

Organizadores
Jorge Luis Cáceres Arce (UCSM/PE)
Máximo Rondón Rondón (UCSM/PE)
Clodomiro José Bannwart Junior (PPGDN/UEL/BR)

História e desafios contemporâneos nas constituições do Peru e do Brasil

Organizadores
Jorge Luis Cáceres Arce (UCSM/PE)
Máximo Rondón Rondón (UCSM/PE)
Clodomiro José Bannwart Junior (PPGDN/UEL/BR)

História e Desafios Contemporâneos nas Constituições do Peru e do Brasil



Universidad Católica
de Santa María



UNIVERSIDADE
ESTADUAL DE LONDRINA

2025

Organização

Jorge Luis Cáceres Arce (UCSM/PE)

Máximo Rondón Rondón (UCSM/PE)

Clodomiro José Bannwart Junior (PPGDN/UEL/BR)

Edição

Eduardo Bueno Rodrigues

Marlene Kempfer

Diagramação

Eduardo Bueno Rodrigues

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP)
(Câmara Brasileira do Livro, SP, Brasil)

História e desafios contemporâneos nas
constituições do Peru e do Brasil [livro
eletrônico] / organização Jorge Luis Cáceres
Arce, Máximo Rondón Rondón, Clodomiro José
Bannwart Junior. -- 1. ed. -- Londrina, PR :
Marlene Kempfer : Ed. dos Autores, 2025.
PDF

Vários autores.

Bibliografia

ISBN 978-65-01-76641-6

1. Acesso à justiça 2. Direito - Brasil 3. Direito
- Peru 4. Direito ambiental. 5 Direito constitucional
6. Direito de família 7. Direitos humanos I. Arce,
Jorge Luis Cáceres. II. Rondón, Máximo Rondón.
III. Bannwart Junior, Clodomiro José.

25-311753.0

CDU-342

Índices para catálogo sistemático:

1. Direito constitucional 342

Maria Alice Ferreira - Bibliotecária - CRB-8/7964

Prefácio

Prefaciar uma obra é mais do que um gesto editorial. É um compromisso com o conhecimento, com o diálogo e com a construção coletiva de saberes. É também um privilégio: o privilégio de testemunhar o encontro entre instituições, culturas e perspectivas que convergem na busca por uma sociedade mais justa, democrática, intercultural.

O presente livro “História e Desafios Contemporâneos das Constituições do Peru e do Brasil”, nasce da parceria entre a Universidade Estadual de Londrina (Londrina, Brasil) e a Universidad Católica Santa María (Arequipa, Peru), fruto de encontros, seminários e trocas acadêmicas que se iniciaram no ano de 2023. O objetivo primordial foi de avançar no projeto de internacionalização acadêmica das universidades.

O caminho percorrido, por dois anos, iniciou com apoios, no Brasil, da UEL por meio dos esforços da Reitoria e dos demais órgãos que aprovaram o encaminhamento do convênio e com a dedicação da reitora Profa. Dra. Marta Regina Gimenez Favaro e da

Prof^a. Dr^a. Viviane Bagio Furtoso e toda sua equipe da Assessoria de Relações Internacionais da UEL (ARI)

A viabilidade do projeto de internacionalização com a UCSM contou com a dedicação incondicional da Profa Dra. Martha Asunción Enriquez Prado e no Peru, da UCSM, nas ações do Prof Dr. Máximo Rondon Rondon e Prof. Dr. Edy Cuevas e que culminou com a aprovação institucional do Acuerdo de Cooperacion Interinstitucional UEL/UCSM, em março de 2024.

Os diálogos entre as universidades avançaram para nos dias 11 a 13 de abril de 2024, ser realizado o primeiro encontro acadêmico a fim de que o Acordo seja assinado em uma solenidade na UCSM (Arequipa/Peru) e promover um Seminário Internacional de Derecho Inter Universidades: Universidad Católica de Santa María de Arequipa (UCSM-Peru) Universidade Estadual De Londrina (UEL-Brasil).

Neste evento participaram doutorandos do Programa de Direito Negocial da UEL para apresentar temas das suas teses e produção de capítulos, para o livro que hora se apresenta, em co-autoria com alunos/professores da UEL/UCSM. Esta atividade integra a disciplina Seminário de Pesquisa II (2 PRI 487 e 2 PUB 417) do Programa de Doutorado -Deliberação-PPG stricto sensu nº 030/219 – para os alunos de ingresso no ano de 2023. e que participaram, presencialmente, deste projeto: José Ricardo Suter, Ariella Kely Bising Motter, Philippe Antônio Azedo, Patricia Gasparro Sevilha, Wesly Tomaszwski, Flavio Henrique Caetano de Paula Maimone...quem mais foi?

Ao longo de 14 capítulos, pesquisadores e pesquisadoras de ambos os países compartilham reflexões profundas sobre temas que orbitam o constitucionalismo contemporâneo. A Constituição, aqui, é compreendida não apenas como um documento jurídico, mas expressão dos valores, tensões e esperanças de uma sociedade. Os textos abordam desde a influência histórica da Constituição de Cádiz no Peru até os desafios atuais da sobre direitos humanos, justiça

ecológica, desafios no direito processual, da inteligência artificial no acesso à justiça, da função social da propriedade privada, da liberdade religiosa, da proteção da família, influência na formação de decisões políticas e da responsabilidade empresarial.

Cada artigo é um convite à reflexão crítica, construído com rigor técnico e sensibilidade social. A linguagem acessível e a diversidade temática tornam esta obra relevante não apenas para especialistas, mas para todos aqueles que se interessam pela transformação do direito em instrumento de cidadania e inclusão. Mais do que um ponto de chegada, este livro é um ponto de partida. Que ele inspire novas parcerias, novos debates e novas formas de pensar o constitucionalismo como prática viva e transformadora.

Boa leitura.

Londrina, setembro de 2025

Profa. Dra. Marlene Kempfer

Professora dos Programas de Mestrado e
Doutorado em Direito Negocial da UEL

Profa. Dra. Tania Lobo Muniz

Professora dos Programas de Mestrado e
Doutorado em Direito Negocial da UEL

Prefacio

Prefaciar una obra es más que un gesto editorial. Es un compromiso con el conocimiento, con el diálogo y con la construcción colectiva de saberes. Es también un privilegio: el privilegio de presenciar el encuentro entre instituciones, culturas y perspectivas que convergen en la búsqueda de una sociedad más justa, democrática e intercultural.

El presente libro “Historia y Desafíos Contemporáneos de las Constituciones del Perú y de Brasil” nace de la alianza entre la Universidade Estadual de Londrina (Londrina, Brasil) y la Universidad Católica de Santa María (Arequipa, Perú), fruto de encuentros, seminarios e intercambios académicos que se iniciaron en el año 2023. El objetivo primordial fue avanzar en el proyecto de internacionalización académica de ambas universidades.

El camino recorrido, durante dos años, comenzó con los apoyos en Brasil de la UEL a través de los esfuerzos del Rectorado y de los demás órganos que aprobaron la tramitación del convenio, junto con la dedicación de la rectora Prof.^a Dra. Marta Regina Gimenez

Favarro y de la Prof.^a Dra. Viviane Bagio Furtoso y todo su equipo de la Asesoría de Relaciones Internacionales de la UEL (ARI).

La viabilidad del proyecto de internacionalización con la UCSM contó con la dedicación incondicional de la Prof.^a Dra. Martha Asunción Enriquez Prado y, en el Perú, con la participación de la UCSM a través de las acciones del Prof. Dr. Máximo Rondón Rondón y del Prof. Dr. Edy Elar Cuevas Arizaca, lo que culminó con la aprobación institucional del Acuerdo de Cooperación Interinstitucional UEL/UCSM, en marzo de 2024.

Los diálogos entre las universidades avanzaron hasta que, entre los días 11 y 13 de abril de 2024, se realizó el primer encuentro académico con el fin de firmar el Acuerdo en una ceremonia en la UCSM (Arequipa/Perú) y promover un Seminario Internacional de Derecho Interuniversitario: Universidad Católica de Santa María de Arequipa (UCSM-Perú) y Universidad Estadual de Londrina (UEL-Brasil).

En este evento participaron doctorandos del Programa de Derecho Negocial de la UEL, quienes presentaron temas de sus tesis y produjeron capítulos para el libro que aquí se presenta, en coautoría con alumnos/profesores de la UEL/UCSM. Esta actividad formó parte de la asignatura Seminario de Investigación II (2 PRI 487 y 2 PUB 417) del Programa de Doctorado –Deliberación– PPG stricto sensu nº 030/219 – para los alumnos ingresados en el año 2022, quienes participaron presencialmente en este proyecto: José Ricardo Suter, Ariella Kely Bising Motter, Philippe Antônio Azedo, Patricia Gasparro Sevilha, Wesly Tomaszwski y Flavio Henrique Caetano de Paula Maimone.

A lo largo de 14 capítulos, investigadores e investigadoras de ambos países comparten profundas reflexiones sobre temas que orbitan en torno al constitucionalismo contemporáneo. La Constitución, aquí, se comprende no solo como un documento jurídico, sino como la expresión de los valores, tensiones y esperanzas de una

sociedad. Los textos abordan desde la influencia histórica de la Constitución de Cádiz en el Perú hasta los desafíos actuales sobre derechos humanos, justicia ecológica, retos en el derecho procesal, la inteligencia artificial en el acceso a la justicia, la función social de la propiedad privada, la libertad religiosa, la protección de la familia, la influencia en la formación de decisiones políticas y la responsabilidad empresarial.

Cada artículo es una invitación a la reflexión crítica, construido con rigor técnico y sensibilidad social. El lenguaje accesible y la diversidad temática hacen que esta obra sea relevante no solo para especialistas, sino para todos aquellos interesados en la transformación del derecho en un instrumento de ciudadanía e inclusión. Más que un punto de llegada, este libro es un punto de partida. Que inspire nuevas alianzas, nuevos debates y nuevas formas de pensar el constitucionalismo como práctica viva y transformadora.

Buena lectura.

Londrina, septiembre de 2025

Profa. Dra. Marlene Kempfer

Profesora de los Programas de Maestría y
Doctorado en Derecho Negocial de la UEL

Profa. Dra. Tania Lobo Muniz

Profesora de los Programas de Maestría y
Doctorado en Derecho Negocial de la UEL

PRESENTACIÓN

La colaboración entre universidades es esencial para fortalecer redes de investigación, la producción del conocimiento y la movilidad académica de estudiantes y docentes, impulsando la calidad educativa y científica con respeto a la diversidad cultural y soberanía de los países.

En este contexto, la Universidad Católica de Santa María (UCSM), ubicada en Arequipa, Perú y fundada el 6 de diciembre de 1961 por William Daniel Morris Christy, se ha destacado por su compromiso con la formación integral basada en valores, liderazgo y responsabilidad social, orientada hacia el desarrollo de la ciencia, la tecnología, la innovación y la mejora de la calidad de vida.

Con una sólida estructura académica constituida por 12 Facultades y 32 Escuelas Profesionales en áreas como Ciencias Sociales, Jurídicas y Empresariales, Ingenierías y Ciencias de la Salud, la UCSM ha consolidado su producción científica y tecnológica a través de la labor de 16 profesores investigadores a tiempo completo y 125 docentes calificados por RENACYT, entre ellos cinco reconocidos con categoría distinguida. Esta excelencia se refleja en más de 1,154

publicaciones indexadas en Scopus, superando las 100 publicaciones anuales desde el 2021, y en la destacada posición obtenida en rankings internacionales como SCImago, donde llegó al puesto 28 en 2025, y Webometrics, ocupando el 23 a nivel nacional.

Fruto de la iniciativa y liderazgo del vicerrector de Investigación Dr. Máximo Rondón, y con la labor destacada del director de transferencia tecnológica y del conocimiento, Dr. Edy E. Cuevas Arizaca, se firmaron convenios marco y específicos entre la UCSM, en particular con su Facultad de Derecho, y la Universidade Estadual de Londrina (UEL) de Brasil. Este vínculo permitió la realización del Seminario Internacional de Investigación en Derecho entre UCSM y UEL, celebrado en Arequipa en abril de 2024, evento que fomentó el intercambio académico y científico y del que surgió la iniciativa para la publicación del presente libro. Nuestra dedicación y esfuerzo fueron fundamentales para concretar este convenio y la exitosa organización del seminario.

Nos llena de satisfacción haber contribuido a consolidar este importante proyecto conjunto, que representa el inicio de futuras colaboraciones y enriquecedoras experiencias entre ambas instituciones.

Profesor Dr. Edy E. Cuevas Arizaca

APRESENTAÇÃO

A colaboração entre universidades é essencial para fortalecer redes de pesquisa, a produção de conhecimento e a mobilidade acadêmica de estudantes e docentes, promovendo a qualidade educacional e científica com respeito à diversidade cultural e à soberania dos países.

Nesse contexto, a Universidade Católica de Santa Maria (UCSM), localizada em Arequipa, Peru, e fundada em 6 de dezembro de 1961 por William Daniel Morris Christy, tem se destacado pelo seu compromisso com a formação integral baseada em valores, liderança e responsabilidade social, orientada para o desenvolvimento da ciência, da tecnologia, da inovação e da melhoria da qualidade de vida.

Com uma sólida estrutura acadêmica constituída por 12 Faculdades e 32 Escolas Profissionais em áreas como Ciências Sociais, Jurídicas e Empresariais, Engenharias e Ciências da Saúde, a UCSM consolidou sua produção científica e tecnológica por meio do trabalho de 16 professores pesquisadores em tempo integral e 125 docentes qualificados pelo RENACYT, entre eles cinco reconhecidos

com categoria distinta. Essa excelência se reflete em mais de 1.154 publicações indexadas no Scopus, superando as 100 publicações anuais desde 2021, e na destacada posição obtida em rankings internacionais como SCImago, onde alcançou o 28º lugar em 2025, e Webometrics, ocupando o 23º nível nacional.

Fruto da iniciativa e liderança do vice-reitor de Pesquisa, Dr. Máximo Rondón, e com o trabalho destacado do diretor de transferência tecnológica e do conhecimento, Dr. Edy E. Cuevas Arizaca, foram assinados acordos-quadro e específicos entre a UCSM, em particular com sua Faculdade de Direito, e a Universidade Estadual de Londrina (UEL) do Brasil. Este vínculo permitiu a realização do Seminário Internacional de Pesquisa em Direito entre a UCSM e a UEL, realizado em Arequipa em abril de 2024, evento que promoveu o intercâmbio acadêmico e científico e do qual surgiu a iniciativa para a publicação deste livro. Nossa dedicação e esforço foram fundamentais para concretizar este acordo e a bem-sucedida organização do seminário.

Nos enche de satisfação ter contribuído para consolidar este importante projeto conjunto, que representa o início de futuras colaborações e experiências enriquecedoras entre ambas as instituições.

Professor Dr. Edy E. Cuevas Arizaca

Presentación

La colaboración entre universidades para la formación de redes de investigación, producción del conocimiento y movilidad académica de estudiantes y profesores es cada vez más necesaria, tanto en escala regional como global. Ello contribuye a fomentar la calidad de la enseñanza y la producción de calidad en las diferentes áreas del conocimiento, siempre con respeto a la diversidad cultural y soberanía de los diferentes países.

A lo largo de los años, diversas iniciativas fueron creadas con suceso y liderazgo a través de relaciones inter institucionales e internacionales, especialmente en el campo de la educación superior, con el propósito de incrementar el desarrollo científico y tecnológico, y la busca de excelencia en la docencia, investigación y actividades funcionales de las universidades.

Un ejemplo de iniciativa más avanzada y de mayor tradición es la Unión Europea, que a través de los programas Sócrates y Erasmus fomenta la cooperación científica y cultural entre los 27 países, permitiendo a los estudiantes conocer nuevas culturas, idiomas

y adquirir experiencias de enseñanza universitaria, pero apenas circunscrita a dicho espacio geográfico.

A nivel internacional, en 2009, la UNESCO realizó en París la Conferencia Mundial sobre Educación Superior, en la que se consolidó el fomento a la difusión de national knowledge capabilities de los diferentes países para su internacionalización, con el fin de construir una sociedad mejor, más justa, equitativa, tolerante y solidaria. De manera que los programas de Educación superior sirvan como medio para alcanzar fuentes diversificadas de calidad en la investigación y producción científica.

En ese sentido, la Universidade Estadual de Londrina alcanza un crecimiento y reconocimiento a nivel nacional e internacional, como una de las universidades de excelencia, con 53 cursos de Bachillerato, 191 cursos de post grado, 2 cursos de educación a distancia y una comunidad formada de 25 mil estudiantes, profesores y servidores técnico administrativos. Considerada como la 1^a estadual del Estado Paraná y la 5^a del Brasil por la *QS World University Rankings 2025*.

Durante mis 30 años de docencia en el bachillerato y post grado en la facultad de Derecho de la Universidade Estadual de Londrina, en el Estado de Paraná - Brasil, pude ver su crecimiento y la dimensión que la UEL viene ganando a nivel nacional e internacional. En especial, siento enorme satisfacción de haber participado activamente para la creación y consolidación de los cursos de post grado, como docente en los cursos de especialización en Derecho, en el curso de Maestría en Derecho Negocial y la tramitación del hoy efectivo curso de Doctorado en Derecho Negocial. Como ex alumna y docente de la UEL es muy grande mi reconocimiento por la Institución.

La importancia de internacionalizar universidades fue percibida durante mis estudios del segundo doctorado (DEA) en la Universidad Complutense de Madrid y Máster en Derecho de la Unión Europea en la Universidad Carlos III, cuando tuve la oportunidad de aproximar

la UEL y la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid, que firmaron un convenio de cooperación entre ambas universidades.

En esta oportunidad, dada la importancia de internacionalización para los programas *stricto sensu* de Maestría y Doctorado de la UEL- Brasil, y conociendo al Prof. Máximo Rondón Rondón, Vice-Rector de Investigación de la Universidad Católica Santa María UCSM de Arequipa – Perú se iniciaron los trámites para la firma de un convenio. En esta tarea cabe destacar el fundamental apoyo de la Rectora y la Asesoría de Relaciones Internacionales (ARI) de la UEL, así como la colaboración especial del Prof. Máximo Rondón y el Prof. Edy Cuevas Arizaca de la UCSM.

La aproximación de ambas universidades culminó con la firma del Convenio Marco entre ambas instituciones, durante el SEMINÁRIO INTERNACIONAL DE DERECHO INTER UNIVERSIDADES, realizado del 11 al 13 de abril de 2024, en la ciudad de Arequipa, Perú. En dicho Seminario participaron con ponencias los profesores doctores Clodomiro José Bannwart Junior, Marlene Kempfer, Martha Asunción Enriquez Prado, Tania Lobo Muniz y los alumnos del Doctorado en Derecho Negocial de la UEL.

Por parte de la UCSM participaron los profesores doctores César Alejandro Nájar Becerra, César Belan, Juan Carlos Nalvarte Lozada, Christian David Corrales Otazú, Mary Luz Catacora Molina, Yesenia Peredo, Katia Scarlet Reyes Loaiza.

Durante este importante encuentro nació el proyecto del presente libro que reúne la participación conjunta de los profesores, con diversos temas de interés y estudio en ambas universidades.

Nuestras felicitaciones a ambas Instituciones deseando que sea el inicio de nuevos proyectos y proyectos entre alumnos y profesores de ambas universidades.

Prof. Dra. Martha Asunción Enríquez Prado

Sumário | Tabla de contenido

Prefácio Prefacio	5
---------------------	---

Apresentação Presentación	13
-----------------------------	----

CAPÍTULOS EN ESPAÑOL

De la protección del matrimonio a la protección de la familia	27
--	----

Ana María Amado Mendoza

La actualidad del derecho procesal constitucional en el Perú	47
---	----

Aníbal Quiroga León

Del derecho ambiental a la justicia ecológica: el régimen de acceso al patrimonio genético brasileño y sus aporías	71
---	----

Ariella Kely Bésing Motter

Miguel Etinger de Araujo Junior

Ciudadanía y consumo selectivo basado en derechos humanos y la función social de empresas en una sociedad cosmopolita	97
--	----

Carlos A. Rodríguez Martínez

Marlene Kempfer

Philippe A. Azedo Monteiro

Derecho al desarrollo y derechos humanos: el sobreendeudamiento como desafío a la justicia social	123
--	-----

Daniel Marinho Corrêa

Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador

La composición y el origen de la selección de los magistrados del Tribunal Constitucional peruano en debate	145
--	-----

Joaquín Ignacio Cáceres Rosado

Cesar Alejandro Del Carpio Ugarte

La constitución de Cádiz y su influencia política y jurídica en el constitucionalismo peruano	163
<i>Jorge Luis Cáceres Arce</i>	
La cuestión religiosa en la historia constitucional peruana y brasilera	225
<i>Katia Scarlet Reyes Loaiza</i>	
<i>Juan Carlos Nalvarte Lozada</i>	
Responsabilidad social empresarial y libre competencia: un desafío para el desarrollo	247
<i>Martha Asuncion Enriquez Prado</i>	
Lobby desde una perspectiva jurídica en Perú y Brasil	279
<i>Patrícia Gasparro Sevilha</i>	
<i>Marcos Antonio Striquer Soares</i>	
<i>James Carlos Fernández Salguero</i>	
Litigios Climáticos en Brasil frente a la Responsabilidad Extracontractual Empresarial: (Des)Compromiso Democrático	307
<i>Philippe Antônio Azedo Monteiro</i>	
<i>Marlene Kempfer</i>	
Bendito sea Dios: la protección de la libertad religiosa en las constituciones brasileñas	325
<i>Rene Sampar</i>	
<i>João Luiz Martins Esteves</i>	
<i>Antón Lois Fernández Álvarez</i>	
Conectando derechos: el papel transformador de la inteligencia artificial en la democratización del acceso a la justicia en Brasil	349
<i>Rozane da Rosa Cachapuz</i>	
<i>José Ricardo Suter</i>	
<i>Benjamin Moises Carrasco del Carpio</i>	

CAPÍTULOS EM PORTUGUÊS

Direito ao desenvolvimento e direitos humanos: o superendividamento como desafio à justiça social	373
<i>Daniel Marinho Corrêa</i>	
<i>Rita de Cássia Resqueti Tarifa Espolador</i>	
Responsabilidade Social Empresarial e Livre Concorrência: um Desafio para o Desenvolvimento	395
<i>Martha Asuncion Enriquez Prado</i>	
A função social da propriedade imobiliária urbana na constituição brasileira	425
<i>Miguel Etinger de Araujo Junior</i>	
Lobby a Partir de uma Perspectiva Jurídica no Peru e Brasil	455
<i>Patrícia Gasparro Sevilha</i>	
<i>Marcos Antonio Striquer Soares</i>	
<i>James Carlos Fernández Salguero</i>	
Litígios Climáticos no Brasil em face da Responsabilidade Extracontratual Empresarial: (Des)Compromisso Democrático	483
<i>Philippe Antônio Azezo Monteiro</i>	
<i>Marlene Kempfer</i>	
Bendito seja Deus: a proteção da liberdade religiosa nas constituições brasileiras	501
<i>Rene Sampar</i>	
<i>João Luiz Martins Esteves</i>	
<i>António Lois Fernández Álvarez</i>	
Conectando direitos: o papel transformador da inteligência artificial na democratização do acesso à justiça no Brasil	523
<i>Rozane da Rosa Cachapuz</i>	
<i>José Ricardo Suter</i>	
<i>Benjamin Moises Carrasco del Carpio</i>	

CAPÍTULOS EN ESPAÑOL

Capítulo 1

De la protección del matrimonio a la protección de la familia

Ana María Amado Mendoza

Introducción

Es indudable que la familia, en su organización y regulación, se encuentra influenciada por situaciones sociales y religiosas. Así, antes de la Constitución de 1979, se regulaba a través del Código Civil de 1852; puesto que la única forma de conformar la familia era a través del matrimonio religioso. En 1930, mediante el Decreto Ley 6889, se establece la secularización del matrimonio; llegando, incluso, a exigir que los contrayentes deberían casarse, en principio, por el matrimonio civil, antes de acudir al religioso; situación que cambió con la dación del Código Civil de 1936, que sirvió de base para la formulación de los principios referidos a la familia considerados en la Constitución de 1979.

