sup>, y de los propios Estados. A nivel normativo, el existente déficit de desarrollo legal respecto a la identificación de las prácticas culturales lleva a la conclusión de que el concepto de la práctica cultural puede ser tan amplio que se desconoce cuáles pueden ser sus manifestaciones. El Comité en varias ocasiones se ha referido en sus observaciones finales a algunas prácticas culturales, incluyendo poligamia, mutilación genital femenina, matrimonios forzados, la dote y el sati<sup>58</sup>, siendo unos de los ejemplos de las prácticas nocivas contra las mujeres

54. BURROWS, N., “The 1979 Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women”, *Netherlands International Law Review*, vol. 32, nº 3, 1985, p. 428.

55. Vid., NYAMU, C., “How Should Human Rights and Development Respond to Cultural Legitimization of Gender Hierarchy in Developing Countries?”, *Harvard International Law Journal*, vol. 41, nº 2, 2000.

56. Vid., REHOF, L. A., *Guide to the travaux préparatoires of the United Nations Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women*, M. Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993.

57. SEPPER, E., “Confronting...”, op. cit., pp. 589-590.

58. Una práctica funeraria en la que la viuda, en honor de su marido fallecido, se arroja a la pira funeraria para morir con él.

que los Estados deben erradicar<sup>59</sup>. No obstante, estas son solamente algunas de sus formas. El órgano de supervisión de la CEDAW no explica cómo entiende las prácticas culturales y a qué base los Estados deben calificarlas como tales. Como señalan **HELLUM** y **AASEN**, el Comité no ha aprovechado las oportunidades de establecer criterios claros sobre el contenido y el significado de las obligaciones que tienen los Estados en virtud del artículo 5<sup>60</sup>. Asimismo, las autoras refuerzan su argumento observando que “(E)l hecho de que el Comité ha sido lento o reacio en proporcionar una orientación clara y detallada sobre las obligaciones contempladas en los artículos 2(f) y 5, podía verse como debilidad en su rol fundamental de lograr la igualdad sustantiva”<sup>61</sup>.

Es cierto que este organismo internacional invoca a los Estados a eliminar dichas violaciones de los derechos humanos, pero hay que tener en cuenta la significativa cuestión para este estudio que es el valor jurídico de las observaciones finales. Las obligaciones de los Estados pueden estipularse en las observaciones finales, sin embargo éstas no pueden considerarse su fuente, siendo la única, en este caso, la CEDAW<sup>62</sup>. Por su parte, la Convención no proporciona la definición legal de las prácticas culturales ni tampoco ninguna pauta de cómo se deben comprender. Por lo tanto, llegamos a la conclusión de que las disposiciones de la CEDAW, en especial, el artículo 5 (a), no son lo suficientemente específicas para dar a entender qué tipo de prácticas se consideran culturales y que los crímenes de honor, incluyendo los ataques con ácido, constituyen este tipo de violencia. Tomando en consideración la reite-

59. UN Committee on the Elimination of Discrimination Against Women (CEDAW), *Concluding observations of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women : Cameroon*, 1 May 2000, A/55/38.

60. HELLUM, A.; AASEN, H. S., *Women's Human Rights. CEDAW in International, Regional and National Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, p. 141

61. *Ibidem.*, p. 141

62. Vid., JOHNSTONE, R. L., “When private and public meet: Three CEDAW Committee Views on Intra-familial violence” en *Gender issues and international legal standards. Contemporary perspectives*, DI STEFANO, A., (Ed.), Edit, Italy, 2010.

ración de las prácticas culturales (siempre teniendo en cuenta que los crímenes de honor lo son), requiere el reconocimiento de estas en un documento internacional que sea lo suficientemente tipificado en términos específicos y que no deje margen estrecho a la interpretación de los Estados, además de una definición amplia y general de estas prácticas, para poder abarcar todas sus formas. La imprecisión en esta materia genera el riesgo de que no todas van a estar tratadas como tales y algunas se pueden omitir, teniendo en cuenta que queda sujeto a la interpretación de los Estados qué medidas van a tomar contra qué tipo de prácticas.

## CONCLUSIONES

Los ataques con ácido, como el fruto extremadamente violento y vejatorio de la violencia contra la mujer, se manifiestan como una de las formas más crueles de los crímenes de honor que destrozan la vida de miles de mujeres.

No sólo siguen existiendo en los países en los que no está reconocida la igualdad entre ambos sexos (generalmente en los que se profesa la religión islámica), sino también entre otras comunidades patriarcales, siendo preocupante el actual aumento, aparecido en Estados que aun siendo parte de tratados internacionales, especialmente la CEDAW, no conceden la protección esperada a las damnificadas. Entre los factores que lo explican, tenemos de mayor a menor:

19.- Insuficiencia de la legislación internacional para poner fin a la pasividad de los ordenamientos estatales en orden a frenar el efecto anterior, y ayudar a las perjudicadas tras sus lesiones físicas y psíquicas. La CEDAW es el único instrumento de carácter internacional que se refiere a las prácticas culturales que violentan a las mujeres, sin embargo, no las especifica. Las disposiciones de la Convención son objeto de interpretación del Comité de la CEDAW y de los Estados partes, quienes determinan qué tipo de medidas aplicar para cambiar los patrones culturales.



29.- Indeterminación a nivel internacional de qué prácticas constituyen los crímenes de honor. El concepto de éstas puede ser tan amplio que se desconoce que prácticas establecen su expresión.

30.- Falta de conciencia de que estos actos son denunciables y que quedan sin juzgar porque la comunidad circundante también calla, lo mismo que las afectadas y los familiares, creando un sentimiento de impunidad en los agresores proporcional a la culpabilidad interiorizada por las víctimas. El reconocimiento de los crímenes de honor a nivel internacional permitiría contribuir a generar conciencia en los Estados en los que dichos delitos se siguen llevando a cabo. El desarrollo del derecho internacional puede significar un avance para generar una conciencia de rechazo hacia el ejercicio de estas prácticas culturales.

No obstante lo anterior, la problemática de los crímenes de honor no está desarrollada en el derecho internacional. Ante la falta de la legislación internacional para tratarla, queda en las manos de los Estados legislar acerca de este tipo de prácticas culturales, lo que puede causar la ineficiencia de tal normativa, ya que esta no está amparada bajo el arreglo del derecho internacional.

## BIBLIOGRAFÍA

- ALCALÁ ZAMORA Y CASTILLO, N.. *Proceso, autocomposición y autodefensa*, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 2000, pp. 314.
- AVENA DE MIRANDA, C.. "Perspectivas sobre el velo islámico: Especial referencia a la doctrina del margen de apreciación en la jurisprudencia internacional?", *Anuario de Derechos Humanos*, vol. II, 2010, pp. 13-78.
- BARRERE UNZUETA, M. (2008). "Género, discriminación y violencia contra las mujeres", en *Género, violencia y derecho*, LAURENZO COPELLO, P.; MAQUEDA ABREU, M. *et al.* (coord.), pp. 27-47.
- BEGUM, A.. "Acid Violence A Burning Issue of Bangladesh—Its Medicolegal Aspects", *The American Journal of Forensic Medicine and Pathology*, vol. 24, nº 4, 2004, pp. 321-323.

- BHULLAR, DS.. “Acid throwing: a cause of concern”, *Journal of Punjab Academy of Forensic Medicine & Toxicology*, vol. 13, nº 2, 2013, pp. 60-62.
- BIPLOB, K.; SIDDIQUR, R.. “Causes and consequences of acid violence – a case of Bangladesh”, *Bangladesh Research Publications Journal*, vol. 9, nº 2, 2013, pp. 97-102.
- BURROWS, N.. “The 1979 Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination against Women”, *Netherlands International Law Review*, vol. 32, nº 3, 1985, pp. 419-460.
- DI STEFANO, A. (Ed.).. *Gender issues and international legal standards. Contemporary perspectives*, Edit, Italy, 2010, pp. 204.
- GOLLOGLY, J; VATH, S. *et al.*.. “Acid attacks in Cambodia: serious reminders of personal Conflicts”, *Asian Biomedicine*, vol. 2 nº 4, 2008, pp. 329-334.
- HELLUM, A.; AASEN, H., (2015). *Women’s Humans Rights. CEDAW in International, Regional and National Law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2015, pp. 675.
- JOHNSTONE, R.. “When private and public meet: Three CEDAW Committee Views on Intra-familial violence”, en DI STEFANO, A. (Ed.). *Gender issues and international legal standards. Contemporary perspectives*, pp. 47-69.
- KIRTI, A.; KUMAR, P. *et al.*.. “The Face of Honour Based Crimes: Global Concerns and Solutions”, *International Journal of Criminal Justice Sciences*, vol. 6, nº 1, 2011, pp. 343-357.
- LAURENZO COPELLO, P.; MAQUEDA ABREU, M. *et al.* (coord.). *Género, violencia y derecho*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, pp. 461.
- MILLET, K., *Política sexual*, Ediciones Cátedra, Madrid, 1995, pp. 640.
- MUSA, M. K.; MUHD HASHIM, N., “Honour killing: a preliminary review”, *Shariah Law Reports*, nº 1, 2011, pp. i-xix.
- MOUNTIS, E.. “Cultural Relativity and Universalism: Reevaluating Gender Rights in a Multicultural Context”, *Dickinson Journal of International Law*, vol. 15, 1996, pp. 113-150.
- NAIR, A.. “Acid attack-violence against women ‘need of the honour’”, *Journal of Innovative Research and Solution*, vol. 1, nº 1, 2014, pp. 107-117.

- NYAMU, C.. "How Should Human Rights and Development Respond to Cultural Legitimization of Gender Hierarchy in Developing Countries?", *Harvard International Law Journal*, vol. 41, nº 2, 2000, pp. 381-418.
- ONAL, A.. *Honour killings: stories of man who killed*, Saqui Books, Turkey, 2008, pp. 256.
- HOR, P.; KONG, P. et al. (Ed.). *Introduction to Cambodian Law*, Konrad Adenauer Stiftung, Cambodia, 2001, pp. 496.
- POSTIGO ASENJO, M.. "El patriarcado y la estructura social de la vida cotidiana", *Contrastes: revista internacional de filosofía*, nº 6, 2001, pp. 199-208.
- RADAY, F.. "Gender and democratic citizenship: the impact of CEDAW", *International Journal of Constitutional Law*, vol. 10, nº 2, 2012, pp. 512-530.
- REHOF, L. A.. *Guide to the travaux préparatoires of the United Nations Convention on the Elimination of all Forms of Discrimination against Women*, M. Nijhoff Publishers, Dordrecht, 1993, pp. 385.
- RUANE, Rachel (2000). "Comment, Murder in the Name of Honor: Violence Against Women in Jordan and Pakistan", en: *Emory International Law Review* (Nº 14), pp. 1520-1531.
- SEN, Purna (2005). "Crimes of honour, value and meaning", en '*Honour: Crimes, Paradigms and Violence Against Women*', WELCHMAN, L.; HOSSAIN, S. (Ed.), pp. 2-63.
- SONTAG, S.. *La enfermedad y sus metáforas. El Sida y sus metáforas*, Taurus, Madrid, 1996, pp. 176.
- SEPPER, E.. "Confronting the Sacred and Unchangeable: The Obligation to Modify Cultural Patterns under the Women's Discrimination", *Journal of International Law*, vol. 30 nº 2, 2008, pp. 585-639.
- SZYMANSKI, D.; MOFFITT, L. et al. "Sexual Objectification of Women: Advances to Theory and Research", *The Counseling Psychologist*, vol. 39 nº 1, 2001, pp. 6-38.
- WELCHMAN, L.; HOSSAIN, S. (Ed.). '*Honour: Crimes, Paradigms and Violence Against Women*', Zed Books, London, 2007, pp. 384.
- WELSH, J.. "It was like burning in hell: A Comparative Exploration of Acid Attack Violence", *Department of Anthropology*, nº 32, 2009, pp. 102.

WILLIAMS, K.; NIDA, S.. “Ostracism: Consequences and coping”, Current Directions in Psychological Science, vol. 20, nº 2), 2011, pp. 71-75.

## DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS

ACID SURVIVORS FOUNDATION INDIA. Disponible en: <http://www.acid-survivors.org/>

ACID SURVIVORS FOUNDATION, “Acid attack statistics - gender perspective”. 2015. Disponible en: <http://www.acidsurvivors.org/Statistics/2>

BURNEY, A.. “Women’s Rights: Our Struggle to Fight for the Rights of Women”. 2008. Disponible en: [http://www.ansarburney.org/womens\\_rightsviolence](http://www.ansarburney.org/womens_rightsviolence)

CAMBODIAN ACID SURVIVORS CHARITY, “Statistics of Acid Burns in Cambodia”. 2013. Disponible en: <http://www.thecasc.org/docs/CASC%20Statistics%20as%20of%2031March2013.pdf>

CAMBODIAN ACID SURVIVORS CHARITY, “Breaking the Silence: Addressing Acid Attacks in Cambodia”. 2010. Disponible en: [http://www.cchrcambodia.org/admin/media/report/report/english/2010-05\\_21%20Breaking%20the%20Silence%20Addressing%20Acid%20Attacks%20in%20Cambodia\\_%20EN.pdf](http://www.cchrcambodia.org/admin/media/report/report/english/2010-05_21%20Breaking%20the%20Silence%20Addressing%20Acid%20Attacks%20in%20Cambodia_%20EN.pdf)

CAMBODIAN ACID SURVIVOURS CHARITY, “Statistics”. 2014. Disponible en: <http://www.thecasc.org/docs/CASC%20Presentation%20Dec2014.pdf>

CAMBODIAN LEAGUE FOR THE PROMOTION OF HUMAN RIGHTS, “Living in the Shadows: Acid attacks in Cambodia”. 2003. Disponible en: <https://www.licadho-cambodia.org/reports/files/41acid%20report%20English.pdf>

HUMAN RIGHTS WATCH, “Integration of the Human Rights of Women and the Gender Perspective: Violence Against Women and “Honor” Crimes”. 2001. Disponible en: <https://www.hrw.org/news/2001/04/05/item-12-integration-human-rights-women-and-gender-perspective-violence-against-women>

HUMAN RIGHTS WATCH, “Item 12-Integration of the Human Rights of Women and the Gender Perspective: Violence Against Women and “Honor”

Crimes, Intervention Before the 57th Session of the U.N. Commission on Human Rights.” Prepared for Human Rights Watch Oral Intervention on 57<sup>th</sup> Session for the UN Commission on Human Rights. Disponible en: <https://www.hrw.org/news/2001/04/05/item-12-integration-human-rights-women-and-gender-perspective-violence-against-women>.

KALANTRY, S.; KESTENBAUM, J.G.. “Combating Acid Violence In Bangladesh, India, and Cambodia”. 2011. Disponible en: <http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CEDAW/HarmfulPractices/AvonGlobalCenterforWomenandJustice.pdf>

MAGALLARE SANJUAN, A.. “Exclusión social, rechazo y ostracismo: principales efectos”, *Revista Psicología.com*. [online]. 2011. Disponible en: <http://www.psiquiatria.com/revistas/index.php/psicologiacom/article/viewFile/1212/1122>

SAFETY AND JUSTICE. “The Government’s proposals on Domestic Violence”. 2003. Disponible en: <http://www.dewar4research.org/docs/saj.pdf>

SAHUQUILLO, M., “La marca de la posesión machista”. *El País*. 2012. Disponible en: [http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/06/22/actualidad/1340390169\\_472566.html](http://sociedad.elpais.com/sociedad/2012/06/22/actualidad/1340390169_472566.html)

## DOCUMENTOS DE LA ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS

UN Committee on the Elimination of Discrimination Against Women (CEDAW), *CEDAW General Recommendations Nos. 19 and 20, adopted at the Eleventh Session, 1992 (contained in Document A/47/38)*, 1992, A/47/38.

UN Commission on Human Rights, *Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Radhika Coomaraswamy*, 21 January 1999, E/CN.4/1999/68/Add.3.

UN Commission on Human Rights, *Report of the Special Rapporteur on violence against women, its causes and consequences, Ms. Radhika Coomaraswamy, submitted in accordance with Commission on Human Rights resolution 2001/49: Cultural practices in the family that are violent towards women*, 31 January 2002, E/CN.4/2002/83.

UN Committee on the Elimination of Discrimination Against Women (CEDAW), *Concluding observations of the Committee on the Elimination of Discrimination against Women: Cameroon*, 1 May 2000, A/55/38.

UN General Assembly, *Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women*, 18 December 1979, United Nations, Treaty Series, vol. 1249, p. 13.

UN General Assembly, *Declaration on the Elimination of Violence against Women*, 20 December 1993, A/RES/48/104.

# SOBRE EL VALOR NORMATIVO DE LA CONSTITUCIÓN Y LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL ORDEN ECONÓMICO<sup>1</sup>

*Andrea Alarcón Peña<sup>2</sup>*

Las relaciones entre Constitución y Economía son bastante recientes en la historia del constitucionalismo, hasta la etapa de posguerra de la I Guerra Mundial no se había producido una aceptación de la Economía por parte de la Teoría Constitucional. El surgimiento de las constituciones como instrumentos normativos solo se produjo hacia finales del siglo XVIII y como señala **LÓPEZ GARRIDO** solo se ocupaba del poder político pero no hacía lo mismo respecto del poder económico (1993, pág. 79). No obstante la importancia que se otorgaba a la Norma Fundamental como *norma normarum* resultaba difícil comprender la distancia que tomaba respecto a la ordenación de la economía tomando en cuenta la relevancia de esta esfera en la vida comunitaria y en su relación con el poder político.

Si no existen dudas sobre la naturaleza normativa de la Constitución, sobre la relación entre el poder político y el poder económico,

---

1. Este capítulo constituye un avance del proyecto de Investigación nº INV-DER-2061 que se titula “Libre competencia económica en el Estado Social de Derecho Colombiano: análisis a la luz de la jurisprudencia de la Corte Constitucional”. Financiado por la Vicerrectoría de Investigaciones de la Universidad Militar Nueva Granada. El proyecto hace parte del Centro de Investigaciones de la Facultad de Derecho de la UMNG.

2. Abogada de la Universidad Santo Tomás (Colombia), especialista en Derecho Comercial y de los Negocios de la misma Universidad. Magister en Derecho Económico de la Universidad Externado de Colombia. Candidata a Doctora en Estudios Jurídicos, Ciencia Política y Criminología de la Universidad de Valencia (España). Profesora en pregrado de la Universidad Militar Nueva Granada (UMNG).

surge la cuestión ¿es necesario constitucionalizar el orden económico?, esta, en palabras de **ENTRENA CUESTA** (1981, pág. 107), es la pregunta fundamental que el economista plantea al constituyente. Y quizás su respuesta ha dado origen a multiplicidad de concepciones sobre la existencia de la Constitución Económica o el Derecho Constitucional Económico<sup>3</sup>, a las múltiples acepciones de la primera y a la inexistencia de un concepto único que permita salvar la discusión. Independientemente de la respuesta que se ofrezca a este interrogante es preciso recordar que, en términos de **LASALLE** (1984, pág. 92), la Constitución debe consignar los factores reales de poder que rigen en un país, las relaciones de dominación que imperan en el mismo y, finalmente, los poderes económicos<sup>4</sup>. En caso de que ello no ocurriera así se podría, en palabras de **EUCKEN** (2011 (1952), pág. 81), decir que la Constitución Económica discrepa y contraviene el orden económico.

La Constitución, sin excluir significados diversos, es *Norma Fundamental*, que responde a determinados valores, propios de un momento histórico, y señala los términos en que ha de producirse la ordenación de la comunidad política y de la propia sociedad, a partir de esta premisa es necesario que aquella exprese los principios jurídicos fundamentales económicos a partir de los cuales debe producirse esa ordenación (Martín-Retortillo Baquer, 1991, pág. 27). A pesar de la aparente sencillez de este argumento la preocupación por el sistema económico sur-

---

3. Para Ignacio María de Lojendio el Derecho Constitucional Económico reúne el estudio de temas como la intervención del Estado en la economía, la satisfacción de la función social del Estado, el principio del Estado Social y el establecimiento de un orden social justo. Su fundamento radica en la “necesidad de someter al principio de justicia las decisiones económicas por su incidencia en la vida social, en el campo de las prerrogativas individuales y en la problemática del bien común” (1977, págs. 81-82). En palabras de Botero Marino y Guardo Martínez, el orden social justo podría ser entendido como “aquel que garantizara, cuando menos, la igualdad en las condiciones de partida, la garantía de algunos derechos sociales y económicos básicos —como la seguridad social y los derechos de los trabajadores— y el mínimo vital para asegurar la vida digna de los ciudadanos radicalmente excluidos del mercado laboral” (2004, págs. 14-15).

4. En el mismo sentido Joerges “el constitucionalismo debe fundamentarse tanto en el sistema económico como en el tejido social de la sociedad, pues de no hacerlo perdería todas sus referencias democráticas” (2005, pág. 11).



gió de manera tardía en el constitucionalismo (Coscolluela Montaner & López Benitez, 2011), como se señalará, su aparición aparece ligada al triunfo del liberalismo.

Vale la pena en este punto considerar que la transformación que experimentó el Estado con el surgimiento de la sociedad industrial modificó sustancialmente las funciones que tradicionalmente le correspondían. Durante los siglos XVII y XVIII el fin del Estado apuntaba a crear condiciones que fueran aptas para desarrollar sus funciones con clara delimitación de los derechos y libertades de los individuos (Eucken, 2011 (1952), pág. 84). Existía una defensa de la autonomía individual que criticaba cualquier tipo de actividad que implicara intervención del Estado en desarrollo de esa autonomía, existía entonces cierta confianza en la capacidad del individuo para obtener la satisfacción de sus pretensiones y objetivos sin necesidad de agentes externos que pudieran condicionarlo de cualquier manera. Esto implicaba que el Estado se abstenia “*totalmente de velar por el bienestar positivo de los ciudadanos*” y se limitaba “*estrictamente a velar por su seguridad [...] no restringiendo su libertad con vistas a ningún otro fin último*” (Humboldt, 1988 (1792), págs. 20-23). El respeto por la autonomía individual constituía el objetivo principal de la actividad estatal y el gobierno por tanto “*no debe ejercer nunca coacción sobre el individuo excepto para hacer cumplir una ley conocida*” (Hayek F. A., 1978 (1944), pág. 103). Esta concepción de Estado y libertad individual permitió el florecimiento de las libertades económicas y una época de crecimiento económico exponencial que, no obstante, minó las condiciones de vida de millones de ciudadanos.

Sin embargo y con posterioridad a la revolución industrial, y el consecuente surgimiento del capitalismo, la necesidad de proteger el capital, garantizar libertades asociadas a la propiedad y conceder un mínimo de protección a la clase trabajadora emergieron como preocupaciones de los órganos estatales, generando un cambio sustancial en el sentido del Estado. Los trabajadores fueron quienes experimentaron el descenso más importante en su calidad de vida durante el pe-

riodo del desarrollo industrial más activo: jornadas de trabajo extensas, ocupación en las fábricas de mujeres y niños —que se tradujo en reducción generalizada de los salarios—, feroz competencia entre los trabajadores, concentración poblacional en zonas poco preparadas para recibir las, etc.

Ya decía **HELLER** que *“la función del Estado aparece por primera vez de un modo claro, con la sociedad económico—capitalista”* (1977, pág. 234). Y aunque esta relación haya sido problemática resulta claro que la supresión de toda norma política que generara interferencia o limitación a la libertad económica de los individuos ocasiona grandes problemas; el desarrollo de esa libertad precisa, para poder ejercerse, la proclamación constitucional de libertades político—económicas que permitan la realización de una vida económica fundada en la libre competencia (Sanchez Agesta, 1977, pág. III). La consagración de esas libertades, protegidas por un marco legal, permitía la existencia y funcionamiento del mercado, independientemente del sistema económico que se adoptara. En estricto sentido es factible decir que sin la protección normativa que se otorgue a las libertades básicas de cualquier sistema económico este no podrá materializarse. El Estado en consecuencia necesita garantizar un aparato normativo e instituciones que permitan avalar su protección como premisa fundamental para el funcionamiento del mercado.

A partir de lo anterior, resulta claro indicar que el constituyente evadía cualquier forma de intervención sobre la economía que superara la inclusión de derechos de contenido liberal que resultaban fundamentales para el normal desenvolvimiento del mercado libre. Pese a esta aparente evasión permitía predicar un sistema de economía de tráfico que potenciaba la importancia del ejercicio de las libertades económicas por los particulares sin restricciones de los poderes públicos. Como indica **ARAGÓN REYES** *“puede decirse que se establecía un modelo pero no se le regulaba, ya que lo propio del mismo era su capacidad de autorregulación, resultado del libre juego de las reglas del mercado, cuyo cumplimiento aseguraba el Estado con su no intervención”* (1993, pág. 379).

No obstante lo indicado, se ha dicho de manera reiterada que las Constituciones del siglo XIX eran ajenas a la Economía, existía, en apariencia, una clara diferenciación entre los asuntos cuya regulación correspondía al Estado y aquellos asignados a la economía (Aragon Reyes, 1995, pág. 3). Se presentaba una clara separación entre los asuntos políticos y los asuntos económicos; la Constitución no se ocupaba de estos últimos pues la sociedad, en la que convergían estos asuntos, constituía un orden espontáneo que, regido por leyes económicas, mucho más poderosas que cualquier ley jurídica, le otorgaban racionalidad. A partir de esta racionalidad resultaba sensato restringir la intervención del Estado en el orden económico (Asenjo, 1984, pág. 72).

El Estado, determinado por un sistema capitalista, se desarrollaba bajo las premisas de la abstención y el “*laissez faire —laissez paisser*” que permitían al mercado funcionar bajo leyes naturales —mano invisible<sup>5</sup>— propias del liberalismo clásico que impedían cualquier tipo de regulación externa. Sin embargo, estas premisas, partían de la confianza absoluta en el mercado como asignado eficiente de los recursos y de la inexistencia de cualquier política o medida externa que alterara en modo alguno su funcionamiento (Moreno, 2000, pág. 1).

Y aunque este aparente dualismo fue el característico del siglo XIX, es preciso tener en cuenta que las Constituciones de ese siglo se encargaban, con bastante atención, de la regulación de la economía pública (tributos, impuestos, etc.). Y respecto a la economía privada la atención se centraba en el reconocimiento de dos garantías de claro contenido económico: la propiedad privada y la autonomía individual que permitían hablar de una economía de mercado pura que demandaba la autorregulación privada.

A pesar de no existían normas constitucionales adicionales que permitieran predicar una relación más directa del Estado y la economía,

---

5. La teoría de la mano invisible del mercado fue incorporada por Adam Smith en su libro *Teoría de los sentimientos morales* de 1759 y posteriormente fue desarrollada en *La riqueza de las naciones* de 1776.

si existía una intervención estatal en esta generada por la “*construcción de infraestructuras, fomento del industrialismo, proteccionismo aduanero y fiscal, creación de servicios educativos y asistenciales de puro sostenimiento para los indigentes*” (Bassols Coma, 1985, págs. 24-25) que se constituían en las tareas que asumía el Estado. Este intervencionismo administrativo evidenciaba, aunque no de manera directa, una Constitución Económica material, que carecía de principios orientadores de la política económica—social, pero que garantizaba las condiciones necesarias para el desarrollo de un Estado liberal. prohijar

El Estado prohijaba, como manifestación de la igualdad ante la ley, la posibilidad de concurrir al mercado para ofertar bienes y servicios. La libre competencia entonces surgía como una garantía asociada a la libertad individual y se constituía en indispensable en una economía de mercado pura, caracterizada por la existencia de múltiples agentes económicos que buscaban satisfacer sus propias necesidades. La libre competencia permitía el ejercicio de las dos libertades básicas en un sistema de mercado: la propiedad (pues uno de sus atributos lo integraba la posibilidad de disposición—variación en su titularidad) y la libertad de comercio o empresa (Aragon Reyes, 1995, pág. 4). Estas garantías requerían de una protección especial que se otorgaba cuando recibían consagración constitucional, se desarrollaban a través de leyes y reglamentos y generaban modificaciones importantes en el desarrollo económico y social<sup>6</sup>.

---

6. Al respecto es preciso considerar que buena parte de las transformaciones del constitucionalismo moderno han tenido una base económica importante. Así, por ejemplo, para el caso de la Constitución de Filadelfia, legado más importante de la independencia de los Estados Unidos, es necesario recordar que la independencia alcanzada en el año 1776 tuvo sus orígenes años atrás en la defensa de los beneficios socio económicos de una clase social privilegiada de colonos que defendía el autogobierno y el manejo de sus finanzas. Los rebeldes, basados en las malas condiciones económicas y la inestabilidad social, habían iniciado una serie de movimientos revolucionarios (como la Revolución Shays en 1786), que fueron evidencia para los colonos, privilegiados social o económicamente, de la necesidad de constituir un Estado Federal que dejara atrás las convenciones y los comités, que podrían servir como herramienta a los rebeldes descontentos, poniendo en peligro su estatus. Para entender las condiciones en las que se produjo la Revolución y la posterior independencia de los Estados Unidos ver, entre otros, Guerrero Yochan (1998, págs. 51-71) y Grau (2011, págs. 79-119).

Surgieron entonces claras posiciones respecto a la necesidad de regular, por el Estado, en mayor o menor medida esas libertades (restringiéndolas y limitándolas o fomentándolas y promoviéndolas) cuestión que, desde el punto de vista constitucional se concretaba en la posibilidad de consignar una de dos fórmulas básicas de coordinación de la política económica: economía centralmente dirigida —o economía dirigida— y economía de tráfico —o economía de mercado—. La primera de ellas radica las decisiones en un órgano, por lo general el Estado, que determina un plan global y vinculante que sustituye los proyectos económicos individuales, reduce la autonomía personal y restringe las libertades económicas. La restante permite que los precios de mercado sean los que determinen las actuaciones de las unidades económicas y el proceso económico global. Y aunque se mencionan dos modelos, en apariencia inconciliables, no se puede indicar que existe pureza en algún sistema económico; estos tipos básicos son ajustables a partir de postulados del sistema contrario existiendo modelos diversos basados en la libre competencia y en la economía centralizada (modelos mixtos). Existe entonces dualismo en los métodos de gestión y la cuestión a debatir es cuál de ellos registra mayor prevalencia, en un sistema, respecto del restante. La existencia de estos dos modelos fue objeto de múltiples discusiones hasta el siglo XIX, sin embargo, existió preeminencia del modelo de economía de mercado.

Esta discusión, siguiendo a **BASSOLS** (1985) y a **FERMANDOIS** (2011, págs. 34-35) se hace visible en las etapas de evolución de la relación Constitución Política—Constitución Económica, así es posible identificar cuatro períodos: 1. el constitucionalismo liberal, 2. el constitucionalismo económico de entreguerras, 3. la revisión económica de las democracias clásicas (mención especial merece el *New Deal* que sirvió como base para esta etapa) y 4. Las tendencias del constitucionalismo posterior a la Segunda Guerra Mundial. Hoy es viable indicar que adicional a estas existe una quinta etapa que se caracteriza por las dificultades que generan, para los contenidos de las constituciones econó-

micas de cada uno de los países, los constantes procesos de integración económica.

La descripción que acompaña la primera parte de este epígrafe constituye la primera etapa, el ejercicio de las libertades económicas con pocas restricciones eran la constante. Con antelación a la Primera Guerra Mundial no era posible hablar de un orden económico y social en las constituciones de los países liberales. Como indica **BALLERSTEDT** (1951) (citado por Ehmke) desde una perspectiva histórica la constitucionalización de la economía obedeció a circunstancias socio—históricas puntuales “a) *la construcción de un contexto sociológico—económico de las necesidades de cobertura económica [...] y el descubrimiento científico de tal conexión*, b) *la exigencia de una conformación justa de ese contexto económico en interés del bien común*, c) *la conciencia surgida tras la Primera Guerra Mundial sobre las interdependencias económicas y la necesidad de una ordenación general de la economía*” (2006, págs. 361-362), no obstante este fenómeno se produjo con posterioridad.

El periodo de entreguerras, consciente de esta realidad, modifica sustancialmente la posición original de *laissez faire* e implanta los derechos sociales y varias valoraciones constitucionales económicas puntuales. Esta modificación introduce el concepto de Constitución Económica u ordenamiento constitucional económico en el marco de la Constitución. Habrá que esperar al siglo XX para que los textos constitucionales se ocupen de manera mucho más directa de la economía e incorporen preceptos económicos, en clara armonía con el tránsito de un Estado liberal a un Estado social que permite la intervención del Estado en aquella (Cidoncha Martín, 2004).

La confianza en la “mano invisible del mercado” se fue diluyendo a medida en que demostraba la incapacidad para garantizar un crecimiento económico continuo y estable. El capitalismo liberal y el Estado liberal de Derecho empezaron a demostrar sus deficiencias, la ampliación exponencial de la masa “proletaria” generó ofensivas sindicales que demandaban protección ante la explotación brusca de la mano obrera. A

ello se suman las constantes crisis económicas y la presión de grupos de interés que empezaron a ejercer coerción en el sector público y acrecentaron las políticas de intervención estatal. El Estado, con el fin de satisfacer demandas sociales, empieza a participar en la economía de manera activa al prestar un sinnúmero de actividades que previamente eran prestadas o asumidas por particulares, excluyendo al grueso de la población.

Empezó a comprenderse que los mercados son instituciones sociales que no pueden ser gobernadas mecánicamente, ni responden a simples necesidades funcionales, se trata de comunidades políticas que para su creación y reproducción demandan un respaldo institucional (Joerges, 2005, pág. 15)

Surge entonces el Estado Social que generó un lazo, hasta ahora prácticamente inexistente, entre la esfera política y la socio—económica. La expedición de la Ley Fundamental de Weimar—1919— abrió las puertas para el estudio de la Constitución Económica y lo hizo al emerger el debate constitucional del Estado Social. La Constitución de Weimar permitió que lo económico entrara en el ordenamiento constitucional, lo que antes no había sido posible<sup>7</sup>.

Con antelación a esta, las constituciones se habían referido básicamente a la “*sanción y garantía, más o menos formal, de los derechos indivi-*

---

7. El movimiento revolucionario de 1910 de México, contrario a la dictadura de Porfirio Díaz, invocó los principios de la Constitución de 1857 que pronto se mostró corta frente a los ideales reivindicatorios de las mayorías. El constituyente advirtió que era necesario incorporar la defensa de los derechos sociales y de las clases más desfavorecidas en la nueva Constitución y así lo hicieron. Los artículos 27 y 123 surgieron como postulados en favor de la clase obrera y campesina, La actividad económica quedaba sujeta a la regulación e intervención del Estado. Este hecho, aunque no es tan reconocido para los que estudian los que estudian los orígenes de la Constitución Económica, debe ser tenido en cuenta pues constituye referente importante de la modificación del rol del Estado en relación con la economía y la protección de los derechos de los ciudadanos. Un año después, en Rusia se promulga la Constitución rusa que abrirá un camino importante para la producción de abundante legislación de contenido social planteando las bases de la sociedad socialista, el gobierno del proletariado y el deber de enseñanza a cargo del Estado. Estas dos constituciones, sumadas a la de Weimar constituyen antecedentes relevantes para el reconocimiento de los derechos sociales y la intervención económica y social del Estado en la ordenación de la economía (García Ramírez, 1969, págs. 474-476). Sobre los avances del constitucionalismo en estas tres constituciones es posible consultar a Suárez (1977).

*duales de carácter político”, pero con posterioridad “asumió también, junto con estos planteamientos, el reconocimiento de los llamados derechos sociales y económicos: a nivel de ley fundamental se establece así una incipiente ordenación jurídica de la actividad económica” (Martín-Retortillo Baquer, 1991, pág. 27).*

## **MONISMO O DUALISMO EN LA CONCEPCIÓN**

Podríamos indicar que al aludir al concepto de Constitución Económica estaríamos hablando de dos normas que convergen: Constitución Política y Constitución Económica. Y el problema surge entonces al definir el carácter de aquella respecto de esta. No es posible, pensar que el ordenamiento económico se pliega indefectiblemente a aquel y no le resta alternativa más que ajustar sus disposiciones a las que consigna aquella. El ordenamiento económico alimenta, soporta y coexiste de manera armónica con aquel.

No obstante esta simbiosis no resulta del todo armónica, por lo menos para la doctrina. Tradicionalmente se había considerado que los asuntos económicos no revestían mayor relevancia, desde el punto de vista de su incorporación en los textos constitucionales, y que en consecuencia sería el legislador el encargado, a partir de la determinación de principios generales, de su regulación vía expedición normativa. Pensar entonces en una Constitución Económica tuvo defensores y detractores, cada uno de ellos asumió posturas disímiles que permitieron construir modelos diferentes de Constitución Económica y en consecuencia una ordenación particular y propia de la economía.

Si se considera que el poder político necesita organización y control, no se descartará la necesidad de controlar y organizar el poder económico (Asenjo, 1984, pág. 12). Así que, aunque sea posible encontrar disposiciones disímiles respecto a la necesidad de una Constitución Económica, no se descarta la necesidad de incorporar en la Constitu-



ción una serie de disposiciones<sup>8</sup>, de contenido económico, que permitan tener un marco a partir del cual “organizar” la economía. Y aunque una rigidez normativa en la Constitución podría dificultar el proceso de adaptación de la norma a la realidad económica, la inexistencia de disposiciones o lagunas axiológicas podría generar dificultades respecto al ejercicio y protección de libertades de contenido económico y posibilidades de intervención o regulación del Estado.

Es posible incluso considerar en el caso de constituciones de contenido programático, que ante la inexistencia de una Constitución Económica formal existirá una Constitución Económica material<sup>9</sup> que, regida por la realidad económica permitiría a los gobiernos de turno realizar actos diversos que reducirían la seguridad y certeza de los agentes económicos respecto a las condiciones de funcionamiento y regulación del mercado. Esta teoría, sin embargo, debe ser omitida para el caso colombiano en la medida en que la Constitución tiene un carácter normativo, sus normas son vinculantes y en consecuencia ante la inexistencia de estas disposiciones se obviaría la relación inescindible que existe entre el Estado y la economía.

El problema fundamental que surgió cuando se abordó el concepto de Constitución Económica apuntaba a la existencia de una Constitución monista o una dualista. Una que fuera reconocida como un sistema y otra que fuera considerada como la sumatoria de dos ordenamientos: uno de la vida política y otro de la vida económica. Era posible entonces pensar que el texto constitucional solo daba forma jurídica a una estructura económica y que en consecuencia era posible hacer

---

8. Estas disposiciones heterogéneas de contenido económico podrían resumirse en: principios, valores, cláusulas habilitantes a los poderes públicos, cláusulas de mandato al legislador, obligaciones y reglas (Aragon Reyes, 1995, pág. 14).

9. Font Galán explica las diferencias entre estos dos conceptos de manera clara, respecto de la Constitución Económica formal indica que se encuentra “expresada en formulaciones de principios, poderes, derechos, obligaciones, responsabilidades y demás normas generales ordenadoras del sistema económico” y la material está “desarrollada efectivamente en normas ordinarias y reglamentarias que implementan las concretas políticas económicas y sociales” (2014, pág. 254).

una yuxtaposición entre estos dos ordenamientos como si fueran espacios absolutamente diversos, autónomos e independientes

El constitucionalismo clásico consideraba que el objeto del orden constitucional giraba en tono a la articulación del proceso político del ejercicio del poder al interior de un orden social y económico dotado de una legislación propia. La Constitución Política sería el estatuto fundamental del poder político y de las relaciones entre el Estado y los ciudadanos, amén de la organización de la estructura de aquel; la Constitución Económica atendería a la regulación jurídica de las relaciones económicas entre los ciudadanos y el Estado, ahora con mayor participación e importancia en el desenvolvimiento de la vida económica. Existirían entonces dos constituciones con principios diferentes y disposiciones diversas que regularían escenarios disímiles y que, entonces, podrían acoger grandes divergencias. El constitucionalismo moderno reviste mayores complejidades, la Norma Fundamental refleja e incorpora valores y pronunciamientos ideológicos sobre el orden socio económico. A partir de esta modificación en el cambio de concepción constitucional se producen variaciones importantes respecto a la Constitución Económica.

La polémica en torno a aquella puede ser comprendida de dos maneras, la primera apunta a la posibilidad de que las normas constitucionales económicas puedan adquirir autonomía y se opongan a los principios generales que consigna la Constitución. Se orienta entonces, esta primera visión, a la necesidad de separar lo público de lo privado y en consecuencia deslindar de la Constitución el ordenamiento económico. La segunda de las nociones supone que la Constitución Económica describe las disposiciones de la Constitución formal relacionadas con la organización de la economía. Es decir esta postura reconoce la importancia de la ordenación constitucional de la economía, independientemente de la forma o sistema que se adopte. Así, la descripción que se hace, permite el funcionamiento de todos los sistemas económicos posibles, siempre que se ajusten a los parámetros constitucionales, y

se excluyen, en consecuencia, aquellos que sean incompatibles con los mismos. Se ajusta esta posición a las denominadas Constituciones Económicas neutras (Bárcena, 2011, págs. 34-35).

Partidario de la primera concepción se encuentra a Schmitt. Para este la posibilidad de hablar de una Constitución Económica resulta compleja y rompe con el mandato de subordinación que registra el ordenamiento económico previsto en la Constitución respecto de esta. Incorporar el elemento “Constitución Económica”, podría dar paso a contradicciones entre aquel y la Constitución Política, circunstancia que rompería con el concepto unitario que de esta se predica (Maestro Buelga, 2002, pág. 41). Y esta premisa tuvo su origen en la polémica que sobre el artículo 165 de la Constitución de Weimar se estableció.

**SCHMITT** parte del análisis de las constituciones alemanas del siglo XIX en las que el concepto Estado se diferenciaba del concepto Sociedad<sup>10</sup>. Aquel podía ser diferenciado respecto de este y en consecuencia mantenía un criterio de neutralidad amplia y no intervención frente a la religión y la economía, resultando posible “construir una economía apolítica y un Estado sin economía” (Schmitt, 1998, pág. 128). Y lejos de lo que se pudiera considerar en la actualidad, estas premisas sirvieron como base del Derecho Público Alemán.

La tendencia liberal, propia del siglo XIX, propendía a restringir las actuaciones del Estado al mínimo posible, impedirle, en consecuencia, cualquier intervención y “ataque” a la Economía, neutralizando su actuar. Se considera que el mercado, diferenciado del Estado, tendría la capacidad de adoptar las decisiones necesarias, basado en principios in-

---

10. Esta separación entre sociedad y Estado ha sido una de las discusiones clave dentro de la teoría jurídica del Estado. En el siglo XIX el dualismo procedía en la medida en que el Estado se “corporizaba en el Ejecutivo monárquico titular de un poder en principio ilimitado y no derivado del pueblo, y que, bajo tales premisas, se desenvolvía con relativa autonomía al margen de una Sociedad excluida en su mayoría de la participación política” (Hesse, 2012, pág. 121), pero con posterioridad, se comprendió que el Estado existe exclusivamente en la actuación social que desarrolla el ser humano por lo que su actividad se asociaría con un concepto de cooperación social que es solo una de las actividades que se dan dentro de la sociedad, pero no son todas, razón por la cual no podría pensarse que el estado sea la auto organización de la sociedad.

manentes, derivados de la libertad económica y contractual. Le correspondía al Estado intervenir, residualmente, para reestablecer las condiciones de libre competencia en caso de perturbación. Existía una confianza ciega en el mercado como elemento que, obedeciendo a las leyes de la oferta y la demanda, podía asignar de manera eficiente los recursos y garantizar el crecimiento económico.

Sin embargo, esta concepción vetusta entró en desuso en el momento en que desapareció la distinción entre Estado y Sociedad<sup>11</sup> y Gobierno y Nación. Cuando la sociedad misma se constituyó en Estado, naturalmente, los problemas económicos se convirtieron en problemas políticos que no escapan de la regulación<sup>12</sup>. El Estado no podrá seguir actuando como un mero observador respecto a la Economía, le corresponderá entonces asumir una posición mucho más activa.

Se produce el fenómeno de la auto organización de la Sociedad por parte del Estado. La tesis de la neutralidad<sup>13</sup> del Estado desaparece (Schmitt, 1998, pág. 136) y en el escenario económico es en donde se evidencian mayores reformas. Alemania experimenta las principales consecuencias de este fenómeno como producto de un hecho cierto e indiscutible: en la distribución de las rentas públicas a finales de la década de los veinte en Alemania, el mercado, y sus fuerzas intrínsecas, no determinaban la distribución de la mayor parte de la renta alemana sino lo hacía la voluntad del Estado. Es decir se había producido una mutación del papel del Estado en su relación con la ordenación econó-

---

11. La distinción entre Estado y Sociedad, no es un concepto armónico. Por ejemplo Erhard indica que “en una vida estatal ordenada, sectores vitales y culturales como la economía, la educación, la administración pública, la familia y la Iglesia no son ámbitos inconexos sino que en todas parte se hace visible su interdependencia y el enriquecimiento mutuo, lo cual produce mejores resultados en todos ellos, y a su vez redundan en favor de cada individuo y de toda la sociedad” (1994, pág. 35).

12. Para ampliar la visión sobre las dificultades que desde el punto de vista del constitucionalismo generó esta inicial separación del Estado y la Economía es posible consultar Ehmke (2006).

13. Schmitt concibe la neutralidad como la “pugna contra las fuerzas y métodos del Estado de partidos en coalición lábil, y su poder es lo suficientemente grande y lo bastante centralizado para agrupar entre sí diversas reacciones mediante una antítesis que les sirva de denominador común” (1998, pág. 168)

mica. Ya no se comporta como observador neutral sino que su papel se tornó activo y participativo.

A partir de esta realidad Schmitt precisa que, partiendo de la base de la diferenciación aún existente, entre Estado y Economía es necesario que cada uno de ellos posea una “Constitución” (una ordenación cualquiera), sin embargo, la Constitución Económica y Social no será la Constitución del Estado. Y esta diferencia se mantiene pues el ciudadano, en cuanto agente económico, no actúa de la misma manera que el ciudadano cuando ejerce sus derechos políticos y civiles. En este sentido es que este autor considera que la Constitución Económica sería la completa ordenación de la vida económica de una comunidad pero no la ordenación de otros escenarios, como el político.

No desconoce Schmitt las disposiciones económicas que tiene la Constitución de Weimar, sin embargo, precisa que reconocer la existencia de una Constitución Económica dentro de la Constitución daría origen al reconocimiento de constituciones contradictorias. Quedarían entonces las opciones de *deseconomizar* el Estado o sustituir la Constitución no económica por una Constitución Económica. Estas dos opciones no son de recibo pues registran amplias dificultades, así “*el sistema de Constitución Económica no tiene, en este caso, el sentido de hacer libre y autónoma la Economía, sino que solo trata de ofrecerla al Estado y someterla a él*” (Schmitt, 1998, pág. 166). Resultaba acertado, bajo esta perspectiva, hablar de un estado liberado de la Economía y una Economía liberada del Estado. Y ello no podría ser de otra manera al considerar que al establecer una Constitución Económica se hace necesario una unificación política, concepto imposible en la medida en que las fuerzas económico-sociales diversas y divergentes no se unifican en estructuras de policracia sino que se manifiestan con mayor desconsideración y ambición.

Parte entonces de la concepción de policracia para reconocer la necesidad de la neutralidad política y esta neutralidad se hará evidente, desde el punto de vista económico, con una Constitución Neutra. Y esa

neutralidad es la que permitirá indicar que los asuntos económicos deberán estar regulados por otras normas pero no por la Constitución, de no ser así esta perdería su sentido de la armonía. En este punto vale la pena indicar, como se advertirá posteriormente, que neutralidad constitucional no puede ser asimilada con inexistencia de clausulado de contenido económico en la Constitución sino como la inexistencia de un sistema económico expreso en la Norma Fundamental.

Estos argumentos se articulan con los que Schmitt presentó en su discurso “Un Estado fuerte para una Economía sana”, el 23 de noviembre de 1932, ante líderes de negocios, en donde precisaba la necesidad de una primacía del Estado sobre la Economía. La necesidad de subordinar el poder económico al poder político.

Un poco más conciliador aparece Neumann, para quien es posible hablar de Constitución Económica en la medida en que esta provee las fuentes y herramientas necesarias para que el Estado pueda intervenir de manera real en la Economía. El principal problema que encuentra no puede predicarse respecto de la existencia misma de la Constitución Económica, sino de su materialización, considerando el contraste entre el diseño constitucional y su realización efectiva. Su debate parte entonces de la necesidad de armonizar el diseño constitucional económico con la realidad.

Para este autor es absolutamente claro que la Constitución Económica no tiene prioridad sobre la Constitución del Estado, ni se encuentra a su mismo nivel, es decir parte de la idea de una subyugación de aquella respecto de esta (1987, pág. 53). Sin embargo la idea de la prevalencia de la Constitución del Estado permite predicar que no existe la posibilidad de encontrar contradicciones entre las dos disposiciones pues al existir subordinación, en caso de discordancia prevalecerá esta.

La premisa de la libertad económica, entendida como una libertad legal cualificada o mejorada, es la base de la Constitución Económica que, para Neumann es “*the system of norms wich orders state and social intervention into economic freedom*” (Neumann, 1987, pág. 58) y que como

sistema presupone cinco condiciones: la sustitución del empresario por el funcionario (y la consecuente necesidad de una burocracia que ordene la economía y participe de su gestión), el control de los mercados no sólo por leyes naturales (en clara alusión a Smith) sino por leyes relacionadas con el poder y los derechos, el reconocimiento a la existencia de mercados diversos y asociaciones profesionales en cada uno de ellos, el reconocimiento necesario al derecho a la intervención estatal en la ordenación de la economía y el reconocimiento del principio de libertad económica. Estos parámetros superan entonces la lógica del liberalismo clásico, promotor de un sistema de mercado libre sin intervención estatal.