Esta Constitución reconoce el carácter institucional de la familia, tomando la orientación de la Declaración de los Derechos Humanos. Se establece la igualdad del hombre y de la mujer. Se regula la convivencia, pero con ciertas limitaciones; verbigracia, la igualdad de los hijos y la paternidad responsable. Es importante el parámetro que fija la constitución de 1979 en cuanto a la igualdad de hombres y mujeres, considerando que se viene de un patriarcalismo, en el que el hombre es el protagonista de la familia y las mujeres quedaban relegadas a una función netamente “materna” y de cuidado de la casa, careciendo de capacidad de decisión el hogar.

La regulación supra ha establecido el marco dentro del cual se regula a la familia a nivel constitucional y en la norma especializada, aportando elementos tales como: edad para contraer matrimonio, el consentimiento, la igualdad de derechos, entre otros.

Podemos mencionar, por ejemplo:

- La Declaración Universal Derechos Humanos art. 16to. (1948). En ella se consideran: la edad; la igualdad de derechos antes, durante y en su disolución; y la libertad de consentimiento. Se fija el derecho a contraer matrimonio y a fundar la familia. Se establece el principio fundamental de regulación de la familia: la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. Esta norma permitió conciliar diferentes posiciones que, en ese momento, generaban problemática, como es el caso de la igualdad de hombres y mujeres. De igual forma, puso fin a las prohibiciones de matrimonios interraciales. Respecto al divorcio, no es considerado como un derecho, sino como una situación de no discriminación. Los Estados asumen la obligación de otorgar protección a la familia, no siendo materia de discusión la fuente generadora de ésta, ya que puede ser matrimonial o no matrimonial, considerando lo establecido en su preámbulo.

- El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Art. 23ro. (1966), fundamento natural de la sociedad. Elemento que se agrega y, de manera posterior, fue considerado a nivel constitucional por nuestro país. Es que se deben cumplir con las condiciones establecidas por cada país dentro de su regulación interna; en este caso, la Constitución peruana nos remite al Código Civil que contiene dichas condiciones: libre y pleno consentimiento, igualdad de derechos, responsabilidades y protección a los hijos en el caso del divorcio. Otro punto significativo es la igualdad de los hijos; no importando si son matrimoniales o extramatrimoniales.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966). En su Art. 10mo. dispone en líneas generales los lineamientos ya establecidos por la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Pero se agrega el elemento de protección a la mujer embarazada y se estima que si trabaja debe tener la licencia y asistencia de salud adecuadas. De igual forma, señala la protección a los niños y adolescentes, sin hacer diferencias por su origen, raza, sexo, religión o nivel cultural, procurando evitar cualquier forma de discriminación y, en todo caso, fijando los parámetros dentro de los cuales se puede llevar a cabo el trabajo, sea de los niños o adolescentes. Más delante, de manera especializada, se regularían estos considerandos en la convención de los Derechos de los Niños en 1990, que sirvieron, en el Perú, para la formulación del Código de los Niños y Adolescentes en julio del año 2000.

El haber establecido que la familia es un elemento natural, hace que ésta se encuentre influenciada por los contextos sociales que la rodean y se ha ido adecuando a éstos, como es el caso de la inserción de la mujer al mundo laboral y, por tanto, el cambio de roles dentro de la familia, así como el reconocimiento progresivo de la igualdad entre hombre y mujer en el gobierno del hogar; situación que estuvo muy

marcada, ya que el rol de la mujer estuvo relegado al cuidado de los hijos y a la vida privada de su hogar, debiendo aceptar “ciegamente” las decisiones que el marido tomaba respecto de la familia. Más adelante se le permitió opinar de manera limitada, hasta llegar a una situación de plena igualdad que, en muchos casos, no ha sido efectiva, en cuanto la estructura social que imperaba y continúa imperando en determinadas ciudades y pueblos de nuestro país marcadas por la condición social y la economía campesina. Debe señalarse que, en muchos lugares, por otra parte, se sigue viviendo como en épocas pretéritas en las que la mujer pasa de la potestad de su padre a la potestad de su marido, no teniendo derecho, en algunos casos, el acceso a la educación y a prestaciones de salud propias de la mujer. De igual forma, esta adecuación ha permitido el acceso al divorcio y la aceptación de nuevas formas familiares, como es el caso de las uniparentales y las reconstituidas, reconocidas por el Tribunal Constitucional a partir de la interpretación del término “familia”, que antes solo estuvo ligada a la familia nuclear. De igual forma, la aceptación de las uniones de hecho, cuyos derechos se han ganado de manera progresiva.

- La “Convención” sobre la eliminación de todas formas de discriminación contra la mujer (1979), cuya preocupación principal es establecer el marco normativo que permita superar cualquier forma de discriminación respecto de la mujer; y que establece la normatividad para su participación íntegra en todos los ámbitos de la sociedad, en las mismas condiciones que el hombre. Relieviendo el rol que ha tenido la mujer dentro del entorno familiar establece, en su artículo 16, en líneas generales, el derecho a contraer matrimonio y a elegir libremente a su cónyuge; punto muy importante, dada la consideración que la mujer, a la fecha, en algunos lugares, no tiene este poder decisión, lo cual revela que hay formas de discriminación que siguen latentes, pese a los esfuerzos

por eliminarlas: los mismos derechos durante el matrimonio y a su disolución, así como los referidos a los roles como progenitores respecto de los hijos y la administración de los bienes provenientes de la formación de la familia. Destacamos el aporte referido a establecer que los esponsales, no surten ningún efecto jurídico (base fundamental del derecho a contraer matrimonio de manera y libre), sin embargo, nuestra legislación lo ha regulado hasta el Código Civil de 1984. Por otra parte, se establece la obligación de los Estados de regular la edad mínima para contraer matrimonio.

- El Pacto San José Costa Rica (1978), Art. 17, contiene disposiciones similares a las de del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966).

1 La familia en la Constitución de 1979

La Constitución de 1979 regula la familia en su capítulo II, Arts. del 5 al 11. No establece un concepto como tal de lo que se entiende por familia, pero el contenido de la regulación nos orienta a una considerada como tradicionalista, que la liga al matrimonio indefectiblemente y de carácter heterosexual.

En su Art 5to. establece que: El Estado protege el matrimonio y la familia como sociedad natural e institución fundamental de la Nación. Las formas de matrimonio y las causas de separación y disolución son reguladas por la ley. Esta señala las condiciones para establecer el patrimonio familiar inembargable, inalienable y transmisible por herencia.

La Constitución de 1979 establece, como parámetro de protección al matrimonio, en la consideración que se encontraba en un proceso de transición del matrimonio religioso al matrimonio civil; por lo que la conformación de la familia, o su única fuente generadora, la

constituía el matrimonio, el mismo que —se entiende— otorgaba la estabilidad y legalidad.

Ya se considera la regulación del divorcio, que fue inserta en el Código Civil de 1936. Se debe destacar que la Constitución de 1979, refiere, de manera expresa, la figura del patrimonio familiar, a nivel de una institución. El patrimonio familiar fue regulado por el Código Civil de 1936 como la figura del hogar de familia que, al no haber tenido el conocimiento necesario para su aplicación es considerada, de manera directa, por la Constitución. Hogar de familia es el predio de propiedad del jefe de familia y que es destinada para la morada de los integrantes de la familia que goza de las características de ser inembargables e inalienable (Llanos, 2002).

El fundamento de esta figura se encuentra en que el lugar en el que sirve de morada a la familia, no se puede poner en riesgo y debe ser resguardado frente a los acreedores que ésta pudiera tener; de igual forma garantiza el deber de cohabitación, ya que una causa de extinción es el abandono del bien.

Ya para la dación de esta Constitución se encontraba vigente el Código Civil de 1936, en el que considerada el matrimonio civil y, por tanto, la posibilidad de la ruptura del vínculo por causales establecidas de manera taxativa en el Código Civil. Respecto a las formas de matrimonio, la fórmula utilizada por la constitución de 1979 es ambigua, considerando que sólo se regula la forma de matrimonio civil; salvo que se haga referencia a las formalidades del matrimonio, que entendemos por los requisitos que se exigen para su validez establecidas en el Código Civil, cuyo incumplimiento puede dar lugar a una nulidad o anulabilidad del matrimonio.

El Art. 6to. se refiere a la paternidad responsable, en la consideración que el país requiere de un control demográfico. Al respecto, el Dr. Wicht precisa: la realidad demográfica presenta la imagen no sólo de la población; sino, también, del desarrollo que tiene un país y

en el caso del Perú, había una preocupación, ya que la población entre 1940 y 1972 se había duplicado, creciendo en una tasa de 2.8% media anual, considerado un porcentaje alto en relación a países en desarrollo (Gonzales, 1979), lo que representaba el inicio del proceso de subdesarrollo, ya que el crecimiento económico no permite atender adecuadamente las necesidades de la población. Para 1978, la tasa global de fecundidad era de 5.3 hijos por mujer (Gonzales, 1979), lo que impacta en la necesidad de puestos de trabajo, vivienda, servicios de educación y salud, que sólo harían a la larga que la situación de subdesarrollo del Perú, se agrave.

En palabras de Cornejo Chávez: la paternidad es responsable cuando no se agota con el simple acto de procrear; sino de asumir el deber de contribuir a asegurar a los hijos condiciones adecuadas de realización. (Cornejo, 1981).

La Constitución de 1979 incluye el siguiente texto: "Todos los hijos tienen iguales derechos, está prohibida toda mención sobre el estado civil de los padres y la naturaleza de la filiación de los hijos en los registros civiles y en cualquier documento de identidad". A través de esta norma, se busca salvaguardar el derecho a la intimidad de las personas, en cuanto a su estado civil; y, respecto de los hijos, en cuanto su origen como matrimonial o extramatrimonial, lo cual resulta positivo a fin de evitar situaciones de discriminación en el caso de los hijos habidos fuera del matrimonio, considerando la sociedad conservadora de la época. De igual forma, garantiza el derecho a la identidad, dejando de lado las circunstancias de su nacimiento. Se inicia el camino de eliminar los estigmas que rodean a los hijos extramatrimoniales, otorgándoles la posibilidad de hacer efectivos todos sus derechos.

El Art. 7mo, referido al amparo de la madre, regula la situación de vulnerabilidad en la que se puede encontrar una mujer al momento de encontrarse en estado de embarazo y estar desamparada, entendido como la ausencia de apoyo de la familia o su pareja

y, por tanto, la obligación del Estado de brindar las condiciones necesarias, en los servicios básicos, asistencia legal, psicológica y de ser el caso, económica.

El Art. 8vo, que contiene un principio esencial de protección del niño, anciano, por el Estado ante alguna situación de abandono, quienes son considerados como grupos vulnerables por sus propias condiciones de edad y condición física. Se entiende que el Estado a través de los respectivos ministerios desarrolla las políticas que establecen cuál es el tipo de apoyo que se les va a brindar, que al igual que las madres puede ser de tipo económico, servicios básicos, legales y/o psicológicos. En ambos casos, el Estado enfrenta el desafío de existencia de recursos y la coordinación institucional.

En el Art. 9no. de la Constitución de 1979, se hace referencia a las uniones de hecho, fijando el hito para su regulación, bajo la exigencia que debe ser entre dos personas libres de impedimento matrimonial. Siguiendo la línea que la familia, como institución debe adaptarse a las características sociales y culturales, es que la Constitución de 1979 regula las uniones de hecho, al haber identificado un número considerable de éstas para la época de iniciar una política legislativa tendente a dar una solución racional y realista (Cornejo, 1981), siendo la principal preocupación de la regulación de las uniones de hecho, el que el concubino se enriquezca a costa de la concubina. Pero fue uno de los problemas más serios que se enfrentó al considerarlo en la legislación y, por ello, la razón por la que esta regulación sea tan escueta. Se refiere a la preocupación de que se desincentive la celebración del matrimonio; por ello, sólo se consideran aspectos netamente patrimoniales, dejando de lado aspectos de carácter personal, con la certeza, incluso, que se iría hacia su desregulación. Sin embargo, el paso de los años y la realidad respecto a estas familias tomaría un rumbo diferente. Respecto al régimen patrimonial refiere a una sociedad de bienes sujeta al régimen de la sociedad de gananciales. Se entiende que la calificación

como sociedad de bienes, tiene la intención de alejarla lo más posible de la familia, así escribe Cornejo Chávez: “Esto significa una cierta constitucionalización del concubinato strictu sensu (es decir, el que puede convertirse en matrimonio por no obstarle impedimento legal alguno), pero únicamente en cuanto a la administración, gravamen y disposición de los bienes adquiridos por el esfuerzo común (que en cierta medida se presume por el hecho mismo de la convivencia) y, sobre todo, en cuanto a la distribución de dichos bienes entre ambas partes por igual cuando la unión fenece. No se trata, pues, de una suerte de matrimonio para efectos alimentarios, hereditarios ni de otra naturaleza; ni pierde la unión la característica esencial de que, iniciada de hecho, puede también terminar de hecho. (Cornejo, Familia y derecho, 1985) Es importante señalar que el Código civil de 1936 no consideró la regulación de las uniones de hecho, haciendo mención en el artículo 366 referido a una situación que permite la investigación de la paternidad extramatrimonial, ya que como hemos indicado líneas arriba, el mayor temor era que en la medida que se ampara en las uniones de hecho se ocasione la disminución de los matrimonios”.

El Art. 10mo. regula al derecho a una vivienda decorosa, en cuanto se establece la importancia de la vivienda, no sólo como un bien material, sino como un elemento de desarrollo integral de la familia y el legislador consideró insertarla como parte de la regulación constitucional, en el entendido que el Estado debiera garantizar este derecho, tratando de disminuir las desigualdades que podrían existir y, sobre todo, mejorar las condiciones de las familias más vulnerables, fijando las políticas que permitan a un mejor acceso a la vivienda.

Finalmente, el artículo 11mo. establece el derecho a una sepultura gratuita de no contar con medios económicos, respetando principios como el de la dignidad de la persona, igualdad y solidaridad. El Estado asume obligaciones que, para la época, aún eran viables

2 La familia en la Constitución de 1993

La familia, en la Constitución de 1993, cambió totalmente su orientación, en cuanto se aceptó que se encontraba desligada del matrimonio; si bien es cierto, el corte sigue siendo tradicional en cuanto sólo se regula la relación entre personas de diferente sexo. La familia es una institución de vital importancia, ya que es la fuente de la generación humana y es allí donde se reciben los primeros cuidados, formación, valores, etc. Los cuáles, más adelante determinarán su identidad. La familia, se encuentre sometida a diversas amenazas por lo que resulta importante que el Estado pueda brindarle la regulación que permita el adecuado cumplimiento de sus funciones. Es la debilidad congénita de la familia la que hace necesaria que tenga una protección social, económica y jurídica (Plácido, El modelo constitucional de familia la orientación sexual de los padres y los derechos de los hijos, 2013).

Se basa en cuatro principios fundamentales que son desarrollados por la doctrina (Plácido, 2002):

- Protección de la familia y promoción del matrimonio;
- Protección de las uniones de hecho;
- Igualdad en las categorías de la filiación;
- Protección del niño, la mujer embarazada y el anciano en estado de vulnerabilidad.

3 La protección de la familia y la promoción del matrimonio

La constitución de 1993, a diferencia de la de 1979, establece que promueve el matrimonio; por cuanto lo identifica, no como fuente única generadora de la familia, por lo que el Estado deberá utilizar los medios a su alcance para que las parejas procuren casarse civilmente. Protege a la familia, pero se entiende que ya no sólo es una familia nuclear, sino que considera a las familias uniparentales;

aquellas que provienen del divorcio, separación o haber decidido ser madre soltera; respecto a las familias ensambladas, el Tribunal Constitucional, en el año 2006 y 2017 — a través de las sentencias N° 09332-2006-PA/TC y N° 01204-2017-PA/TC—, ambas referidas al reconocimiento de los derechos de los hijastros al ingreso a un club privado como hijos del socio, estableciendo que no corresponde establecer diferencias respecto a éstos hijos. A nivel de la legislación, no se han establecido derechos a la “familia ensamblada”, como ocurre en España y Holanda, en este último se establece de manera expresa la obligación de manutención del parente afín. En su momento los legisladores deberán hacer el análisis respectivo de considerar obligaciones de este tipo, más aún que, en nuestro país, es un problema reiterado el incumplimiento del pago de las pensiones de alimentos por parte de los padres biológicos, lo que, quizás, se agravaría con normas de este tipo, donde se “trasladan” responsabilidades a los padrastros o madrastras.

La protección de la familia, implica las políticas por parte del Estado que conlleven a la protección de sus miembros, independientemente de su conformación o características, en cuanto a que no sean objeto de violencia familiar, que tengan acceso a servicios básicos de educación, salud y vivienda. La Constitución de 1993, ya no considera, de manera expresa, como lo hacía la Constitución de 1979 en su Art. 10mo., el de regular un derecho a la vivienda decorosa, en el entendido que las circunstancias sociales y económicas variaron y, por tanto, el Estado no puede asumir un compromiso de ese nivel, sino es simplemente el tener políticas que viabilicen dicho derecho.

La familia enfrenta nuevos desafíos, como es el caso de si considerar las uniones de personas del mismo sexo, lo que al momento nuestra legislación no ha examinado en ningún nivel normativo.

La promoción del matrimonio —se refiere al matrimonio civil—, como única forma válida de celebración del matrimonio, el que tiene requisitos establecidos en el Código Civil para su validez y qué, en aras

de promoverlo, se opta por la conservación del vínculo cuando en la celebración no se hayan cumplido con todos los requisitos; siempre y cuando se haya actuado de buena fe, a través de la convalidación. La regulación de la invalidez matrimonial se rige por sus propios principios y reglas, en cuanto se establecen las causales de manera taxativa y no a través de la interpretación de la norma; la acción sólo puede ser iniciada por aquel cónyuge que actuó de buena fe, no puede ser iniciada por los herederos, quienes sólo tienen la potestad de continuar con el proceso. El Código Civil ha establecido plazos de caducidad para las acciones de invalidez matrimonial de no iniciarse los procesos dentro de estos plazos, el matrimonio adquiere plena vigencia, lo que lo diferencia de la invalidez del acto jurídico. Se tiene supuesto expresos de convalidación del matrimonio, como es el caso de convivir con el cónyuge y alegar la causal de haber celebrado un matrimonio no hallándose en pleno ejercicio de sus facultades mentales por una causa pasajera, regulada por el inciso 4 del Art. 277 del Código Civil. Antes se podía considerar como ejemplo el contraer matrimonio siendo menor de edad y alcanzar la mayoría de edad, que permitía la convalidación del matrimonio; sin embargo, el 25 de noviembre del 2023, a través de la Ley 31945, se modifica el Art. 241 del Código Civil y se establece la prohibición del matrimonio entre menores de edad.

4 Protección de las uniones de hecho

La constitución de 1993 regula las uniones de hecho y se diferencia de la constitución de 1979 en cuanto ya no se habla de una sociedad de bienes, sino de una comunidad de bienes que se regula por las reglas de la sociedad de gananciales. En palabras de Fernández : “comunidad de bienes” es sólo un cambio de nombre sin mayores alcances, que reemplazan a la “sociedad de bienes” sujeta al régimen de la sociedad de gananciales en cuanto le fuera aplicable, vale decir, que se trata de un régimen de comunidad donde los bienes

de los concubinas forman un patrimonio común; otros, en cambio, suponen que se trata de un régimen patrimonial intermedio en que coexisten bienes propios de cada concubina y bienes comunes de la sociedad concubinaria (C. Fernández, 2000) Lo que resulta obvio considerando las características de la sociedad de gananciales que sería el régimen aplicable. La diferencia iba marcada, más que por el contenido por el alcance que se les da a las uniones de hecho que, para la constitución de 1979, recién eran consideradas dentro de la regulación y de hecho con las limitaciones del caso por su propia naturaleza, limitaciones que ya carecían de sustento social y hasta moral hacia la dación de la Constitución de 1993”.

Entre 1993 y el año 2000, las mujeres que se declararon casadas pasaron de ser el 35.6 por ciento al 31.3 por ciento. Mientras tanto, las que dijeron ser concubinas fueron 20.4 por ciento en 1993 y 24.8 por ciento en el 2000. Es decir, la relación se invirtió con una diferencia de más o menos 5 por ciento (Castro, 2005).