Y, considerando que esta posición se contrapone a la de **SCHMITT** (Maestro Buelga, 2002, págs. 40-41) es necesario precisar que a diferencia de este, Neumann reconoce la importancia de la vinculación de las asociaciones sindicales en la dirección de la economía (art. 165 Constitución de Weimar) pues así se garantiza su participación democrática en el gobierno de aquella. La imposibilidad de deslindar al ciudadano político del ciudadano económico no encuentra asidero en Neumann y lo alejan en consecuencia de la visión de Schmitt.

La segunda posición, por el contrario, ha encontrado eco en la jurisprudencia de los Tribunales Constitucionales alemán y español<sup>14</sup> y surgió una vez culminó la Segunda Guerra Mundial al ser adoptado el Estado Social de Derecho como modelo en buena parte de los países afectados por el conflicto. Este modelo modificó la concepción que se tenía de la economía al armonizar las libertades económicas con la facultad de intervención del Estado en aquella. Se planteó entonces la posibilidad de que las disposiciones económicas constitucionales pudieran tener *“contenidos tan variados que bajo los mismos podían englobarse posiciones muy diferentes. Se entendió entonces que las normas de la*

---

14. Para el caso alemán las Sentencias del 20 de julio de 1954 (Ley de Ayuda a la inversión) y del 1 de marzo de 1979 (Ley de Cogestión de los Trabajadores) y para el caso español la sentencia 1/1982 del 28 de enero (Cajas de Ahorro de las Comunidades Autónomas).

*Constitución Económica eran cláusulas abiertas cuyo contenido debía ser precisado por el Legislador ordinario y por la Administración de cada momento, por ser ellas las instancias a cargo de quienes se encuentra la orientación de la economía”* (Santaella Quintero, 2001, pág. 86).

Es a partir de esta interpretación del orden constitucional económico que surge la tesis de la “neutralidad económica” de la Constitución. Para esta, las constituciones describen, de manera abierta y flexible, principios y disposiciones de contenido económico que podrían ajustarse a sistemas económicos determinados que, no necesariamente excluyen a otros<sup>15</sup>. Esta mención es la que abrió la puerta a la neutralidad constitucional económica y parte de la base de la constitucionalización de la Economía sin apegarse a un sistema económico determinado. Es en este punto en donde se produce un deslinde respecto a la posición inicial, en este sentido se reconoce la necesidad de incorporar disposiciones de ordenación económica en la Constitución sin que, necesariamente se constitucionalice un sistema económico único y determinado que presente problemas respecto a su efectividad y realización material.

Esta tesis de neutralidad económica de la Constitución, respecto de un sistema económico en particular, permite la libertad para el legislador y el ejecutivo de desarrollar normas y políticas públicas de contenido económico, con independencia de un sistema económico predeterminado, considerando principios constitucionales generales<sup>16</sup>. En palabras de HESSE “*la Constitución también puede tener interés en no someter a normas jurídicas un determinado espacio vital, o bien hacerlo solo*

15. Como advierte Díez-Picazo “no debe la Constitución preconizar un sistema económico único, sino constituir un marco abierto a todas las posibles transformaciones” (1977, pág. 47).

16. Al respecto vale la pena traer a colación el voto particular del Magistrado Luis Díez Picazo en la sentencia de inconstitucionalidad 181/84, del 16 de noviembre: “El concepto de Constitución Económica designa el marco jurídico fundamental para la estructura y funcionamiento de la actividad económica o, dicho de otro modo, para el orden del proceso económico. En ella se definen el orden económico en sus fundamentos esenciales y se establecen normas que sirvan de parámetros para la acción de los operadores económicos. Así entendida, *la Constitución Económica contenida en la constitución política no garantiza necesariamente un sistema económico ni lo sanciona. Permite el funcionamiento de todos los sistemas que se ajustan a los parámetros y solo excluye aquellos que sean contradictorios con las mismas*” (cursivas fuera de texto).



*bajo algunos aspectos: determinadas cuestiones, como, por ejemplo, la Constitución Económica, la Norma Fundamental los deja abiertos al objeto de dejar en ellos libre espacio a la discusión, decisión y configuración”* (1983, pág. 19). Esta premisa parte de la idea de que la Constitución posee una dimensión axiológica que responde a una determinada concepción valorativa que permite su adaptación a nuevas realidades emergentes. Se considera que no es posible fijar, de manera inmóvil, el ordenamiento constitucional a un sistema económico determinado, pues ello pondría en riesgo el futuro de la economía. Lo que se hace necesario es una *“comprensión imparcial del ordenamiento de la economía como unidad de elementos diversos y opuestos”* (Ehmke, 2006, pág. 341).

Independientemente de la perspectiva que se adopte, es preciso entender que las constituciones no pueden mantenerse aisladas respecto de la ordenación económica y limitarse al reconocimiento de derechos y garantías, determinación de la estructura y modelo de Estado y condiciones para la reforma o la sustitución constitucional. Tampoco se puede pretender que la Constitución determine regulaciones cerradas del ordenamiento económico pues su realidad es mutable y las bases que la ordenan deben ser abiertas y flexibles. Hoy por hoy nadie podrá desestimar la fuerte relación e interdependencia que existe entre el Derecho y la Economía. Considerando que los principios y preceptos constitucionales son “unos” no será posible colegir que existe autonomía sectorial respecto de la Constitución Económica y que en consecuencia esta podría ir en contradicción con la Constitución Política. Por el contrario, los preceptos que tiene la Norma Fundamental registran unidad respecto de sus destinatarios y la determinación de la validez de cualquier norma jurídica relacionada con el manejo económico del Estado no se determina de acuerdo con la Constitución Económica, considerada de manera aislada, sino con la Constitución Política; es el orden básico que esta consigna el que la convierte en *“informador sustancial de su contenido y de sus elementos, que marca los límites y derroteros que legitiman y dan sentido a las instituciones, poderes y competencias dispuestos”* (Correa Henao, 2009, pág. 83).

## REFERENCIAS

- ARAGÓN REYES, M. (1993). Constitución y modelo económico. En AA.VV, *Simposio Internacional sobre Derecho del Estado. Homenaje a Carlos Restrepo Piedrahita*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- \_\_\_\_\_. (1995). *Libertades económicas y estado social*. Madrid: McGraw - Hill.
- ASENJO, O. D. (1984). *La constitución económica española Iniciativa económica pública “versus” iniciativa económica privada en la Constitución española de 1978*. Madrid: Centro de estudios constitucionales.
- BÁRCENA, J. D. (2011). *El gobierno de la economía europea. Crisis e indeterminación institucional* (Vol. 3). Barcelona: JMBosch Editor.
- BASSOLS COMA, M. (1985). *Constitución y sistema económico*. Madrid: Tecnos.
- CIDONCHA MARTÍN, A. (2004). La libertad de empresa en el marco de la economía de mercado: el artículo 38 de la Constitución española. Madrid, España.
- CORREA HENAO, M. (2009). *Libertad de empresa en el Estado Social de Derecho*. Bogotá: Universidad Externado.
- COSCULLUELA MONTANER, L., & LÓPEZ BENITEZ, M. (2011). *Derecho Público Económico* (4 ed.). Madrid: Iustel.
- EHMKE, H. (Enero-Junio de 2006). Economía y Constitución. *Revista de Derecho Constitucional Europeo*(5), 329 - 380.
- ENTRENA CUESTA, R. (1981). El principio de libertad de empresa. En F. (. Garrido Falla, *El modelo económico en la constiución española* (pág. 31). Madrid: Instituto de Estudios Económicos.
- EUCKEN, W. (2011 (1952)). Las fuerzas influyentes: El Estado. En A. Muller-Armack, L. ERHARD, B. Herzog, D. H. Ernste, W. Eucken, M. Marktanner, . . . N. Klotten, *Una mirada a la teoría, a los modelos económicos y a la economía de mercado. Reflexiones teóricas para Bolivia* (págs. 77-90). La Paz, Bolivia: Fundación Konrad Adenauer Stiftung.
- FERMANDOIS VOHRINGER, A. (2011). *Derecho Constitucional Económico. Garantías económicas Doctrina y Jurisprudencia* (2 ed., Vol. I). (E. U. Chile, Ed.) Santiago de Chile.

- HAYEK, F. A. (1978 (1944)). *Camino de servidumbre*. (J. Vergara Doncel, Trad.) Madrid: Alianza Editorial.
- HELLER, H. (1977). *Teoría del Estado*. México: Fondo de Cultura Económica.
- HESSE, K. (1983). *Escritos de Derecho Constitucional*. (P. C. Villalón, Trad.) Madrid: Centro de Estudios Constitucionales.
- HUMBOLDT, W. v. (1988 (1792)). *Los límites de la acción del Estado*. (J. Abellan, Trad.) Madrid: Tecnos.
- JOERGES, C. (Enero - Abril de 2005). ¿Qué tiene de social - demócrata la Constitución Económica europea? *Revista Española de Derecho Constitucional (Nueva época)*(73), 9 - 53.
- LASALLE, F. (1984). *Qué es una constitución*. Barcelona: Ariel.
- LÓPEZ GARRIDO, D. (Mayo - Agosto de 1993). Apuntes para un estudio de la Constitución Económica. *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*(15), 79 - 96.
- MAESTRO BUELGA, G. (2002). Constitución económica e integración europea. *Revista de Derecho Político*(54), 33-III.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S. (1991). *Derecho administrativo económico*. Madrid: La Ley.
- MORENO, L. F. (2000). Teorías de la constitución económica. *Contexto*, 1.
- NEUMANN, F. (1987). On the preconditions and the legal concept of an economic constitution. En A. & Unwin, *Social democracy and the rule of law* (págs. 44-65). Londres.
- SANCHEZ AGESTA, L. (1977). El orden económico y social en el constitucionalismo español. En L. (. Sanchez Agesta, *Constitución y economía (la ordenación del sistema económico en las constituciones occidentales)* (pág. 519). Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado.
- SANTAELLA QUINTERO, H. (Diciembre de 2001). El modelo económico en la constitución de 1991. *Derecho del Estado*(11), 85-93.
- SCHMITT, C. (1998). *La defensa de la Constitución* (Segunda ed.). Madrid, España: Tecnos.

# RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL Y PRINCIPIOS RECTORES DE NACIONES UNIDAS EN EL MARCO DEL INSTITUCIONALISMO

*Dilia Paola Gómez Patiño<sup>1</sup>*

Mucho se ha dicho sobre la responsabilidad social: en sus inicios fue entendida como una medida filantrópica a través de la cual las empresas destinaban una pequeña parte de recursos a obras sociales, sin ninguna vinculación particular con su negocio. Luego, se amplió el concepto y se empezaron a desarrollar programas con públicos de interés externos a las entidades, pero esta vez con objetivos más relacionados con los ámbitos de influencia de éstas. Hoy por hoy gana terreno el concepto que la responsabilidad social tiene injerencia transversal en todos los ámbitos de la operación empresarial y que implican los impactos generados por el desarrollo de sus actos: gobierno corporativo, medio ambiente, derechos humanos, transparencia, son algunos de los asuntos más relevantes que considera la responsabilidad social.

Pero por qué considerar la responsabilidad social y en especial a la empresa como un actor clave? Porque la empresa y demás actores económicos son artífices clave de la sociedad actual, de sus estructuras y

---

1. Colombia. Docente asociada e investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada. Correo electrónico: [dilia.gomez@unimilitar.edu.co](mailto:dilia.gomez@unimilitar.edu.co) o [diliapg@yahoo.es](mailto:diliapg@yahoo.es).

Abogada CL, Universidad Militar "Nueva Granada", Magíster en Análisis de Problemas Políticos, Económicos e Internacionales, Universidad Externado de Colombia – Instituto de Altos Estudios para el Desarrollo. Consultora en temas de anticorrupción y de empresa y Derechos Humanos.

Este documento es producto de investigación del proyecto DER 2056 de la Facultad de Derecho de la Universidad Militar Nueva Granada en Bogotá – Colombia y conto con la fundamental colaboración de la estudiante Stefany Juliana Ortiz Nieto.

formas de organización. En el marco de una economía globalizada, la empresa desempeña un rol generador de oportunidades pero también de profundas brechas de inequidad. Las empresas tienen impactos económicos, sociales y ambientales en su ámbito interno y en su entorno. Así, las empresas contribuyen al crecimiento económico y desarrollo de los estados, pero también pueden vulnerar derechos humanos.

Una forma de explicar dichos cambios y de articularlo con el escenario general se da a través del institucionalismo; teoría que plantea los movimientos en el mundo a partir de las distintas instituciones: Estados, Empresa y Grupos de presión, a partir de su desarrollo histórico

En la interacción de las instituciones, fue necesaria la creación de reglas claras que garantizaran el respeto y protección de los derechos humanos, y en el marco de la responsabilidad empresarial, éstas debían estar dirigidas tanto a las empresas como a los Estados.

La protección y garantía de los derechos humanos (DDHH) como requisito básico de toda actividad social y económica ha presentado durante las dos últimas décadas transformaciones esenciales tanto en su regulación como en las conductas empresariales. Ahora hay una estrecha articulación de diversos actores sociales que reclaman que el desarrollo no implique vulneración de derechos ni prácticas que atenten contra la sostenibilidad.

Este es el cimiento sobre el cual surgieron los nuevos estándares internacionales, como resultado de la globalización de las actividades económicas, y sus efectos para la protección y garantía de los Derechos Humanos. El abordaje de estos asuntos requiere un respeto integral al marco reconocido a través de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, incluyendo los derechos fundamentales establecidos en el marco de la Organización Internacional del Trabajo. Naciones Unidas, desde hace más de 40 años, viene debatiendo acerca de qué tipo de medidas tomar para evitar que estos abusos y arbitrariedades sigan ocurriendo: En 1972, durante la tercera conferencia de Naciones Unidas sobre el *Comercio y el Desarrollo* (UNCTAD), se hizo un llamado a crear

un Código de conducta para empresas transnacionales, en 1977, la Organización Internacional del Trabajo (OIT) adoptó la Declaración Tripartita de Principios sobre las Empresas Multinacionales

En el año 2005 el Secretario General de Las Naciones Unidas designó al Sr *John Ruggie* como Representante Especial para los asuntos de Empresa y Derechos Humanos. En el 2008 tras consultas con diferentes grupos de interés y expertos de todas las regiones. Ruggie presentó un marco de políticas para enfrentar mejor los desafíos de las empresas y de los derechos humanos. Durante el mes de julio de 2011 el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas aprobó el informe final denominado “*Principios rectores para la aplicación del Marco de Protección, el respeto y remedio de las Naciones Unidas*”, conocidos también como los Principios de Ruggie. Aunque dichos Principios aún no son jurídicamente vinculantes, son hoy por hoy el instrumento orientador en materia de protección, respeto y remedio tanto para las empresas como para los Estados en relación con éstas; pues buscan “*precisar las implicaciones de las normas y métodos actuales para los Estados y las empresas; e integrarlas en un modelo único lógicamente coherente e inclusivo; y en reconocer los puntos débiles del actual sistema y las mejoras posibles*”; (RUGGIE , 2011, pág. 5).

Como se dijo, los Principios consideran los impactos de las empresas y el rol de Estado respecto a éstos. Así, los principios se dividen en tres núcleos fundamentales PROTEGER, RESPETAR Y REMEDIAR, que operan así: el primero, PROTEGER, es responsabilidad del Estado; el segundo, RESPETAR, de responsabilidad de las empresas; y REMEDIAR, de responsabilidad conjunta del Estado y la empresa.

En suma, la interacción de las distintas instituciones generó una preocupación por el respeto de los derechos humanos, evidenciada en el desarrollo de la Responsabilidad Social Empresarial (RSE), labor cristalizada a través de los principios de Ruggie como normas sin carácter vinculante, generando la necesidad de analizar su presencia en el ámbito internacional con el objetivo de entender si efectivamente existe una aplicación de los mismos en la actualidad.

El propósito de este documento es describir el desarrollo de los Principios de Ruggie en la normatividad internacional a la luz de los derechos humanos, en el marco del institucionalismo como eje fundamental de la Responsabilidad Social Empresarial (RSE) y en el contexto internacional.

## **EL INSTITUCIONALISMO Y LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL**

El desarrollo de la responsabilidad social empresarial ha sido influenciado directamente por las instituciones, a través de estas se empezó a buscar una respuesta a las situaciones problemáticas generadas por las empresas.

El institucionalismo parte del estudio de las instituciones como reglas de funcionamiento de la sociedad, considerándolas como acciones de gobierno en los campos de las organizaciones, existiendo recursos de los distintos sujetos para obtener el logro de sus objetivos (VARGAS, J., 2008).

El insumo de la teoría las instituciones, es el conjunto de reglas, *“que gobiernan las relaciones entre los ocupantes de roles en organizaciones sociales como la familia, la escuela y demás áreas institucionalmente estructuradas de la vida organizacional: la política, la economía, la religión, las comunicaciones y la información, y el ocio”* (MACIVER Y PAGE [1949] 1961, MERTON 1968c, NORTH 1990, HOLLINGSWORTH 2002, citado por PORTES 2006). En este contexto se encuentran como instituciones aquellas de control económico, religioso o político, los Estados, los grupos de presión. Aunque su estudio partió de un análisis en el marco de un mundo capitalista, hoy en día se estudian a la luz del cambio organizacional (PORTES, 2006).

Dentro de las características de las instituciones se evidencia que estas *(i) incorporan y excluyen, estableciendo las reglas, procedimientos y resultados que se materializaran o no en el mundo real; (ii) congregan y estabilizan, ello se da en cuanto al procesamiento y utilización de la información a la que (la institución tiene acceso); finalmente (iii), amplían los horizontes temporales de los actores, pues se busca aumentar el espectro temporal de influencia, con el propósito de generar cambios a partir de sus acciones* (CAVADIAS, E., 2001)

Por otra parte, en el marco del análisis de la relación empresa – derechos humanos, desde la perspectiva de la responsabilidad social empresarial; es preciso identificar que existen dos tipos de instituciones: las de movimiento lento (cultura, religión) y aquellas de movimiento rápido (normas legales), (PORTES, 2006).

Las instituciones, en este orden de ideas hacen parte integral de los distintos acontecimientos sociales que alimentan al globo, encontrándose que en materia de derechos humanos confluyen instituciones de movimiento lento, caracterizadas por su alta duración en el tiempo y dificultad de transformación, y las instituciones de movimiento rápido entendidas como aquellas que varían con más facilidad dependiendo del momento histórico en el cual se encuentren.

Otra división de las instituciones, según su formalización en la ley son instituciones formales y no formales. Las primeras son aquellas creadas normalmente por escrito en las leyes y reglamentos, y dan respuesta a las problemáticas económica, social y política de manera directa. Estas instituciones generan mandatos de obligatorio cumplimiento, ya que poseen el poder coercitivo para hacerlos cumplir, se encuentran dirigidas al ámbito del dominio público; las segundas, son instituciones que no se ven reflejadas por escrito, y que no imponen un obligatorio cumplimiento a sus mandatos (CAVADIAS, E., 2001).

Es importante hacer esta distinción porque la Responsabilidad Social Empresarial, se encuentra nutrida, desarrollada e influenciada directamente tanto por las instituciones de movimiento rápido como por las de movimiento lento. Respecto a la formalidad de las instituciones, las instituciones formales tendrán una estrecha relación con el derecho positivizado, en contraposición con las no formales que están íntimamente ligadas al *soft law*<sup>2</sup>.

---

2. El *Soft Law* se entiende como el conjunto de actos o instrumentos jurídicos que carecen de obligatoriedad, pero presentes en el sistema de fuentes, tales como recomendaciones, resoluciones, instrucciones, planes, circulares, normas técnicas, cartas de servicios, códigos de conducta o de buen gobierno, entre otros. (Alarcón García, G., 2010).



En cuanto a la Responsabilidad Social Empresarial, se encuentran tres instituciones fundamentales que juegan un papel decisivo en el marco de la Responsabilidad, estas son: Empresa, Estado y Grupos de Presión, estas tres instituciones, son las que tienen una relación directa en el sector empresarial; sin embargo su relación a nivel histórico ha estado marcado por desequilibrio de poder y constante conflicto.

Cada una de las instituciones antes mencionadas, tuvo un surgimiento en épocas diferentes, de allí que los objetivos de cada una sean tan distantes, por ello es importante analizarlas someramente:

La primera institución en aparecer fue el **Estado**:

Esta es una de las instituciones más antiguas a nivel histórico, y más influyentes para la época actual, pues establece reglas de funcionamiento de la sociedad de primera mano (Hernández, J. G. V., (2008). El Estado es una de las principales instituciones naciendo con la sociedad misma, y adquiriendo una relevancia absoluta en el periodo feudal en el cual se encontraba encabezada por la iglesia y por un monarca quienes eran dueños de carácter absoluto, dejando por fuera la posibilidad de asociados que se vieran beneficiados por este, además, en este periodo histórico era una institución manejada por otra institución la que fuere la Iglesia.

Por ello el Estado fue obligado a evolucionar teniendo en cuenta los distintos cambios sociales que se dieron en el siglo XVIII, y pasa a ser una institución seudo-independiente, que surgía a partir de un contrato social en el cual la institución brindaba garantías a sus asociados a cambio de una sujeción por parte de la población a la norma, surgiendo así un tipo de Estado denominado Estado de Derecho, caracterizado por su abstencionismo ante las situaciones de la vida social. Posteriormente, con el devenir de los años surgió el Estado Social de Derecho en el siglo XXI, más intervencionista.

Hoy día el Estado podría ser considerado como una institución fundamental de movimiento lento, que contribuye de manera directa e indirecta en los distintos acontecimientos sociales, directa pues es el responsable de

la conducción de sus asociadas, e indirecta ya que con sus acciones u omisiones trae grandes consecuencias a los mismos; además de una institución de tipo formal, puesto que positiviza sus mandatos y posee un poder coactivo que permite su acatamiento.

Por otro lado tenemos a **Empresa:**

La cual como actividad de desarrollo económico se empieza a ver con mayor fuerza tras el surgimiento de la burguesía, con la movilidad social de una clase media que empezó a ver una oportunidad de negocios en los pequeños burgos en las afueras de los grandes reinos, y que se catapultó en la Revolución Francesa, generando una nueva clase social que una vez dueña de la máquina y de otros medios de producción se tornó en un actor fundamental en la economía global, y por supuesto en la revolución Industrial, logrando cambiar el mundo como se conocía.

La empresa es una institución social en la que el conjunto de integrantes desarrolla un sistema de actividades, coordinando de forma consciente y con racionalidad limitada, en la búsqueda de determinados objetivos, determinada por el entorno y las estrategias de los individuos (HERNANGO-MEZ, S.F.).

Esta es una institución de movimiento rápido, que evoluciona de manera vertiginosa, teniendo en cuenta que en pro de su supervivencia debe adaptarse a las exigencias del momento, por lo cual como institución es un factor de cambio en todos los niveles de la comunidad, por ejemplo en el nivel económico y social.

Finalmente, la última institución, **los Grupos de Presión**, surgen según la necesidad del momento histórico, por ello han estado presente a lo largo de la historia, y básicamente representan la unión de un grupo de personas que luchan por unos ideales y conquistas fundamentales a nivel social.

Esta es una institución de movimiento rápido, pues como ya se dijo surge a raíz de los acontecimientos del momento, generando cambios

con respecto a los paradigmas del momento. Cabe destacar, que estos grupos se encuentran en todos los campos de la sociedad.

## RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL

La Responsabilidad Social Empresarial es un tema que involucra al Estado, la Empresa, y los Grupos de presión, puesto que si bien es la Empresa quien debe gestionarla, los grupos de presión fueron una causal para originarla, pues gracias a sus luchas sociales se coadyuvo a la concientización de la empresa, el Estado debió establecer parámetros que quitaban e imponían garantías, y finalmente es este quien conjuga estos dos elementos siendo un gestor de cambio

La Responsabilidad Social Empresarial se define como el compromiso que asumen las empresas hacia la sociedad en beneficio del desarrollo sostenible, es decir, es el equilibrio entre el crecimiento económico y el bienestar social. Para **BATEMAN Y SNELL** (2005) es definida como el compromiso que asumen las empresas hacia la sociedad en beneficio del desarrollo sostenible, es decir, es el equilibrio entre el crecimiento económico y el bienestar social.

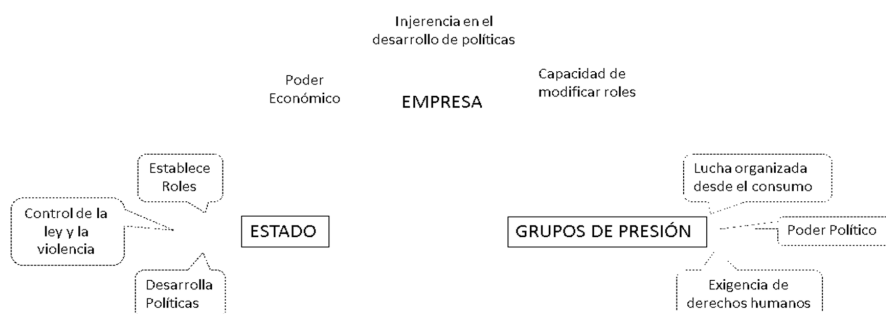
Su origen se remonta a la primera mitad del siglo XX, cuando apareció en América, y se cristalizó en los años 90 en Europa, *“utilizó este concepto para involucrar a los empresarios en una estrategia de empleo que generase mayor cohesión social”*, (AGUILERA CASTRO, A., BECERRA, P., & PATRICIA, D., 2012).