A partir de la Constitución de 1993, ha existido una preocupación constante por regular las uniones de hecho y ponerla casi en iguales condiciones que el matrimonio, dejando a salvo la diferencia en el tiempo de hacer efectivos los derechos, ya que mientras que en matrimonio éstos se hacen efectivos al momento de contraerlo, en el caso de las uniones de hecho el amparo es a los dos años de convivencia, cumpliendo con las exigencias que se han fijado, las cuáles son: estar libre de impedimento matrimonial; cohabitación por el tiempo de dos años como mínimo, haciendo vida marital; notoriedad, singularidad y permanencia. La unión del hombre y la mujer consistentes en una comunidad de hecho, habitación y de vida debe ser susceptible de público conocimiento, no debe ser ocultado por la pareja y posesión del estado de concubino (C. Fernández, 2000).

Uno de los primeros derechos a los que tuvieron acceso los convivientes es el de la pensión de viudez, a través de la sentencia EXPEDIENTE 06572-2006-PA/TC en la que se reconoce a las uniones

de hecho como una forma de conformar familiar y así se desliga del matrimonio, así lo establece en su considerando 11. De lo expuesto hasta el momento se deduce que, sin importar el tipo de familia ante la que se esté, ésta será merecedora de protección frente a las injerencias que puedan surgir del Estado y de la sociedad. No podrá argumentarse, en consecuencia, que el Estado solo tutela a la familia matrimonial, tomando en cuenta que existen una gran cantidad de familias extramatrimoniales. (Constitucional, 2007).

A partir de este momento, hubo una mayor preocupación por el Estado a fin de otorgar los derechos que, como familia, le correspondían a los miembros de las uniones de hecho, siempre y cuando cumpliesen con los requisitos exigidos para su conformación.

Uno de los últimos derechos ganados por los convivientes es el derecho sucesorio. Este derecho consiste en que puede recibir bienes y derechos como también asumir las obligaciones del causante. El reconocimiento de la calidad de heredero forzoso también tiene su impacto, pues el conviviente lo podrá instituir como tal en el testamento con derecho a la legítima. Y en sucesión intestada, la calidad de heredero del conviviente es preferencial y concurrente con los parientes del primer y segundo orden sucesorio (Oyague, 2013). Los convivientes deben cumplir con el plazo mínimo de convivencia de dos años y tenerla registrada o reconocida judicialmente para acceder a este derecho.

El artículo 326 del Código Civil, es la norma de desarrollo referida a los convivientes. En ella se establecen los lineamientos básicos referidos a las uniones de hecho, considerando la época de la dación (1984) se mantenían muchas limitaciones respecto a la regulación, por ello los derechos complementarios han sido adquiridos mediante sentencias del Tribunal Constitucional o normas complementarias.

5 En cuanto a la igualdad de categorías de filiación

Este principio, considera el interés superior del niño y establece la igualdad de los hijos de manera independiente de cuál sea su origen, si matrimonial o extramatrimonial, e incluso los adoptados; permite la eliminación de cualquier forma de discriminación que se producía, incluso con la mención de la situación de los padres y de los propios hijos en su partida de nacimiento, con clasificaciones como de legítimos e ilegítimos, habiéndose establecidos diferencias en el trato de sus derechos en relación al nombre, la patria potestad y los alimentos.

Otro punto importante es el que permite la investigación judicial de la paternidad. El sistema peruano de investigación de paternidad ha sido permisivo, pero cerrado desde el Código Civil de 1852; también en el Código de 1936 y en la redacción original del Código de 1984. Los sistemas permisivos de filiación extramatrimonial pueden ser cerrados, abiertos o mixtos. Un sistema cerrado restringe la investigación de la paternidad a una lista de causales; uno abierto la permite libremente; y uno mixto contempla causales más un supuesto de investigación libre (Ramírez, 2018).

El dejar abierta la posibilidad a la investigación judicial de la paternidad, permite que los niños y niñas puedan conocer su origen biológico en la medida de lo posible, como se regula a nivel supranacional y así establecer una correcta filiación respecto de sus progenitores. Es el paso del tiempo el que ha permitido que esta investigación se realice con mayor certeza, a través de la prueba del ADN. “La prueba genética desempeña un papel muy importante al momento de concretar el fundamento básico del proceso de filiación, que es el derecho a la identidad” (Alfaro, 2021).

En los procesos de filiación, cuando recién fueron regulados, las personas debían acreditar situaciones tales como la convivencia durante la época de la concepción, posesión de estado del hijo

durante un año al menos, todos ellos regulados en el artículo 402 del Código Civil.

La ley 28457 del año 2005, que regula el proceso de filiación extramatrimonial, establece la obligatoriedad de la prueba del ADN, cuando no se haya formulado oposición; posteriormente, en el año 2017, con la Ley 30628, que modifica este proceso, permite la acumulación de la pretensión de alimentos y ordena que el pago de la prueba de ADN es asumida por el demandado, ello en razón que fue una de las principales críticas a la anterior norma, en cuanto se cuestionaba porque la madre tenía que asumir un costo que no le correspondía, se considera que mejora ciertas situaciones procesales, pero deja de lado la ratificación pericial.

De igual forma la Ley 29302 de junio del 2007, establece la obligatoriedad de la emisión de una nueva partida de nacimiento cuando el reconocimiento de la paternidad o maternidad es posterior a la inscripción del menor, ello con la finalidad de salvaguardar el derecho a la intimidad de los menores.

La inserción de las pruebas de ADN, resulta importante, ya que en el caso de la filiación matrimonial, éste se encontraba basada en la presunción de la paternidad (deber absoluto de fidelidad de la mujer hacia el varón y por tanto la certeza de que los hijos habidos en el matrimonio son del marido) la cual ha ido perdiendo sustento con el tiempo, ya que no siempre el marido de la mujer resulta ser el padre de los hijos tenidos en el matrimonio, debiendo primar el derecho a la identidad de los menores. Se ha dejado de lado las causales establecidas en el artículo 363 del Código Civil, en las que se mencionaba la época de nacimiento del menor, la imposibilidad de cohabitación, la separación de los cónyuges y la impotencia del marido, a fin de considerar la prueba de ADN.

En palabras del maestro Enrique Varsi, respecto al proceso de filiación extramatrimonial: “Un niño sin padre, aunque científicamente probado, no es un niño”.

camente sea posible, socialmente es inaceptable. La ley nos ofrece una solución que no hace más que reconocer la fuerza de los genes por sobre el formulismo legal” (Varsi, 2005).

Es importante el poder establecer correctamente la filiación de los menores, ya que ello permite que hagan efectivo todos sus derechos y en el caso de los padres que asuman las obligaciones que les corresponden. Sin embargo, la tendencia actual es a dejar de lado el resultado de la prueba de ADN y aplicar la identidad dinámica, por la que, a pesar de salir la prueba negativa, se mantendrá la paternidad en aras del derecho a la identidad del menor y del interés superior del niño. Situación que debe ser evaluada cuidadosamente por los jueces.

6 Protección del niño, la mujer embarazada y el anciano en estado de vulnerabilidad.

A diferencia de la Constitución de 1979, este principio hace referencia en primer lugar a una situación de vulnerabilidad y no de abandono. “Cuando se señala que un grupo o un individuo se encuentra en situación de vulnerabilidad significa que se ubica en una posición de desventaja para poder hacer efectivos sus derechos y libertades. Esto puede ocurrir tanto en un plano formal como material” (Pedroza, 2001).

Por ello que los niños, mujeres embarazadas y ancianos, por sus propias características pueden considerarse como grupos vulnerables. En el caso de los menores ya que requieren de los adultos para hacer efectivos sus derechos al encontrarse en un proceso de crecimiento, su vulnerabilidad es multidimensional ya que incrementa el riesgo las situaciones de pobreza, el acceso a la educación, la violencia física, así como discapacidad y la migración; en el caso de los ancianos, de la misma forma, requieren de cuidados especiales por sus condiciones físicas y/o mentales, así como económicas como consecuencia de

su edad. Se encuentra influencia por factores tales como: la salud, la soledad y el aislamiento social, la pobreza y la discriminación. En el caso de las mujeres embarazadas por los propios cambios fisiológicos producidos por el embarazo que pueden ocasionar complicaciones en su salud, situaciones socioeconómicas como el desempleo, la pobreza, la violencia y la discriminación.

La constitución establece la protección con la finalidad que el Estado tome las medidas necesarias, a través del ente rector el Ministerio de la Mujer y Poblaciones vulnerables a fin que se implementen las políticas necesarias que garanticen los derechos de estos grupos. En el caso de los niños, buscando su desarrollo integral, en el caso de los ancianos buscando su bienestar y calidad de vida, propiciando su participación en la sociedad y por último en el caso de la mujer embarazada, se busca que el período de embarazo, parto y postparto sean en las mejores condiciones, tanto para la madre como para el recién nacido.

Referencias

- Alfaro, L. (2021). Repensando la prueba de ADN en el porceso de filiación. Una prueba pericial no exenta de error. *Derecho y sociedad*, 1-24.
- C. Fernández, E. B. (2000). La unión de hecho en el Código civil peruano de 1984. *Derecho y sociedad*, 221-239.
- Castro, O. (2005). La sociedad de gananciales y las uniones de hecho en el Perú. *Derecho y sociedad*, 343-347.
- Constitucional, T. (06 de noviembre de 2007). *Tribunal Constitucional*. Obtenido de <https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2008/06572-2006-AA.pdf>
- Cornejo, H. (1981). La familia en la constitución de 1979. *Dialnet*, 23-52.

- Cornejo, H. (1985). Familia y derecho. *Dialnet*, 10-14.
- Gonzales, V. (1979). La situación demográfica del Perú. *Salud y población*, 141-143.
- Lara, D. (2015). *Grupos en situación de vulnerabilidad*. Ciudad de México: Grupo Gráfico.
- Llanos, A. (2002). Patrimonio familiar. *Foro jurídico*, 133-141.
- Oyague, E. (25 de junio de 2013). *Diario El Peruano*. Obtenido de https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/8d3d99004035004ca30ae747fc427cac/D_Jurídica_250613.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=8d3d99004035004ca30ae-747fc427cac
- Pedroza, S. (2001). Los niños y niñas como grupo vulnerable. En R. G. D. Valadés, *Derechos Humanos: memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional* (págs. 103-123). Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Plácido, A. (2002). Los principios constitucionales de la regulación jurídica de la familia. *Gaceta Jurídica*, 85-98.
- Plácido, A. (2013). El modelo constitucional de familia la orientación sexual de los padres y los derechos de los hijos. *Vox Iuris*, 45-80.
- Ramírez, B. (2018). ¿Yo soy tu padre?: reflexiones sobre la regulación actual de la paternidad extramatrimonial. *Persona y familia*, 107-133.
- Varsi, E. (enero de 2005). *Plataforma del Estado Peruano (Poder Judicial)*. Obtenido de <https://www.pj.gob.pe/wps/wcm/connect/77a816804678ba6aaob-ce693776efd47/El+nuevo+proceso+de+filiaci%C3%B3n.pdf?MOD=AJPERES&CACHEID=77a816804678ba6aaobce693776efd47>

Capítulo 2

La actualidad del derecho procesal constitucional en el Perú

Aníbal Quiroga León

Introducción

Hoy no cabe discusión de que, en el Perú, existe un sistema constitucional mixto de justicia constitucional¹, y que académicamente es llamado Derecho Procesal Constitucional en general, en el que se conjugan diversos instrumentos de *control orgánico* e *instrumentos de la libertad de orden subjetivo*.

A la par, los planos también están cruzados, ya que algunos de estos instrumentos pertenecen a la *jurisdicción ordinaria*, en tanto que otros corresponden a la jurisdicción del *Tribunal Constitucional*, novísima institución incorporada al derecho constitucional peruano desde 1979. Lo más saltante que hay algunos de estos instrumentos que, empezando en la jurisdicción ordinaria, es posible que terminen

¹Conforme se desarrolla en este mismo trabajo, vamos a utilizar indistintamente -como sinónimos- las expresiones; derecho procesal constitucional, justicia constitucional o jurisdicción constitucional.

en la del Tribunal Constitucional creando una sistemática entre la *jurisdicción ordinaria-jurisdicción constitucional*.

La mayor prueba de ello, luego de más de cuarenta años de evolución de nuestra jurisdicción constitucional, ha sido la dación de un Código Procesal Constitucional desde el 2004, y reformulado con algunas modificaciones puntuales en el 2021, texto normativo que condensa precisamente -y en forma sistemática- este conjunto de instrumentos procesal-constitucionales dentro de nuestro sistema constitucional.

Así, estos diversos, y a veces disímiles, instrumentos tienen como escenario de acción tanto en el *Poder Judicial*, a través de los mecanismos de control inter-órganos, como aparece de la revisión judicial de la constitucionalidad de las leyes, y los derivados de las acciones de garantía, cuanto en el *Tribunal Constitucional* a partir de la acción de inconstitucionalidad (la acción directa contra la ley), la posibilidad de conocer en revisión de última instancia respecto de las acciones de garantía denominadas amparo, hábeas corpus, hábeas data y acción de cumplimiento cuando sean denegadas o inadmitidas por el Poder Judicial (en denominación que parafrasea a Cappelletti *jurisdicción negativa de la libertad*), donde evidentemente se funden los planos jurisdiccionales de estas dos instituciones constitucionales, si bien autónomas en su conformación, relacionadas en este extremo (como una derivación de la *jurisdicción de la libertad*, según el decir del insigne Maestro italiano Mauro Cappelletti). También comprende la determinación de la contienda de competencia constitucional -tanto positiva como negativa- de los diversos órganos constitucionales.

Este sistema que hoy es mixto sin lugar a dudas -inicialmente calificado con justicia como *“dual”* por Domingo García Belaúnde- no ha sido, sin embargo, obra de una mente brillante que se haya detenido a diseñarlo en una pizarra, o en una pantalla, con la funcionalidad que hoy tiene. Ha sido más bien un producto histórico en el que se han ido extrapolando y traslapando instituciones del Derecho Procesal y del Derecho Constitucional comparado hacia lo que hoy

conocemos como Derecho Procesal Constitucional a lo largo de la historia del derecho constitucional peruano, hasta quedar hoy plasmado tal como se haya contenido en el también novísimo Código Procesal Constitucional (2004), con su reformulación corregida puntualmente con el texto de 2021.

Este texto legal integral de las *acciones de control* y de las *acciones de garantía constitucional* era un caro anhelo reclamado en no pocas ocasiones. Así, al mandato constitucional contenido específica e inequívocamente en el sexto parágrafo del Art. 200º de la Constitución de 1993, obligaba a concentrar todas estas acciones constitucionales en una *Ley Orgánica*.

1 El derecho procesal constitucional

En el origen y definición del concepto de Justicia o Jurisdicción Constitucional podremos encontrar que:

El concepto de Justicia Constitucional o, como también se le denomina, Jurisdicción Constitucional² surge con el proceso mismo

² Sobre la denominación aparecería contradicción y discrepancia. Así, FIX-ZAMUDIO (*Veinticinco años de evolución de la Justicia Constitucional. (1940-1965)*; Op. Cit.), como en el trabajo que tiene con Jorge CARPIZO (*La necesidad y la legitimidad de la revisión judicial en América Latina. Desarrollo reciente*; Revista parlamentaria Iberoamericana, N° 2. Madrid, 1986) la denota inequívocamente como *Justicia Constitucional*; en tanto que GARCÍA BELAUNDE (*Protección Procesal de los Derechos Fundamentales en la Constitución Peruana de 1979*; en Revista DERECHO PUC N° 35; P.A. de Derecho de la PUC del Perú, Lima, 1981; así como en el ensayo *Sobre la jurisdicción constitucional* que es materia de esta misma obra colectiva) opta sin lugar a dudas por la de *Jurisdicción Constitucional*. KELSEN, como bien apunta GARCÍA-BELAUNDE las denota indistintamente -quizás por la variedad idiomática o la traducción-. En el fondo, bien visto, no hay diferencia conceptual sustantiva entre ambos términos y así serán utilizados, como equivalentes, aún cuando el segundo aparezca más sugerente, y quizás a ello debamos la opción de GARCÍA-BELAUNDE en el título de este libro. Sin embargo, la denominación de *Justicia Constitucional* -que pudiera parecer más completa- apunta básicamente a la búsqueda de su componente axiológico, en el valor “justicia” dentro del texto constitucional, diferente del valor justicia en su acepción común. Si la Constitución contiene valores y principios, la justicia constitucional es el mecanismo para su búsqueda y adecuada protección. En el fondo, no pasa de ser un problema de diferente óptica de partida, entre un procesalista en búsqueda axiológica (FIX-ZAMUDIO) y un iusfilósofo (GARCÍA BELAUNDE) en el afán concreto de lograr la defensa constitucional. Acerca de la óptica axiológica en el Derecho Constitucional, se puede ver FERNANDEZ SEGADO, Francisco.- *La necesaria dimensión valorativa del Derecho Constitucional*; Revista General de Legislación y Jurisprudencia, N° 1, Ed. REUS. Madrid, 1988, CAPPELLETTI, Mauro *Necesidad y Legitimidad de la Justicia Constitucional*; en: *Tribunales Constitucionales Europeos y Derechos Fundamentales*; Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1984; y LOPEZ AGUILAR,

de la constitucionalización del Estado Moderno. Surge cuando el avance del Constitucionalismo determina la supremacía de las normas constitucionales por sobre aquella de la legislación ordinaria, cuando para ello se requiere de la defensa -y de su mecanismo- de esa categoría especial de norma positiva determinada en el texto constitucional.

En consecuencia, se puede afirmar que la jurisdicción o Justicia Constitucional surge entre finales del Siglo XVIII y principios del Siglo XIX, luego de la independencia de los Estados Unidos y de la Revolución Francesa, a la par con el especial proceso de constitucionalización que ocurre en Inglaterra a la muerte de Cromwell en 1858 (Schmitt, 1983). Como lo apunta el propio Schmitt (1983), en Alemania también se produjo el mismo fenómeno en el Siglo XIX, aunque las luchas constitucionales germánicas no puedan compararse con las grandes revoluciones mundiales no cambiaron la historia del hombre moderno. No obstante, señala, las constituciones de la Monarquía Constitucional alemana no olvidan el problema de la supremacía constitucional como se aprecia de las Constituciones de Baviera de 1818 de Sajonia de 1931³(Quiroga, 1990, p. 152).

Por *justicia constitucional*, o *jurisdicción constitucional*, entonces, podemos entender aquel proceso histórico surgido del propio desarrollo constitucional de los Estados Modernos de derecho, que

Juan Edo. *Notas sobre la aportación de la Justicia Constitucional a la integración del régimen jurídico de partidos de España*; en: Revista de las Cortes Generales N° 12, Madrid, 1987; al propio FIX-ZAMUDIO, Héctor.- *La Justicia Constitucional en América Latina y la Declaración general de inconstitucionalidad*; doc. de trabajo, fotocopia. Segundo Coloquio Iberoamericano de Derecho Constitucional, (*La Jurisdicción Constitucional en Iberoamérica*) Bogotá, 1977. Ver también el Prólogo de GARCÍA BELAUNDE a la obra de BOREA ODRIA, Alberto.- *El Amparo y el Hábeas Corpus en el Perú de hoy*; Biblioteca Peruana de Derechos Constitucional, Lima, 1985; p. 11; así como el importante ensayo que ya usa esta denominación, titulado *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las normas jurídicas de carácter general*; SOUSA CALLE y DANOS ORDOÑEZ en: *La Constitución Peruana de 1979 y sus problemas de aplicación*; Ed. Cuzco S.A., Lima, 1987. pp. 281 y ss. Más recientemente, véase GARCÍA BELAUNDE, Domingo.- *De la Jurisdicción Constitucional al Derecho Procesal Constitucional*; en: *Libro Homenaje a Peter Häberle*; Mimeo, Lima, 1999.

3 Precisamente la Constitución de Sajonia de 1831, bajo el epígrafe *De la Defensa de la Constitución*, se refiere además a las atribuciones del *Tribunal de Justicia Constitucional*, instituido desde entonces para fallar sobre las dudas que se susciten sobre la interpretación de los textos constitucionales, cuando no haya acuerdo entre el Gobierno y los Estamentos. op. cit. y cita N° 5 STOERK. *Handbuch der deutschen Verfassungen*, p. 343.

establecieron mecanismos de control, autocontrol, interpretación, defensa de la supremacía y vigencia constitucional.

Ahora bien, a partir de esto podemos referirnos a la definición que la doctrina le da al denominado *derecho procesal constitucional*, al decir de González Pérez (1980), quien señala lo siguiente:

Si el Derecho procesal se define, sintéticamente, como el conjunto de normas referentes al proceso, del Derecho procesal constitucional podrá afirmarse que es el conjunto de normas que regulan el proceso constitucional.

(...)

El Derecho procesal podrá ser definido como el conjunto de normas referentes a los requisitos, contenido y efectos del proceso; luego el Derecho procesal constitucional será el conjunto de normas referentes a los requisitos, contenido y efectos del proceso constitucional (p.49).

García Belaunde (2000) con singular acierto, resume por su parte, que:

La jurisdicción constitucional, tal como la conocemos hoy en día, se remonta en realidad, a principios del Siglo XVII, cuando el célebre Juez Edward Coke, en el caso del Dr. Thomas Bonham (1610) afirmó que el Derecho Natural estaba por encima de las prerrogativas del Rey, sentando así las bases de lo que posteriormente sería el control constitucional de las leyes por parte de los jueces. Por cierto, esta postura del Coke fuertemente anclada en el pensamiento jusnaturalista, fue ampliamente conocida por los abogados de las Colonias inglesas de ultramar, que la desarrollaron y utilizaron en toda su amplitud, a tal extremo que, si bien es discutible que Coke haya creado el control de constitucionalidad de las leyes, le dio sus elementos básicos y suministró a las Colonias un sólido sustento jurídico, que, según acertada opinión de B. Schwartz, contribuyó a crear las bases del Derecho Constitucional de los Estados Unidos.

(...)

La nueva realidad constitucional, aparecida en la década del veinte, dio origen a un amplio debate, tanto en Europa como posteriormente en América Latina, en torno a la Jurisdicción Constitucional. O la Justicia Constitucional, como algunos querían.

Y usar un término u otro no tiene mayor importancia si lo consideramos como sinónimos. Pero, algunos han establecido matices entre uno y otro, como es el caso del Héctor Fix-Zamudio, quien ha señalado diferencias axiológicas y también técnicas, entre ambos vocablos. Aquí nos interesa esto último, en la medida en que Fix-Zamudio, siguiendo la huella de Franz Jerusalem y otros juristas, entendía que existía Justicia Constitucional cuando los órganos judiciales comunes se dedicaban a resolver problemas constitucionales, y Jurisdicción Constitucional, cuando existían órganos calificados y especiales para esos fines, o sea, tribunales constitucionales (así, por ejemplo, Jesús González Pérez). Esta tesis, no obstante, su importancia, ha ido perdiendo fuerza, y el mismo Fix-Zamudio la ha matizado posteriormente, toda vez que lo que interesa, en realidad, es quién decide en materia constitucional y con qué efectos, sin importar que sea una Corte Suprema (como es el caso de los Estados Unidos) o un Tribunal Constitucional.

(...)

Lo primero que hay que destacar es que, en realidad, el aspecto netamente procesal del Derecho Procesal no ha desaparecido. Por tanto, llamarlo jurisdiccional puede hacer justicia a gran parte de su contenido (digamos el 50%), pero no al 100%. Esto es, aun teniendo más justicia el nuevo nombre, nos quedamos cortos, pues no cubre la totalidad del contenido de la disciplina. Ante esto, podría pensarse en buscar un nombre que englobe toda la temática, y así se han barajado otros, como Derecho Judicial, pero

que no tiene mayor precisión, y el mismo Montero Aroca lo cuestiona. Además, encontrar un nuevo nombre que cubra todo y además encuentre fácil aceptación, es tarea nada fácil.

Un segundo punto es que, en realidad, lo que ha sucedido en las últimas décadas, es que el Derecho procesal no ha modificado su carácter científico, ni tampoco su papel dentro del Derecho Público, y en cierto sentido, tampoco ha cambiado sustancialmente su enfoque, sino que más bien su contenido se ha enriquecido, pues ha sido engrosado muy sustancialmente, hasta el punto de presentar otra fisonomía. Es probable que, si los clásicos hubieran vivido hoy, hubieran aceptado esta realidad, como lo hizo Cornelutti en una famosa conferencia impartida en 1965 poco antes de su muerte, en donde reconoció que la figura del Juez era realmente lo importante en el proceso, y que había que dejar de lado el mito del legislador.

(...)

Vistas así las cosas, si las palabras no tienen por qué necesariamente ser reflejo de la realidad, sino que existe un amplio campo para el uso convencional, e incluso arbitrario, no vemos por qué vamos a aceptar el uso de un término que hasta ahora, y pese a la pujanza de sus promotores, no ha logrado aceptación plena en la comunidad jurídica hispanohablante, por no referirnos sino a lo nuestro.

Por cierto, esto podría cambiar en el futuro, por diversos motivos a los que aquí no aludimos. Pero mientras esto no suceda, debemos optar por la de Derecho Procesal Constitucional, hasta ahora mayoritariamente en manos de constitucionalistas, si bien son los procesalistas los que le dieron el impulso de los últimos años con trabajos medulares (Alcalá-Zamora y Castillo, Calamandrei, Cappelletti, Couture, Fix-Zamudio, así como recientes publicaciones de González Pérez, Vescovi, Morello, Gelsi Bidart, Hitters, Alejandro D. Carrió, Gozaíni, entre otros).

Por tanto, y sin aferrarnos dogmáticamente a lo expuesto, seguiremos usando -hasta nuevo aviso- el concepto de “Derecho Procesal Constitucional.

En este punto podemos determinar que aquellos instrumentos procesales que contiene una Carta Constitucional para su defensa y control han sido incorporados en el curso de la historia y reciente evolución constitucional de las últimas dos centurias, con la finalidad de brindar a los justiciables la posibilidad de solicitar como pretensión procesal la defensa y prevalencia de la norma constitucional.

Ello, claro está, se encuentra determinado por ciertos límites, los mismos que en principio los podremos encontrar en el propio texto constitucional y que responden en algunos casos a una opción política, habida cuenta que el texto constitucional es una norma de eminente contenido político con una expresión y un ropaje jurídico ⁽⁴⁾; en tanto que, en otros casos estos límites podremos encontrarlos en las normas legales que regulan y desarrollan dichos procesos constitucionales; los mismas que, no obstante no ser parte integrante del texto formal de la Constitución, materialmente deberán ser consideradas como normas de rango constitucional puesto que su contenido se refiere al mismo, desarrollándose sin que ello signifique que tengan el mismo nivel jerárquico de la Carta Constitucional, de la que, como hemos visto, emana la naturaleza normativa de la misma.

2 Historia del derecho procesal constitucional peruano

En el Perú, en el Art. 10⁵ de la Constitución liberal de Ramón Castilla de 1856 puede hallarse un embrión del control difuso y la influencia directa del caso *Marbury vs. Madison* de la Corte Suprema Federal de

⁴ (0) “La Constitución jurídica transforma el poder desnudo en legítimo Poder Jurídico”; Cit. por Kaegi.

⁵ Constitución de la República Peruana

Dada el 3 de octubre de 1856 y promulgada en 19 del mismo mes.

“Art. 10.- Es nula y sin efecto cualquiera ley en cuanto se oponga a la Constitución.

Son nulos igualmente los actos de los que usurpen funciones públicas, y los empleos conferidos sin los requisitos prescritos por la Constitución y las leyes.”

los EE. UU. (1803) cuando allí se estipuló pioneramente “Es nula y sin efecto cualquiera ley en cuanto se oponga a la Constitución”. Y en el caso de las garantías fundamentales, fue una ley de finales del Siglo XIX, en 1898, la que incorporó a nivel legislativo el entonces llamado “recurso de Habeas Corpus”.

La Constitución de 1920 incorporó a nivel constitucional, en su texto, la garantía de **Hábeas Corpus**⁶. Por otro lado, el Proyecto de Constitución de Villarán (1925) ya se consagraba el control difuso. La Carta de 1933 reiteró el habeas corpus y lo extendió a los demás derechos sociales⁷, extensión que después fue llamada el “Hábeas Corpus Civil” y que no fue procesalmente desarrollada sino hasta 1968, considerándose el embrión del actual amparo constitucional en el Perú.

El Habeas Corpus pasó a ser desarrollado por el Código de Procedimientos Penales de los años '40⁸, y un antecedente remoto del control difuso se puede observar en el Art. XXII del Título Preliminar del Código Civil de 1936⁹. La Ley Orgánica del Poder Judicial de

⁶ Constitución para la República del Perú

Dictada por la Asamblea Nacional de 1919 y promulgada el 18 de enero de 1920. Augusto B. Leguía.
“Art. 24.- Nadie podrá arrestado sin mandamiento escrito de Juez competente o de las autoridades encargadas de conservar el orden público, excepto infraganti delito, debiendo en todo caso ser puesto, el arrestado, dentro de 24 de horas, a disposición del Juzgado que corresponda. Los ejecutores de dicho mandamiento están obligados a dar copia de él siempre que se le pidiere. La persona aprehendida o cualquiera otra podrá interpone conforme a la ley el recurso de Habeas Corpus por prisión indebida.”

⁷ Constitución Política del Perú (29 de marzo de 1933)

“Art. 69.- Todos los derechos individuales y sociales reconocidos por la Constitución, dan lugar a la acción de habeas corpus.”

⁸ Código de Procedimientos Penales – Ley N° 9024

Título IX

Recurso de Habeas Corpus

“Art. 349º.- Toda persona reducida a prisión por más de veinticuatro horas, sin que el juez competente a tomarle la declaración instructiva, tiene expeditivo el recurso extraordinario de habeas corpus. Da igualmente lugar al ejercicio de este recurso, la violación de los derechos individuales y sociales garantizados por la Constitución.”

⁹ Código Civil

Título Preliminar

“XXII.- Cuando hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal se prefiere la primera.”

1963, Art. 8¹⁰, también intenta desarrollar procesalmente el control difuso y el Decreto Ley N° 17083, de octubre de 1968, a los pocos días del Golpe de Estado de las FF. AA., da partida de nacimiento a la “Acción de Hábeas Corpus” para los demás derechos no relacionados con la libertad individual, inviolabilidad de domicilio y libertad de tránsito, en la jurisdicción civil, dando partida de inicio a lo que se consideró como el “Hábeas Corpus Civil”¹¹, antecedente directo de nuestro actual amparo constitucional. En la Constitución de 1979 se separan el Hábeas Corpus del Amparo ¹², se zanja la discusión procesal-bizantina entre “acción” y “recurso” (hoy reavivada malamente con la innecesaria y purista distinción entre “acción” y “proceso”), y se eleva a rango constitucional el control difuso. El problema, como siempre he señalado, es que los Constituyentes de 1978 que hicieron el Capítulo del Poder Judicial (donde está consignado el control difuso) no cruzaron información con sus colegas del Capítulo sobre Garantías Constitucionales donde consagraron el Amparo, el Hábeas Corpus y la incorporación del entonces llamado “Tribunal de Garantías Constitucionales” producto del calco y copia del proyecto

¹⁰ Decreto Ley N° 14605

Ley Orgánica del Poder Judicial

“Art. 8°.- Cuando los Jueces o Tribunales, al conocer de cualquiera clase de juicios, encuentren que hay incompatibilidad entre una disposición constitucional y una legal, preferirán la primera.”

¹¹ Decreto Ley N° 17083 - Se dictan normas procesales para la tramitación de los Recursos de Hábeas Corpus

Se dictan normas procesales para la tramitación de los Recursos de Hábeas Corpus

“Art. 1°.- La acción de hábeas corpus referente a las garantías de libertad personal, inviolabilidad del domicilio y libertad de tránsito, se tramitará de acuerdo con las disposiciones vigentes del Código de Procedimientos Penales.

Los demás casos en los que la Constitución autorice la acción de hábeas corpus, se tramitarán de conformidad con los dispositivos siguientes.

Art. 2°.- Se interpondrá la acción ante la Sala Civil de Turno de la Corte Superior del Distrito Judicial dentro del cual se hubiere emitido el acto impugnado. Recibido el recurso la Corte Superior, si procede la admisión a trámite, oficiará al Procurador General de la República para que tome conocimiento y remitirá el expediente al Juez en lo Civil más antiguo para que pida a la autoridad competente informe por escrito, dentro de ocho días.”

¹² Constitución para la República del Perú (12 de julio de 1979)

Título V

Garantías Constitucionales

“Art. 295°.- La acción y omisión por parte de cualquier autoridad, funcionario o persona que vulnera o amenaza la libertad individual, da lugar a la acción de hábeas corpus”.

de la Constitución Española de 1978 que ya estaba redactado en 1977. Ya la Carta de 1993, nacida en circunstancias extremas y dramáticas para nuestra siempre frágil democracia constitucional, desdobló la figura del amparo constitucional en tres como salidas de sus costillas: el amparo, el hábeas data y la acción de cumplimiento, de manera que ahora nuestra jurisdicción de la libertad provee cuatro instrumentos, a saber: Hábeas Corpus, Amparo, Hábeas Data y Acción de Cumplimiento.

Ahora bien, la vigente Constitución peruana de 1993, se han determinado como instrumentos procesales de protección constitucional, o procesos constitucionales, a aquellos enumerados en el Art. 200º de la Carta Constitucional; sin embargo, en adición a los procesos constitucionales contenidos en el ya mencionado Art. 200, tenemos que el Art. 138 en su segunda parte, el Art. 148 y el Art. 202 Inc. 3 forman parte también del Derecho Procesal Constitucional peruano.

Es el Código Procesal Constitucional el que ha consolidado todos los instrumentos de una y otra jurisdicción, fusionando muchas y variopintas leyes, de manera que ahora tenemos un sistema orgánico y desarrollado con una evidente lógica procesal constitucional. Por eso es que desde entonces he llamado “sistema mixto” al nuestro, abandonando el concepto primigenio de “sistema dual” al que ya me he referido. Ahora sí el legislador se había preocupado y desarrollado un sistema de acciones e instrumentos de diversa dimensión (orgánicos y de la libertad, incluyendo el desarrollo del control difuso y la jurisprudencia vinculante del Tribunal Constitucional) hasta terminar con la posta hacia la jurisdicción internacional una vez agotada la jurisdicción interna.

Dentro de estos instrumentos claramente destacan el Amparo y el Hábeas Corpus. Y, dentro de ello, la excepcionalidad prevista, por interpretación a contrario sensu de la misma Constitución de que proceda una acción de Amparo o una acción de Hábeas Corpus contra

resoluciones judiciales por ser consecuencia –el antecedente- de un proceso “irregular”. Esa irregularidad fue interpretada, desde su origen, y merced a la doctrina peruana existente sobre la materia, como afectante al debido proceso o tutela judicial efectiva –que para este efecto son sinónimos-. Y, más concretamente, dentro de ello, una de las causales de esa afectación por violación del debido proceso o tutela efectiva de derechos, será el incumplimiento en la sentencia original del deber de la debida motivación.

Existe por tanto en nuestro actual sistema procesal constitucional la posibilidad de que mediante un Hábeas Corpus, o un Amparo constitucional, se pueda cuestionar un proceso judicial antecedente cuando se alegue que la sentencia final del mismo viole el deber de la debida motivación. Si la afectación del proceso antecedente versa sobre el derecho a la vida, a la integridad física o a la libertad corporal la vía será el de una acción de Hábeas Corpus. Si se tratase de los demás derechos, entonces la vía apropiada será el de un Amparo constitucional.

3 Las acciones de garantías constitucionales y las acciones de control constitucional

Habría que mencionar, en primer término, que la Constitución peruana de 1993 agrupa a estas acciones en conjunto, sin una clasificación ordenada ni adecuada sistemática, como ya se ha anotado líneas arriba, habiéndose incurrido en el error de no sistematizarlas debidamente, lo que genera confusiones y no pocos errores conceptuales y de interpretación. Este mismo derrotero ha sido seguido por el Código Procesal Constitucional Peruano, quien no realiza un deslinde entre estos dos tipos de acciones. Ello, a decir de González Pérez (1980), responde a un denominador común en los ordenamientos legales de orden procesal constitucional, debido a que los mismos, así como el desarrollo doctrinario de esta rama

del derecho, ha sido abordado en su mayor parte por estudiosos del Derecho Constitucional, y no del Derecho Procesal.

Uno de estas peculiaridades radica ahora en el afán, narcisista por cierto, de “rebautizar” todos, absolutamente todos, los instrumentos del Derecho Procesal Constitucional en el Perú, sobre la presunta base de un “purismo procesal” que tampoco se llega a entender ni -mucho menos- a compartir. Con ello, se abandona, sin mayor explicación sólida, una incipiente tradición y uso de casi veinticinco años que, sin duda, facilitaba su uso. Es que ha sido tradicional en el Perú ese afán de crear y recrear un “derecho originario”, a veces extravagante y poco versado en el derecho comparado, que nadie conoce y que nos hace creer fundadores de doctrinas tan especializadas como ocultas, que nos hace -en apariencia- tan imprescindibles como infalibles.

En otro aspecto, en las acciones de garantía -en todas- y en las de control constitucional se ha cambiado, sin necesidad, ni sentido ni modernidad alguna (aquí sí hubo olvido de la modernidad que se invoca en otras partes) para optarse por el concepto de la prescripción, conforme se denota en el Art. 44º del Código Procesal Constitucional Peruano, abandonándose a su moderno y seguro sucedáneo de la caducidad, tal como la ley expresa y lo regula a la fecha, que es institución de orden público y fatal, que hace desaparecer la pretensión material válidamente invocable y, sobre todo, que debe ser apreciada de oficio, para retrocederse a la de prescripción, siendo que en estos procesos no caben las excepciones, y que los jueces, por imperio de la ley -con excepción de alguna inadmisibilidad- no se pueden apoyar ni invocar una prescripción extintiva que no ha sido invocada por las partes, olvidando el Código Procesal Constitucional Peruano el carácter de orden público constitucional que tienen tanto las acciones de control, cuando las propias de garantía constitucional.

Asimismo, para el adecuado ejercicio de la jurisdicción de la libertad o de garantía constitucional, se han puesto tantos requisitos

(de hecho, más que en el Código Procesal Civil) para su admisibilidad, sobre todo en el caso del Amparo Constitucional (a tal efecto baste una lectura del Art. 42º del Código Procesal Constitucional Peruano) que se facilitará su rechazo liminar, no solo cuando carezca de sentido, sino cuando teniéndolo y mucho, al implicar una lucha contra el poder político de turno, el juez provisional, timorato o taimado, decida deshacerse de un proceso incómodo o “políticamente caliente”. Esta previsión, creemos, parecía colisionar con lo previsto en el Art. 25º del Pacto de San José, del cual el Perú es signatario, y que señala lo siguiente:

Art. 25º.- Protección Judicial. -

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o cualquier otro recurso efectivo ante los Jueces o Tribunales competentes que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales, reconocido por la Constitución, la Ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

Felizmente, en una de las modificaciones puntuales que trae la versión de 2021 del Código Procesal Constitucional -pomposamente llamado “nuevo”-, es la prohibición del rechazo liminar de la demanda de una acción de garantía constitucional, precisamente para tratar de evitar esa tergiversación de la utilidad vital de una acción de garantía y su defensa de los derechos constitucionales de los ciudadanos. En efecto, conforme al Art. 6º del vigente Código Procesal Constitucional, el juez constitucional (y el juez ordinario cuando hace de juez constitucional, aunque no lo sepa, o no los reconozca sobre sí mismo), “De conformidad con los fines de los procesos constitucionales en defensa de los derechos fundamentales, en los procesos constitucionales de hábeas corpus, amparo, hábeas data y de cumplimiento no procede el rechazo liminar de la demanda”.

Esto permitirá un escaso desarrollo jurisprudencial en esta materia, al generar incentivos a los juzgadores en la expedición de resoluciones inhibitorias por la falta de simples requisitos formales. Ello, aunado adicionalmente a los problemas de naturaleza política que necesariamente se dan en todo juzgamiento constitucional por el inevitable -y hasta necesario y saludable- confrontación que esto siempre supone, habida cuenta de la ya mencionada naturaleza política del texto constitucional trae siempre problemas de interpretación, actualización, “concretización”(Hesse, 1985, pp. 323 y ss.), aplicación práctica, entendimiento, acatamiento y desarrollo proactivo, progresivo y creativo de estos instrumentos de la defensa y control constitucional.

Finalmente cabe decir que las garantías constitucionales o *jurisdicción de la Libertad* son un conjunto de instrumentos judiciales destinados a la protección efectiva de los derechos fundamentales, conforme a lo dispuesto en el Art. 25º del Pacto de San José o Convención Americana de protección de Derechos Humanos. Estas garantías constitucionales están consagradas en el Art. 200º de la Constitución vigente; sus características más resaltantes son: a) la inderogabilidad, en la medida que ni el Congreso ni autoridad alguna puede eliminarlas de la Constitución, solo es permitido reformarlas, ya sea para agregar un derecho o explicarlo para que sea mejor comprendido, b) son irrenunciables, es decir nadie puede renunciar a ellos y tampoco nadie puede negarle el ejercicio de estos derechos y c) genera la unión inseparable de derechos.

4 El tribunal constitucional peruano

El Tribunal Constitucional se encuentra definido en el texto de la Constitución como el **Órgano de Control de la Constitución**¹³.

¹³ Cabe señalar que en proyecto de modificaciones a la Constitución de 1993 que se preparó durante el Gobierno Transitorio que tuvimos desde diciembre del 2000 hasta julio del 2001 se ha sugerido que se la definición del Tribunal Constitucional sea modificada por la de intérprete supremo de la Constitución. Ello tomando como ejemplo lo que prevé la Constitución Española de

Esto significa que la Constitución de 1993, al consagrar su existencia dentro del Título V *De las Garantías Constitucionales* ha optado de manera clara y meridiana por el denominado control ad-hoc de la constitucionalidad, también conocido como el *Modelo Europeo* o de *Justicia Constitucional Concentrada* (Fix-Zamudio, 1968), con todo lo que ello implica en su génesis, historia, desarrollo, evolución y alcances.

Siendo el Tribunal Constitucional el máximo órgano de control de la Constitución, le corresponden dos facultades esenciales que son implícitas al poder del control: i) la interpretación de los postulados constitucionales bajo cuyo marco habrá de hacer la labor de control constitucional, como referente obligado y obligatorio a sí mismo y hacia todos los poderes del Estado y todos los ciudadanos; y, ii) dentro de la tarea interpretativa de la Constitución, y como consecuencia de la misma, le corresponde la facultad de diseñar y definir los alcances de los demás Órganos del Estado, sean constitucionales, sean de orden legal, de modo tal que se logre una sistematicidad y unidad constitucional que determine el sólido cimiento de la institucionalidad constitucional de la Nación, teniendo en cuenta que, como ya lo ha sostenido la antigua doctrina del Derecho Constitucional, lo fundamentalmente nuevo del Estado constitucional frente a todo el mundo del autoritarismo, es la *fuerza vinculante bilateral de la norma constitucional*; esto es, la vinculación o sujeción a la Constitución de todas las autoridades (absolutamente todas) y al mismo tiempo de todos los ciudadanos, en contraposición al Estado de viejo cuño pre-moderno; donde en el Estado moderno de Derecho, la Constitución jurídica transforma el poder desnudo en legítimo poder jurídico, puesto que el gran lema de lucha del Estado constitucional -que hoy está más vigente que nunca- ha sido el cambio cualitativo logrado en el antiguo y arbitrario *Goverment by men* por el actual, democrático y jurídico *Goverment by laws* (Kaegi

1978, desarrollada en el Art. 1º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979. Esta omisión en la Carta Política de 1993, al igual que en la de 1979(D), ha sido subsanada con la previsión hoy vigente contenida en el Art. 1º de la vigente Ley Orgánica del Tribunal Constitucional (Ley 28301).

y Von Ihering, citados por García de Enterría, 1985). Entonces, la Constitución no será sólo una norma política con expresión y manifestación de norma jurídica, sino que precisamente es y será la primera de las normas del ordenamiento entero, la norma fundamental, la *Lex Superior* o la *Higher Law*.

Corresponde al Tribunal Constitucional, dentro de esta misma premisa de ser el supremo intérprete constitucional para el ejercicio del control constitucional erga omnes con efecto vinculante, interpretar adecuadamente el alcance de sus propias facultades y atribuciones, a fin de que pueda determinar el alcance de las trascendentales facultades que la Constitución Política del Perú le ha conferido.

El Tribunal Constitucional se halla definido, como ya queda dicho, en el Art. 201º de la Constitución que en su primera parte puede ser escindido en tres supuestos diferentes:

- 1) Ser el órgano del control constitucional;
- 2) Ser autónomo e independiente; y,
- 3) Estar compuesto por siete miembros, denominados Magistrados del Tribunal Constitucional, con un mandato de cinco años reelegibles por un período adicional.