Se deben tener en cuenta que la mitad del siglo XX, el continente americano se vio enmarcado por las grandes revoluciones en el centro y sur del continente, y en el marco global se caracterizó por la guerra fría entre Estados Unidos y la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas.

De allí que se hizo necesario el compromiso que tuvieron que tomar las empresas a fin de hacer frente a esta nueva situación, ello aunado a la situación a que se vio enfrentada la población, grupo que buscó la situación

## RELACIONES INSTITUCIONALES – RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL

Es preciso establecer las relaciones que se dan entre estas tres instituciones en el marco de la RSE como se mostrará en el siguiente cuadro:



En esta relación los grupos de presión logran cambios fundamentales a partir de luchas organizadas desde el consumo, exigiendo derechos humanos a las empresas, quienes aunque hayan tenido en algún momento un papel de adversarios, hoy en día están buscando dar garantías a los trabajadores y por medio de los códigos de conducta han logrado tener injerencia en políticas globales, que propenden por la protección de los derechos humanos.

Por ello, en las últimas décadas, se ha podido mejorar la relación entre estas dos instituciones, gracias al papel progresivo de la empresa, en el cual se ha buscado una conversación constante con los Grupos de Presión, y a la disposición de estos en pro de mejorar las condiciones en distintos aspectos a nivel global

Esta primera relación que explicaremos es aquella que surge de la interconexión entre los Grupos de Presión y las Empresas. Esta es una relación conflictiva y de constante choque de intereses, puesto que en parte los grupos de presión nacen como una lucha organizada contra las grandes empresas que vulneran los derechos de los trabajadores y de otros sectores vulnerables de la población.

La segunda relación a estudiar es aquella relación entre la Empresa y el Estado, esta relación se encuentra enmarcada por intereses comunes ya que buscan objetivos similares, ello desemboca en una ayuda mutua, que en muchas ocasiones genera una amplia libertad para actuar en los límites de la legislación estatal. Pero que en otras genera un trabajo mancomunado en el cual la Empresa y el Estado se unen para mejorar las condiciones de la nación.

En este caso el Estado establece roles y políticas que la empresa puede llegar a modificar en razón al desarrollo que puede representar para la nación, ahora bien, ello no significa que el Estado no tenga injerencia alguna, pues este es la base de la sociedad y al ser una institución de carácter formal tiene el poder coercitivo de su lado para poder hacer cumplir su legislación

La última relación que se explicará es la relación que surge entre el Estado y los Grupos de Presión, este ha pasado por distintos estadios, pues existen motivos económicos de Estado en los cuales se deben sacrificar intereses individuales, pero por otro lado se encuentra el contrato social entre estas dos instituciones, según el cual el Estado debe proteger al conglomerado social, y por ello deben estar atentos a las peticiones y requerimientos de los Grupos de Presión.

En este orden de ideas, los grupos de presión a partir de las exigencias realizadas, en materia de derechos humanos, lograron cambios estructurales respecto al Estado, logrando permear su legislación, aunque se reitera que el Estado en razón a la búsqueda de un fin común, puede llegar a sacrificar algunos intereses de la población.

Tras lo anterior, es claro que entre estas tres instituciones se encuentran grandes brechas, pero también grandes acercamientos. Si bien es cierto tienen intereses contrapuestos, hoy en día han encontrado puntos de acercamiento, en especial en materia de derechos humanos.

Un claro ejemplo de esta interacción es la responsabilidad social empresarial, en la cual han contribuido estas tres instituciones.

## ACCIONES DE EMPRESAS Y DERECHOS HUMANOS

Una vez expuesto el contexto relacionado con las Instituciones y la responsabilidad social empresarial, es preciso describir la relación que surge entre Responsabilidad Social Empresarial y Derechos Humanos. Para esto se debe fijar la atención en la Empresa, la cual no es ajena a los distintos cambios sociales, y más que cualquier otro sujeto debe estar al corriente de los acontecimientos a nivel mundial.

La Responsabilidad Social Empresarial (en adelante RSE) se ve en el ámbito empresarial, privada y pública, buscando prácticas socialmente responsables. Este es esencialmente un concepto con arreglo al cual se decide voluntariamente contribuir al logro de una sociedad mejor y un medio ambiente más limpio (DÁVILA, A., & GÓMEZ, J. 2008).

Desde los años Veinte se empezó a vislumbrar la materialización de la RSE tras la creación de organismos que pudieran vigilar y controlar el papel de la empresa, para que fueran un factor de avance mundial; uno de dichos organismos fue la cámara de Comercio Internacional, organización de origen privado que ha logrado cambios estructurales en la materia.

La definición de RSE tomó impulso en los años setenta con las luchas sociales de la época, sumado al crecimiento desmesurado de las empresas transnacionales, cuyos ingresos han venido a rebasar el PIB de numerosos Estados, y también las violaciones de derechos fundamentales de las personas, generando gran preocupación y conllevando a que en la década de los 70 se creara el Consejo Económico y Social y la Comisión de Sociedades Transnacionales (compuesta por 48 Estados miembros) (MOLTO JEE, 2011); sin embargo su bajo impacto derivó en su desmantelamiento en 1994.

Como se dijo, dada la creciente demanda por la garantía y protección de los derechos humanos frente a las empresas en el 2005 se encargó al maestro Jhon Ruggie la elaboración de un instrumento que cumpliera con el plan ya descrito, labor que fue encomendada por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, gra-

cias a este trabajo del doctor John Ruggie en 2008 la ONU Adopta el Marco de las Naciones Unidas: *proteger, respetar y remediar – segundo informe de Ruggie*. Así se genera el parámetro de unas directrices que claramente parten de la carta de los Derechos Humanos promulgada por las Naciones Unidas, y que encontraron su desarrollo en los principios de Ruggie promulgados en el 2011.

## PRINCIPIOS DE RUGGIE

Del estudio de los principios que como se mencionó tuvieron su origen en la necesidad de directrices que ayudaran a controlar el papel de la empresa como victimario, cristalizadas en el año 2005 cuando se encargó al maestro Ruggie la elaboración de un instrumento que cumpliera con el plan ya descrito, labor que fue encomendada por el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, generando el parámetro de unas directrices que claramente debían partir de la base de la carta de los Derechos Humanos promulgada por las Naciones Unidas, y que encontraron su desarrollo en los principios rectores en Empresa y Derechos Humanos, mejor conocidos como los principios Ruggie promulgados en el 2011 por la Asamblea General de las Naciones Unidas.

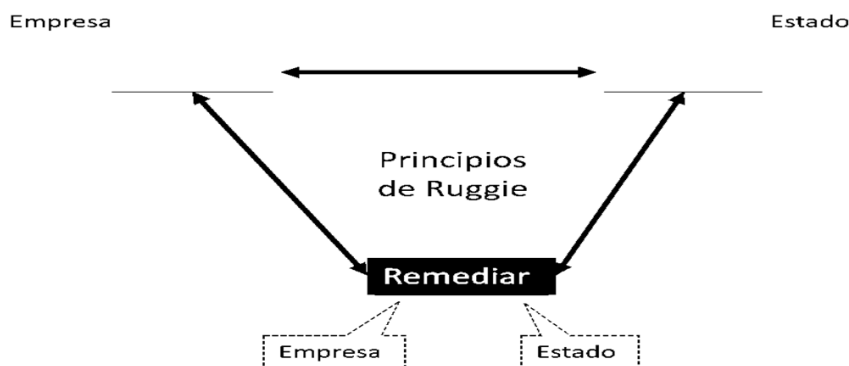
Aunque se debe tener presente que estas reglas no tienen un carácter vinculante pues si bien las empresas y los Estados, están intentando darle aplicación, no están obligadas a hacerlo y actualmente, las medidas adoptadas no son lo suficientemente fuertes, por ejemplo el intento de legislar en los Estados en “países como Canadá, Australia o Inglaterra, han sido archivados en sus respectivos parlamentos” (HERENCIA CARRASCO, S. 2015, p 2).

Si bien es cierto que las grandes empresas podrían en algún momento buscar la manera de resistirse a la norma interna, si los Estados se unen y dan aplicación a la idea del profesor Ruggie, lograrían cerrar las puertas a aquellas empresas que no quisiesen dar acogida a los mismos, de allí que los principios sean definidos por la OFICINA DEL

ALTO COMISIONADO DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LOS DERECHOS HUMANOS, 2011, citado por JARAMILLO GÓMEZ, M. C., & GÓMEZ MOLINA, J. (2015):

Los Principios Rectores son la norma global de prácticas que se espera actualmente de todos los Gobiernos y las empresas en relación con las actividades empresariales y los Derechos Humanos. Aunque no constituyen en sí mismos un documento legalmente vinculante, los Principios Rectores detallan las implicaciones de las normas y prácticas existentes para los Estados y las empresas, e incluyen puntos cubiertos de distintas maneras en la ley y la práctica internacionales (p. 17).

Tenemos 31 principios agrupados en tres grupos PROTEGER, RESPETAR Y REMEDIAR, y cada uno de los grupos se constituye por unos principios fundacionales y otros operacionales, que se pasaran a analizar a continuación:



**PROTEGER**, el cual parte en el Estado y su obligación de proteger los derechos humanos frente a terceros.

Este primer grupo de 10 principios, se encuentra dirigido principalmente al Estado, dándole parámetros claros para lograr proteger a terceros de posibles vulneraciones, de cierto modo este núcleo, está recor-



dando al Estado su labor primaria cual es proteger a sus asociados y proporcionarles condiciones de vida digna.

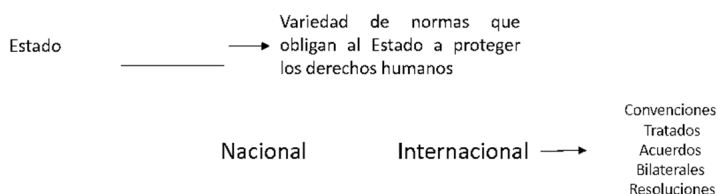
Se debe entender por protección de los derechos humanos, en dos direcciones una interna (políticas de desarrollo económico, normatividad interna y compromisos políticos) y una externa (relación del Estado con las empresas, con organizaciones bilaterales o multilaterales) en su dirección interna se encuentra que el Estado debe asegurar el ejercicio de los derechos humanos en su legislación interna para la protección de los derechos humanos, además de basar su desarrollo económico y político en la efectividad de los mismos y en su dirección externa debe abstenerse de suscribir compromisos internacionales que vayan en contra de los derechos humanos y asegurar que sus relaciones económicas con las empresas se encuentren reguladas por su derecho interno y así evitar situaciones de detrimento de los derechos en las aéreas donde las empresas realizan sus actividades económicas.

Este núcleo, es el que tiene mayor normatividad internacional, que lo complemente y que permita su aplicación, teniendo en cuenta que al hacer parte de una de las funciones propias del Estado, distintos pactos y tratados internacionales, imponen el deber de proteger los derechos humanos a nivel social, incluyendo la protección frente a violaciones por parte de terceros.

Cabe destacar que en cuanto a este grupo de principios el Estado contara con la herramienta fundamental de la actividad legislativa, pues serán las distintas leyes las que establezcan la protección ya mencionada, ello sin dejar de lado las distintas constituciones, que en principio regulan unas garantías fundamentales, que tienen el imperativo de ser protegidas por el Estado, y como ya se dijo los tratados internacional, que al ser ratificados por los Estados, deberán ser aplicados por los mismos. También se cuenta con políticas públicas que buscan la protección en los distintos ámbitos de la vida social del Estado.

Estos principios tienen una mayor efectividad y su desarrollo viene de tiempo atrás, por ello no solo buscan un desarrollo normativo inter-

nacional, también buscan que los Estados se apropien de los derechos humanos y los integren como pilares básicos en su ordenamiento jurídico y político, fortaleciendo sus instituciones frente a las prácticas de las **EMPRESAS** y evitando situaciones de conflicto.



**RESPETAR**, es la obligación de las empresas respetar los derechos humanos, lo que significa actuar con la debida diligencia para no vulnerar los derechos de terceros, y reparar las consecuencias negativas de sus actividades.

Estos principios se encuentran dirigidos de manera directa a la empresa, la cual como institución tiene el deber de respetar los Derechos Humanos en el país al que llegare, sin embargo frente a este grupo de principios, no existe una vinculación clara, siendo poca la normatividad internacional aplicable a los principios que desarrolla.

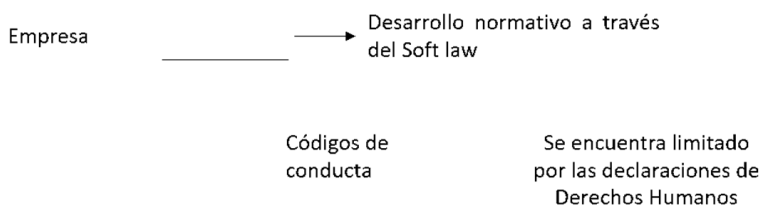
Este núcleo representa un imperativo de toda persona, bien sea jurídica o natural que es el deber de respetar los derechos humanos, sin embargo logra el profesor Ruggie aterrizarlos de tal manera que clarifica que la empresa no solo debe tener una acción pasiva (no violar los derechos humanos de las poblaciones donde se ubique la empresa) también se refiere a que las empresas deben generar políticas tendientes a mejorar la aplicación y eficacia de los mismos, más que un pacto de no hacer es un pacto de trabajar en común por el desarrollo de los derechos humanos.

De allí que si bien se encuentran plasmados en esa resolución de las Naciones Unidas, y existe alguna normatividad dispersa, no existe una herramienta clara que obligue a la empresa de una manera clara, pues en este ámbito será la empresa (en su mayoría las transnacionales) las que de-

cidan si se acogen o no a distintos pactos que al ser conformados por lo menos por una persona jurídica de derecho privado (en la mayoría de los casos) serán de carácter voluntario, por lo cual pueden surgir como un compromiso político de la empresas respecto a los derechos humanos o como un de arreglo directo entre la empresas y la población a la cual se le vulnera sus derechos pueden ser parte de una política empresarial o un compromiso mundial, sin necesidad de normas vinculantes o tribunales que ejerzan un control sobre estos compromisos, poseen el valor que la empresas les otorgue a nivel de su política interna; pero no debemos subestimar estos compromisos voluntarios, puesto que se encuentran diferentes ONGs y grupos sociales que ejercen presión para exigir su aplicación, además que en los últimos años la posición de algunas empresas ha sido de reconciliación dando prioridad a estos códigos de conducta los cuales pueden ser vistos como una forma de compromiso entre las empresas y las poblaciones afectadas por sus actividades económicas.

En este orden de ideas, se llega a la conclusión de que este núcleo de principios se debe valer de dos herramientas fundamentales: la debida diligencia, y la minimización de la probabilidad de daños o la minimización de los daños causados, para lograr sus fines.

Este grupo de principios representa la Responsabilidad Social Empresarial en su máxima expresión, pues en este se dan unas primeras reglas que ayudaran a que la empresa logre la labor de construir una Globalización Sostenible.



**REMEDIAR**, este núcleo se centra en la victima por esto en ellos convergen tanto la empresas como los Estados ya que son estas dos ins-

tituciones quienes están llamadas a repararlas, por lo tanto se evidencia la mixtura de dos posturas por un lado el derecho convencional obligatorio y vinculante (mecanismos de acceso a la justicia) y por otro el softlaw (mecanismos alternos a la solución de conflictos) podemos decir que estos principios en su mayoría son de carácter procesal; donde las víctimas de violaciones de derechos humanos toman mayor relevancia y se busca evitar sentencias con excelentes argumentos en el mundo jurídico, pero con una aplicación nula en la vida real, es decir sin efectividad, por lo tanto lo que buscan estos principios es una reparación *integral, rápida y efectiva*.

Respecto a su desarrollo normativo se encuentran las principales declaraciones y convenciones de derechos humanos ya mencionados en lo relativo a el acceso a la justicia, esto en relación directa con el deber del Estado a la hora de administrar justicia, también se encuentran presentes normas de soft law destinadas a las empresas y a reforzar su deber de reparar los daños causados y cesar las actividades que representen un peligro o una violación a los derechos humanos.

Este núcleo de principios posee más vacíos jurídicos, y no es de extrañar, pues es este el que busca crear acciones certeras que busquen frenar a las multinacionales, y realmente no existe actualmente un instrumento actualmente que sea certero y coercitivo que ayude a frenar las acciones u omisivas de las Empresas, en especial ante multinacionales.

Estos principios buscan la reparación integral de los grupos sociales que se ven afectados por las actividades económicas de las EMPRESAS bajo parámetros de eficacia, acceso a la justicia, efectividad, equidad y proporcionalidad, para ello muestra dos caminos, el primero se basa en el acceso a la justicia formal, que debe ser garantizado por el Estado a través de medios como tribunales jueces y fiscales; el segundo se basa en el desarrollo de nuevas formas de acceso a la reparación valiéndose de los M.A.S.C. parte que ha tenido un bajo desarrollo tanto en el soft law como en el derecho convencional.



————— → Conjunción del derecho  
convencional y el Soft Law



### PARA CONCLUIR

Si bien la RSE ha evolucionado y cada vez encuentra mejor sustento jurídico en las jurisdicciones nacionales e internacional, su nivel de obligatoriedad en bajo y queda supeditada al compromiso empresarial de operar con una perspectiva de sostenibilidad.

La comunidad internacional, con los Principios Rectores ha dado pasos contundentes; sin embargo, el reto es unir a los Estados para que generen un instrumento de carácter vinculante, suscrito por ellos que pueda desarrollar de manera integral la construcción de empresas socialmente responsables.

Los grupos de presión, son actores clave para visibilizar las vulneraciones generadas por la empresa, con el fin de llamar la atención de los organismos internacionales, de los Estados y del mismo sector productivo que se ve abocado a riesgos legales, económicos y reputacionales derivados de su proceder.

Llama la atención que la RSE sea sigue siendo percibida como un elemento reputacional y no como una obligación social, de operar no sólo con el propósito de generar ganancias sino de contribuir a la sostenibilidad como bien común.

De todo lo anteriormente descrito, surge como la recomendación construir una normatividad completa, que genere un parámetro de sujeción tanto para los Estados como para las Empresas, para que de manera conjunta empiecen a generar una solución a los retos plateados.



Y por ello se debe generar un instrumento que se claro, junto con protocolos que se acogidos por la mayoría de los Estados y que se una con las políticas estatales para que de este modo se prevengan las lagunas jurídicas que hoy existen.

## BIBLIOGRAFIA

- AGUILERA CASTRO, A., BECERRA, P., & PATRICIA, D. (2012). *Crecimiento empresarial basado en la Responsabilidad Social*. Pensamiento & Gestión, (32), 1-26.
- ALARCÓN GARCÍA, G. (2010). *El soft law en nuestro sistema de fuentes*.
- BATEMAN, T. S. & SNELL, S.A. (2005). *Administración: Un nuevo panorama competitivo*. (4a ed., pp.147, 150-151). México: McGraw-Hill/Interamericana. .
- CAVADIAS, E. (2001). *El nuevo institucionalismo en América Latina*. Ciencias de Gobierno, 5(10), 11-25
- DAUGAREILH, I. (2009). Responsabilidad social de las empresas transnacionales: análisis crítico y prospectiva jurídica/Corporate Social Responsibility in transnational firms: A critical and prospective legal view. Cuadernos de relaciones laborales, 27(1), 77.
- DÁVILA, A., & GÓMEZ, J. (2008). *Responsabilidad social empresarial: un reto para la industria química*. Shyntesis, 48, 1-7.
- HERENCIA CARRASCO, S. (2015). *Empresas, Derechos Humanos y la Responsabilidad Extraterritorial de los Estados de Origen* (Business, Human Rights and the Extraterritorial Responsibility of Home States). Suplemento “Jurídica” del Diario Oficial El Peruano, (544).
- HERNÁNDEZ, J. G. V. (2008). *Perspectivas del Institucionalismo y Neoinstitucionalismo*. Centro universitario de Investigación de la Universidad de Guadalajara (México).
- JARAMILLO GÓMEZ, M. C., & GÓMEZ MOLINA, J. (2015). *Marco de las Naciones Unidas para la Protección de los Derechos Humanos en las Empresas: aplicación en Colombia*.
- MOLTÓ, J. E. E. (2011). *Los Principios Rectores sobre las empresas transnacionales y los derechos humanos en el marco de las Naciones Unidas para “proteger, respe-*

*tar y remediar*”: *¿hacia la responsabilidad de las corporaciones o la complacencia institucional?* The Guiding Principles on transnational corporations and human rights under the United Nations to «protect, respect and remedy»: towards corporate responsibility and institutional complacency? *Anuario Español de Derecho Internacional*, 27, 315.

PORTES, A. (2006). *Instituciones y desarrollo: una revisión conceptual*. *Cuadernos de Economía*, 25(45), 13-52.

VARGAS, J. (2008). *Perspectivas del institucionalismo y neoinstitucionalismo*. *Ciencia Administrativa*, (1), 47-58.

# UN ENFOQUE CRIMINOLOGICO DEL DERECHO A LA MEMORIA DE LAS VÍCTIMAS DEL TERRORISMO

*Mireia Company Alcañiz<sup>1</sup>*

## INTRODUCCIÓN

El Preámbulo de la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo y la Exposición de Motivos de la Ley autonómica 4/2008, de 19 de junio, de Reconocimiento y Reparación a las Víctimas del Terrorismo del País Vasco son los únicos cuerpos normativos que consideran a este colectivo como víctimas de vulneraciones graves y sistemáticas de los derechos humanos, que cuenta con más de un millar de personas asesinadas y violaciones constantes de derechos esenciales inherentes a la vida, la integridad ya sea física o psíquica, la libertad de expresión o la seguridad personal, a pesar de que hayan sido agentes no estatales sus perpetradores.

Esta realidad conlleva el reconocimiento de una serie de derechos vinculados a los valores básicos constitucionales y universales típicos de las sociedades democráticas a la par que el propio Estado asume la obligación de compensar los daños padecidos injustamente.

De esta manera, se les otorga un catálogo de derechos entre los que se encuentran la justicia, dignidad, reconocimiento, reparación, verdad, memoria y su significación política.

Precisamente, el derecho a la memoria tiene un papel muy relevante en dos direcciones, por una parte, incide positivamente en la recupe-

---

1. Criminóloga



ración de los afectados y, por otra parte, consigue crear un vínculo empático con la sociedad.

## LA REPARACIÓN: DIGNIDAD, JUSTICIA, VERDAD Y MEMORIA

La memoria junto con los valores de dignidad, justicia y verdad forman las piedras angulares sobre las que se asienta y afianza el proceso de reparación integral de los individuos afectados por acciones terroristas. Este tipo de reparación representa la finalidad última de las normativas tanto estatal como autonómicas referidas a la protección y reconocimiento conferidos a las víctimas a quienes se les reconoce expresamente haber padecido en primera persona diferentes clases de violaciones de los derechos humanos<sup>2</sup>.

En primer lugar, en un plano personal, la dignidad inherente a las víctimas las consagra y eleva a la consideración de referentes cívicos en la salvaguarda del sistema democrático, en la medida en que, representan los exponentes más básicos y claros de la defensa de la libertad y del Estado de Derecho frente al fenómeno terrorista. Como resultado del

---

2. De una manera similar a la redacción ofrecida por la ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección a las Víctimas del Terrorismo (en adelante ley 29/2011, de 22 de septiembre), la ley autonómica 4/2008 del País Vasco, de 19 de junio, de Reconocimiento y Reparación a las Víctimas del Terrorismo, adquiere el firme compromiso específicamente con las víctimas y, en términos generales, con el resto de la ciudadanía vasca a fin de garantizar la futura convivencia pacífica que deberá ser construida sobre la memoria de las víctimas con el objetivo de superar y dejar atrás el olvido, la invisibilidad y la incompreensión a los que se han visto abocados irremediamente las víctimas. En este contexto, la ley está articulada alrededor de dos ejes, el primero, relativo a las medidas sistematizadas acerca de las cuestiones materiales y asistenciales, mientras que, la novedad se encuentra en la segunda dimensión. Inspirados en los documentos internacionales de Naciones Unidas, el Consejo de Europa o la Unión Europea sobre la política de protección de las víctimas ante la constatación de violaciones graves de los derechos humanos y la práctica y la jurisprudencia internacional que han demostrado que, incluso, grupos privados aparte del aparato estatal pueden cometer violaciones graves de los derechos humanos, han elaborado un conjunto de derechos de las víctimas desde las perspectivas ética y política. Desde esta concepción de sujetos de derechos, la ley ha estipulado su contenido programático atendiendo en cada modalidad a sus destinatarios: 1) Los derechos de las víctimas: justicia, dignidad, reconocimiento y reparación; 2) Los derechos compartidos entre las víctimas y los miembros de la sociedad: la verdad, la memoria y su significación política; 3) Los derechos de la ciudadanía vasca: la paz, libertad y convivencia; Lizandro A. Cabrera Suárez, "El derecho a la memoria y su protección jurídica: avance de investigación", *Pensamiento jurídico* nº 36 (enero-abril 2013), 185.

tratamiento de símbolo ético y benefactor de la democracia, el Estado asume la obligación para con ellos de garantizarles un trato correcto y respetuoso, si bien, no sólo se circunscribe simplemente a la concesión de los derechos que les corresponden, sino que también los hace extensivos a la articulación y aseguramiento del sistema de ayudas, prestaciones y condecoraciones previstos a tal efecto<sup>3</sup>.

Perteneciente al ámbito legal, el valor de la justicia significa que los poderes públicos se encargarán de garantizar esencialmente dos aspectos. Por una parte, teniendo en cuenta la participación de las víctimas, se introducirán las medidas necesarias para evitar que se vean inmersas en la aparición y mantenimiento de situaciones de injusticia o desamparo. Por otra parte, acerca de los integrantes del grupo terrorista, los mecanismos jurisdiccionales impedirán la impunidad de los delitos de terrorismo y asegurarán el cumplimiento de la condena íntegra siempre de acuerdo con las previsiones legalmente aplicables<sup>4</sup>.

Finalmente, en una dimensión de reconocimiento se integran, a su vez, los valores relativos a la verdad y a la memoria que se hallan intrínsecamente vinculados. En una primera aproximación, la verdad se traduce en la obligación asumida por los poderes públicos de averiguar tres puntos: las causas de la victimización, quién ha sido el causante de la acción delictiva y, por último, determinar las víctimas, de tal forma que, éstas se sientan apoyadas por el sistema institucional. Además, a la hora de señalar qué ocurrió deben adoptar una posición firme de condena al terrorismo en cualquier de sus posibles manifestaciones. De igual manera, el relato del suceso que pone de manifiesto la violación de los derechos humanos dejará de lado, en consecuencia, las equidistancias de carácter político o moral, las ambigüedades y

---

3. Preámbulo Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo.

4. Preámbulo Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo.

las neutralidades valorativas, ciñéndose en exclusiva a la valoración objetiva de los hechos<sup>5</sup>.

Por último, la memoria consiste en la garantía no sólo de la lucha contra el olvido sino también el mantenimiento del recuerdo de las víctimas con un especial hincapié en el significado político que adquiere su victimización. Sin embargo, aquí no se agota su cometido pues va más allá buscando hacer realidad el merecido reconocimiento social del que son acreedores.

5. El Informe de la Relatora explicó que “Louis Joinet, antiguo relator Especial de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección de las Minorías, enumeró un conjunto de principios para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, centrados en cuatro pilares: el derecho a saber, el derecho a la justicia y el derecho a obtener reparación, y las garantías de no repetición (E/CN.4/Sub.2/1997/20/Rev.1). El derecho a saber se define no sólo como el derecho de las víctimas individuales o sus parientes próximos a saber lo que ocurrió (el derecho a la verdad), sino también como un “derecho colectivo que hunde sus raíces en la historia, para evitar que puedan reproducirse en el futuro las violaciones”(párrafo 17). El principio 2 reza como sigue: “el conocimiento por un pueblo de la historia de su opresión forma parte de su patrimonio y, por ello, se debe conservar adoptando medidas adecuadas en aras del deber de recordar que incumbe al Estado. Esas medidas tienen por objeto preservar del olvido la memoria colectiva, entre otras cosas para evitar que surjan tesis revisionistas y negacionistas”. El Sr. Joinet afirmó la necesidad de adoptar medidas de preservación de la memoria colectiva: “A nivel colectivo, las medidas de carácter simbólico, en concepto de reparación moral, como el reconocimiento público y solemne por el Estado de su responsabilidad, las declaraciones oficiales de restablecimiento de la dignidad de las víctimas, los actos conmemorativos, los bautizos de vías públicas, y las erecciones de monumentos facilitan el deber de recordar” (ibid., párr. 42). Diane Orentlicher, Experta independiente encargada de actualizar el conjunto de principios del Sr. Joinet, que pasó a denominarse Conjunto de principios actualizado para la protección y la promoción de los derechos humanos mediante la lucha contra la impunidad, con elementos similares sobre el deber de preservar la memoria (E/CN.4/2005/102 y Add.1). Los principios definidos en otros informes del Relator Especial de la Subcomisión, Theo van Boven (E/CN.4/1997/104), y el Relator Especial de la Comisión de Derechos Humanos, Cherif Bassiouni (E/CN.4/2000/62), constituyeron la base de los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones, aprobados por la Asamblea General en su resolución 60/147. En dicha resolución, la Asamblea General reiteró que los procesos de preservación de la memoria histórica se integran en la problemática general de las reparaciones y reconoció que la satisfacción de las víctimas había de incluir, cuando procediese y entre otros elementos importantes, la verificación de los hechos y la revelación pública y completa de la verdad; una declaración oficial o decisión judicial que restableciese la dignidad, la reputación y los derechos de la víctima y de las personas estrechamente vinculadas a ella; una disculpa pública que incluyera el reconocimiento de los hechos y la aceptación de responsabilidades; conmemoraciones y homenajes a las víctimas; y la inclusión de una exposición precisa de las violaciones ocurridas en la enseñanza de las normas internacionales de derechos humanos y del derecho internacional humanitario, así como en el material didáctico a todos los niveles”; en Gema Varona Martínez, *El derecho a la memoria de las víctimas del terrorismo* (Vitoria: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2015), 18-19; Puntos 28 a 31 del Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales, Farida Shaheed. Procesos de preservación de la memoria históricos de 23 de enero de 2014, 9-10.

Los dos últimos valores pertenecientes al ámbito del reconocimiento sobre todo el relativo a la memoria son los menos estudiados concretamente desde un enfoque criminológico. Actualmente existen estudios, aunque pocos, acerca de la efectividad de las medidas y su trascendencia victimal en torno a la dignidad y justicia. Si bien, sobre la evaluación de la memoria no se han centrado aún muchos esfuerzos. Tras estas consideraciones contextuales previas, conviene precisar primero las delimitaciones entre la verdad y la memoria para evitar confusiones en sus interpretaciones a pesar de que tengan el objetivo común de contribuir a la reparación integral victimal y, con posterioridad, valorar la efectividad de sus herramientas.

## DERECHO A LA MEMORIA

Como se ha comentado en el apartado anterior hay que diferenciar nítidamente los derechos a la verdad<sup>6</sup> y la memoria. El primero de ellos, entendido como el conocimiento de los hechos ocurridos, deriva de la necesidad básica de conocer con certeza las violaciones de derechos humanos producidas mediante las acciones terroristas, delimitar las verdaderas causas de victimización y avalar dicho reconocimiento social. Todo ello, siempre en beneficio de las víctimas y su entorno. Las medidas contempladas al respecto son: 1) garantizar su recuerdo y reco-

---

6. En la Resolución 2005/66 relativo al derecho a la verdad adoptada en la 59ª Sesión de la Comisión de Derechos Humanos de Naciones Unidas el 20 de abril de 2005 se estableció que significa “*el derecho que asiste a las víctimas de violaciones manifiestas de los derechos humanos y violaciones graves de las normas internacionales de derechos humanos, así como a sus familiares, en el marco del sistema jurídico interno de cada Estado, de conocer la verdad sobre esas violaciones, en particular la identidad de los autores y las causas, los hechos y las circunstancias relacionados con las violaciones*”. Por su parte el Estudio sobre el derecho a la verdad del Alto Comisionado de las Naciones Unidas de 2006 indicó “*El derecho a la verdad entraña tener un conocimiento pleno y completo de los actos que se produjeron, las personas que participaron en ellos y las circunstancias específicas, en particular de las violaciones perpetradas y su motivación. En los casos de desaparición forzosa, desaparición de personas, niños secuestrados o nacidos durante la cautividad de una mujer víctima de una desaparición forzosa, ejecuciones secretas y ocultación del lugar de sepultura de la víctima, el derecho a la verdad tiene también una faceta especial: el conocimiento de la suerte y el paradero de las víctimas*” (2009 y 2010); Irene Muñoz Escandell, *Los derechos de las víctimas del terrorismo en el ámbito internacional* (Madrid: Dykinson, 2012), 92-98.

nocimiento, contando en la medida de lo posible, con la presencia y participación de los propios afectados; 2) facilitar que las víctimas y sus familiares puedan, siempre que quiera, acceder a los archivos oficiales en los que consten datos o información ya sea para la defensa de sus derechos o con la finalidad de investigación histórica; 3) conseguir la identificación personal de la víctima en los supuestos en que no se haya identificado o su paradero no conste. Si bien, cuando el afectado resultare fallecido facilitarles la información del lugar en el que fue enterrado<sup>7</sup>.

Vinculado con la obtención de la información y datos se encuentran las tareas encomendadas a la Oficina de Información y Asistencia a las Víctimas del Terrorismo, cuyas funciones se centran en<sup>8</sup>:

- Proporcionar cualquier referencia al estado en que se encuentre el proceso en el que esté interesado por su condición de víctima
- Asesorar acerca del curso y los pasos de los procesos tanto penales como contencioso-administrativos en que se vean incursos derivados del fenómeno terrorista
- Ofrecer el acompañamiento personal a los procedimientos penales cuyo origen sea la acción terrorista y la víctima la afectada
- Durante la participación de las víctimas en los procesos judiciales se les asegurará su seguridad e intimidad de tal forma que se garantice su protección frente a las injerencias ilegítimas, actuaciones de intimidación, represalia, ofensa o denigrantes
- Facilitar diversas vías de comunicación con la víctima sobre la ejecución penitenciaria inclusive el momento del cumplimiento íntegro de la condena. Se dará traslado especialmente en los supuestos de concesión de beneficios o excarcelación de los penados

7. Art. 7 de la Ley 4/2008, de 19 de junio de Reconocimiento y Reparación a las Víctimas del Terrorismo del País Vasco.

8. Art. 51 de la Ley 29/2011, de 22 de septiembre, de Reconocimiento y Protección Integral a las Víctimas del Terrorismo.

En cuanto al segundo, que significa el reconocimiento de los hechos ocurridos a nivel social, se trata de un presupuesto esencial para hacer posible la convivencia, la paz y la libertad. La memoria incluirá un aspecto objetivo consistente en la narración de las injusticias que han padecido las víctimas en las actuaciones terroristas. Junto a él, el componente subjetivo hará referencia a las personas que lo hayan padecido ya sean fallecidos, los heridos, secuestrados, extorsionados, amenazados y sus familiares. Además del conocimiento sobre los hechos incorporará, finalmente, la alusión al componente político, pues el objetivo de las acciones era eliminar las libertades básicas del Estado democrático de derecho y el derecho de la ciudadanía a la convivencia integradora. La memoria y su significación política contribuirán a la deslegitimación del terrorismo en sus facetas ética, social y política.

El derecho a la memoria tiene un trasfondo en la normativa internacional de los derechos humanos a pesar de que estrictamente no fue incluido como tal en el catálogo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en 1948. Si bien, su fundamento básico debemos buscarlo en el reconocimiento de la dignidad humana. En este sentido, **NEUMAN** ya precisó que *“los términos dignidad humana o derechos humanos encierran conceptos de universalidad capaces de traspasar cualquier sistema político-social. Son valores idénticos que no sólo deben sentirlos todos los habitantes del planeta, sino hacerse efectivos por sobre las contradicciones de cualquier formulación o interés. Si tuviera que delimitar el concepto y sabiendo que las opiniones sobre ciertas cosas soy yo, y no las realidades de esas cosas, me animo a establecerlo por lo que es su ausencia o, mejor dicho aún, su contrario. En ese caso debo decir con Malraux: no sé muy bien qué es la dignidad humana; si conozco, bien, muy bien, lo que es la humillación”*<sup>9</sup>. Aquí se encuentra su importancia, el centro de la memoria es la afirmación de la dignidad humana de la víctima, el reconocimiento y conso-

---

9. Antonio Beristain y Elías Neuman, *Criminología y dignidad humana (diálogos)* (Buenos Aires: Depalma, 1989), 2-3.

lidación de sus derechos y el rechazo firme a su efecto contrario, la humillación.

La dignidad humana se encuentra en la génesis de la construcción de la sociedad y sus instituciones, sobre sus cimientos se formularán los consensos valorativos y normativos propios de cualquier comunidad. La defensa de la dignidad es la clave para que se puedan reconocer los derechos y tenga lugar su plena consolidación, al mismo tiempo que, la otra consecuencia transita hacia el aseguramiento efectivo del desarrollo de cada persona en todos sus ámbitos<sup>10</sup>.

El punto 13 del Informe de la Relatora Especial de Naciones Unidas sobre los derechos culturales referido a los procesos de preservación de la memoria histórica de fecha 23 de enero de 2014, presentado en el seno de las Naciones Unidas, esboza la función polifacética de la memoria. El enfoque temporal de las múltiples medidas abarcan el pasado –el relato de los hechos, su recuerdo y homenaje-, el presente –restañar las heridas- además de que se debe mirar hacia el futuro –evitar nuevas manifestaciones mediante la educación en valores y la concienciación de las repercusiones negativas de los hechos desencadenantes-. De acuerdo con las dimensiones que se pretenden alcanzar implicará a la esfera privada e individual de las personas, esto es, su reflexión privada, si bien, también la dimensión social pues mediante su divulgación se empezará a recorrer el camino hacia una cultura de participación donde se pueda adoptar una postura crítica sobre los hechos ocurridos y la conveniencia de desterrar la violencia<sup>11</sup>.

Fundamentalmente, el derecho a la memoria representa la firme convicción de la sociedad española de recordar a las víctimas del terrorismo, a todos los que perdieron la vida, a los afectados por heridas físicas o psicológicas y quienes vieron perturbado su derecho a la libertad. En este reconocimiento prima ante todo el significado político de las

10. Gema Varona Martínez, *El derecho a la memoria de las víctimas del terrorismo*, 17-19.

11. Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales, Farida Shaheed.

actuaciones terroristas pues se convierte en una herramienta de justicia y con cierto carácter civilizador, de educación y fomentos de los valores esenciales de una sociedad democrática mediante la deslegitimización ética, social y política del uso de la violencia en su proyecto totalitario y excluyente.

En definitiva, la verdad trata de averiguar en qué consistió la actuación terrorista, cuáles son las causas de la victimización, quién la llevó a cabo y quién fue la víctima de la acción. En este sentido, a pesar que de no se indique de una manera expresa en los textos legales, principalmente, el derecho a la verdad queda reflejado en los documentos que consten en los archivos oficiales al respeto. Mientras que, la memoria, se interesa no sólo por el acto delictivo, qué ocurrió, quienes fueron las víctimas y las personas que los perpetraron en sí sino que busca sobre todo el reconocimiento social de las víctimas con su consecuente expresión del significado político de su victimización. Esto es, va más allá del componente estrictamente objetivo para destacar los valores subjetivos de las acciones terroristas. La memoria puede convertirse en esencial para la recuperación de la víctima durante los procesos de victimización que atraviesa en su camino hacia su nueva vida. Así, la verdad pretende ofrecer un relato objetivo de lo ocurrido frente a la memoria que trata de mostrar un aspecto subjetivo de los hechos, no sólo qué pasó sino también los sentimientos, las emociones y las opiniones de las personas afectadas de una manera injusta.

## **MEDIDAS DEL DERECHO A LA MEMORIA**

Los poderes públicos tienen el deber de impulsar una serie de medidas con el objetivo de garantizar tanto el reconocimiento como el recuerdo dentro de los parámetros del respeto y la dignificación del colectivo de víctimas. De esta manera, enumera a efectos ejemplificativos la celebración de actos, o levantar monumentos, símbolos o similares así como la



creación del Centro Nacional de la Memoria para las Víctimas del Terrorismo cuyas finalidades estipuladas son las siguientes<sup>12</sup>:

- Transmitir los valores éticos y básicos de una democracia base de su reconocimiento
- Construir una memoria colectiva
- Trasmistir la defensa de los derechos humanos y las libertades frente al terrorismo

También se introduce el deber protocolario de las instituciones de invitar a los actos que les puedan afectar a las víctimas del terrorismo, como medida a su vez favorecedora de su reconocimiento social y la determinación del día del recuerdo y homenaje, el día 27 de junio y el día europeo de las mismas el día 11 de marzo, cuya celebración persigue mantener su memoria y la reivindicación del valor ético que encarna<sup>13</sup>.

Finalmente, se pretende contar con la asistencia de víctimas directas para que puedan narrar su experiencia en los programas y planes educativos de las administraciones educativas siempre que tengan por finalidad la consideración y el respeto de los derechos humanos, los principios democráticos y, especialmente, la defensa de la libertad, paz y convivencia. El testimonio de las víctimas pretende garantizar el respeto y el afianzamiento de los derechos humanos y la defensa de la libertad que se incluyen dentro de los principios democráticos de convivencia. El relato es el reflejo precisamente de la vulneración de los mismos<sup>14</sup>.

---

12. Miguel Gutiérrez Pérez, "Protección de las víctimas en los procesos judiciales, reconocimientos y condecoraciones", en *Reconocimiento y protección integral a las víctimas del terrorismo. Estudio de la normativa básica estatal y autonómica* (Eolas, 2014), 161-163.

13. Miguel Gutiérrez Pérez, "Protección de las víctimas en los procesos judiciales, reconocimientos y condecoraciones", 161-163.

14. Miguel Gutiérrez Pérez, "Protección de las víctimas en los procesos judiciales, reconocimientos y condecoraciones", 161-163.

## RELATO DIRECTO DE LAS VÍCTIMAS

Después que las instituciones jurisdiccionales determinen la verdad de los hechos mediante la aplicación de los mecanismos de prueba del derecho, es la hora de que la sociedad empiece a construir la memoria y una de esas prácticas es el testimonio de las víctimas a través de su relato<sup>15</sup>.

El relato, contado por supervivientes o allegados que hayan vivido en un clima de silencio o miedo propio de las victimizaciones terroristas, consiste en la construcción reflexiva de la vivencia del sobreviviente<sup>16</sup>.

Conviene precisar que para lograr la correcta trasmisión de la experiencia victimal, el narrador no debe centrarse exclusivamente en el daño que le han causado, en describir el “*terror específico, inscrito sobre su cuerpo de manera cuidadosa y sistemática*”, pues además de ello es necesario plasmar la historia que subyace a la acción terrorista de una manera abierta, explicando las circunstancias que rodearon los hechos tanto antes como después de su producción. La razón reside en conseguir que los propios oyentes, prioritariamente otras víctimas y sus familiares más allegados, la comunidad directamente afectada por el fenómeno terrorista y, especialmente, los jóvenes durante su proceso de educación en valores, sean capaces de formar parte de esa historia, esto es, que en cierto modo se pongan al mismo nivel que la víctima<sup>17</sup>.

Sin embargo, el relato de un suceso traumático no tiene la mera función de contar una historia. El testimonio tiene la capacidad de vincular la experiencia con la razón crítica. Por una parte, la narración consigue que la propia víctima revise su experiencia traumática, le permite pensar en otras visiones acerca de lo ocurrido, barajar otras posibles explicaciones, y consecuentemente, dar un paso hacia delante en su recu-

15. Pilar Calveiro, “Testimonio y memoria en el relato histórico”, *Acta Poética* 27(2) (otoño 2006), 69.

16. Pilar Calveiro, “Testimonio y memoria en el relato histórico”, 70-79.

17. Punto 94 del Informe de la Relatora Especial sobre los derechos culturales, Farida Shaheed; Pilar Calveiro, “Testimonio y memoria en el relato histórico”, 78-84.

peración incorporándolo a sus vivencias personales en vez que suponga un lastre para toda su vida. Por otra parte, el punto de vista reflejado en el relato ayuda y favorece la reflexión crítica del auditorio acerca suceso traumático, le invita a compartir postura y abrir nuevos enfoques de análisis de la experiencia y la trascendencia que pueden tener las victimizaciones en un futuro<sup>18</sup>.

De esta manera, aunque siempre y cuando sea posible es preferible contar con varios testimonios para que el auditorio pueda conectar los elementos comunes de todas las experiencias, un solo relato sirve para mostrar una realidad ajena que reclama cierta validación social para que sean capaces de *“desanda(r) el camino del silenciamiento y el olvido para emprender el difícil camino de la memoria”*<sup>19</sup>.

## **EMPATÍA: UNA INTERPRETACIÓN CRIMINOLÓGICA DE LA MEMORIA**

Actualmente, el término empatía se utiliza constantemente en las relaciones cotidianas de la vida como sinónimo de “ponerse en lugar del otro”. Sin embargo, la literatura en este campo ha señalado ciertas características más que integran su definición. De hecho, este estado afectivo, de una manera sucinta y sin entrar en debates, se refiere a la capacidad que poseen los individuos a la hora ya sea de inferir o experimentar las emociones o pensamientos de la persona que observan. Esta situación de observancia y escucha activa producen sentimientos de simpatía, comprensión y ternura en quien atiende<sup>20</sup>.

18. Pilar Calveiro, “Testimonio y memoria en el relato histórico”, 70-84.

19. Pilar Calveiro, “Testimonio y memoria en el relato histórico”, 67-79.

20. Es cierto que existen multitud de definiciones sobre este término, si bien, la comúnmente aceptada es la siguiente: *“la acción y la capacidad de ser sensible a, comprender o darse cuenta de, los sentimientos, pensamientos y experiencias de otra persona, sin que esos sentimientos, pensamientos y experiencias hayan sido comunicados de una manera objetiva o explícita”*. En ella, se destaca que no hay una simple vía para transmitir un pensamiento o una vivencia pues además de la comunicación oral o escrita la expresión corporal tiene un importante poder de comunicación de sentimientos y emociones. Y, como destacaría MORENO, es una interacción, es *“un encuentro de dos frente a frente; y cuando tú estés cerca, yo tomaré tus ojos y en su lugar colocaré los míos, y tú tomarás mis ojos, en su lugar pondrás los tuyos; entonces yo miraré en ti con tus ojos*

Dentro de esta capacidad suele distinguirse dos clases: la empatía cognitiva y la empatía emocional. El significado de la primera consiste en ponerse en lugar del otro, esto es, adoptar la posición o punto de vista de la otra persona, que coincidiría plenamente con el sentir cotidiano de la expresión. Asimismo, la empatía emocional presente, a su vez, dos direcciones, la primera, referida a la acción de experimentar las mismas respuestas emocionales que otra persona –llamada empatía paralela– frente a la denominada empatía reactiva que consiste en reaccionar de una forma emocional ante las experiencias que la otra persona viva o haya vivido.

De acuerdo con la finalidad del derecho a la memoria, traspasando el ámbito legal y tomando en cuenta un enfoque más cercano al individuo, más humano y propio de la realidad, descendiendo, por tanto, a un terreno individual en el que se tenga en cuenta a la víctima, cabe remarcar que uno de los principales componentes, o mejor dicho aún, la finalidad misma del derecho a la memoria materializado en los discursos de las víctimas es la búsqueda de la empatía cognitiva de la sociedad y sobre todo de las generaciones que no han vivido la lacra terrorista. El relato victimal se convierte en el máximo exponente de la memoria.

Una lectura propia del campo criminológico no se fija tanto en el merecido reconocimiento social de este colectivo sino que ve en el trasfondo de este derecho una herramienta de utilidad bidireccional tanto para la sociedad como para la propia víctima.

La memoria, representada por la voz de las víctimas, supera el ámbito del derecho a la verdad que comprende de una manera objetiva los hechos ocurridos, quienes son las víctimas y las circunstancias del evento criminal; no le interesan tanto estos aspectos sino poner voz a las personas que se vieron injustamente involucradas en los sucesos. La vivencia

---

y tú mirarás en mí con los míos”; Pablo Olmedo Carrillo y Beatriz Montes Berges, “Evolución conceptual de la empatía”, *Iniciación a la Investigación*, nº4 (2009), [revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/ininv/article/view/307](http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/ininv/article/view/307). (Consultado el 17 de diciembre de 2006); José L. González de Rivera y Revuelta, “Empatía y ecpatía”, *Psiquis* 25/6) (2004), 6; Elena Gaviria Stewart, Isabel Cuadrado Guirado y Mercedes López Sáez, *Introducción a la Psicología Social (Teoría)* (Madrid: Sanz y Torres, 2009), 290-295.

victimal, la historia detrás de ella y su vida tras el suceso traumático humanizan a un auditorio. Consiguen crear en la mayoría de los casos un nexo empático, un vínculo de valores para no volver a cometer los errores ocurridos en el pasado. La competencia emocional de la empatía se alcanza mediante la escucha activa, la comprensión y la asertividad de los oyentes. De esta manera, se convierte la empatía en una herramienta útil de construcción de la memoria y su perpetuación a lo largo del tiempo. Es necesario para llevar a este derecho a la práctica conocer a las víctimas, saber cuáles son sus sentimientos y la atención que precisan, en definitiva, ver con sus propios ojos su historia de victimización no buscada<sup>21</sup>.