En la su segunda parte, la norma constitucional establece taxativamente las calidades del Magistrado del Tribunal Constitucional y, en su tercera parte, se ha preocupado de establecer que los Magistrados del Tribunal Constitucional gozan de inmunidad personal y de las mismas prerrogativas para el ejercicio de su función que aquellas que la Carta Política ha reconocido a los Congresistas de la República, lo que no ocurre, por ejemplo, para los Magistrados de la Corte Suprema o para los Fiscales Supremos.

Esto -que les proporciona una gran autonomía e inmunidad frente a los avatares políticos y la complejidad de los casos límites que les toca resolver- es muchas veces desconocido, aún por los propios Congresistas de la República que se incomodan o discrepan

de las sentencias o los diversos votos emitidos por el Tribunal Constitucional o por sus Magistrados en forma individual.

Asimismo, señala que les alcanza las mismas incompatibilidades, y que el mandato de Magistrado no es susceptible de reelección para un periodo igual e inmediato, cuyo plazo máximo es de cinco años.

En su última parte, la norma constitucional precisa que los integrantes del Tribunal Constitucional tienen una legitimidad popular derivada, al ser electos por una mayoría sobrecalificada del Congreso de la República (que, como es obvio, tiene una legitimidad directa) ya que para ser electo magistrado del Tribunal Constitucional se requiere el voto favorable de dos tercios del número legal de sus miembros. Finalmente, en su parte *in-fine*, la norma prescribe que los Fiscales del Ministerio Público y Magistrados del Poder Judicial en actividad, y que cumplan con el requisito ya indicado, deberán dejar el cargo que tuvieran cuando menos un año calendario antes a su postulación como Magistrados del Tribunal Constitucional.

La función de control directo que la Constitución ha asignado al Tribunal Constitucional, se halla definida en tres facultades o potestades específicas, a saber:

- 1) La determinación en instancia única de que una Ley, o norma con rango de tal, o normas regionales de alcance general u ordenanzas municipales, debe ser derogada *Erga Omnes* por contravenir la Constitución en la forma o en el fondo (esto es, por ser incompatible con el alcance de la interpretación que el Tribunal Constitucional haya hecho de un principio o postulado de la Constitución (Art. 200, Inc. 4, Art. 202, Inc. 1 y Art. 204 de la Constitución);
- 2) La resolución en última y definitiva instancia de las resoluciones provenientes del Poder Judicial en las Acciones de Garantía Constitucional de Habeas Corpus, Amparo, Habeas Data y Acción de Cumplimiento, siempre que su sentido haya

sido desestimatorio al demandante en sede judicial y por la vía del Recurso Extraordinario de Revisión en la llamada *Jurisdicción Negativa de la Libertad*; y,

3) La dirimencia de los conflictos de competencia o de atribuciones de los Órganos Constitucionales (y, ahora, por “menoscabo de competencias”), en los llamados procesos competenciales, sea este positivo o negativo, según la interpretación del alcance de las mismas en la Constitución, con arreglo a su Ley Orgánica.

Para el cabal cumplimiento cada una de estas atribuciones taxativamente dispuestas por la Carta Constitucional, el Tribunal Constitucional debe definir, de modo previo y claro, el alcance de sus facultades y poderes, explícitos e implícitos, dentro del enunciado o marco general de ser el **órgano de control de la Constitución**. La facultad del *control concentrado* de la constitucionalidad de las leyes, bajo el modelo *europeo* o kelseniano, nacido bajo la inspiración de Hans Kelsen a partir de 1920 con la Constitución de Austria y perfeccionado con la Constitución de 1929 (Quiroga, 1990, pp. 153 y ss.), implica que el control se habrá de dirigir básicamente hacia el Parlamento. En efecto, si la tarea primera del Tribunal Constitucional es la de ser el intérprete de la constitución, intérprete vinculante u obligatorio en virtud de la concordancia Art. 204 ab-initio de la Constitución y Art. 1º de la LOTC¹⁴, esta tarea debe estar dirigida a interpretar en primer lugar, los alcances, la recreación, integración y la determinación de los verdaderos límites constitucionales de sus propias facultades, para luego poder determinar los alcances de las potestades de los demás órganos del Estado, o del parlamento

¹⁴ En la redacción del Proyecto de LOTC (Proyecto 1419/93 y Dictámenes Nos. 1419/94 y 1421/94) se definía en el Art. 1 esta interpretación como “Suprema” (Suprema: (del lat. supremus); adj. Sumo, altísimo. II 2. Ser supremo. II3. Que no tiene superior en su línea (...)" Dicc. de la Lengua Española, Real Academia Española; XXI De. Espasa-Calpe, Madrid, 1992, T. II, p. 1922). En el debate parlamentario esta adjetivación cualificadora fue suprimida. Igual enunciado aparece en el Art. 1 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional español, L.O. 2/1979, de 3 de octubre. Cit. por GONZALES PÉREZ, Jesús.- *Derecho Procesal Constitucional*; 1era. ed. , Ed. Civitas S.A., Madrid, 1980. Finalmente fue incorporado en el Art. 1º de la Ley 28301 de 22 de julio de 2004.

en particular cuando del control de la constitucionalidad de las leyes se trate.

La interpretación constitucional, será pues la tarea esencial del Tribunal Constitucional, la que también debe hacerse conforme a la Constitución. En efecto, es del caso mencionar que la interpretación constitucional supone un ejercicio intelectual harto diferente de la interpretación jurídica ordinaria (hermenéutica), debido fundamentalmente a la diferente naturaleza normativa de las normas constitucionales de las normas jurídicas ordinarias. Como ya se ha visto, mientras que las primeras son esencialmente políticas (sean *auto aplicables*, sean *programáticas*, sean *estructurales*), las segundas son de básico contenido subjetivo o material, de modo tal que siendo diferentes, no se les puede aplicar válidamente un mismo método de interpretación pues el resultado resultaría erróneo.

Como quiera que la Constitución otorga de modo exclusivo y excluyente al Tribunal Constitucional la potestad del control directo de la constitucionalidad, es necesario definir los alcances y límites del mismo. Este control aparece evidente en el denominado *Control concentrado* o *Control Ad-Hoc*, esto es, de índole abstracto -y por tanto incompatible en ese punto con el *Control Difuso* o *Judicial review*¹⁵- en donde corresponde al Tribunal Constitucional el examen abstracto (esto es, sin referencia a un caso concreto alguno en donde esté en disputa derecho subjetivo ninguno) de la ley dubitada y en donde el referente constitucional, previamente definido por la vía de la autorizada interpretación constitucional, va a ser el imperativo categórico que determinará, en análisis de subsunción, si la norma legal dubitada es o no incompatible con la Constitución.

¹⁵ “En tal virtud, si examinamos en forma abstracta estas dos categorías, descubrimos en cada una de ellas las características contrarias de la otra, como lo puso de relieve de manera penetrante el insigne procesalista florentino Piero Calamandrei, cuando afirmó que los lineamientos del binomio aparecen de ordinario agrupados según cierta necesidad lógica, de modo que el control judicial, es decir, el americano es necesariamente *difuso, incidental, especial, declarativo*; y viceversa el que califica como autónomo, es decir, el austriaco, es *concentrado, principal, general y constitutivo*” (Fix-Zamudio, 1988, pp. 337 y ss.)

Si la primera premisa es la cierta, la demanda debe ser rechazada y la norma dubitada regresa al sistema jurídico tal como ingresó, en plena vigencia y constitucionalizada. En cambio si la segunda premisa es la cierta, la norma es derogada de modo directo por el poder constituido en el Tribunal Constitucional como -al decir de Kelsen¹⁶ Legislador Negativo, esto es, con poder derogatorio directo (Art. 204 ab-initio de la Constitución) creándose en cada caso de inconstitucionalidad así determinada una *norma sub-constitucional* (Alonso García, 1984, p. 13), de la que es titular el Tribunal Constitucional como *constituyente delegado*. Por ello, y por expreso principio consagrado en la Constitución, el principio jurídico que toda ley se deroga sólo por otra ley y que expresa, el Art. I del Título Preliminar del Código Civil peruano¹⁷, se halla ahora necesariamente ampliado por el siguiente enunciado: *toda ley se deroga sólo por otra ley o por una sentencia estimatoria del Tribunal Constitucional*.

Desde ese punto de vista, la demanda de inconstitucionalidad de una norma legal dubitada no es propiamente una *demand*a en los términos que formula la Teoría General del Proceso como pretensión de un derecho público-subjetivo, sino propiamente una *iniciativa*

¹⁶ El calificativo de “legislador negativo” que diera Kelsen a la jurisdicción constitucional no pretende “desjurisdiccionar” ni el órgano ni la función. No debe olvidarse que Kelsen parte de su intento de superación de la tradicional trilogía que, arrancando de Montesquieu, distingue entre la función ejecutiva, función legislativa y función judicial. Kelsen reduce (...) las funciones a dos: legislación y creación (por un lado), y creación y aplicación del Derecho. Desde ese punto de vista, la justicia constitucional no hace sino ejecutar, aplicar el Derecho contenido en la norma fundamental. (...) Kelsen crea un tribunal precisamente por las garantías que un órgano de tal naturaleza supone, y, especialmente, por su *independencia* (...); cuando habla de “legislador en sentido negativo” lo hace, además, tanto para el caso americano como para el supuesto austriaco. Escribe Kelsen: “*un tribunal facultado para anular leyes -en forma individual o de manera general- funciona como un legislador en sentido negativo*”. Cit. por PÉREZ TREMPS, Pablo.- *Tribunal Constitucional y Poder Judicial*; CEC, Madrid, 1981; pp. 6 y ss. (subrayado y entre paréntesis agregado). La Cit. de Kelsen se refiere a: KELSEN, Hans.- *Teoría General del Derecho y del Estado*; (trad. de García Maynez), UNAM, México, 1979; pp. 303 a 334.

¹⁷ Código civil peruano. Título Preliminar. “Art. I.- La ley se deroga sólo por otra ley. La derogación se produce por declaración expresa, por incompatibilidad entre la nueva ley y la anterior o cuando la materia de esta es íntegramente regulada por aquella. Por la derogación de una ley no recobran vigencia las que ella hubiere derogado”.

legislativa negativa que la Constitución reconoce a los legitimados taxativamente para ello en el Art. 203º de su texto normativo.

La derogación de la ley por el Tribunal Constitucional, si bien jurídicamente equivalente al acto derogatorio que puede disponer el Congreso, es un suceso bastante más grave, que extirpa por vía *quirúrgica* del Sistema Jurídico (al decir de FIX-ZAMUDIO) la ley dubitada, de innegables y previsibles consecuencias políticas que no deben arredrar, pero si hacer meditar con conciencia objetiva y prudente discernimiento, una tarea *quirúrgica* que tiende a corregir los excesos patológicos que se pudieran haber desarrollado en los diversos órganos del Estado en contra de la Constitución, y que habrá de crear necesariamente un vacío constitucional que generará inevitable inseguridad jurídica, ya que el legislador no tiene la agilidad suficiente para cubrir de inmediato el vacío que deja la norma derogada y que puede dar lugar a no pocas confusiones en la ciudadanía y en los poderes públicos. Como toda derogación, no implicará jamás el restablecimiento de la norma que hubiere sido derogada, ni tendrá carácter o efecto retroactivo, y la laguna que se crea puede producir, como lo ha señalado alguna vez el Tribunal Constitucional italiano, constituye en puridad una *situación de mayor inconstitucionalidad* en la solución práctica de los problemas que la ley derogada regulaba.

Ante la evidente trascendencia que supone para el sistema jurídico la derogación de una Ley nuestra legislación prevé un quórum de una mayoría calificada -que supera la mayoría absoluta- de los miembros del Tribunal Constitucional para que se declare la inconstitucionalidad de una Ley. Así tenemos que la opción legislativa ha previsto la necesidad de 5 votos conformes de los 7 miembros del Tribunal Constitucional para el caso que se declare la inconstitucionalidad de una Ley. Una mayoría calificada que justifica la importancia del acto de “extirpar en forma quirúrgica”, siempre en forma general erga omnes y sin carácter retroactivo, una norma con rango de ley del

sistema jurídico por una comprobada afectación constitucional, sea por la forma, sea por el fondo.

Todo un reto y una potestad constitucional generada en el Siglo XX a los clásicos controles inter-órganos de las grandes manifestaciones originarias del estado de Derecho Constitucional y que le otorga un gran poder y una gran tarea al Tribunal Constitucional, sobre todo porque la metodología esencial para llegar a ello sólo podrá hacerse por medio de la más adecuada y actualizada interpretación constitucional. En palabras de HESSE, realizar la permanente “concretización” de la Constitución. Esa sería, en nuestro concepto, la principal atribución y función del Tribunal Constitucional, desde su origen kelseniano hasta nuestros días.

Referencias

- Alonso García, A. (1984). *La interpretación constitucional*. CEC.
- Fix-Zamudio, H. (1968). *Veinticinco años de evolución de la justicia constitucional (1940–1968)*. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.
- Fix-Zamudio, H. (1988). La justicia constitucional en América Latina y la declaración general de inconstitucionalidad. En *Latinoamérica: Constitución, proceso y derechos humanos*. M.A. Porrúa.
- García Belaunde, D. (2000). *De la jurisdicción constitucional al derecho procesal constitucional* (2.ª ed.). Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional – Sección Peruana, Biblioteca Peruana de Derecho Constitucional, Facultad de Derecho y Ciencia Política, UNMSM.
- García de Enterría, E. (1985). *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional* (pp. 49 y ss.). Ed. Civitas.
- González Pérez, J. (1980). *Derecho procesal constitucional*. Ed. Civitas.

Hesse, K. (1985). La interpretación constitucional. Citado en Quiroga León, A. (1985). *La interpretación constitucional*. Derecho PUCP, (39), 323 y ss. Fondo Editorial PUCP.

Quiroga León, A. (1990). Una aproximación a la justicia constitucional: El modelo peruano. En *Sobre la jurisdicción constitucional* (pp. 152 y ss.). Fondo Editorial PUCP.

Schmitt, C. (1983). *La defensa de la Constitución* (M. Sánchez Sarto, Trad.; P. de Vega, Pról.). Ed. Tecnos.

Capítulo 3

Del derecho ambiental a la justicia ecológica: el régimen de acceso al patrimonio genético brasileño y sus aporías

Ariella Kely Bising Motter

Miguel Etinger de Araujo Junior

Introducción

El artículo abordará la necesidad de reinterpretaciones en la protección jurídica de la diversidad biológica, apuntando a su efectividad social y ambiental. Sin embargo, consciente de la complejidad multifacética del tema presentado, se buscará discutir la necesidad de que estas reinterpretaciones se amplíen a la concepción de desarrollo y justicia, proponiendo una nueva mirada a la construcción, y aplicación, de las leyes ambientales.

Con ello se trata, en un primer momento, del análisis de uno de los fundamentos estructurales del Derecho Ambiental tal como se concibe actualmente: el concepto de Desarrollo Sostenible. Aquí buscará resaltar las raíces que permitieron su consolidación como

un objetivo global, al mismo tiempo que, desde una perspectiva crítica, cuestionará los intereses involucrados en las negociaciones que culminaron en su definición.

En una segunda etapa, buscará presentar nuevos horizontes posibles para abordar las cuestiones medioambientales. Para ello, se discutirá el Derecho Ecológico como una propuesta para revisar el concepto de Derecho Ambiental. Además de abordar aspectos doctrinales, demostrará la ecologización del Derecho en la práctica, vislumbrada tanto en las Constituciones de Bolivia y Ecuador, como en la jurisprudencia.

Finalmente, se analizará el régimen jurídico para el acceso a los recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados a la biodiversidad brasileña. Sin embargo, aquí se hará hincapié en el proceso de construcción del contenido contenido en la Ley Federal n. 13.123/2015. Para demostrar los desafíos en la ecologización del Derecho brasileño, abordará las negociaciones realizadas para definir las normas aplicables a las semillas criollas y a los agricultores tradicionales.

1 DESARROLLO SOSTENIBLE: DESPUÉS DE TODO, ¿DE QUÉ ESTAMOS HABLANDO?

Como enseña José Eli da Veiga (2005, p.10), la idea de “desarrollo sostenible”, con el paso de los años, se ha convertido en una de las expresiones más vacías y, al mismo tiempo, incomprendidas jamás concebidas por la humanidad. Por ello, se requieren estudios más profundos sobre su construcción y aplicabilidad, ya que su concepción es uno de los pilares estructurantes del Derecho Ambiental moderno¹ -como se demostrará- y este debate es una invitación a reflexionar sobre las contradicciones aporías de esta rama del Derecho.

¹ El Derecho Moderno se define como aquel estructurado desde la perspectiva de la propiedad privada y la libertad empresarial del Sujeto de Derechos, en un sesgo antropocéntrico y mercantil (MASCARO, 2018). La expresión “Derecho Ambiental Moderno” pretende demostrar que esta rama del Derecho también se construyó desde esta perspectiva

Al buscar las raíces históricas del proceso de estructuración del derecho al medio ambiente, es posible identificar que el tema se origina, en esencia, ya entrelazado con los debates sobre el derecho humano al desarrollo (Varella, 2003). Así, desde la primera gran reunión mundial sobre el tema, los debates sobre la protección del medio ambiente se han extendido desde la perspectiva de la necesidad de proteger la calidad saludable de la vida humana, cuyo punto de partida proviene de la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Humano, de 1972.

En general, la lectura del documento permite extraer que en su momento, el objetivo era llamar la atención sobre el ritmo exponencial de degradación de los recursos naturales y su posible agotamiento, lo que exigía el reconocimiento de la responsabilidad de las generaciones presentes y futuras de gestionarlos de forma sostenible. la forma más adecuada de utilizar estos recursos escasos. Semejante medida era “indispensable para garantizar un entorno de vida y de trabajo favorable para el hombre, así como para crear en la Tierra las condiciones necesarias para mejorar la calidad de vida” (Onu, 1972).

Como antecedente de esta concepción, estaba el estudio elaborado ese mismo año por el Club de Roma, titulado “Los límites del crecimiento”, que buscaba “medir los límites ecológicos en relación con la forma en que la sociedad se estaba organizando”. En este contexto, existía un aparente conflicto entre economía y ecología, ya que la escasez de recursos naturales pondría en duda la posibilidad misma de desarrollarse social y económicamente. Como solución se sugirió el crecimiento cero (Piga & Mansano, 2015, p. 179).

Cabe señalar, por tanto, que la Declaración de Estocolmo propuso una visión “integradora” de la cuestión, en la medida en que pretendía conciliar el uso de los recursos naturales con la posibilidad de desarrollo. Y como vínculo para esa integración, además de la idea de una administración más eficiente, incluía la transferencia -y, en consecuencia, el uso- de tecnologías como herramienta (Onu, 1972).

Entonces se extendió la tendencia a la modernización ecológica². Al mismo tiempo, afirmó el antropocentrismo como fundamento de la estructuración del sistema jurídico para la protección internacional del medio ambiente - ya sea a través de la reafirmación del derecho humano al desarrollo, ya sea a través de la segregación que existe entre el Hombre y la Naturaleza basada en el estructuración del concepto de “medio ambiente”, característica llamativa de la modernidad (Marés, 2017). Sobre esto, Ayala y Mendes (2022, p.138) dicen:

Si es la condición humana la que define la condición de sujeto desde la formación histórica del derecho moderno, es la protección de la autonomía de estos sujetos la que define el contenido de los derechos, y es también una perspectiva similar la que está contenida en la doctrina hegemónica. Narrativa del derecho humano al medio ambiente, ilustrada por la Declaración de Estocolmo de 1972

Sin embargo, la elaboración del concepto de “desarrollo sostenible” como compromiso jurídico internacional no se produjo hasta 1987, a raíz del Informe Brundtland, titulado “Nuestro futuro común”. En el documento se definió que sería “aquel que satisface las necesidades del presente sin comprometer la posibilidad de que las generaciones futuras satisfagan sus propias necesidades” (Onu, 1987).

Para Paulo Affonso Leme Machado (2012), a partir de este momento la sostenibilidad pasa a ser el calificativo del desarrollo. Sin embargo, al profundizar en su aplicabilidad, su uso traería dos nuevas características:

Primero, por primera vez es universal, ya que no hay país que no sea socio de la idea del desarrollo sostenible [...]. En segundo lugar, en cierto modo, este matrimonio entre desarrollo y medio ambiente

² En palabras de Acselrad et al (2009, p. 13), la Modernización Ecológica se define como “estrategias neoliberales para enfrentar el impasse ecológico, que, ignorando la articulación entre cuestiones ambientales y sociales, propone conciliar el crecimiento económico con la resolución de los problemas ambientales”. problemas con énfasis en la adaptación tecnológica”.

ha despojado al medio ambiente de quizás su pecado más terrible, que es el ingrediente inhumano que contiene, la idea de que el hombre es sólo una especie entre miles de otras especies (Machado, 2012 , p.75 apud Varella, 2003, p.39)

Además, si bien su contenido introduce un elemento nuevo en el análisis de este desarrollo -la preocupación social-, omite considerar en su alcance que la concepción de las necesidades está culturalmente determinada por las sociedades (Machado, 12). Lo mismo ocurre con el concepto de contaminación y degradación ambiental (Antunes, 2002)

Lo cierto es que el citado informe incentivó la convocatoria de una Conferencia, que fue impulsada en gran medida por el movimiento ambientalista brasileño, cuya intención inicial era la idea de construir perspectivas más amplias sobre la idea de Desarrollo Sostenible, a través del diálogo con múltiples segmentos de la sociedad. La idea, por tanto, era perfilar algo que pudiera constituirse como un nuevo proyecto de sociedad (Silva, 2015)

De hecho, ECO 92 -como se conoció a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo- representó un hito en cuanto a la capacidad de despertar el interés y la participación, oficial o no, de la sociedad en el debate ambiental (Silva, 2015). Otro punto a destacar fue el avance en la elaboración de compromisos ambientales, entre los que, además de la Declaración de Río sobre Desarrollo Humano y la Agenda 21, destaca la elaboración del Convenio sobre la Diversidad Biológica.