## HACIA LA RECUPERACIÓN DE LA VÍCTIMA

Como se ha puesto de manifiesto en apartados anteriores, los valores de justicia, dignidad, verdad y memoria son básicos en la consecución de la reparación de la víctima. Es cierto que, conforme se han aprobado las sucesivas normativas reguladoras se ha incidido en el hecho de que no basta con el resarcimiento económico sino que se contempla un concepto amplio de reparación integral que abarca asimismo el reconocimiento moral que merecen<sup>22</sup>.

A estos efectos, la normativa vasca en el art. 5 de la ley 4/2008, de 19 de junio, de Reconocimiento y Reparación a las Víctimas del Terrorismo, establece que:

*1.- Los poderes públicos vascos, con base en el principio de solidaridad con las víctimas y por medio del sistema de asistencia integral previsto en el título III de esta ley, promoverán una reparación efectiva e integral a las víctimas del terrorismo, arbitrando medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, atención y satisfacción moral.*

21. Agustín Caruana Vañó y M<sup>a</sup> Pilar Tercero Giménez, coords., *Cultivando emociones. Educación emocional de 3 a 8 años* (Valencia: Generalitat Valenciana. Conselleria d'Educació, Formació i Ocupació, 2011), 166.

22. Preámbulo de la Ley 32/1999, de 8 de octubre, de Solidaridad con las Víctimas del Terrorismo.

2.- *La aplicación del sistema de asistencia integral previsto en el título III de esta ley atenderá prioritariamente a los siguientes principios y finalidades:*

a) *Procurar, en la medida de lo posible, la devolución a la víctima a la situación anterior a la provocación del daño.*

b) *Favorecer el restablecimiento de la libertad, identidad, vida familiar, social y política de la víctima.*

c) *Promover el regreso de la víctima a su lugar de residencia y la reincorporación a su empleo en condiciones adecuadas o, en su caso, el cambio de residencia y una política favorable a su integración laboral.*

d) *Garantizar la accesibilidad a las prestaciones del sistema de protección y asistencia con la máxima celeridad requerida por la situación de la víctima.*

e) *Atender a los distintos ámbitos que afectan a la vida cotidiana de la víctima, para la creación de condiciones de bienestar que palien el daño ocasionado por el acto terrorista en estos ámbitos.*

3.- *Las medidas reparadoras comprenden igualmente el impulso de un conjunto de actuaciones públicas destinadas a proporcionar a las víctimas una satisfacción moral y restablecer públicamente su dignidad, reputación y derechos. Así, se promoverá de manera consensuada con las propias víctimas y con sus asociaciones, en su caso, la realización de ceremonias de homenaje, la erección de monumentos conmemorativos, las iniciativas a nivel local que busquen el reconocimiento y la empatía con las víctimas del terrorismo, la presencia del testimonio de las víctimas en proyectos de educación para la paz y la convivencia, así como otras expresiones de carácter simbólico a través de las cuales se manifieste el apoyo y reconocimiento social, ético y político a las víctimas del terrorismo.*

Por lo tanto, teniendo en cuenta que la reparación consiste en las medidas de restitución, indemnización, rehabilitación, atención y satisfacción moral, la memoria contribuye sobre todo a la rehabilitación y satisfacción moral, puntos esenciales en el proceso de desvictimización de la víctima o lo que es lo mismo su reparación.

Los relatos victímales a la vez que contribuyen a la construcción de la memoria del fenómeno terrorista ocurrido en España también puede ejer-

cer efectos positivos tanto en la víctima directa como en la víctima indirecta en la medida en que una vez que son capaces de transmitir su experiencia a un auditorio, en la mayoría de los casos, los oyentes devuelven el significado que han buscado trasladar. De esta manera, el reconocimiento que les brindan con su empatía y comprensión del suceso traumático por el que han pasado, se traduce en un avance en el proceso lógico de reparación. El reconocimiento y comprensión son las herramientas más útiles para evitar que se perpetúen el olvido, la incomprensión y el silencio por el que han pasado o tienen la impresión incluso, actualmente, por el que están pasando.

Así, una manera de averiguar la efectividad del relato victimal integrado entre las actuaciones de la memoria es la medición de la victimización tanto antes como después de que narren su experiencia ante un grupo de oyentes siempre y cuando tengan estabilizada su línea base.

En este sentido, las Jornadas dedicadas a los Guardias Civiles Víctimas del Terrorismo, celebradas en Madrid en mayo de 2016, constituyeron una excelente oportunidad para comprobar la efectividad del indicado relato representado por la narrativa experiencial de dos víctimas.

Hay que tener presente que se debe medir precisamente la victimización terciaria pues dentro de ella se encuentra el reconocimiento por parte de su familia, amistades, el entorno laboral y el resto de los integrantes de la sociedad. De esta manera se pudo comprobar lo siguiente:

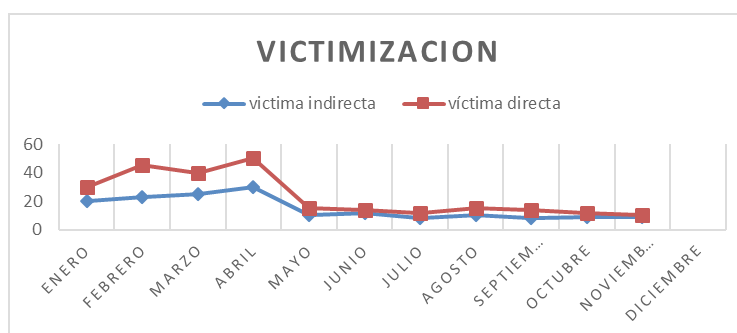


Figura 1: medidas de victimización de la víctima directa e indirecta a lo largo de un año.

Tal y como refleja la figura 1 en el mes de mayo se produjo un punto de inflexión en las medidas de la victimización terciaria. Precisamente en este mes tuvo lugar su participación en las jornadas donde pudieron contar libremente sin cualquier tipo de indicación cuál fue su experiencia victimal, esto es, qué pasó y bajo qué circunstancias y, en consecuencia, las repercusiones que hubieron en su vida a partir de la acción terrorista.

Como se puede comprobar previamente a su celebración del evento las puntuaciones de victimización estaban en un nivel superior debido a la correlación de los diferentes episodios que viven en su día a día que aún siguen relacionados con el terrorismo, como puede ser la agravación mes a mes de las heridas sufridas y la repercusión que tiene en su vida cotidiana. Esto sirve tanto para la víctima directa como para la indirecta, o también podría ser el impacto de cualquier noticia en materia de terrorismo. Es lógico que cualquier persona que se haya visto afectada ya sea de modo directa o indirecta por las acciones terrorista, tenga de entrada una mínima puntuación sobre este aspecto.

Si bien, a partir de que contaran su experiencia, se ha constatado ese mismo nivel un significativo descenso y su posterior mantenimiento de unos niveles mínimos. El relato supuso para las propias víctimas un acto de liberación que lleva como resultado además darse cuenta que los asistentes tomaron conciencia y comprendieron su proceso de conversión en víctimas sin que buscaran esa situación.

## CONCLUSIONES

La finalidad de las normativas estatal y autonómicas de protección y ayuda a las víctimas del terrorismo es la reparación integral de las mismas de acuerdo con los valores de dignidad, justicia, verdad y memoria.

La memoria busca el reconocimiento social de las víctimas en la medida en que incide sobre todo en el componente subjetivo de la historia de la victimización.

El relato de la víctima es un claro exponente del derecho de la memoria que produce efectos positivos en la víctima debido a que puede



ser un factor clave en la recuperación de la persona afectada reduciendo su nivel de victimización. Al mismo tiempo, la experiencia victimal puede crear un vínculo empático con el auditorio y, este hecho, favorece la construcción de la memoria.

## BIBLIOGRAFÍA

- BERISTAIN, Antonio; NEUMAN, Elías. *Criminología y dignidad humana (diálogos)*. Buenos Aires: Depalma, 1989.
- CABRERA SUÁREZ, Lizandro. “El derecho a la memoria y su protección jurídica: avance de investigación.” *Pensamiento Jurídico* nº 36 (enero-abril 2013): 173-188.
- Calveiro, Pilar. “Testimonio y memoria en el relato histórico.” *Acta Poética* 27 (2) (otoño 2006): 65-86.
- CARUANA VAÑÓ, Agustín; GIMÉNEZ Ma Pilar Tercero (coords). *Cultivando emociones. Educación emocional de 3 a 8 años*. Valencia: Generalitat Valenciana. Conselleria d’Educació, Formació i Ocupació, 2011.
- GAVIRIA STEWART, Elena; GUIRADO, Isabel Cuadrado; SÁEZ, Mercedes López. *Introducción a la Psicología Social (Teoría)*. Madrid: Sanz y Torres, 2009.
- GONZÁLEZ DE RIVERA Y REVUELTA, José L. “Empatía y empatía.” *Psiquis* 25(6)(2004): 5-7.
- GUTIÉRREZ PÉREZ, Miguel. “Protección de las víctimas en los procesos judiciales, reconocimientos y condecoraciones.” En *Reconocimiento y protección integral a las víctimas del terrorismo, estudio de la normativa básica estatal y autonómica*, dirigido por Antonio V. Sempere Navarro, 145-183. Eolas, 2014.
- MUÑOZ ESCANDELL, Irene. *Los derechos de las víctimas del terrorismo en el ámbito internacional*. Madrid: Dykinson, 2012.
- OLMEDO CARRILLO, Pablo; BERGES, Beatriz Montes. “Evolución conceptual y empatía.” *Iniciación a la Investigación* nº 4 (2009), <http://revistaselectronicas.ujaen.es/index.php/ininv/article/view/307>. (Consultado el 17 de diciembre de 2016).
- VARONA MARTÍNEZ, Gema. *El derecho a la memoria de las víctimas del terrorismo*. Vitoria: Servicio Central de Publicaciones del Gobierno Vasco, 2015.

# CONSIDERACIONES EN TORNO A LA CONSTITUCIONALIDAD DEL ARTÍCULO 470 DEL CÓDIGO DEL TRABAJO, A LA LUZ DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL Y EL DERECHO DE PROPIEDAD EN CHILE

*Bruno Aste Leiva<sup>1</sup>*

## INTRODUCCIÓN

Uno de los fines del derecho, como orden normativo, consiste en proveer a los integrantes de la comunidad de una orientación y previsibilidad en la regulación de sus relaciones sociales complejas.

De esta forma, el derecho establece el deber ser del comportamiento de los individuos, ya que éstos saben lo que está prohibido o permitido, y en esa lógica, saben a qué atenerse, conocen las consecuencias jurídicas que contempla el ordenamiento jurídico en caso de no cumplir con lo que prescriben las normas jurídicas, elementos que forman parte de la previsibilidad y que se pueden incluir en uno de los valores más importantes y atributos del Estado de Derecho, cual es, la seguridad jurídica.

Son varias instituciones las que reconoce el ordenamiento jurídico, y que constituyen manifestaciones de la seguridad jurídica, entre ellas se encuentra la presunción de conocimiento del derecho, el principio de legalidad, la irretroactividad de las leyes y la cosa juzgada, la que se caracteriza por impedir un nuevo examen judicial de una situación ya

---

1. Abogado. Magíster en Derecho, mención en Derecho Constitucional, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Docente de la Universidad de Antofagasta, y miembro del Núcleo de Investigación Derecho y Ciudadanía, de la Universidad de Valparaíso. Dirección postal: Av. Universidad de Antofagasta 02800. Antofagasta. Chile: [bruno.aste@uantof.cl](mailto:bruno.aste@uantof.cl)

resuelta, la que a su vez se considera como parte integrante de un derecho fundamental implícito, cual es la tutela de la judicial (inciso 1º, N° 3 del Art. 19 Constitución<sup>2</sup>) y que encuentra fundamento en la jurisdicción que la Constitución chilena reconoce a los tribunales creados por ley (Art. 76<sup>3</sup>).

Sin perjuicio de lo anterior, el artículo 47º del Código del Trabajo dispone: “Art. 47º. La parte ejecutada sólo podrá oponer, dentro del mismo plazo a que se refiere el artículo anterior, acompañando antecedentes escritos de debida consistencia, alguna de las siguientes excepciones: pago de la deuda, remisión, novación y transacción.

De la oposición se dará un traslado por tres días a la contraria y con o sin su contestación se resolverá sin más trámites, siendo la sentencia apelable en el solo efecto devolutivo”.

Como puede advertirse, a diferencia de lo que acontece en otros procedimientos, el texto legal limita las excepciones que puede oponer la parte ejecutada.

En efecto, en el presente trabajo se emite una opinión jurídica acerca de la constitucionalidad de esta norma para el caso en que, precisamente, el ejecutado haya sido beneficiado por una sentencia que niega la obligación que el ejecutante pretende ejecutar, partiendo de la premisa de que aquel precepto legal, contendría un vicio de constituciona-

---

2. En aquel precepto, la Constitución asegura a todas las personas; La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos.

3. El artículo 76 de la Constitución, dispone: “La facultad de conocer de las causas civiles y criminales, de resolverlas y de hacer ejecutar lo juzgado, pertenece exclusivamente a los tribunales establecidos por la ley. Ni el Presidente de la República ni el Congreso pueden, en caso alguno, ejercer funciones judiciales, avocarse causas pendientes, revisar los fundamentos o contenido de sus resoluciones o hacer revivir procesos fenecidos. Reclamada su intervención en forma legal y en negocios de su competencia, no podrán excusarse de ejercer su autoridad, ni aun por falta de ley que resuelva la contienda o asunto sometidos a su decisión. Para hacer ejecutar sus resoluciones, y practicar o hacer practicar los actos de instrucción que determine la ley, los tribunales ordinarios de justicia y los especiales que integran el Poder Judicial, podrán impartir órdenes directas a la fuerza pública o ejercer los medios de acción conducentes de que dispusieren. Los demás tribunales lo harán en la forma que la ley determine. La autoridad requerida deberá cumplir sin más trámite el mandato judicial y no podrá calificar su fundamento u oportunidad, ni la justicia o legalidad de la resolución que se trata de ejecutar”.

lidad, ya que analizado a la luz de las normas constitucionales, vulnera el ejercicio de derechos fundamentales, tales como el derecho a la tutela judicial y amenaza el derecho de propiedad.

Para justificar la posición planteada, se utilizaron las siguientes fuentes: Constitución Política de la República (Artículo 19 N° 2, 3° y 24, Artículo 76); jurisprudencia del Tribunal Constitucional (en adelante TC) y doctrina nacional y extranjera.

### INCONSTITUCIONALIDAD POR OMISIÓN PARCIAL O RELATIVA

La vulneración o no sujeción al principio de supremacía constitucional, se puede producir por acción u omisión. En relación a los tipos de omisiones, Bulnes entiende que éstas pueden ser absolutas o relativas. *“La primera se produce cuando falta todo tipo de actuación del legislador, destinado a aplicar algún principio o precepto constitucional. Mientras que la segunda puede producirse cuando el legislador al normar una materia, no respeta derechos adquiridos o no respeta el principio de igualdad ante la ley”*<sup>4</sup>.

En el presente caso, la exclusión de excepciones perentorias que hace el artículo 47° del CT, provoca efectos inconstitucionales, al vulnerar derechos y principios contenidos en la Constitución. Lo cierto es que dicha inconstitucionalidad se provoca por una omisión parcial del legislador, al no incluir importantes instrumentos de defensa del ejecutado, tales como la cosa juzgada.

Si bien, la omisión que genera la inconstitucionalidad no es total, sino parcial, **VERDUGO** entiende que las características de este tipo de inconstitucionalidades, radica en que el legislador actúa de manera incompleta, al no satisfacer los imperativos constitucionales<sup>5</sup>.

4. BULNES ALDUNATE, L; “La inconstitucionalidad por omisión”, *Estudios Constitucionales*, año 4 N° 1, 2006, p. 253.

5. VERDUGO RAMÍREZ, S; “La inconstitucionalidad por omisión del legislador”, en *Revista Actualidad Jurídica*, N° 19, 2009, p. 375.

Nuestro ordenamiento jurídico no contempla la posibilidad de recurrir por inconstitucionalidad por omisión absoluta porque para que el TC ejerza el control de constitucionalidad, conociendo acciones de inaplicabilidad, uno de los elementos fundamentales radica en la existencia de un precepto legal. No obstante lo anterior, de acuerdo a las definiciones entregadas por la doctrina recién mencionada, sí podría plantearse la inconstitucionalidad por omisión relativa, cuestión que podría verificarse en el presente caso, ya que la inconstitucionalidad se genera por la exclusión u omisión en la que incurrió el legislador al no contemplar importantes excepciones que puede oponer el ejecutado, significando lo anterior, una infracción a uno de los elementos del Estado de Derecho, cual es, la seguridad jurídica, además de la vulneración al ejercicio de derechos fundamentales que a continuación se indicarán.

## **DERECHOS FUNDAMENTALES COMPROMETIDOS**

La inconstitucionalidad del artículo 470, se fundamenta en la vulneración que provoca la presente disposición legal, al ejercicio de los derechos fundamentales que a continuación paso a exponer:

### **DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL**

El inciso 1° del N° 3 de. Artículo 19 de la Constitución, dispone lo siguiente:

“Art. 19: La Constitución asegura a todas las personas:

N° 3: La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos”<sup>6</sup>.

En primer lugar, hay que señalar que en nuestro ordenamiento jurídico, no se reconoce en forma explícita el derecho a la tutela judicial y al debido proceso. Se trata de derechos implícitos, que han sido identificados por la doctrina y jurisprudencia constitucional en el artículo 19 N° 3 de la Constitución.

---

6. *Ibídem*.

Si bien, no es el objetivo de este trabajo ahondar en el estudio y tratamiento de los derechos implícitos, parte de la doctrina<sup>7</sup> ha entendido que para identificar el carácter implícito de un derecho se consideran tres lecturas:

- Aquellos que no estarían reconocidos expresamente en la Constitución.
- No sólo serían aquellos que se encuentran reconocidos en la Constitución, sino que también en las normas de tratados internacionales.
- La capacidad de interpretar un precepto constitucional, de tal forma de que a partir de la lectura del mismo, se considere integrado un derecho.

Al no estar el derecho en comento, expresamente reconocido en la Constitución, ha sido el TC el que ha concretizado su contenido, en el marco del conocimiento de las acciones de inaplicabilidad por inconstitucionalidad, fijando criterios que posteriormente han sido trabajados por la doctrina.

De esta forma, el TC ha señalado que “el artículo 19 N° 3 de la Constitución, distingue en dos incisos diferentes el derecho a la tutela judicial (inciso primero), de la garantía del debido proceso (inciso sexto). Una de las consecuencias que se deriva de esta distinción es que la tutela judicial es muchísima más amplia que las reglas del debido proceso propiamente tal”<sup>8</sup>.

En lo que respecta al contenido del derecho en comento, la doctrina ha señalado que éste supone; “a) derecho de acceso a la justicia; b) derecho a que el tribunal resuelva sus pretensiones conforme a derecho; c) derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales, derecho que in-

7. Vid. CONTRERAS, P; “¿Derechos implícitos? Notas sobre la identificación de normas de derecho fundamental”, en *Nuevas perspectivas en derecho público*, Librotecnia, Santiago, 2011, p. 154.

8. STC 2701/14. Considerando 12°.

cluye entre sus contenidos la inmodificabilidad de las resoluciones judiciales o respeto de la cosa juzgada”<sup>9</sup>.

Como es posible apreciar, se tiende a identificar como parte integrante del derecho a la tutela judicial, la cosa juzgada, la que se relaciona con el derecho a la efectividad de las resoluciones judiciales, el que se define como “el derecho a la intangibilidad de las resoluciones firmes para hacer ejecutar lo juzgado, con fuerza de cosa juzgada, estableciendo la tutela judicial efectiva”<sup>10</sup>.

En esa lógica, el artículo 470 del Código del Trabajo, al excluir la cosa juzgada del listado de excepciones que puede hacer valer el ejecutado, genera una vulneración del derecho a la tutela judicial, significando lo anterior, una afectación al principio de eficacia de las sentencias, pues impide que la resolución favorable al ejecutado, produzca el efecto natural de las sentencias y la intangibilidad que la caracteriza, afectando la seguridad jurídica que ofrece el derecho a los particulares.

Además de incluir a la cosa juzgada como parte integrante del derecho a la tutela judicial, consagrado implícitamente en el inciso 1º del N° 3 del artículo 19 de la Constitución, se tiende a vincularla con la jurisdicción que reconoce la norma jurídica fundamental a los tribunales creados por ley, poder-deber reconocido en el artículo 76 de la Constitución.

En efecto, el TC ha entendido a la jurisdicción como “el poder-deber que tienen los tribunales para conocer y resolver, por medio del proce-

---

9. BORDALÍ SALAMANCA, A, “Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial”, en *Revista chilena de derecho*, vol. 38 N° 2, 2011, p. 335.

10. GARCÍA PINO, G y Contreras Vásquez, P, “El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”, en *Estudios Constitucionales*, año 11 N° 2, 2013, p. 250. En la página 244, los autores entienden que el derecho a la tutela judicial importa “un reconocimiento de un derecho prestacional que requiere del Estado la prestación jurídica debida, en el ejercicio de los derechos ante la jurisdicción, proscribiendo la autotutela, y garantizando una respuesta a la pretensión de derechos e intereses legítimos con autoridad de cosa juzgada y con eficacia coactiva que demanda la satisfacción de derechos fundamentales” En cuanto al concepto de cosa juzgada, como bien rescata Bordalí, A, “Análisis crítico de...”, op. cit., p. 333, el derecho español ha entendido que “una vez fallado un asunto, adquiriendo la resolución que se falla la cualidad de firme o ejecutoriada, no puede alterarse lo decidido por ningún poder público, sea tribunal de justicia o de otro tipo”.

so y con efecto de cosa juzgada, los conflictos de intereses de relevancia jurídica que se promueven en el orden temporal dentro del territorio de la república y en cuya jurisdicción les corresponde intervenir”<sup>11</sup>.

De esta forma, la cosa juzgada permite darle un sentido al proceso anterior en el que el tribunal ejerció jurisdicción, al cerrar el poder-deber que la Constitución reconoce en favor de los tribunales creados por ley. Desconocer el efecto de cosa juzgada, implica privar de eficacia a uno de los momentos de la jurisdicción, cual es, resolver conforme a derecho, cuestión que atenta contra la seguridad jurídica.

Al respecto, **MONTERO** se refiere a la relación que existe entre cosa juzgada y jurisdicción, entendiendo a la primera en sentido amplio, como “la fuerza que el ordenamiento jurídico concede, no tanto a la sentencia, cuanto al proceso, al resultado del ejercicio de la función jurisdiccional. Esta fuerza consiste en la subordinación a los resultados del proceso, subordinación que se resuelve en la irrevocabilidad de la decisión judicial, de modo que jurisdicción y cosa juzgada están directamente relacionadas”<sup>12</sup>.

En relación a este punto, el TC ha señalado que: “La cosa juzgada es la piedra de toque del acto jurisdiccional. Donde hay cosa juzgada, hay jurisdicción y donde no hay cosa juzgada, no existe función jurisdiccional”<sup>13</sup>.

En efecto, en la medida en que la decisión judicial haya respetado las garantías o principios que informan al debido proceso, no debería permitir al legislador, excluir la cosa juzgada de las excepciones que contempla el artículo 470 del Código del Trabajo.

## **DERECHO DE PROPIEDAD**

El inciso 1° del N° 24 de la Constitución establece:

“Art. 19. La Constitución asegura a todas las personas:

11. STC 616/2007. Considerando 24.

12. MONTERO AROCA, J, “Cosa juzgada, jurisdicción y tutela judicial”, en *Derecho Privado y Constitución*, N° 8, 1996, p. 256.

13. STC 2690/14. Considerando 10°.



249.- El derecho de propiedad en sus diversas especies sobre toda clase de bienes corporales o incorporeales”<sup>14</sup>.

La amenaza al derecho de propiedad se produce en doble dimensión: La primera consistente en privar al ejecutado del derecho de propiedad que goza sobre su derecho a defensa, al no poder oponer la excepción de cosa juzgada, medio que resulta fundamental para proteger su patrimonio. La segunda, dice relación con la afectación de derechos adquiridos que podrían declararse en favor del ejecutado por medio de una resolución judicial. Así, la ejecución podría significar una amenaza a su patrimonio, protegidos por el derecho de propiedad. En este sentido, el TC ha entendido por derechos adquiridos como aquellos que “ han entrado al patrimonio de una persona por haber realizado un hecho jurídico apto para producirlos al momento de la vigencia de la ley”<sup>15</sup>.

En definitiva, los efectos de una resolución que beneficia al ejecutado, forman parte de la esfera de su propiedad, constituyendo derechos adquiridos por medio de una resolución judicial, pronunciada por un órgano que ejerció jurisdicción, cuestión que no fundamenta el ejercicio de la acción ejecutiva y la imposibilidad de oponer la excepción de cosa juzgada para hacer valer su defensa, y de esta forma, proteger su patrimonio y su derecho de propiedad.

## **CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN APLICADOS**

El análisis anterior, se debe realizar, considerando algunos criterios de interpretación que han sido recogidos en los pronunciamientos del TC:

## **PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD**

Si entendemos que las normas de derechos fundamentales poseen estructura de principio, es decir, constituyen mandatos de optimización,

---

14. Constitución Política de la República.

15. STC 15/1982. Considerandos 3° y 4°.

cuyo contenido no se encuentra fijo y determinado, la reserva de ley, en su función de garantía institucional, permitiría que la concretización del derecho fundamental, reconocido en la norma constitucional, quede entregada al legislador, órgano representativo y depositario de la voluntad popular.