El Convenio sobre la Diversidad Biológica aborda la protección legal de los recursos ambientales desde una perspectiva integrada y no fragmentada, es decir, entendiendo la necesidad de considerar los elementos naturales de manera interconectada. Tal cambio de paradigma surgió de la definición de que la diversidad biológica sólo existe a partir de la interacción y variabilidad de “organismos

vivos de todos los orígenes, incluidos los ecosistemas terrestres, marinos y otros, además de la diversidad dentro de las especies, entre las especies y el propio ecosistema". (Brasil, 2000).

Asimismo, en la protección de la diversidad biológica, se reconoce que la preservación y conservación de esta permea la necesidad de incentivar y reconocer la importancia de las comunidades locales y poblaciones indígenas en la protección de los recursos biológicos y del patrimonio genético (Brasil, 2000).

Dicho esto, al trazar una línea histórica de construcción del "derecho humano al desarrollo sostenible", no sería apropiado afirmar que a lo largo de los años su concepto no ha sido mejorado y ampliado. Asimismo, no se puede negar que su concepción ha sido, hasta el día de hoy, objeto de una búsqueda constante de actualizaciones periódicas -como ocurrió en 2015 con la elaboración de los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible.

Para Sarlet y Fensterseifer (2021, p. 315), la Agenda 2030 de la ONU, al incorporar en su contenido compromisos que van desde garantizar el derecho a una alimentación adecuada hasta la necesidad de recuperar los ecosistemas y combatir el cambio climático, permite estructurar un nuevo concepto de economía llamada "*economía Dunot*". En resumen, es un modelo que "reconoce los límites planetarios como premisa básica de cualquier teoría y pensamiento económicos, especialmente en vista de los objetivos a largo plazo para la humanidad".

Sin embargo, si por un lado no se puede negar que el concepto de desarrollo sostenible ha sido mejorado constantemente, por otro no se puede olvidar que su estructura, en esencia, es el resultado de negociaciones, que buscan revivir la narrativa en las colisiones de perspectivas. Y de este proceso surgen axiomas paradójicos, que han dado forma a la Ley Ambiental en suelos porosos, materializando vacíos en el tiempo.

Y, en consecuencia, como enseñan Ayala y Mendes (2022, p.138):

a más de 50 años del reconocimiento global de un derecho humano al medio ambiente, no es cierto que en este momento haya más protección ambiental. Hay más normas legales para la protección del medio ambiente, pero también hay más daño ambiental

Frente a estas controversias, se han buscado nuevos horizontes encaminados a una protección jurídica más efectiva del equilibrio ecosistémico, a través del giro ecocéntrico del Derecho, permitiendo el surgimiento de lo que se llama Derecho Ecológico y Justicia Ecológica.

2 DERECHO ECOLÓGICO Y JUSTICIA ECOLÓGICA: HACIA NUEVOS HORIZONTES POSIBLES

Cuestionar los fundamentos estructurantes de las controversias del Derecho Ambiental permite vislumbrar que la construcción de nuevos horizontes implica romper con una visión antropocéntrica del uso del medio natural. Y, como respuesta a estos anhelos, surge como propuesta el Derecho Ecológico, en un escenario de “giro ecocéntrico”, es decir, el cambio en el punto de vista jurídico, actualmente centrado en el ser humano, contemplando los ciclos de la Naturaleza. como elemento central.

En este contexto, el Derecho Ecológico se diferencia del Derecho Ambiental en que el primero busca proteger la vida en los ecosistemas en su totalidad, mientras que el segundo busca proteger el entorno de la vida humana (Machiado, 2009).

En el ámbito jurídico, la promoción de esta nueva perspectiva ha sido impulsada por el reconocimiento de los Derechos de la Naturaleza -incluso dotándola de su calidad de Sujeto de Derechos-. Tal reconocimiento, desde la perspectiva del Derecho Ecológico, implica proteger el bien jurídico de la vida, pero en su totalidad. En otras palabras, se trata de la protección jurídica del respeto a

los ciclos vitales, la estructura, funciones y procesos evolutivos de la Naturaleza en su propia lógica (Machiado, 2009).

Es importante resaltar que el respeto a los ciclos vitales implica el igual derecho a su reparación integral - lo que se traduce, para el ser humano, en tres órdenes directos: “1) la obligación de abstenerse de impedir el disfrute de tales derechos por la Naturaleza; 2) obligación de todos, no sólo del Estado, de respetar tales derechos; 3) obligación de defender la Naturaleza, si sus derechos son vulnerados” (Gonçalves & Tarrega, 2018, p.140) Y, en general, se puede decir que estos mandatos buscan romper con los legados surgidos del Derecho Moderno, que estructuró los ordenamientos jurídicos catalogan al hombre como titular del derecho subjetivo a la apropiación y, en consecuencia, a su degradación (Mascaro, 2018).

Sin embargo, la ruptura con el sesgo moderno y el giro ecocéntrico no pretenden crear nuevos desequilibrios o supremacía. Por otro lado, se sustenta en el concepto de interdependencia de los ecosistemas. Con esto, la especie humana pasa a ser sólo una más de las especies cuya vida es cobijada y posibilitada por la Naturaleza (Machiado, 2009). Se traduce, por tanto, en una horizontalidad, opuesta a la concepción de dominación y explotación de los recursos naturales vigente hasta entonces (Gonçalves & Tarrega, 2018).

Para Derani y Pinheiro (2020, p. 15) este nuevo horizonte representa “una revolución copernicana, esta vez sacando al ser humano de su idea de “rey sol” en el planeta Tierra y reemplazandolo en su posición interconectada y horizontal dentro del gran teia de la vida”.

En este momento surge la Justicia Ecológica, una corriente doctrinal que busca, además de la justicia social, incorporar la Naturaleza y el mundo no humano en el análisis de la distribución de los riesgos ambientales. Implica, por tanto, la búsqueda de un equilibrio ecológico que abarque todos los intereses de la vida, a partir de nuevas rationalidades jurídicas que impregnén el reconocimiento

y el respeto a la Tierra, al tiempo que cuestionen las decisiones relativas a la protección ambiental, históricamente construidas sobre la base de una racionalidad antropocéntrica (Leite *et al*, 2017).

Y esta visión ampliada de la vida y la ecología erosiona los cimientos del concepto de desarrollo sostenible construido hasta ese momento. Y, en este sentido, las experiencias normativas establecidas hasta ahora han buscado alinear esta nueva mirada sobre la Naturaleza, junto con una nueva mirada sobre el desarrollo. Destacan aquí las Constituciones de Ecuador y Bolivia y la idea positiva del Buen Vivir (Buen Vivir o Vivir Bien), como una “propuesta de armonía con la Naturaleza, reciprocidad, relacionalidad, complementariedad y solidaridad entre individuos y comunidades” (Acosta, 2016, p.33).

En el texto constitucional ecuatoriano el concepto de Buen Vivir se traduce en el significado de ser, estar, hacer, sentir, vivir bien, vivir al máximo, y no sólo en el significado de tener o poseer. Aquí “sumak kawsay” significa: satisfacer necesidades, tener una vida digna y de calidad, así como una muerte, poder amar y ser amado, un florecimiento de todos en armonía y paz con la naturaleza, tener tiempo libre para contemplar y emancipar. uno mismo (Acosta, 2016).

En el caso de Bolivia, el texto constitucional contiene en su preámbulo la declaración de que el Estado está sujeto al mandato de los distintos pueblos que lo integran, unidos por la fuerza de la Pachamama, de carácter sagrado. Y así, en otra experiencia, la mayor expresión del Buen Vivir en el contexto boliviano se dio por la vía infraconstitucional, a través de la Ley N° 300 del 15 de octubre de 2012, Ley Marco de la Madre Tierra y el Desarrollo Integral para el Vivir Bien. reafirmando los derechos de la Madre Tierra, entendida como sujeto colectivo, insertó la necesidad de que el progreso se base en la idea de la cosmovisión intrínseca al Buen Vivir, entendida como “Vivir Bien entre nosotros, Vivir Bien con lo que nos rodea y Vivir Bien con lo que nos rodea y Vivir Bien entre nosotros”. Bien con nosotros mismos” (Wolkmer, 2017, p.249-250).

Sin embargo, a pesar de que los textos normativos de Ecuador y Bolivia son referentes para la positivización jurídica de nuevas perspectivas surgidas del Derecho Ecológico, no puede eclipsarse que también se han construido nuevos paradigmas a partir de la judicialización del tema. Y, en ese panorama, se destacan las experiencias derivadas de los casos: Rio Vilcabamba (2010), Rio Atrato (2016), Floresta “Los Cedros” (2018) y Lagoa da Conceição (2021), cuyo análisis permite extraer las florecimiento de nuevos horizontes.

El río Vilcabamba ha sido considerado el caso principal para el reconocimiento de la ecologización del Derecho a través de la jurisprudencia. En su momento, la degradación ambiental promovida por la ampliación de la vía Vilcabamba-Quinara, en Ecuador, realizada por el Gobierno Provincial de la región sin la correspondiente licencia ambiental, dio lugar a denuncias de violación de los Derechos de la Naturaleza. En la acción legal se argumentó que la conducta realizada con la celebración de la Pachamama era incompatible como una nueva forma de convivencia en armonía con la Naturaleza (Maliska & Moreira, 2017).

Finalmente, los jueces de la Corte ecuatoriana confirmaron la denuncia formulada en la petición inicial, entre otras, bajo el argumento de que “la acción de protección era la única forma idónea y eficaz para proteger los derechos de la Naturaleza” y la ampliación de la mencionada vía podría sólo ocurrir en cumplimiento de esta concepción (Maliska & Moreira, 2017, p.168).

El río Atrato se encuentra en Colombia y es el tercer río más navegable de ese país, con una longitud de setecientos cincuenta kilómetros. Sin embargo, además de su potencial hídrico, alberga diversidad natural, étnica y cultural a lo largo de su recorrido, albergando varios parques nacionales y comunidades tradicionales. Y, en este caso, el conflicto surgido por la omisión del Poder Público respecto de la degradación promovida por una empresa contra Rio (Câmara & Fernandes, 2018)

Aquí la jurisprudencia proveniente de la Corte Constitucional colombiana reconoció al río Atrato como Sujeto de Derechos. Cabe mencionar que, a diferencia del Ecuador, la Naturaleza no tiene esta cualidad, de manera expresa, en el texto constitucional colombiano. Sin embargo, sus notables avances provienen del reconocimiento de nuevos valores para la Naturaleza, que no son meramente económicos. Esto se debe a que, al hablar del valor biocultural de Río, la sentencia afirmaba la “necesidad de superar el paradigma antropocéntrico, en la medida en que discute el respeto a la Naturaleza a partir de una reflexión sobre el sentido de la existencia, del proceso evolutivo, del universo y el cosmos” (Câmara & Fernandes, 2018, p. 44-45).

Continuando, al abordar el caso “Los Cedros”, es importante mencionar que se trata de un área de Bosque y Vegetación Protectora ubicada en el Ecuador, integrada al ecosistema de “bosque tropical de baja montaña o bosque nuboso”. En este caso, la controversia surge a partir de la autorización del Ministerio de Minas del Ecuador para realizar la exploración de minerales metálicos en el “Río Magdalena 01” y “Río Magdalena 02” pertenecientes al Bosque. (Mascarello & Albuquerque, 2023, p.13-14).

En el caso en cuestión, la judicialización del tema no sólo trajo consigo la necesidad de reparar áreas degradadas, sino que también avanzó al establecer la obligación del citado Ministerio de consolidar un plan participativo para el manejo del Bosque, como respuesta a la necesidad de ampliar los horizontes necesarios para su protección efectiva, de manera plural (Mascarello & Albuquerque, 2023, p.14).

Y, al citar la provisión de protección jurídica a la Pachamama y la provisión del derecho a la reparación integral de la Naturaleza, la Corte, al reafirmar la vida humana como una de las especies que integran la Naturaleza, señala que la protección de los Derechos de la Naturaleza es “una observación trascendente y un compromiso histórico que [...], exige una nueva forma de convivencia

cívica, en diversidad y armonía con la naturaleza" (Mascarello & Albuquerque, 2023, p.13).

Al final, queda claro que la siembra realizada en suelos latinoamericanos llega a tierras brasileñas, a partir del caso de la Lagoa da Conceição, ubicada en el municipio de Florianópolis. Aquí, el conflicto en debate se origina por la contaminación de la Laguna, resultante del vertimiento de efluentes domésticos realizado a lo largo de los años y la ruptura de una Presa de Infiltración Evapo, en 2021. En este caso, la actuación de la Universidad Federal de Santa Catarina, como actividad vinculada a la práctica de extensión de la carrera de Derecho, resultó fructífera, dando lugar al reconocimiento de la innovadora tesis de La Naturaleza como Sujeto de Derechos Ecológicos (Albuquerque *et al*, 2023).

A pesar de que el ordenamiento jurídico brasileño sigue vinculado a la protección de la vida humana, en la petición inicial se argumentó que el mandato constitucional, cuando trata del deber del Poder Público de preservar y restaurar los procesos ecológicos esenciales de las especies y ecosistemas, permite para verificar que la Naturaleza posee derechos ecológicos (Justicia Federal, 2021). Sin embargo, el municipio de Florianópolis insertó esta condición en su Ley Orgánica Municipal, en los siguientes términos:

Art. 133. Corresponde al Municipio promover la diversidad y la armonía con la naturaleza y preservar, recuperar, restaurar y ampliar los procesos de los ecosistemas naturales, con el fin de proporcionar la resiliencia socioecológica de los ambientes urbanos y rurales, con la planificación y gestión de los recursos naturales. deben promover el manejo sustentable de los recursos de uso común y las prácticas agroecológicas, con el fin de garantizar la calidad de vida de las poblaciones humanas y no humanas, respetar los principios del buen vivir y otorgar a la naturaleza el título de derecho.

Párrafo único: El Poder Público promoverá políticas públicas e instrumentos de monitoreo ambiental para que la naturaleza adquiera título jurídico y sea considerada en los programas presupuestarios municipales y en los proyectos y acciones gubernamentales, y la toma de decisiones deberá estar sustentada en la Ciencia, los principios de uso y las prácticas de conservación de la naturaleza, observar las principio de precaución, y buscan involucrar a los poderes Legislativo y Judicial, al Estado y a la Unión, a los demás municipios de la Región Metropolitana con las organizaciones de la sociedad civil (Florianópolis, 2019)

Sin embargo, el potencial del caso en cuestión radica en el reconocimiento de la insuficiencia del Poder Público para atender la demanda, dando lugar a la necesidad de nuevas formas de gestión y protección de la Naturaleza en un régimen de cooperación y horizontalidad. Cabe señalar que en su momento, como se desprende de la petición inicial presentada, ya existían otras acciones en marcha encaminadas a reclamos punitivos o reparadores por los hechos dañinos ocurridos (Justiça Federal, 2021a).

En respuesta, el Magistrado confirmó la “evidente ineeficacia e ineeficacia de la gestión y gobernanza para la protección, control, seguimiento e inspección de la calidad ambiental de la Lagoa da Conceição” que, entre varios otros aspectos, se produjo debido a “la falta de cooperación y comunicación entre los diferentes actores”. También consideró “el fracaso del actual modelo de Gestión Ambiental” (Justiça Federal, 2021b).

En respuesta, afirmó que “la solución concreta y definitiva a la crisis ecológica y socioeconómica de Lagoa da Conceição vendrá de su tratamiento sistémico y no fragmentado, que sólo puede ocurrir con el funcionamiento orquestado de todos los actores involucrados” - entendiendo que culminó con la creación de la Cámara Judicial para la Protección de Lagoa da Conceição (Justiça Federal, 2021b).

El análisis de los entendimientos doctrinales alineados con la jurisprudencia surgida de los casos mencionados anteriormente, permite identificar que la ecologización del Derecho va más allá del simple reconocimiento de la Naturaleza como Sujeto de Derechos. Por otro lado, implica comprender los ciclos ecológicos y alinear la vida humana con ellos, en un panorama horizontal, permitiendo que surjan otras concepciones del desarrollo.

Sin embargo, implica el reconocimiento de otros valores inherentes al respeto de los ciclos ecológicos, que no son económicos y están basados en la utilidad humana. Esto no significa, por otra parte, que no se puedan contemplar los diferentes valores humanos de la Naturaleza, como se demuestra en el caso del río Atrato, a partir del reconocimiento de su valor biocultural. Y, en este ámbito, conscientes de estas otras potencialidades que surgen de las construcciones colectivas, la ecologización del derecho y de la justicia permea la necesidad de establecer otras culturas de gestión, horizontales, colectivas y democráticas

3 LA CONSTRUCCIÓN DEL RÉGIMEN JURÍDICO PARA EL ACCESO AL PATRIMONIO GENÉTICO BRASILEÑO Y LOS DESAFÍOS PARA LA ECOLOGIZACIÓN DEL DERECHO

Como se explicó anteriormente, el principal marco jurídico internacional para la protección jurídica de la biodiversidad es el Convenio sobre la Diversidad Biológica - CDB, elaborado como documento complementario a la Declaración de Río sobre el Desarrollo Sostenible. Y, en ese escenario, al tiempo que trajo compromisos que estructuran una propuesta de cooperación global, reafirmó la soberanía de los Estados Nacionales en la homologación interna de los compromisos asumidos. Entre ellos, está la necesidad de regular el régimen de acceso al patrimonio genético y a los conocimientos tradicionales asociados ubicados en sus territorios (Brasil, 2000).

En el contexto brasileño, el primer marco legal importante sobre el tema es anterior al propio CDB. Se trata de la Constitución Federal de 1988, que, al reconocer el derecho a un ambiente equilibrado de las generaciones presentes y futuras, esbozó, en el inciso III del §1 del Art. 225, el deber del Poder Público “de preservar la diversidad y la integridad de las personas”. patrimonio genético del país y supervisar las entidades dedicadas a la investigación y manipulación del material genético” (Brasil, 1988).

Sin embargo, conscientes de que la diversidad biológica debe ser considerada tanto en el ámbito ambiental como en el social, hay que tener presente la necesidad de abordar la cuestión del patrimonio genético y los conocimientos sociales asociados desde la perspectiva de la unidad axiológica de la Constitución. Y, si por un lado la preservación de los recursos genéticos es fundamental para mantener el medio ambiente en su estado de equilibrio ecológico, ésta debe realizarse en línea con la búsqueda de la construcción de una sociedad justa, respetando las diferentes formas de hacer, vivir y crear - mandamientos extraídos de los artículos 3, inciso I y 216, inciso II, del texto constitucional (Brasil, 1988).

Al ingresar al ámbito infraconstitucional, el tema del acceso a los recursos genéticos de la biodiversidad fue regulado en dos momentos diferentes. Inicialmente, mediante la Medida Provisional núm. 2.186-15 del 23 de agosto de 2001 y, posteriormente, por la Ley Federal no. 13.123/2015. Sin embargo, además de los cambios normativos resultantes de esta transición, la invitación aquí radica en el análisis del proceso de construcción y negociación que estructuró el régimen jurídico actual.

En el ámbito de la Medida Provisional se preveía la estructuración de un régimen basado en la centralización de competencias, a través de normas de mando y control, de las competencias en la Unión y, por tanto, todo acceso a los recursos genéticos y conocimientos tradicionales asociados - aquí sólo existe cuando se identifica

potencial de explotación económica - debe ser precedido por la autorización y la firma de un contrato previo de participación en los beneficios (Brasil, 2001).

Estos procedimientos previos generaron críticas a sus procedimientos, propagando que la “burocracia intensificada” era un obstáculo para la investigación, el desarrollo tecnológico y la bioprospección. Asimismo, se cuestionó su efectividad real, ya que los montos recaudados en multas impuestas se superponían con la distribución de los beneficios recaudados (14bis, 2021). Es en este escenario que el Proyecto de Ley no. 7.735/2014, cuyo objetivo es actualizar el régimen de acceso y participación en los beneficios derivados de la biodiversidad brasileña (Brasil, 2014).

A pesar de la búsqueda de la construcción de nuevos procedimientos, PL n. 7.735/2014 no propuso la revocación de la Medida Provisional. Por otro lado, mantuvo su validez, sin embargo, aplicable sólo a los accesos realizados para actividades alimentarias, agrícolas y ganaderas (Brasil, 2014).

En general, los 53 artículos presentados buscaron una perspectiva diferente sobre el tema, distinta a la de la Medida Provisional. Esta nueva mirada se basó en cambiar los conceptos centrales entre las normas, además de los instrumentos y procedimientos contenidos en ambas. Es decir, el acceso al patrimonio genético y a los conocimientos tradicionales asociados para todos los fines estaría cubierto por regulaciones, y en el ámbito procesal la autorización pasaría a ser una excepción, al surgir otro sesgo auto declaratorio por la estructuración de la idea de “registro de acceso” (Brasil, 2014).

Se puede decir que la propuesta traía consigo la expectativa de resolver las debilidades identificadas en la Medida Provisional. Sin embargo, si por un lado se creara la inserción de nuevos instrumentos de distribución de beneficios -como el Fondo Nacional de Distribución de Beneficios y la firma de un Acuerdo de Distribución de Beneficios

directamente con las comunidades-, al mismo tiempo que se respetaba el derecho de los pueblos tradicionales y comunidades a participar en la toma de decisiones sobre sus conocimientos (Brasil, 2014), en sus artículos se propusieron contradicciones manifiestas. Entre estos destacan: a) la idea de “conocimientos tradicionales asociados de origen no identificable”; b) la definición de un porcentaje del 1% de los ingresos netos anuales obtenidos como regla de participación en los beneficios, que puede reducirse hasta el 0,1%; c) amnistía por infracciones cometidas bajo el antiguo marco regulatorio (Brasil, 2014).

Las antinomias se agravan cuando se constata que, contrariamente al Convenio sobre la Diversidad Biológica³ y al Convenio 169 de la OIT⁴, la propuesta fue construida y registrada sin Consulta Informada Previa a los poseedores de conocimientos tradicionales asociados (BRASIL, 2014). Al vislumbrar tal vulneración de derechos, el Ministerio Público Federal, a través de Nota Técnica, advirtió sobre el intento en un “acto normativo único, de limitar los derechos de los pueblos indígenas y tradicionales sin su participación” advirtiendo que “varias otras pueden surgir de esta violación, resultantes de la aplicación de una futura ley posiblemente inválida e ilegítima” (Brasil, 2014).