No obstante aquella dimensión considerada, en el ejercicio de dicha competencia, en la medida en que exista fundamento constitucional, el legislador, podría intervenir algún derecho fundamental, ya sea limitando o restringiendo el derecho objeto de regulación.

Para atender al estándar normativo del control de la intervención legislativa, será necesario recurrir a la aplicación del principio de proporcionalidad.

De acuerdo a lo señalado por **ALDUNATE**<sup>16</sup>, en la Constitución existen diversos puntos de apoyo para sostener la vigencia del principio de proporcionalidad. Uno de ellos, corresponde al rol y función que cumple el Estado, de acuerdo a la interpretación del Artículo 1º de la carta fundamental, sosteniendo que el Estado se encuentra al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común. El segundo elemento de apoyo, constituye el deber de promoción, respeto y protección de los derechos fundamentales, el que encontraría su fundamento en el inciso 2º del artículo 5º de la Constitución, al señalar que la soberanía reconoce como límite el ejercicio de los derechos que emanan de la naturaleza humana. El tercer elemento, se encuentra en la prohibición general de arbitrariedad, que se desprende del N° 210 del artículo 19 de la Constitución.

Así las cosas, el principio de proporcionalidad se encerraría compuesto por tres subprincipios:

## **IDONEIDAD O ADECUACIÓN CON LOS FINES**

La medida que interfiere con un derecho, debe ser idónea para conseguir un fin legítimo. Como plantea Nogueira “*Los derechos fundamen-*

---

16. ALDUNATE, E, *Derechos Fundamentales*, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2008, p. 265.

*tales en cuanto contenido central de la carta fundamental sólo pueden ser limitados en virtud de un bien constitucionalmente protegido o de relevancia constitucional, no pudiendo ser limitados por bienes o intereses infra constitucionales. La norma legislativa podrá perseguir uno o más fines constitucionales legítimos*<sup>17</sup>.

En el presente caso, la intervención legislativa vino a limitar las excepciones que puede oponer el ejecutado en un juicio ejecutivo laboral, cuestión que a la luz de la historia de la Ley 20.087 que sustituyó el procedimiento laboral contemplado en el Libro V del Código del Trabajo, encuentra su justificación en términos generales, en lo relativo al sustento de la reforma al procedimiento laboral, pero que sin embargo, no es suficiente para verificar la idoneidad o adecuación de la medida. Sin perjuicio de lo anterior, considero que la finalidad que se busca concretar contraviene derechos reconocidos en la Constitución, cuestión que lo transforma en inconstitucional.

## NECESIDAD

La medida que interfiere con los derechos fundamentales no es la menos gravosa para conseguir el fin legítimo.

En el supuesto de limitar la posibilidad de excepciones en favor de la simpleza de la ejecución laboral, es posible verificar la tensión entre la medida y el ejercicio de los derechos fundamentales enunciados. En efecto, si lo que se pretendía lograr, era el acceso a una justicia laboral expedita y eficaz, lo cierto es que los mecanismos que se deben diseñar al respecto, no deben amenazar la vulneración de las partes en el juicio. Por tanto, considero que la medida no es imprescindible para conseguir la finalidad o valor que se intenta optimizar, existiendo otras alternativas menos gravosas para conseguir el fin propuesto.

---

17. NOGUEIRA ALCALÁ, H, *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, Tomo I, Librotecnia, Santiago, 2008, p. 243.

## PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO ESTRICTO

La medida debe guardar relación razonable con el fin que se busca alcanzar. Este subprincipio implicaría considerar y examinar si la medida que limita al ejecutado a oponer excepciones, se equilibró con una ejecución eficaz de los títulos ejecutivos laborales. Tomando en consideración la eventual amenaza al ejercicio de los derechos fundamentales de la parte ejecutada, en lo relativo a la tutela judicial y derecho de propiedad, a juicio de éste informante, la medida no constituiría el medio adecuado para lograr el fin perseguido.

De acuerdo a lo indicado en la primera parte del mensaje presidencial, la reforma al procedimiento laboral se sustentó sobre una serie de objetivos que podrían ser considerados como fines legítimos, pero tratándose de la medida contenida en la disposición legal comentada, la misma no resulta adecuada y necesaria, toda vez que su aplicación podría amenazar y vulnerar el ejercicio de los derechos fundamentales de la parte ejecutada en el juicio.

## INTERPRETACIÓN AXIOLÓGICA

Supone que la Constitución como norma jurídica fundamental, descansa sobre ciertos principios contenidos en las bases de la institucionalidad, entre ellos, cabe destacar; la libertad, dignidad, bien común y la certeza o seguridad jurídica, además del respeto a los derechos fundamentales los que a su vez, constituyen un límite para el ejercicio de la soberanía del Estado.

Los actos del órgano legislativo, constituyen manifestación de soberanía estatal. En efecto, la exclusión que hizo el legislador, respecto de la cosa juzgada, contraviene uno de los principios en los que descansa el orden normativo, cual es, la seguridad jurídica, al ser la primera, manifestación de esta última.

## UNIDAD DE LA CONSTITUCIÓN

El Tribunal Constitucional entiende que: *“La Constitución es un todo orgánico y el sentido de sus normas debe ser obtenido de manera tal que exis-*

*ta entre ellas la debida correspondencia y armonía, excluyéndose cualquiera interpretación que conduzca a anular o a privar de eficacia algún precepto de ella*<sup>18</sup>.

De esta forma, la interpretación de las disposiciones que reconocen los derechos fundamentales afectados en el presente caso, esto es, el del artículo 76, 19 N°3 inciso 1° y 24 de la Constitución, además de aquellos que reconocen principios, bases de la institucionalidad, impulsarían a declarar la inconstitucionalidad del artículo 470 del CT, ya que de no ser así, no existiría armonía entre cada una de las normas antes mencionadas, ni menos entre éstas y la disposición legal comentada.

## SEGURIDAD JURÍDICA

En relación a este punto, el TC ha entendido que la seguridad jurídica constituye un elemento propio del Estado de Derecho, agregando que “*esto implica que toda persona ha de poder confiar en que su comportamiento, si se ajusta al derecho vigente, será reconocido por el ordenamiento jurídico, produciéndose todos los efectos legalmente vinculados a los actos realizados*”<sup>19</sup>.

Si bien, el presente principio no se encuentra reconocido expresamente en la Constitución, históricamente se ha entendido como un atributo del Estado de Derecho y como finalidad del derecho, orden normativo, cuya aplicación influye en el comportamiento y en las actuaciones de los particulares, destinatarios de la norma jurídica.

En efecto, como ya se ha señalado, manifestación de la seguridad jurídica, la constituye la cosa juzgada, por tanto, la exclusión que hace de ella el artículo 470 del CT, genera directamente, una vulneración y un efecto contrario al presente criterio de interpretación, utilizado por el TC.

18. VALENZUELA SOMARRIVA, E, *Criterios de hermenéutica constitucional aplicados por el Tribunal Constitucional*, Cuaderno del Tribunal Constitucional N° 31, Santiago, 2006, p. 20.

19. VALENZUELA SOMARRIVA, Eugenio, *Criterios de hermenéutica...*, op.cit., p. 64.

## CONSIDERACIONES FINALES

La inconstitucionalidad se puede analizar considerando la fuente que la origina, esto es, omisión o acción. En el primer caso, se produce por la actuación incompleta en la incurre el legislador, al omitir incluir importantes instrumentos de defensa en favor del ejecutado, no satisfaciendo imperativos constitucionales, vinculados al respeto del contenido esencial de los derechos fundamentales afectados. No obstante lo anterior, atendido el diseño de acciones de control represivo de constitucionalidad, nuestro ordenamiento jurídico no contempla la posibilidad de recurrir por inconstitucionalidad por omisión. En efecto, en el caso de la inconstitucionalidad por acción, fue posible realizar el análisis atendiendo a que en el presente caso existía una intervención legislativa que no superaba el examen de proporcionalidad, cuestión que complementada con la aplicación de otros criterios interpretativos, verifican que la disposición legal comentada, vulnera en su aplicación, derechos fundamentales consagrados en el N° 3 y 24 del artículo 19 de la Constitución.

Si bien, la parte ejecutante podría alegar intentar hacer valer su derecho a la acción y considerar en el presente caso, uno de los criterios de interpretación del TC, cual es, la presunción de constitucionalidad y la imposibilidad de declaraciones de inconstitucionalidad por omisión, lo cierto es que tomando en consideración la función de aquel órgano, esto es, velar por el respeto de la supremacía constitucional, actuando en reiteradas ocasiones como legislador negativo, frente a la inconstitucionalidad por omisión relativa o parcial, la declaración de inconstitucionalidad del artículo 470 CT, al no respetar el legislador imperativos constitucionales, contribuiría a impulsar al legislador para que éste sea capaz de integrar al listado de excepciones a la cosa juzgada.

Lo anterior, también se debería contemplar, en el evento en el que se llegara a declarar inconstitucional aquel precepto legal, ya que al ser una norma esencial del procedimiento ejecutivo laboral, el efecto que tendría la declaración de inconstitucionalidad, cual es, la expulsión de

la norma del ordenamiento jurídico, y el vacío normativo que se podría generar sobre el punto, haría necesaria la intervención del legislador para llenar ese vacío normativo, función que muchas veces resulta fundamental, *post* declaración de inconstitucionalidad de preceptos legales, ya que de acuerdo a la distribución de competencias que efectúa la Constitución, el TC se perfila como un órgano de control, recayendo la función legislativa, exclusivamente en el órgano legislativo, con la participación del Presidente de la República.

La cosa juzgada forma parte de un derecho fundamental implícito, cual es, la tutela judicial. En efecto, al igual que el derecho al debido proceso, al no ser derechos reconocidos explícitamente en la Constitución, su aplicación y ejercicio se encuentra condicionado por la interpretación de la jurisprudencia constitucional y de la doctrina.

Además de significar una vulneración al ejercicio de los derechos fundamentales ya analizados, lo cierto es que al limitar el listado de excepciones, excluyendo a la cosa juzgada, se provoca una afectación a uno de los elementos del Estado de Derecho, cual es la seguridad jurídica, cuya existencia y respeto, resulta fundamental para el comportamiento de los destinatarios de la normas jurídicas, pues el respeto a ese atributo, importará la definición de las acciones de los ciudadanos, dirigiendo el comportamiento de los mismos al interior de la sociedad, cuestión que vinculada a los derechos fundamentales, adquiere mayor importancia, ya que no sólo será suficiente el reconocimiento normativo de la titularidad de éstos en favor de las personas, sino que la certeza de que el ejercicio de sus derechos, serán respetados por particulares y los órganos del Estado.

## BIBLIOGRAFIA

ALDUNATE, E, *Derechos Fundamentales*, Editorial Legal Publishing, Santiago, 2008, 439 pp.

- BORDALÍ SALAMANCA, A, “Análisis crítico de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional sobre el derecho a la tutela judicial”, en *Revista chilena de derecho*, vol. 38 N° 2, 2011, pp. 311-337.
- BULNES ALDUNATE, L; “La inconstitucionalidad por omisión”, en *Estudios Constitucionales*, año 4 N° 1, 2006, pp. 251-264.
- CONTRERAS, P, “¿Derechos implícitos? Notas sobre la identificación de normas de derecho fundamental”, en *Nuevas perspectivas en derecho público*, Librotecna, Santiago, 2011, pp. 149-185.
- GARCÍA PINO, G y CONTRERAS VÁSQUEZ, P, “El derecho a la tutela judicial y al debido proceso en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional chileno”, en *Estudios Constitucionales*, año 11 N° 2, 2013, pp. 229-282.
- GUILHERME MARINONI, L, “El precedente en la dimensión de la seguridad jurídica”, en *Revista Ius et Praxis*, año 18 N° 1, 2012, pp. 249-266.
- MONTERO AROCA, J, “Cosa juzgada, jurisdicción y tutela judicial”, en *Derecho Privado y Constitución*, N° 8, 1996, pp. 251-295.
- NOGUEIRA ALCALÁ, H, *Derechos fundamentales y garantías constitucionales*, Tomo I, Librotecna, Santiago, 2008. 736 pp.
- VALENZUELA SOMARRIVA, E, *Criterios de hermenéutica constitucional aplicados por el Tribunal Constitucional*, Cuaderno del Tribunal Constitucional N° 31, Santiago, 2006, 95 pp.
- VERDUGO RAMÍREZ, S; “La inconstitucionalidad por omisión del legislador”, *Revista Actualidad Jurídica*, N° 19, 2009, pp. 373-396.

### **Sentencias del Tribunal Constitucional**

STC 15/1982

STC 616/2007

STC 2690/2014

STC 2701/2014.



# A EFICÁCIA E A IMPORTÂNCIA DA OBRIGATORIEDADE DO *RECALL* NO ORDENAMENTO JURÍDICO BRASILEIRO COMO INSTRUMENTO PARA ASSEGURAR A DIGNIDADE DO CONSUMIDOR

Gisele Amaral<sup>1</sup>

## INTRODUÇÃO

O presente artigo tem como principal objetivo apresentar a eficácia e a importância da obrigatoriedade do chamamento denominado *recall*, cuja finalidade é evitar ou minimizar a ocorrência de acidentes de consumo que possam causar danos a direitos fundamentais do consumidor: vida, saúde e segurança.

Dessa forma, é preciso se voltar à dignidade do consumidor, que por meio do princípio da proteção à vida, saúde e segurança, é considerada um direito básico, por força do contido no inciso I do art. 6º do Código de Defesa do Consumidor (CDC), bem como dar ênfase à responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto, inserido no mesmo diploma legal.

De suma importância, mas não simples, é a tarefa de esclarecer o significado do *recall* quando a detecção da existência de defeitos de concepção, fabricação ou ainda informação é realizada somente após a colocação dos produtos no mercado do consumo.

Um dos fundamentos principais para a existência do CDC é o princípio da vulnerabilidade, devido à massificação na produção com o fito

---

1. Mestranda em Ciências Jurídico-Civis pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Especialista em Direito Contemporâneo com ênfase em Direito Público e Direito Aplicado. Advogada.

de atender um número cada vez maior de consumidores, tornando-se necessário demonstrar a sua aplicabilidade no campo jurídico.

Por tudo isso, o presente artigo busca demonstrar a eficácia e a importância da obrigatoriedade do *recall*, a fim de constatar a eficiência que este chamamento possui para que se evitem ou minimizem a ocorrência dos acidentes de consumo, evitando, por conseguinte, danos à vida, saúde ou segurança dos consumidores, considerados direitos fundamentais pela Constituição da República Federativa do Brasil (CF/88).

## **DEFESA DO CONSUMIDOR: BREVE HISTÓRICO DA DEFESA DO CONSUMIDOR**

Tendo em vista a necessidade de uma política nacional de consumo uniforme, o Código de Defesa do Consumidor foi inserido no ordenamento jurídico brasileiro, através da criação da Lei nº 8.078 de 11 de setembro de 1990, que consolidou e tutelou os direitos inerentes à proteção e defesa do consumidor nas relações de consumo devido a vulnerabilidade deste em face do fornecedor.

As normas dirigidas à proteção dos consumidores são consideradas um direito fundamental, e a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 (CF/88) trouxe em seus artigos 5º, inciso XXXII e art. 170, inciso V, os princípios que estabelecem expressamente a defesa e proteção do consumidor.

Destacam-se que as questões relacionadas às relações de consumo iniciaram-se muito antes da criação do CDC, quando tal assunto era tratado basicamente pelo Código Civil, sem que houvesse uma lei específica. Porém, este diploma legal tratava de forma igual os consumidores e os fornecedores, e devido à grande evolução do mercado de consumo, surgiu a necessidade de tutelar e defender os direitos da parte mais frágil da relação de consumo, ou seja, os consumidores.

## PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DE PROTEÇÃO AO CONSUMIDOR: PRINCÍPIO DA DIGNIDADE DA PESSOA HUMANA

O princípio da dignidade da pessoa humana é acatado como um princípio fundamental, sendo a base para os demais princípios com previsão no art. 1º, III, da CF/88<sup>2</sup>.

Nesse sentido, **BULOS** (2007, p.73) ensina o significado de um princípio fundamental, explanando que:

[...] *princípios fundamentais* significam diretrizes básicas que engendram decisões políticas imprescindíveis à configuração do Estado brasileiro, determinando-lhe o modo e a forma de ser. O qualitativo *fundamentais* dá ideia de algo *necessário*, sem o qual inexistiria alicerce, base ou suporte.

A respeito do tema, **BULOS** (2007, p.83) ainda se posiciona no sentido de que “A dignidade da pessoa humana é o *valor constitucional supremo* que agrega em torno de si a unanimidade dos demais direitos e garantias fundamentais [...]”.

Para **NERY JUNIOR E NERY** (2009, p.151): “A correta aplicação dos direitos e garantias fundamentais [...] configura, na prática, elemento indispensável à realização do princípio da dignidade da pessoa humana”.

**MORAES** (2003, p.128-129) por sua vez, aborda tal assunto, valorando que:

*A dignidade da pessoa humana* é um valor espiritual e moral inerente a pessoa, que se manifesta singularmente na autodeterminação consciente e responsável da própria vida e que traz consigo a pretensão ao respeito por par-

---

2. Art. 1º. A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: I - a soberania;  
II - a cidadania; III - a dignidade da pessoa humana; [...]

te das demais pessoas, constituindo-se em um mínimo invulnerável que todo estatuto jurídico deve assegurar, [...]

Na mesma vertente, **MORAES** (2003, p.129) demonstra duas concepções do princípio fundamental supracitado, evidenciando que:

O princípio fundamental consagrado pela Constituição Federal da dignidade da pessoa humana apresenta-se em uma dupla concepção. Primeiramente, prevê um direito individual protetivo, [...]. Em segundo lugar, estabelece verdadeiro dever fundamental de tratamento igualitário dos próprios semelhantes.

Esse dever configura-se pela exigência de o indivíduo respeitar a dignidade de seu semelhante tal qual a Constituição Federal exige que lhe respeitem a própria. [...]

Encontramos ainda tal princípio no art. 5º, § 2º da Carta Magna<sup>3</sup>, sendo respeitado como um dos mais importantes, pois os demais devem ir ao encontro dele. Desta forma, **TAVARES** (2012, p.590) expõe que:

[...] sempre existiu uma celeuma doutrinária acerca daquele que seria, de fato, o núcleo central, o direito essencial, o *princípio absoluto* do mundo jurídico, o princípio dos princípios ou princípio máximo, ao qual todos os demais deveriam curvar-se em sua compreensão e aplicação.

---

3. Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

§ 2º Os direitos e garantias expressos nesta Constituição não excluem outros decorrentes do regime e dos princípios por ela adotados, ou dos tratados internacionais em que a República Federativa do Brasil seja parte.

De acordo com os ensinamentos de NUNES (2005, p.123), entende-se que “A dignidade da pessoa humana – e do consumidor – é garantia fundamental que ilumina todos os demais princípios e normas e que, então, a ela devem respeito, dentro do sistema constitucional soberano brasileiro”.

Tal princípio é de extrema importância, que também está inserido no art. 4º, do CDC<sup>4</sup>. NUNES (2005, p.123) ressalta ainda que “A dignidade garantida no *caput* do art. 4º da Lei n. 8.078/90 está, assim, ligada diretamente àquela maior, estampada no texto constitucional”.

### PRINCÍPIO DA PROTEÇÃO À VIDA, À SAÚDE E À SEGURANÇA

Como abordado anteriormente, os demais princípios devem respeitar o princípio da dignidade da pessoa humana, o que se comprova expressamente no texto referido alhures no CDC quando pronuncia que as relações de consumo visam ao atendimento das necessidades dos consumidores, como o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos entre outros.

O princípio de proteção à vida, saúde e segurança é considerado um direito básico do consumidor, restando expresso no inciso I do art. 6º do CDC<sup>5</sup>.

Nesse contexto, Silva Neto (2013, p.83) relata que “A proteção à vida, saúde e segurança é, como valor jurídico, absoluta [...]”.

É claramente visível que o princípio da proteção à vida, saúde e segurança faz parte da dignidade humana. Nunes (2005, p.123) mostra

---

4. Art. 4º. A Política Nacional de Relações de Consumo tem por objetivo o atendimento das necessidades dos consumidores, o respeito à sua dignidade, saúde e segurança, a proteção de seus interesses econômicos, a melhoria de sua qualidade de vida, bem como a transparência e harmonia das relações de consumo, atendidos os seguintes princípios:

[...]

5. Art. 6º. São direitos básicos do consumidor:

I - a proteção da vida, saúde e segurança contra os riscos provocados por práticas no fornecimento de produtos e serviços considerados perigosos ou nocivos;

[...]

que “Proteção à vida, saúde e segurança são direitos que nascem atrelados ao princípio maior da dignidade, uma vez que, como dissemos, a dignidade da pessoa humana pressupõe um piso vital mínimo”.

## PRINCÍPIO DA VULNERABILIDADE

O princípio da vulnerabilidade decorre do princípio constitucional da isonomia, que está inserido no *caput* do art. 5º da CF/88, que dispõe sobre a igualdade, e conforme o entendimento de **NUNES** (2005, p.34): *“a interpretação adequada de tal Princípio é tão antiga quanto Aristóteles”*.

[...] a interpretação adequada de tal princípio é tão antiga quanto Aristóteles, que já explicava que seu resultado adequado advinha da fórmula: dar tratamento igual aos iguais e desigual aos desiguais, na medida dessa desigualdade.

O CDC reconhece explicitamente a vulnerabilidade do consumidor no mercado de consumo<sup>6</sup>, vulnerabilidade esta que fundamentou a existência da referida legislação, sendo um traço comum a todos os consumidores, que nas palavras de **ALMEIDA** (2006, p.17):

[...] É a espinha dorsal da proteção ao consumidor, sobre o qual se assenta toda a linha filosófica do movimento. É indubitoso que o consumidor é a parte mais fraca das relações de consumo; apresenta ele sinais de fragilidade e impotência diante do poder econômico.

O consumidor é considerado vulnerável por ser a parte mais frágil de uma relação de consumo e o reconhecimento de sua vulnerabilidade é que justifica a proteção voltada ao consumidor no mercado de consumo.

---

6. Art. 4º, inciso I, do CDC.

Induvidoso ainda é que a vulnerabilidade do consumidor cresceu tendo em vista o aumento na produção para atender um número cada vez maior de consumidores, ou seja, a produção também passou a ser massificada em virtude do aperfeiçoamento dos meios tecnológicos postos à disposição dos fornecedores.

Em razão dessa vulnerabilidade, o legislador adotou como regra a responsabilidade objetiva, uma vez que o consumidor não teria condições nem conhecimento técnico suficiente para demonstrar a prova por culpa, a exemplo da vulnerabilidade técnica deste.

## DA RESPONSABILIDADE PELO FATO DO PRODUTO

Compreende-se que todo e qualquer produto que não apresentar a segurança adequada é considerado defeituoso. A definição de produto defeituoso está inserida no § 1º do art. 12 do CDC, porém o § 2º define o produto que não é considerado defeituoso<sup>7</sup>.

Por sua vez, **FILOMENO** (2007, p.176) ilustra defeito como:

[...] anomalias constatadas em produtos [...] que não apenas os tornem inadequados aos fins a que se destinam, como também causados danos aos seus consumidores, ou então representam risco à vida, saúde ou segurança dos efeitos ou potenciais consumidores.

Importante destacar que o fato do produto se caracteriza pela ocorrência de um dano, em virtude de um defeito que é apresentado por um produto.

7. Art. 12. [...]

§ 1º O produto é defeituoso quando não oferece a segurança que dele legitimamente se espera, levando-se em consideração as circunstâncias relevantes, entre as quais:

I - sua apresentação;

II - o uso e os riscos que razoavelmente dele se esperam;

III - a época em que foi colocado em circulação.

§ 2º O produto não é considerado defeituoso pelo fato de outro de melhor qualidade ter sido colocado no mercado.

[...]

Nesse contexto, **EFING** (2011, p.181) conclui que “[...] fato do produto é a repercussão danosa extrínseca dos defeitos juridicamente relevantes que atingirão o consumidor e/ou o terceiro equiparado [...]”.

O CDC dispõe quando o fornecedor será responsável pelo fato do produto<sup>8</sup>, prevendo ainda as excludentes de responsabilidade, quando provar que não colocou o produto no mercado, que o defeito não existe, ou ainda, que a culpa foi exclusiva do consumidor ou terceiro<sup>9</sup>.

Para **LISBOA** (2006, p.272) “O fornecedor responde, em regra, independentemente de culpa perante o consumidor porque, ao exercer sua atividade econômica, assumiu os riscos inerentes à profissão que desenvolve no mercado de consumo”.

A base da responsabilidade objetiva do fornecedor, nada mais é do que a obrigatoriedade da assunção, pelo fornecedor, dos riscos que aquela relação de consumo possa vir apresentar.

Nesse contexto, **ALMEIDA** (2006, p.82), cita a Teoria do Risco Criado:

[...] os fornecedores procuram produzir bens e serviços adequados ao consumo, seguros, eficientes e indenidos de defeitos, utilizando-se, para tanto, de testes e controles de produção e qualidade, com o objetivo de eliminar ou pelo menos reduzir a colocação no mercado de produtos defeituosos. Ocorre, porém, que, mesmo com o emprego de diligência na produção ou prestação e de rigoroso controle, ainda assim alguns produtos [...] acabam entrando no circuito comercial com defeitos que culminam por causar lesão à saúde, à segurança e ao patrimônio dos consumidores e utentes.

Não obstante, **NUNES** (2005, p.154), chama a atenção para a produção em série, observando que:

---

8. Caput do art. 12 do CDC.

9. Art. 12, § 3º, do CDC.



[...] como fruto da teoria do risco, um item específico é o que está intimamente ligado à sistemática normativa adotada pelo CDC. É aquele dirigido à avaliação da qualidade do produto e do serviço, especialmente voltados para a adequação, finalidade, proteção à saúde, segurança e durabilidade. Tudo referendado e complementado pela informação.

Em realidade, a palavra “qualidade” do produto ou do serviço pode ser o aspecto determinante, na medida em que não se pode compreender qualidade sem o respeito aos direitos básicos do consumidor.

E nesse ponto da busca da qualidade surge, então, nova e particularmente, o problema do risco/custo/benefício, acrescido agora de outro aspecto considerado tanto na teoria do risco quanto pelo CDC: a produção em série.

A produção em série surgiu da necessidade de ofertar mais produtos com um custo mais baixo, para atingir um número cada vez maior de consumidores. Todavia, quando se realiza uma produção em série, não há como garantir que todos os produtos ali fabricados tenham 100% (cem por cento) de qualidade, não apontando nenhum tipo de defeito.

Diante dessa realidade, o CDC garantiu amparo ao consumidor através da responsabilidade objetiva, para que este seja ressarcido ou indenizado por eventuais riscos ou danos sofridos em decorrência de defeitos que os produtos possam apresentar.

No que diz respeito ao risco do desenvolvimento, este consiste na constatação de um defeito, que tendo em vista o conhecimento tecnológico disponível à época em que o mesmo foi colocado em circulação no mercado de consumo pelo fornecedor, não poderia ser conhecido.

Diante disso, **ROCHA** (2000, p.III) discorre que “*define-se risco do desenvolvimento como sendo aquele risco que não pode ser cientificamente conhecido no momento do lançamento do produto no mercado, vindo a ser descoberto somente após um período de uso do produto*”.

Dessa forma, demonstra-se que o risco do desenvolvimento é aquele inerente à constatação de um defeito pré-existente somente após sua

colocação no mercado de consumo, tendo em vista que à época desta prática o fornecedor desconhecia tal deformidade.

Portanto, conclui-se que todo fornecedor que coloca em circulação um produto está sujeito aos riscos que essa relação implica, e a responsabilidade pelo fato do produto se dará sempre que um produto colocado no circuito comercial causar um acidente, ensejando, desta forma, ao fornecedor arcar com os prejuízos que o consumidor vier a ter em razão deste fato.

### **RECALL**

O *recall* é o mecanismo utilizado pelos fornecedores quando um produto apresenta defeito seja de concepção, fabricação ou informação, deformidade esta detectada após sua colocação no mercado de consumo. Ele tem por fim informar os consumidores da periculosidade que este produto apresenta, com o objetivo de evitar ou impedir efetivamente que ocorram acidentes de consumo que causem riscos ou danos à vida, saúde ou segurança dos consumidores. Em razão disso, far-se-á um chamamento destes consumidores para que seja realizada a correção deste defeito bem como a substituição do produto ou parte dele, se for o caso.

De acordo com o site do Ministério da Justiça<sup>10</sup> “Recall é a forma pela qual um fornecedor vem a público informar que seu produto [...] apresenta riscos aos consumidores. Ao mesmo tempo, recolhe produtos, esclarece fatos e apresenta soluções”.

**FILOMENO** (2007, p.16) explica o que é *recall* da seguinte forma:

[...] traduzido ao pé da letra como “chamar de volta”, consiste, na verdade, num **dever** de todo fornecedor [...] de não apenas comunicar, imediatamente, às autoridades competentes, bem como aos consumidores em geral, a respeito da nocividade ou periculosidade de produtos, descobertos pos-

10. Cf. <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/saude-e-seguranca>>

teriormente à sua colocação no mercado, como também de **recolhimento** desses mesmos produtos, ou então a **convocação** dos mesmos consumidores para reparos necessários.

Por sua vez, **NUNES** (2005, p.150) alega que:

Por meio desse instrumento, a norma protecionista pretende que o fornecedor impeça ou procure impedir, ainda que tardiamente, que o consumidor sofra algum dano ou perda em função de vício que o produto [...] tenham apresentado após sua comercialização.

Diante do contido no § 1º do art. 10 do CDC<sup>11</sup>, **SILVA NETO** (2013, p. 193-194), aborda a questão do “*alto grau de nocividade ou periculosidade*”, comentando que:

Conforme já se verificou, o Código protege a saúde e a segurança do consumidor, além de proteger sua confiança. O legislador, com base nessas premissas, fez uma opção por não permitir a comercialização de produtos ou serviços que apresentem “alto grau de nocividade ou periculosidade”

[...] em razão de o Código não definir o que é “alto de grau de periculosidade”, a doutrina (e as próprias autoridades administrativas do SNDC) tem dado mais ênfase à questão do *recall* do que a definição de periculosidade, determinando que o fornecedor, ao tomar conhecimento da periculosidade ou nocividade após colocar o produto ou serviço no mercado, o retire imediatamente do mercado de consumo.

---

11. Art. 10. O fornecedor não poderá colocar no mercado de consumo produto ou serviço que sabe ou deveria saber apresentar alto grau de nocividade ou periculosidade à saúde ou segurança.

§ 1º O fornecedor de produtos e serviços que, posteriormente à sua introdução no mercado de consumo, tiver conhecimento da periculosidade que apresentem, deverá comunicar o fato imediatamente às autoridades competentes e aos consumidores, mediante anúncios publicitários.

[...]

Destaca-se que o fornecedor está legalmente impedido, de acordo com o CDC, de colocar no mercado de consumo produtos que gerem riscos ou danos à vida, saúde ou segurança dos consumidores, exce- tuando-se aqueles já considerados perigosos por sua própria natureza, a exemplo de objetos cortantes ou pontiagudos.

Porém, se for constatado um defeito posteriormente a introdução do produto no mercado de consumo, ficará o fornecedor obrigado a comunicar imediatamente as autoridades competentes bem como efe- tuar a realização do *recall*, conforme se depreende da leitura do já cita- do conteúdo do § 1º do art. 10 do CDC, sendo que a correção, ou substi- tuição integral ou parcial do produto defeituoso, ficará integralmente a encargo do fornecedor.

Nesse contexto, **ALMEIDA** (2006, p.19) afirma que “[...] *Há o reco- nhecimento do defeito, mas ao mesmo tempo ele é sanado pelo próprio fabri- cante, sem prejuízo ou custos para o consumidor*”.

Ademais, **MARQUES** (2004, p.1032) compara o *recall* como um de- ver pós contratual, ou seja, um dever de vigilância:

Nota-se que o art. 10 parece mais voltado para o fornecedor-fabricante, ou para os fornecedores mencionados no art. 12, pois institui o dever de infor- mar às autoridades e aos consumidores, por meio de onerosos anúncios pu- blicitários. [...] Nesse sentido, pode-se interpretar o art. 10 como instituin- do um *dever pós-contratual*, isto é, um dever de vigilância, dever de informar ao consumidor, se “tiver conhecimento” da periculosidade de um produto, que ajudou a colocar no mercado.

Um exemplo típico do dever de realização do *recall* após um produ- to defeituoso ter sido colocado no mercado de consumo é trazido por **NUNES** (2005, p.150), que relata sobre as produções em série:

[...] um automóvel, o fabricante constata que um componente apresenta ví- cio capaz de comprometer a segurança do veículo. Esse componente, diga-

mos, um amortecedor, que é o mesmo modelo instalado em toda uma série de 1.000 automóveis que saiu da montadora, apresentou problema de funcionamento, e, por ter origem no mesmo lote advindo do seu fabricante (isto é, do fabricante do amortecedor), tem grande probabilidade de repetir o problema nos automóveis já colocados no mercado. Então, esses veículos já vendidos devem ser “chamados de volta” (*recall*) para ser consertados.

Ante ao exposto, é de fácil compreensão que o mecanismo *recall* é o instrumento pelo qual os consumidores são informados da periculosidade apresentada por produtos com defeito após sua colocação no mercado de consumo, visando desta forma, evitar ou impedir efetivamente que ocorram acidentes de consumo que causem riscos ou danos à vida, saúde ou segurança dos consumidores.

#### **PROCEDIMENTO DO RECALL**

O procedimento adotado para a realização do *recall* no Brasil está inserido no art. 10 do CDC bem como na Portaria do Ministério da Justiça nº 487, de 15 de março de 2012, que revogou a Portaria nº 789/2001, que regulamentava o referido mecanismo desde 24 de agosto de 2001.

#### **FORMA DE REALIZAÇÃO DO RECALL**

O § 2º do art. 10 do CDC, dispõe sobre a forma em que o *recall* deve ser realizado, tendo o fornecedor a obrigação de informar às autoridades competentes, e aos consumidores, da periculosidade e dos riscos que o produto apresenta, através de anúncios publicitários vinculados na imprensa, rádio e televisão. Para Nunes (2005, p.150):

O § 2º do art. 10 dispõe que para efetivar o *recall* o fornecedor deve utilizar-se de todos os meios de comunicação disponíveis e, claro, com despesas correndo por sua conta. Mas não basta, é preciso fazer uma interpretação extensiva do texto para cumprir seu objetivo.

NUNES (2005, p.151) ainda conclui que:

Então, deve-se entender que o sentido desejado no § 2º é o de amplamente obrigar o fornecedor a encontrar o consumidor que adquiriu seu produto ou serviço criado para que o vício seja sanado.

Assim, vale fazer referência à página do Ministério da Justiça do Brasil<sup>12</sup>, que alude a questão do reparo dos vícios, informando que “[...] para a realização do reparo, não há limitações se o produto foi adquirido de terceiros ou no Brasil ou no exterior”.

Além disso, a Portaria nº 487/2012 do Ministério da Justiça, regulamentou a maneira como o *recall* deve ser realizado, dispondo que o fornecedor que tiver conhecimento da nocividade ou periculosidade que seu produto vier a apresentar após sua introdução no circuito comercial, deverá comunicar tal fato imediatamente às autoridades competentes, contendo todas as informações necessárias para identificação do fornecedor, descrição pormenorizada do produto, do defeito, dos riscos e suas implicações, do número de consumidores atingidos bem como das providências já adotadas para resolver o defeito e sanar o risco, e ainda, os acidentes relacionados ao defeito<sup>13</sup>.

Cabe destacar que o referido dispositivo legal, ao disciplinar a maneira como o *recall* deve ser realizado, detalha de forma minuciosa todas as informações necessárias que devem constar no referido chamamento, para que o consumidor entenda com clareza os riscos que a periculosidade do produto defeituoso adquirido pode causar bem como a forma de agir para que o problema seja sanado<sup>14</sup>.

12. Cf. <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/saude-e-seguranca>>

13. Art. 2º a 4º, da Portaria 487/2012 do Ministério da Justiça.

14. Art. 5º, da Portaria 487/2012 do Ministério da Justiça.

## DO *RECALL* DEVIDAMENTE REALIZADO E A NÃO LOCALIZAÇÃO DO CONSUMIDOR

O objetivo do *recall* é de evitar ou impedir efetivamente que ocorram acidentes de consumo que causem riscos ou danos à vida, saúde ou segurança dos consumidores. Assim, demonstra-se que é de extrema relevância que os consumidores atendam ao chamamento realizado, para garantia de sua própria segurança.

Entretanto, no caso de o fornecedor realizar devidamente o chamamento e o consumidor não atender, o fornecedor não irá se eximir da responsabilidade por eventuais danos que o consumidor venha a sofrer, pois de acordo com a página do Ministério da Justiça<sup>15</sup> [...] “enquanto persistir o risco que originou o *recall*, o consumidor poderá exigir o reparo ou a troca da peça defeituosa junto ao fornecedor”.

Perante ao tema, **NUNES** (2005, p.151) esclarece que:

[...] Como a responsabilidade do fornecedor é objetiva, não se tem de argüir de suas atitudes correta ou não em fazer o *recall*. Havendo dano, o fornecedor responde pela incidência das regras instituídas nos arts. 12 a 14. E, como está lá estabelecido, não há, no caso, excludente possível de responsabilização. A que mais se aproxima é a da demonstração da culpa exclusiva do consumidor [...] Quando muito poder-se-ia falar em culpa concorrente do consumidor, caso ele receba o chamado e o negligencie. Mas, nesse caso, continua o fornecedor sendo integralmente responsável.

**SILVA NETO** (2013, p.195), também aborda o assunto, aludindo que a realização do *recall* “não é excludente de responsabilidade”:

É obvio que, considerando os princípios que orientam o Código de Defesa do Consumidor, a simples realização do *recall* não será excludente de responsabilidade em caso de dano causado pelo defeito objeto de recolhi-

15. Brasil. Idem

mento. O *recall* é uma obrigação do fornecedor derivada dos deveres de precaução, proteção e qualidade, mas sua realização não é excludente de responsabilidade.

Diante do exposto, conclui-se que o fornecedor de produtos que apresentarem defeitos, será sempre responsabilizado pelos riscos ou danos que o consumidor vier a sofrer, independentemente deste consumidor atender ao chamamento realizado, pois o *recall* terá validade até que se elimine totalmente os reparos ou recolhimento dos produtos que constatarem alguma deformidade.

## **DO ACIDENTE DE CONSUMO POSTERIOR À REALIZAÇÃO DO *RECALL***

Como já relatado, o fornecedor não pode introduzir no mercado de consumo, produtos que coloquem em risco à vida, saúde ou segurança dos consumidores.

Porém, quando isso ocorre, o fornecedor está obrigado por força do § 1º do art. 10 do CDC, a comunicar imediatamente as autoridades competentes bem como utilizar-se de todos os meios de comunicação disponíveis, a fim de que o consumidor tenha conhecimento da periculosidade do produto adquirido, e o problema possa ser sanado.

Ainda com toda a sistemática utilizada para que o consumidor tome ciência do defeito que seu produto possui, em alguns casos, a informação não chega até determinados consumidores, seja porque eles não foram atingidos pelo chamamento, seja por outro motivo qualquer.

Mesmo assim, subsiste a responsabilidade do fornecedor, pois, de acordo com o *caput* do art. 10 do CDC, o fornecedor não poderia ter colocado no mercado de consumo produto defeituoso.

Além disso, o art. 9º da Portaria nº 487/2012 do Ministério da Justiça, dispõe que “O fornecedor não se desobriga da reparação ou substituição gratuita do produto ou serviço mesmo findo o chamamento”.



O Superior Tribunal de Justiça confirma tal entendimento, afirmando que:

CIVIL. CONSUMIDOR. REPARAÇÃO DE DANOS. RESPONSABILIDADE. RECALL. NÃO COMPARECIMENTO DO COMPRADOR. RESPONSABILIDADE DO FABRICANTE.

- A circunstância de o adquirente não levar o veículo para conserto, em atenção a RECALL, não isenta o fabricante da obrigação de indenizar. (STJ, REsp 1010392 / RJ, Ministro Humberto Gomes de Barros Relator, T3 – Terceira Turma, julgado em 24/03/2008)

Face a essa realidade, **SILVA NETO** (2013, p.195), relata que “É certo que o *recall* feito pelo fornecedor irá minorar sua exposição a riscos, mas se o consumidor não ficar sabendo do *recall* e vier a sofrer danos em função do defeito, merecerá ser indenizado”.

#### DA NÃO REALIZAÇÃO DO RECALL

Tendo em vista que a realização do *recall* é obrigatória quando o fornecedor vier a ter ciência de um defeito após a colocação do produto no mercado de consumo, a Portaria nº 487/2012, dispôs em seu art. 11 que “O não cumprimento às determinações desta Portaria sujeitará o fornecedor às sanções previstas na Lei no 8.078, de 1990, e no Decreto no 2.181, de 20 de março de 1997”.

Além disso, o CDC também preconiza que a realização do *recall* é obrigatória e o não cumprimento de tal exigência legal acarreta uma infração de ordem penal, em virtude da omissão de comunicar às autoridades competentes e os consumidores da nocividade ou periculosidade que o produto veio a apresentar. Nesta situação, o fornecedor será penalizado com detenção de 6 (seis) meses a 2 (dois) anos e multa, incorrendo nas mesmas penas quem deixar de retirar imediatamente do mercado os produtos nocivos ou perigosos<sup>16</sup>.

16. Art. 64 do CDC.

Comentando o art. 64 do CDC, **SILVA NETO** (2013, p.758) explica que:

O art. 64 trata da criminalização daquelas situações em que o fornecedor só vem a ter noção da periculosidade do produto após sua colocação no mercado de consumo, mas, ao obter tal informação, deixa de comunicá-la à autoridade competente (DPDC, Anvisa, etc.). Essa conduta está associada com as prescrições do art.10 do Código, que visam garantir a incolumidade do consumidor contra produtos ou serviços altamente perigosos. [...] O crime também se caracteriza quando o fornecedor, mesmo que tenha comunicado à autoridade a nocividade ou periculosidade, deixa de retirar do mercado os produtos nocivos ou perigosos cuja periculosidade tenha se tornado conhecida posteriormente à sua colocação no mercado (periculosidade adquirida).

Por fim, **MIRAGEM** (2013, p.753) traz que “A função do direito penal no tocante às relações de consumo, é a proteção do bem jurídico *relação de consumo*. [...] a partir do reconhecimento da vulnerabilidade do consumidor”.

Assim, conclui-se que a sistemática utilizada pelo CDC demonstra que se for constatado um defeito posteriormente a introdução do produto no mercado de consumo, e o fornecedor não realizar o *recall* bem como a comunicação às autoridades competentes, ou ainda, deixar de retirar o produto do mercado de consumo, não irá se eximir da responsabilidade, inclusive penal, por eventuais danos que o consumidor venha a sofrer.

## CONSIDERAÇÕES FINAIS

O presente artigo buscou demonstrar a eficácia e a importância da obrigatoriedade da realização do *recall*, como instrumentos para evitar os acidentes de consumo que atentem contra a vida, saúde ou segurança dos consumidores.

Demonstrou-se que a responsabilidade civil do fornecedor no Código de Defesa do Consumidor não está vinculada apenas na fase pré ou contratual, mas vincula-se também durante toda a vida útil do produto, ou seja, o fornecedor ficará responsável por eventuais defeitos que o produto vier a apontar após sua comercialização e que possa trazer algum dano ao consumidor, independentemente de culpa.

Uma vez em que o presente artigo tratou principalmente do *recall*, voltou-se à responsabilidade pelo fato do produto, chegando-se à conclusão de que a base da responsabilidade do fornecedor é o risco. Destarte, o fornecedor ao colocar um produto no mercado de consumo, assume para si a responsabilidade dos eventuais defeitos que este produto vier apresentar, devendo arcar com os prejuízos que o consumidor vier a ter em razão deste fato.

O *recall*, por sua vez, é o instrumento utilizado pelos fornecedores quando um produto apresenta defeito seja de concepção, fabricação ou informação, defeito este detectado após sua colocação no mercado de consumo. Este chamamento visa informar os consumidores da periculosidade que este produto apresenta, com o objetivo de evitar ou impedir efetivamente que ocorram acidentes de consumo que causem riscos ou danos à vida, saúde ou segurança dos consumidores, chamando estes consumidores para que seja realizada a correção deste defeito bem como a substituição do produto ou parte dele.

Demonstrou-se ainda, que o fornecedor está legalmente impedido de colocar no mercado de consumo produtos que gerem riscos ou danos à vida, saúde ou segurança dos consumidores, porém, se for constatado um defeito posteriormente a introdução do produto no mercado de consumo, ficará o fornecedor obrigado a comunicar imediatamente às autoridades competentes bem como efetuar a realização do *recall*.

Contudo, mesmo que o fornecedor tenha realizado o *recall* e o consumidor não for encontrado ou não atender o chamamento e vier a sofrer um acidente em virtude do defeito apresentado em seu produto, o

fornecedor não irá se eximir da responsabilidade por eventuais danos que o consumidor venha a sofrer.

Após a leitura deste artigo, pode-se perceber que os produtos que trazem mais defeitos consigo, são aqueles produzidos em séries, pois não há como garantir que todos os produtos ali fabricados tenham 100% (cem por cento) de qualidade, não apontando nenhum tipo de defeito.

Por fim, pretende-se que o *recall* e os demais institutos de proteção ao consumidor, vejam o consumidor como uma parcela mais frágil da sociedade econômica. Seres humanos que encontram no mercado de consumo uma forma de sobreviver e proporcionar melhores condições de vida às suas famílias. Pessoas que não tem condições de demonstrar o que lhes é de direito, ou seja, o ressarcimento do dano ou prejuízo advindo de produtos defeituosos, pelos acidentes de consumos que atentam contra suas vidas, saúde ou segurança. Indivíduos que construíram um lar através do circuito comercial e merecem ter seus direitos tutelados pelo Código de Defesa do Consumidor, por contribuírem para a existência do mercado de consumo, pois de nada adiantaria existir os fornecedores se não houvesse consumidores que fazem o mercado de consumo funcionar.

## REFERÊNCIAS

ALMEIDA, João Batista de. *A Proteção Jurídica do Consumidor*. 5. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2006.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 05 de outubro de 1988.

\_\_\_\_\_. Direito do Consumidor. Legislação: Portaria nº 487/2012. *Ministério da Justiça*. Brasília, DF. Disponível em <<http://www.justica.gov.br/seus-direitos/consumidor/saude-e-seguranca/anexos/portaria-no-487-2012.pdf>> Acesso em: 13 nov. 2015.

\_\_\_\_\_. Direitos do Consumidor. Portal de Acessibilidade: Saúde e Segurança. *Ministério da Justiça*. Brasília, DF. Disponível em <<http://www.jus>

- tica.gov.br/seus-direitos/consumidor/saude-e-seguranca> Acesso em: 11 out. 2015.
- \_\_\_\_\_. Lei nº 8.078 de 11 de Setembro de 1990. Dispõe sobre a proteção do consumidor e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, Brasília, DF, 11 de Setembro de 1990.
- \_\_\_\_\_. Superior Tribunal de Justiça. Brasília. *Recurso Especial 1010392 / RJ*, T3 – Terceira Turma, Ministro Relator Humberto Gomes de Barros, julgamento em 24/03/2008. Disponível em: <[https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num\\_registro=200602321295&dt\\_publicacao=13/05/2008](https://ww2.stj.jus.br/processo/revista/inteiroteor/?num_registro=200602321295&dt_publicacao=13/05/2008)> Acesso em: 13 dez. 2016.
- BULOS, Uadi Lammêgo. *Constituição Federal Anotada*. 7. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2007.
- EFING, Antônio Carlos. *Fundamentos do direito das relações de consumo: Consumo e Sustentabilidade*. 3. ed. rev. e atual. Curitiba: Juruá, 2011.
- FILOMENO, José Geraldo Brito. *Manual de direitos do consumidor*. 9. ed. Rev. Ampl. Sist. e atual. de acordo com o Código Civil de 2002 e Leis Subseqüentes. São Paulo: Atlas, 2007.
- LISBOA, Roberto Senise. *Responsabilidade civil nas relações de consumo*. 2. ed. rev. e atual. São Paulo: RT, 2006.
- MARQUES, Cláudia Lima. *Contratos no Código de Defesa do Consumidor: O novo regime das relações contratuais*. 4. ed. rev., atual. e ampl. 2. tir. São Paulo: RT, 2004.
- MIRAGEM, Bruno. *Curso de direito do consumidor*. 4. ed. rev., atual e ampl. 2. tir. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.
- MORAES, Alexandre de. *Constituição do Brasil Interpretada e Legislação Constitucional*. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2003.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Constituição Federal Comentada e Legislação Constitucional*. 2. ed. rev. ampl. e atual. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2009.
- NUNES, Luiz Antonio Rizzatto. *Curso de direito do consumidor*. 2. ed. rev., mod. e atual. São Paulo: Saraiva, 2005.

- ROCHA, Silvio Luís Ferreira. *Responsabilidade civil do fornecedor pelo fato do produto no direito brasileiro*. 2. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: RT, 2000.
- SILVA NETO, Orlando Celso da. *Comentários ao Código de Defesa do Consumidor*. Rio de Janeiro: Forense, 2013.
- TAVARES, André Ramos. *Curso de Direito Constitucional*. 10. ed. ver. e atual. São Paulo: Saraiva, 2012.



---

This book was typeset in Sabon Next  
LT by Autografia Publishing House  
and printed in offset 75 g/m<sup>2</sup> paper.

---