Además de repudiar los puntos sensibles de la legislación antes mencionada, llamó la atención sobre la exención del cumplimiento de la legislación para las actividades agrícolas, ganaderas y alimentarias. Manifestó que se trata “evidentemente de una opción

³ Artículo 8 Conservación in situ

Cada Parte Contratante deberá, en la medida de lo posible y según corresponda:

j) De conformidad con su legislación nacional, respetar, preservar y mantener los conocimientos, innovaciones y prácticas de las comunidades locales y poblaciones indígenas con estilos de vida tradicionales relevantes para la conservación y el uso sostenible de la diversidad biológica y fomentar su aplicación más amplia con la aprobación y la participación de poseedores de estos conocimientos, innovaciones y prácticas; y fomentar la distribución equitativa de los beneficios derivados del uso de estos conocimientos, innovaciones y prácticas (BRASIL, 2000).

⁴ Artículo 6

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) consultar a los pueblos interesados, a través de procedimientos adecuados y, particularmente, a través de sus instituciones representativas, siempre que se prevean medidas legislativas o administrativas que puedan afectarlos directamente (BRASIL, 2019);

política encaminada a favorecer al sector económico agroindustrial” que va en contra de la necesidad de “proteger los conocimientos tradicionales que están internalizados en el patrimonio genético de las llamadas semillas criollas”. Cabe mencionar que hasta el momento la definición de lo que se considerarían semillas nativas era inexistente. Concluyó, por tanto, que la aprobación de la propuesta “tal como está, debe ser considerada un retroceso en la garantía de los derechos” (Brasil, 2014).

A partir de ese momento comenzaron las disputas narrativas, con la presentación de 166 enmiendas parlamentarias. Si bien un primer análisis cuantitativo permite ver la presentación de tres nuevos proyectos de ley basados en estos, al acercarse al campo de visión, se advierte que en esta “primera ronda” de propuestas, el debate se centró en el intento de (des)regular de estándares aplicables al acceso al patrimonio genético para actividades agrícolas y ganaderas (Brasil, 2014).

En este escenario, al mismo tiempo que se buscaba la derogación total de la Medida Provisional -que sólo regularía el acceso al sector agroindustrial-, también se buscaba insertar dispositivos que eximieran al sector del cumplimiento de las normas derivadas de la Factura en proceso. En este mismo escenario, la disputa se extendió a la regulación del régimen de distribución de beneficios y su aplicación, o no, a estas actividades (Brasil, 2014).

En este momento, las semillas criollas y la necesidad de regular los derechos de los agricultores tradicionales también son parte del debate público, en los siguientes términos:

[...] variedad tradicional, local o criolla: originaria de una especie nativa o exótica de Brasil, compuesta por un grupo de plantas dentro de un taxón en el nivel más bajo conocido, con diversidad genética desarrollada o adaptada por agricultores tradicionales, mediante el uso del conocimiento tradicional,

incluida la selección natural combinada con la selección humana en el entorno local, que no es producto de una mejora impulsada por el sistema formal o científico.

[...] agricultor tradicional: persona natural, incluidos aquellos provenientes de pueblos indígenas, comunidades tradicionales o agricultores familiares que practican la agricultura tradicional, utilizan variedades tradicionales, locales o criollas o razas localmente adaptadas o criollas y mantienen y conservan la diversidad genética (Brasil, 2014).

Por lo tanto, existe un sesgo diferente al establecido por la Ley de Agricultura Familiar (Brasil, 2006), caracterizando erróneamente el análisis sobre la propiedad y la fuerza de trabajo existentes en el escenario en cuestión. En términos prácticos, la posesión de semillas nativas y su siembra se convierten en elementos calificativos. Sin embargo, forma parte de la propuesta de que el acceso a las variedades criollas es un conocimiento tradicional de origen no identificable. Es decir, uno en el que el acceso no dependa del consentimiento informado previo (Brasil, 2014).

En contra del debate general estaba el intento de calificar a los pueblos y comunidades tradicionales no sólo como proveedores, sino también como poseedores de este conocimiento. Sin embargo, el objetivo era prohibir el acceso al patrimonio genético a prácticas nocivas para el medio ambiente y que pusieran en riesgo la reproducción física y cultural de los pueblos indígenas y comunidades tradicionales. No fueron considerados (Brasil, 2014).

Se consolida la propuesta, se consensua la revocación del MP y, luego de la deliberación del pleno, luego de la redacción de las enmiendas, se consolida el texto en un sustituto, que, según el dictamen de la Cámara de Diputados “fue ampliamente discutido con instituciones que representan al sector privado, especialmente a la agricultura y la industria” (Brasil, 2014).

En el Senado Federal, la propuesta retoma su tramitación con carácter de urgencia, con la presentación de otras 23 (veintitrés) enmiendas, entre las cuales, la definición del concepto jurídico de agricultor tradicional vuelve a ser un objetivo, ahora para la inclusión de agricultores familiares en el ámbito de la definición antes mencionada (Brasil, 2014).

Una vez alcanzado el consenso, la propuesta es aprobada y enviada al presidente de la república para que la autógrafo. En este momento, denunciando, una vez más, la falta de participación en este proceso de construcción del marco regulatorio, los poseedores de conocimientos tradicionales asociados solicitan un veto a la legislación (Terra de direitos, 2015). En la carta firmada por 142 asociaciones, además de señalar el retroceso en la creación del término agricultor tradicional, contrario a la definición de agricultor familiar, se llama la atención sobre el §3 del artículo 9, que preveía el acceso al patrimonio genético de los criollos. variedad como conocimiento no identificable.

Específicamente, esta disposición crea una especie de no derecho, porque establece que todos y cada uno de los conocimientos tradicionales relacionados con el patrimonio genético de las variedades locales tradicionales, criollas o razas localmente adaptadas o criollas para actividades agrícolas contienen conocimientos tradicionales, pero también establece que esto, siempre será de origen no identificable. Este párrafo merece ser vetado por inconstitucionalidad ya que viola directamente los artículos 215, §1 y 216 de la Constitución Federal, al ignorar que varios pueblos indígenas, comunidades quilombolas y otras poblaciones, que realizan actividades agrícolas, se desarrollan de manera permanente y a lo largo de generaciones. , diferentes formas de crear y hacer relacionadas con el patrimonio genético agrícola. Por lo tanto, en la práctica, y en la mayoría de los casos, es posible identificar el origen de los conocimientos

tradicionales asociados a la agrobiodiversidad (Terra de direitos, 2015).

No fueron escuchados. Es de este panorama que surge la Ley Federal 13.123/2015, reafirmando la Injusticia Ambiental⁵ en el campo brasileño.

Analizar el proceso de construcción del régimen jurídico para el acceso al patrimonio genético brasileño, después de analizar las lagunas existentes en el Derecho Ambiental y los nuevos enfoques surgidos del Derecho Ecológico, es un llamado a la reflexión sobre las dificultades para pensar la ecologización del Derecho en Brasil. tierras. Esto se debe a que una ecologización efectiva del Derecho implica la ecologización del Estado.

Contrariamente a la concepción horizontal del respeto a la diversidad, ya sea biológica o social, la construcción de la Ley federal núm. 13.123/2015, al no considerar sesgos diferentes a aquellos que ven a la Naturaleza como un recurso natural comercial, demuestra que en los suelos brasileños, además de los monocultivos productivos, están arraigados los monocultivos epistemológicos (Shiva, 2003).

No se puede olvidar que la ocupación del territorio brasileño comenzó, desde la perspectiva de la colonización y la organización del extractivismo agrícola, en sistemas de plantaciones. Asimismo, no se puede ignorar el entrelazamiento de la actividad estatal con la actividad agroindustrial como un hecho histórico (Furtado, 2007; Prado Junior, 1972). Y las cicatrices heredadas de este análisis material aún son evidentes, ya que la colonialidad del poder aún se perpetúa (Quijano, 2005).

Como resultado del entrelazamiento del sistema de conocimiento con el sistema de poder, los monocultivos de la mente, que se niegan a pensar en nuevos valores para la Naturaleza y nuevas rationalidades en su uso, se transfieren al suelo.

⁵ Asignación no equitativa de daños ambientales y sociales a grupos en situaciones vulnerables, incluida la vulnerabilidad política (Acselrad *et al.*, 2009)

Consideraciones Finales

Analizar la protección jurídica de la conservación de la biodiversidad permite concluir que el tema es transversal, en cuanto que es fundamental no sólo para el mantenimiento de los ciclos ecológicos de la Tierra, sino también para la garantía de los derechos humanos fundamentales, lo que requiere una especial atención del Derecho. para el tema.

Dadas las inconsistencias existentes en el Derecho Ambiental tradicional, son necesarias reinterpretaciones que busquen romper efectivamente el círculo vicioso de degradación y modernización ecológica. Sin embargo, tal ruptura sólo será posible mediante la erosión de los monocultivos epistemológicos y el surgimiento de un nuevo sesgo, como es la propuesta de Ley Ecológica

Ecologizar el Estado, el Derecho y la Justicia va más allá del simple reconocimiento de la Naturaleza como Sujeto de Derechos. Esto se debe a que su propuesta no es la creación de nuevas jerarquías, sino nuevas horizontalidades, basadas en el reconocimiento de la especie humana como parte conectada de una red biológica, social y plural -lo que permite cuestionar el curso actual de la vida-. desarrollo.

Reconocer esta necesidad es un vínculo fundamental con la creación de regímenes jurídicos legítimos, democráticos y eficaces. El régimen jurídico brasileño de acceso al patrimonio genético y al conocimiento tradicional asociado, además de sus lagunas, representa que el pasado colonial no es tan lejano, como la Colonialidad del Poder -entendida como un patrón de poder que utiliza la retórica de la modernidad para propagar una única visión del mundo posible- permanece.

Ante esto, el análisis de las normas de protección jurídica de la diversidad biológica contenida en el patrimonio genético de las semillas nativas ilustra que su conservación efectiva, así como la

biodiversidad en su conjunto, no ocurrirá, de hecho, si la diversidad es no sólo biológica, sino igualmente social.

Referências

- Acosta, A. (2016). *O bem viver: Uma oportunidade para imaginar outros mundos* (T. Breda, Trad.). Autonomia Literária, Elefante.
- Acselrad, H., Mello, C. C. A., & Bezerra, G. N. (2009). *O que é justiça ambiental?* Editora Garamond.
- Albuquerque, L., et al. (2022). Conflitos ambientais e direito ecológico no Brasil. *Seminário de Extensão Universitária da Região Sul – SEURS*.
- Antunes, P. B. (2002). *Dano ambiental: Uma abordagem conceitual*. Lumen Juris.
- Ayala, P. A., & Mendes, V. L. G. (2022). Da sustentabilidade forte aos direitos da natureza: Transformando os sistemas de direito em benefício da natureza. *Revista de Direito Ambiental*, 105, 131–162.
- Brasil. (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm
- Brasil. (2000). *Convenção da diversidade biológica*. <https://www.gov.br/mma/pt-br/textoconvenoportugus.pdf>
- Brasil. (2001). *Medida Provisória nº 2.186-16 de 23 de agosto de 2001*. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/mpv/2186-16.htm
- Brasil. (2014). *Tramitação do Projeto de Lei nº 7.735/2014*. Câmara dos Deputados. <https://www.camara.leg.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=619150>

Brasil. (2015). *Lei nº 13.123 de 20 de maio de 2015*. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2015/lei/l13123.htm

Brasil. (2019). *Decreto nº 10.088 de 5 de novembro de 2019*. http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_Ato2019-2022/2019/Decreto/D10088.htm#art5

Câmara, A. S., & Fernandes, M. M. (2018). O reconhecimento jurídico do Rio Atrato como sujeito de direitos: Reflexões sobre a mudança de paradigma nas relações entre o ser humano e a natureza. *Revista de Estudos e Pesquisas sobre as Américas*, 12(1).

Derani, C., & Pinheiro, G. (2020). Direito ambiental e direito ecológico – Uma escolha ideológica. <https://www.researchgate.net/publication/366809845>

Florianópolis. (2019). *Emenda à Lei Orgânica Municipal n. 47*. <https://leis-municipais.com.br/a/sc/f/florianopolis/emenda-a-lei-organica/2019/4/47/emenda-a-lei-organica-n-47-2019>

Furtado, C. (2007). *Formação econômica do Brasil* (34^a ed.). Companhia das Letras.

Gonçalves, D. D., & Tárrega, M. C. V. B. (2018). Giro ecocrrega, M. C. V. B. (2018). Giro ecoc\uoocentrico: Do direito ambiental ao direito ecológico. *Revista Direito Ambiental e Sociedade*, 8(1), 138–157.

Justiça Federal. (2021a). *Ação Civil Pública, com pedido liminar*. Autos n. 5004793-41.2021.4.04.7200.

Justiça Federal. (2021b). *Decisão*. Autos n. 5004793-41.2021.4.04.7200.

Leite, J. R. M., et al. (2017). Estado de direito ecológico para a natureza: Fundamentos e conceitos. In F. F. Dinnibier (Org.), *Estado de Direito Ecológico: Conceito, conteúdo e novas dimensões para a proteção da natureza*. Instituto O Direito por um Planeta Verde.

Machado, P. A. L. (2012). *Direito ambiental brasileiro*. Malheiros.

Machiado, J. (2009). *Derecho ecológico*. USFX.

Maliska, M. A., & Moreira, P. D. (2017). O caso Vilcabamba e El Buen Vivir na Constituição do Equador de 2008: Pluralismo jurídico e um novo paradigma ecocêntrico e um novo paradigma ecocêntrico. *Sequência* (Florianópolis), 149–176.

Marés, C. (2017). De como a natureza foi expulsa da modernidade. *Revista de Direitos Difusos*, 68(2), 15–40.

Mascarello, M., & Albuquerque, L. (2023). Direitos da natureza na jurisprudência equatoriana: Caso Los Cedros, a floresta como sujeito de direitos. *Revista Brasileira de Direito Animal*, 18(1).

Mascaro, A. L. (2018). *Filosofia do direito* (6ª ed.). Atlas.

Mascaro, A. L. (2019). *Introdução ao estudo do direito*. Atlas.

ONU. (1972). *Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment*. <https://legal.un.org/avl/ha/dunche/dunche.html>

ONU. (1987). *Report of the World Commission on Environment and Development: Our common future*. <https://sustainabledevelopment.un.org/content/documents/5987our-common-future.pdf>

ONU. (1992). *Rio Declaration on Environment and Development*. https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/CONF.151/26/Rev.1%28Vol.I%29

Prado Júnior, C. (1972). *História e desenvolvimento: A contribuição da historiografia para a teoria e prática do desenvolvimento brasileiro*. Brasiliense.

Quijano, A. (2005). Colonialidade do poder, eurocentrismo e América Latina. In E. Lander (Org.), *A colonialidade do saber: Eurocentrismo e ciências sociais. Perspectivas latino-americanas*. CLACSO.

Sarlet, I. W., & Fensterseifer, T. (2021). *Curso de direito ambiental* (2^a ed.). Forense.

Silva, A. C. A. B. (2015). Reflexões acerca do ambientalismo: As conferências oficiais da ONU no Brasil. In C. F. B. Loureiro et al. (Orgs.), *Pensamento ambientalista numa sociedade em crise*. NUPEM/UFRJ.

Piga, T. R., & Mansano, S. R. V. (2015). Sustentabilidade ambiental e história: Uma análise crítica. *Perspectivas Contemporâneas*, 10(2), 174–195.

Varella, M. D. (2003). *Direito internacional econômico ambiental*. Del Rey.

Veiga, J. E. (2005). *Desenvolvimento sustentável: O desafio do século XXI*. <https://repositorio.usp.br/item/001430891>

Wolkmer, A. C., et al. (2017). Direito da natureza: Para um paradigma político-constitucional desde a América Latina. In F. F. Dinnibier & J. R. M. Leite (Orgs.), *Estado de Direito Ecológico: Conceito, conteúdo e novas dimensões para a proteção da natureza*. Instituto O Direito por um Planeta Verde.

Capítulo 4

Ciudadanía y consumo selectivo basado en derechos humanos y la función social de empresas en una sociedad cosmopolita

Carlos A. Rodríguez Martínez

Marlene Kempfer

Philippe A. Azedo Monteiro

Introducción

La construcción de una sociedad cosmopolita frente a la globalización y la multiplicidad de actores en el sistema internacional es un desafío complejo y exigente. Depende del compromiso activo de tres pilares fundamentales: los Estados, los actores del mercado y la sociedad civil. En este texto, exploraremos cómo estos tres elementos interactúan y cómo pueden contribuir a la formación de una sociedad global más justa e inclusiva.

La globalización, caracterizada por la intensificación de las relaciones económicas, culturales y políticas entre países, ha traído

consigo una serie de desafíos y oportunidades. Uno de los principales desafíos es la garantía de los derechos humanos en un contexto donde el poder y la influencia se dispersan entre varias entidades. La Organización de las Naciones Unidas (ONU) juega un papel crucial en la promoción y protección de los derechos humanos a escala global, estableciendo paradigmas y normas que deben ser seguidos por todos los actores internacionales.

Los avances tecnológicos en la comunicación social y la información sobre conductas que irrespetan los paradigmas de los derechos humanos se han vuelto accesibles a un público global y de mayor alcance. Esto significa que las acciones de empresas, gobiernos y otras entidades están bajo escrutinio constante. Este acceso a la información es una herramienta poderosa para la sociedad civil, ya que permite que los ciudadanos estén conscientes de las acciones que afectan derechos fundamentales.

Sin embargo, la mera disponibilidad de la información no es suficiente para garantizar la protección de los derechos humanos. Aquí es donde entra el papel fundamental del Estado, el poseedor del monopolio del uso legítimo de la fuerza, que debe desempeñar el papel de fuente confiable para consulta sobre conductas empresariales. Esto puede ser realizado mediante registros públicos que proporcionen información clara y precisa sobre las actividades de las empresas, sus prácticas de negocio y su historial en relación con los derechos humanos.

Este enfoque refleja el pensamiento republicano, que pone énfasis en el principio de transparencia como piedra angular de la gobernanza. Cuando los ciudadanos tienen acceso a información transparente sobre las acciones de las empresas, pueden tomar decisiones informadas sobre con qué empresas hacer negocios y cuáles apoyar.

Tales argumentos parten de la premisa de que las empresas privadas o públicas actúan en un espacio público, el mercado, y tienen un deber constitucional, entre otros, de asegurar que la propiedad empresarial cumpla su función social. Esto implica que las empresas no solo deben buscar beneficios, sino también considerar el impacto de sus actividades en la sociedad y el medio ambiente. El Estado juega un papel crucial en la regulación y supervisión de estos deberes ético-jurídicos de las empresas.

Sin embargo, no siempre los Estados cumplen de manera eficiente estos deberes. A veces, intereses políticos, económicos u otras consideraciones pueden llevar a una falta de supervisión adecuada. Es en este punto donde la sociedad civil desempeña un papel crítico.

La participación activa de la sociedad civil en la condición de consumidores de productos y servicios es esencial. La actual sociedad, desde el aspecto económico, está impulsada por el consumo. Por lo tanto, los consumidores tienen un poder significativo para influir en el comportamiento de las empresas. La contribución de los ciudadanos conscientes está en el consumo selectivo, que tiene en cuenta el cumplimiento, por parte de la empresa, de los deberes ético-jurídicos positivados.

En otras palabras, los consumidores pueden elegir apoyar a empresas que demuestren un compromiso real con los derechos humanos, la justicia social y la sostenibilidad. Esto crea un incentivo económico para que las empresas actúen de manera ética y responsable. Además de elegir empresas alineadas con estos valores, los consumidores conscientes también pueden ser defensores activos de estas posiciones.

El compromiso a través de las tecnologías de comunicación, como plataformas en línea y redes sociales, es una herramienta poderosa para sensibilizar a nuevos consumidores sobre la actuación de las empresas respecto al respeto por los derechos humanos. Compartir

información, promover boicots éticos y presionar por cambios a través de campañas en línea son estrategias efectivas que la sociedad civil puede emplear para promover una mayor responsabilidad corporativa. Esto crea un camino para un diálogo constructivo entre el Estado, el mercado y los consumidores conscientes.

El Estado debe estar dispuesto a escuchar las preocupaciones de la sociedad civil y, cuando sea necesario, actuar para garantizar el cumplimiento de los deberes ético-jurídicos de las empresas. El mercado, a su vez, debe reconocer que la ética empresarial no es solo una cuestión de relaciones públicas, sino una parte fundamental de su responsabilidad hacia la sociedad.

En última instancia, el objetivo es avanzar hacia una sociedad más justa e inclusiva. Esto implica no solo la protección de los derechos humanos, sino también la promoción de valores como igualdad, dignidad y solidaridad. El compromiso activo de los Estados, los actores del mercado y la sociedad civil es esencial para alcanzar ese objetivo.

La participación de la sociedad civil como consumidores conscientes es una manifestación concreta de la ciudadanía activa. Esto no solo influencia el comportamiento de las empresas, sino que también fortalece la democracia, pues coloca el poder en manos de los ciudadanos. A medida que los consumidores conscientes se unen para promover cambios positivos, demuestran que la sociedad tiene el poder de moldear el curso de los acontecimientos y de crear un mundo más justo e inclusivo para todos.

La construcción de una sociedad cosmopolita frente a la globalización y la multiplicidad de actores en el sistema internacional depende del compromiso activo de los Estados, los actores del mercado y la sociedad civil. La información desempeña un papel central, y el Estado debe ser una fuente confiable de información sobre conductas empresariales. Los consumidores conscientes

tienden un papel crucial que desempeñar, eligiendo apoyar empresas éticas y defendiendo los derechos humanos. Este es el camino para un diálogo constructivo entre todos los actores en busca de una sociedad más justa, inclusiva y comprometida con los valores fundamentales de los derechos humanos.

1 LA SOCIEDAD COSMOPOLITA Y SUS ASPECTOS POLÍTICO Y MORAL

La concepción de una ciudadanía que trasciende las fronteras nacionales refleja un ideal de inclusión universal y responsabilidad mutua entre todos los seres humanos. Una sociedad cosmopolita se configura a partir del reconocimiento de que somos una comunidad de seres humanos, en cualquier parte del territorio de este planeta y, en esta condición, todos merecen respeto y consideración.

Immanuel Kant (1795/2020), en “La paz perpetua”, generó un punto de inflexión en el pensamiento filosófico sobre la política global y la ética internacional, al establecer una relación intrínseca entre la estructura jurídico-política de un Estado y su comportamiento respecto a otros Estados, confiriendo a esta exigencia de orden interno una consecuencia en el ámbito externo. Kant considera al individuo como miembro de una sociedad de dimensión mundial. Para él, los Estados deben constituir un Estado de pueblos. (Nour, 2003)

Hannah Arendt (1951/2013), en “Orígenes del totalitarismo”, expone cómo la desintegración de los estados-nación y la subsiguiente aparición de masas de apátridas revelaron las limitaciones de la concepción entonces vigente de derechos humanos. Abordó el cosmopolitismo en términos de derechos humanos universales, y la necesidad de protección legal para individuos, independientemente de su ciudadanía nacional.

Jürgen Habermas (2002), en “Inclusión del otro”, de 1996, expandió la discusión sobre el cosmopolitismo al proponer la idea de esfera

pública global y la necesidad de una democracia cosmopolita, enfatizando la comunicación racional y el discurso ético como medios para alcanzar entendimiento global.

El concepto de ciudadanía cosmopolita, con el paso del tiempo, evolucionó de una idea filosófica abstracta a un principio orientador para enfrentar los desafíos globales contemporáneos. El debate sobre ciudadanía cosmopolita posee significativa relevancia para cuestiones de derechos humanos, justicia global y gobernanza internacional, reflejando un continuo diálogo entre el ideal de una comunidad mundial inclusiva y las realidades políticas y sociales de un mundo dividido en estados-nación. Para el cosmopolitismo es preciso el fortalecimiento de una normatividad internacional, una normatividad común.

Ulrich Beck (1944/1999), en “Qué es la globalización”, contribuyó al debate sobre el cosmopolitismo con su análisis de la sociedad de riesgo global, argumentando que los desafíos transnacionales, como los cambios climáticos, exigen respuestas cosmopolitas que trasciendan las fronteras nacionales.

La globalización, caracterizada por la intensificación de las relaciones económicas, culturales y políticas entre países, ha traído consigo una serie de desafíos y oportunidades. Uno de los principales desafíos es la garantía de derechos humanos en un contexto en que el poder y la influencia se dispersan entre diversas entidades. La Organización de las Naciones Unidas (ONU) desempeña un papel crucial en la promoción y protección de los derechos humanos a escala global, estableciendo paradigmas y normas que deben ser seguidos por todos los actores internacionales. La Declaración Universal de los Derechos Humanos, de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) (Unicef, 1948), es el punto de convergencia al tratar de los derechos humanos.

Las instituciones internacionales, como las Naciones Unidas y la Organización Mundial del Comercio, tienen un papel crucial en la promoción de los valores cosmopolitas. Estas instituciones deben trabajar para garantizar que las políticas globales reflejen los principios de justicia social y equidad. Además, es fundamental que estas organizaciones operen con transparencia y responsabilidad, para que puedan ser percibidas como legítimas y eficaces en la promoción del bien común global.

De modo que, para que las empresas cumplan con su función social es fundamental la transparencia. En la misma línea, Amartya Sen (1999) argumenta que las empresas deben operar de manera transparente para que los trabajadores y la sociedad puedan monitorear sus prácticas laborales. La transparencia facilita la rendición de cuentas y ayuda a prevenir abusos, permitiendo que las partes interesadas tomen decisiones informadas sobre su relación con la empresa.

En análisis de lo antes desarrollado, se debe entender a la educación como una piedra angular para la formación de una sociedad cosmopolita. Según Martha Nussbaum (1997), una educación cosmopolita debe desarrollar en los estudiantes la capacidad de comprender y respetar las diversas culturas y valores. Además, se debe fomentar un sentido de responsabilidad global que trascienda los límites nacionales. Esto implica que las instituciones educativas deben no solo impartir conocimientos académicos, sino también inculcar valores de justicia social, equidad y respeto por los derechos humanos.

En realidad, las desigualdades e injusticias no se limitan a los Estados nacionales en el sentido soberano. Para tanto, la concepción de justicia debe avanzar para que se afirmen derechos y deberes éticos transfronterizos. El cosmopolitismo político se presenta tal vez como el camino para avanzar hasta que el cosmopolitismo moral se encuentre con la idea de una conciencia universal. Y por ello es que la globalización también ha expuesto a las empresas peruanas a nuevos riesgos, como la presión de grupos de interés

internacionales y la competencia en mercados extranjeros que demandan altos estándares de responsabilidad social. Para enfrentar estos desafíos, es crucial que las empresas adopten una visión más amplia de su papel en la sociedad, integrando la sostenibilidad y la responsabilidad social en su estrategia de negocio.

Aunque el cosmopolitismo propone la idea de que todos los seres humanos pertenecen a una única comunidad, basada en un sistema de valores o moral compartidos. Dentro del espectro del cosmopolitismo, hay vertientes que se destacan: como el cosmopolitismo político y el cosmopolitismo moral.

El cosmopolitismo político se centra en la aplicación de principios y valores cosmopolitas en la estructuración de instituciones políticas y jurídicas globales. Defiende la creación de normas, políticas y leyes que trasciendan las fronteras nacionales, buscando promover justicia, paz e igualdad a escala mundial. La gobernanza global o la creación de instituciones supranacionales son vistas como medios para alcanzar un bien común global.

David Held (1995) al tratar del cosmopolitismo político enfatiza la necesidad de reformular las instituciones políticas y jurídicas a la luz de los desafíos globales contemporáneos, tales como los cambios climáticos, la pobreza extrema, las pandemias y los conflictos internacionales. Argumenta que estos problemas trascienden las fronteras nacionales y, por lo tanto, no pueden ser eficazmente abordados solo dentro del marco de los Estados-nación.

El cosmopolitismo moral, por otro lado, enfatiza la igualdad moral y la preocupación universal por todos los seres humanos, independientemente de fronteras políticas o afiliaciones. Trata de promover una ética que reconoce la dignidad y los derechos de todos los individuos como miembros de la comunidad mundial. Se centra en la responsabilidad moral hacia los demás, basada en la premisa de que todos los seres humanos tienen valor igual.

El cosmopolitismo ético exige que los líderes políticos actúen con un sentido de responsabilidad global. Kwame Anthony Appiah (2006) sostiene que la ética cosmopolita debe guiar las decisiones políticas, asegurando que estas consideren a todos los seres humanos como dignos de igual consideración moral. Este enfoque requiere que las políticas públicas promuevan la equidad, reduzcan las desigualdades y fomenten la cooperación internacional.

Kwame Anthony Appiah (2015) propone un equilibrio entre la valorización de la diversidad cultural y la adhesión a principios éticos universales, argumentando que es posible y deseable cultivar una ciudadanía global sin suprimir las identidades locales.

El cosmopolitismo está latente en el reconocimiento de derechos a los refugiados, en la denuncia de crímenes contra la humanidad, en la necesidad de un derecho internacional, en los organismos internacionales y, sobre todo, en la solidaridad de una sociedad civil, capaz de traspasar todas las fronteras. Crear una ciudadanía cosmopolita es sobre todo tener una causa común. Por eso pertenecer por nacimiento a una etnia o a una nación es mucho menos importante que buscar con otros la realización de un proyecto. Esta tarea conjunta, libremente asumida es lo que crea lazos comunes, es lo que crea comunidad. (Cortina, 2005)

La condición humana, en cualquier lugar del planeta, en este contexto, es igual, son todos seres humanos, a pesar de las diferencias culturales. Desde la perspectiva de condición de ciudadano político en un contexto de cosmopolitismo político, mediante acciones políticas es importante la lucha por los derechos humanos. En una sociedad donde estas premisas puedan ser observadas, ellas son respetadas, ese es el camino hacia el modelo de sociedad cosmopolita. Una sociedad donde hay respeto al ser humano, a sus condiciones de vida y a los paradigmas de los derechos humanos.

2 DERECHOS HUMANOS DEL TRABAJO Y LA FUNCIÓN SOCIAL DE LA EMPRESA

La globalización, caracterizada por la intensificación de las relaciones económicas, culturales y políticas, ha traído consigo una serie de desafíos y oportunidades. Los avances tecnológicos han impactado la comunicación social, pero han servido para revelar información sobre conductas que desprecian los paradigmas de los derechos humanos, haciéndolas accesibles a un público global y de mayor alcance. Esto significa que las acciones de empresas, gobiernos y otras entidades están bajo constante escrutinio. Este acceso a la información es una herramienta poderosa para la sociedad civil, ya que permite que los ciudadanos estén conscientes de las acciones que afectan derechos fundamentales.

En el contexto de ampliar este concepto de una ciudadanía local a una global, se enfoca en la capacidad de la sociedad contemporánea de la información y del consumo, de enfrentar los paradigmas de los derechos humanos del trabajo, los derechos sociales del trabajo.

Sobre esto, la doctrina peruana, representada por César Landa Arroyo (2010), ha subrayado la importancia de proteger los derechos humanos en el ámbito laboral. Landa señala que, en el Perú, la protección de los derechos laborales debe estar alineada con los estándares internacionales, especialmente en lo que respecta a la erradicación del trabajo forzoso y la promoción de condiciones de trabajo dignas. Esto se refleja en la legislación peruana que busca garantizar el respeto de estos derechos fundamentales.

Organismos internacionales, como la Organización Internacional del Trabajo (OIT), tienen un papel significativo en establecer balizas y parámetros comunes, de modo a superponer casos en que la legislación interna de un Estado-nación pueda variar según la voluntad de determinada industria y eventuales intereses explotadores.

ratorios privados, contrarios a preceptos universales sobre lo que serían derechos humanos.

Hay un proceso de integración de redes de actores domésticos e internacionales, que son responsables por la formulación, implementación y control de políticas públicas o privadas, que acerca métodos de solución de problemas entre los diferentes países del globo. Este fenómeno ocurre en prácticamente todas las áreas de actuación del Estado y de empresas, como en los métodos de gestión administrativa, reducción de la pobreza, combate a la violencia, defensa sanitaria, protección ambiental, defensa de la competencia, entre tantos otros. Este ambiente comunicativo global compone una esfera pública global. (Varella, 2013)

Ante la multiplicidad de centros de poder en la economía globalizada, por un lado; rompiendo la congruencia entre Estado nacional, economía nacional y ciudadanía, y por otro, poniendo en jaque los principios básicos de la soberanía (como supremacía, indivisibilidad y unidad del Estado), el derecho positivo y las instituciones judiciales pasan a enfrentar enormes limitaciones estructurales. Por ejemplo, el papel del Estado y de la jurisdicción, concebidos para actuar dentro de límites territoriales precisos, con base en los instrumentos de violencia monopolizados, el derecho positivo y los órganos encargados de aplicarlo tienen su alcance limitado en la misma proporción en que las barreras geográficas van siendo superadas, tanto por la expansión de las tecnologías de información y producción, de las redes de comunicación y de los sistemas de transportes, como por la yuxtaposición e entrecruzamiento de nuevos centros de poder. Con ello, derechos sociales y derechos económicos asociados a la regulación de los mercados nacionales pierden eficacia a medida que la globalización altera las condiciones materiales de protección de sus detentores formales. (Faria, 2010)

En el ámbito de las organizaciones internacionales, la gobernanza consiste en una actualización de las formas de regulación jurídica a

las necesidades de un nuevo contexto social global. La gobernanza global se da con prácticas que no pueden ser debidamente resueltas en el ámbito exclusivo de los Estados, puesto que superan las fronteras nacionales y demandan una acción coordinada. La gobernanza global abre espacio para el involucramiento de agentes no estatales y no detentores de soberanía estatal que pueden actuar en cooperación con los Estados nacionales. (Tiveron; Villas Bôas Filho, 2021)

Las empresas que operan a nivel internacional deben adoptar y adherirse a las normas establecidas por la Organización Internacional del Trabajo (OIT). Esto incluye el respeto a los derechos fundamentales del trabajo, como la libertad de asociación y el derecho a la negociación colectiva. La adopción de estas normas no solo es una obligación legal, sino también una responsabilidad ética que contribuye al bienestar de los trabajadores a nivel global. Por ejemplo, la Declaración de la OIT sobre los Principios Fundamentales en el Trabajo (1998), que Brasil ya internalizó, establece como principios: la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva; la eliminación de todas las formas de trabajo forzado u obligatorio; la abolición efectiva del trabajo infantil; y la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

En una sociedad cosmopolita, para avanzar sobre parámetros que sean uniformes debemos establecer las condiciones mínimas y elevarlas a concepto de función social. Pero no una función social que se aplique sobre uno u otro ordenamiento, bajo pena de ineficacia global, por eso la relevancia de los organismos multilaterales, a fin de que, sea considerado cumplimiento de la función social empresarial, la observancia de tales reglas, independiente de que el agente esté situado en Brasil, en Argentina, en Alemania o en Estados Unidos, por eso, la importancia de adopción, como inicio, de, al menos, aquellos establecidos por la Organización Internacional del Trabajo, como condiciones mínimas.

En el Perú, el concepto de función social de la empresa no es nuevo, pero ha cobrado mayor relevancia en los últimos años, especialmente a la luz de los desafíos económicos y sociales que enfrenta el país. La Constitución Política del Perú, en su artículo 59, establece que el Estado debe promover la creación de riqueza y garantizar la libertad de empresa, pero siempre dentro de los límites que impone el bien común y el respeto a los derechos fundamentales. Esto implica que las empresas peruanas tienen la obligación de operar de manera que sus actividades beneficien a la sociedad en general, y no solo a sus accionistas.

Las empresas tienen un papel fundamental en la promoción de los derechos humanos laborales. De acuerdo con John Ruggie (2011), las empresas deben adoptar políticas que aseguren el respeto de los derechos laborales en todas sus operaciones, independientemente del país en el que operen. Esto implica la implementación de prácticas laborales justas, la prohibición del trabajo forzado y la garantía de condiciones de trabajo seguras y dignas.

La función social está directamente relacionada al cumplimiento de la legislación, en todos los niveles (municipal, estatal, nacional e internacional), y posee vinculación directa con el pacto democrático. El cumplimiento de los dispositivos normativos es lo mínimo esperado de cualquier organización o agente que opere en el mercado. Y en referencia a ello, se debe tener en cuenta que son las políticas públicas las que juegan un papel esencial en la protección de los derechos laborales. Los gobiernos deben establecer marcos legales sólidos que obliguen a las empresas a respetar los derechos humanos en el lugar de trabajo. Además, deben implementar mecanismos de vigilancia y sanción para asegurar que las empresas cumplan con estas obligaciones. La colaboración entre el sector público y privado es crucial para crear un entorno laboral justo y equitativo.

Desde el punto de vista jurídico, el concepto de empresa surgió condicionado al cumplimiento de una función social, al hacer

que la actividad empresarial atienda no solo al interés individual, sino también a intereses metaindividuales, actuando en pro de la colectividad. (Tomasevicius Filho, 2014)

La función social de la empresa constituye el poder-deber de los administradores de la empresa de armonizar las actividades de la organización, según los intereses de la sociedad, mediante la obediencia de los deberes positivos y negativos expresados en la ley. (Tomasevicius Filho, 2010)

La función social de la propiedad empresarial impone al gestor de la organización el deber de ejercicio de la propiedad en beneficio de la sociedad y no, solo, de no ejercerla en perjuicio de otros. Esta es la distinción entre propiedad estática y propiedad dinámica. Significa que la función social de la propiedad actúa como fuente de imposición de comportamientos positivos al detentor del poder que emana de la propiedad. (Grau, 2012)

Esta función social de la propiedad, como principio, ha sido ampliamente discutido en la doctrina peruana. Según Marcial Rubio Correa (1999), la propiedad no es un derecho absoluto, sino que está sujeta a limitaciones que buscan garantizar su contribución al bienestar social. Este principio está consagrado en la Constitución Política del Perú, que establece que toda propiedad debe cumplir una función social, lo que implica que su uso no puede ir en contra del interés común.

Encontrar un camino de eficacia, en una sociedad cosmopolita y de alto consumo, atraviesa los paradigmas internacionales para una concepción de función social de la propiedad empresarial ante la relevancia que el dominio económico tiene en la sociedad contemporánea.

Se propone la adopción de paradigmas internacionales, para que el concepto de función social empresarial sea construido a partir de referentes de una sociedad cosmopolita, pues, al reconocer ser una comunidad de humanos, a través de Derechos Fundamentales

reconocidos globalmente, se establecen condiciones mínimas de dignidad. Al hablar de una sociedad cosmopolita, se presupone aquella que avanza hacia parámetros y paradigmas más uniformes. Si utilizamos como referencia, por ejemplo, la ya mencionada Declaración de la OIT sobre los Principios Fundamentales en el Trabajo como paradigmas uniformes en el trabajo, es posible verificar que, las denuncias de casos de esclavitud moderna en los Estados Unidos, Europa y Brasil revelan que estamos lejos de ese ideal de sociedad cosmopolita.

3 EXPRESIÓN DE LA CIUDADANÍA A TRAVÉS DEL CONSUMO SELECTIVO

La sociedad actual, desde el aspecto económico, está impulsada por el consumo. Así, la participación activa de la sociedad civil en la condición de consumidores de productos y servicios es esencial. Los consumidores tienen un poder significativo para influir en el comportamiento de las empresas. Y la contribución de los ciudadanos conscientes se realiza a través del consumo selectivo, que toma en cuenta el cumplimiento, por parte de la empresa, de los deberes ético-jurídicos positivados.

Los consumidores pueden elegir apoyar empresas que demuestran un compromiso real con los derechos humanos, la justicia social y la sostenibilidad. Además de elegir empresas alineadas con estos valores, los consumidores también pueden ser defensores activos de estas posiciones. Esto crea un incentivo económico para que las empresas actúen de manera ética y responsable.

La sociedad en red global se caracteriza por la prevalencia de redes de comunicación tecnológicamente avanzadas que influencian todas las dimensiones de la vida humana. Estas redes transforman la manera en que nos comunicamos, trabajamos y vivimos, y tienen implicaciones profundas para las relaciones de poder y la organización

social. Las redes sociales en línea facilitan la rápida diseminación de información y la organización de movimientos sociales, lo que puede estar directamente relacionado con la capacidad de los consumidores conscientes de promover prácticas empresariales éticas y sostenibles. (Castells, 2022)

El compromiso a través de las tecnologías de comunicación, como plataformas en línea y redes sociales, es una herramienta poderosa para sensibilizar a nuevos consumidores sobre la actuación de las empresas en relación al respeto por los derechos humanos.

Según Francisco Eguiguren Praeli (2005), la responsabilidad social corporativa en el Perú ha evolucionado hacia una visión más amplia que incluye no solo el cumplimiento de la ley, sino también la adopción de prácticas que contribuyan al desarrollo sostenible y al respeto de los derechos humanos. Eguiguren argumenta que las empresas deben incorporar estos principios en su gestión diaria para ser consideradas verdaderamente responsables socialmente.

El consumo consciente tiene el potencial de transformar las prácticas empresariales. Juliet Schor (1998) sostiene que los consumidores que eligen productos éticos pueden presionar a las empresas para que adopten prácticas más sostenibles. Este tipo de consumo no solo beneficia a los trabajadores y al medio ambiente, sino que también promueve una mayor responsabilidad social corporativa.

Compartir información, promover boicots éticos y presionar por cambios a través de campañas en línea son estrategias efectivas que la sociedad civil puede emplear para promover una mayor responsabilidad corporativa. Esto crea un camino para un diálogo constructivo entre el Estado, el mercado y los consumidores conscientes.

Además de buscar el auxilio de las secretarías municipales del consumidor o de las asociaciones, consumidores combativos y conscientes han surgido a través de protestas y manifestaciones virtuales, cuando comparten información y experiencias de

acciones abusivas o que han perjudicado a un gran número de consumidores. (Cáceres, 2014)

Sin embargo, es necesario considerar también que, en la actualidad el consumo ético enfrenta varios desafíos. Naomi Klein (1999) destaca que la globalización ha complicado la trazabilidad de los productos, lo que dificulta a los consumidores tomar decisiones completamente informadas. La falta de transparencia en las cadenas de suministro significa que muchos consumidores desconocen si sus compras apoyan o no prácticas laborales justas.

La promoción del consumo ético no recae únicamente en los individuos; es una responsabilidad colectiva. John McGregor (2003) argumenta que los gobiernos, las empresas y las instituciones educativas deben colaborar para crear un entorno que facilite el consumo responsable. Esto incluye la implementación de políticas que promuevan la transparencia y la sostenibilidad en las cadenas de suministro globales haciendo uso de las nuevas tecnologías.

El activismo tradicional ha dado paso al net-activismo, una forma de participación social que trasciende las limitaciones físicas y geográficas, a través de las redes digitales que posibilitan un nuevo tipo de acción colectiva. El ambiente digital facilita la movilización para causas sociales y políticas. Las redes digitales tienen el potencial de democratizar la participación y dar voz a grupos marginados. La sinergia de los conjuntos de actantes pasa a modificar el desenlace de una acción mediante sus interacciones, a medida que se conectan y coactúan. (Di Felice, 2017)

El consumo responsable ha sido abordado desde la perspectiva del derecho peruano por Enrique Bernales Ballesteros (2007), quien sostiene que la ciudadanía no se limita al ejercicio de derechos políticos, sino que también se expresa a través de prácticas de consumo que promuevan la equidad y la sostenibilidad. Bernales

enfatiza la necesidad de un marco legal que promueva y regule el consumo ético como una manifestación de la ciudadanía activa.

Para la participación activa de la sociedad civil o ciudadanía activa, es fundamental la existencia de mecanismos que permitan el acceso a información sobre las empresas. Sin embargo, la mera disponibilidad de la información no es suficiente para garantizar la protección de los derechos humanos. El Estado, detentor del monopolio del uso legítimo de la fuerza, debe desempeñar el papel de fuente confiable para consultas sobre conductas empresariales. Esto puede realizarse mediante registros públicos que proporcionen información clara y precisa sobre las actividades de las empresas, sus prácticas de negocios y su historial en relación a los derechos humanos.

Hannah Arendt (2004), en “La condición humana”, de 1941, explora cómo el telescopio de Galileo representó una revolución en la ciencia y el pensamiento humano, al permitir que el hombre superase los límites de los sentidos y, por primera vez, pudiera hacer que la naturaleza revelase sus secretos. Argumenta que este avance fue fundamental para el desarrollo de la ciencia y filosofía modernas y cómo esto alteró la relación entre el hombre y el mundo, la naturaleza, y cómo expandió la comprensión humana del espacio, del tiempo y de la realidad.

El equivalente, en la sociedad contemporánea, son los sistemas de comunicación en masa posibilitados por internet. El espacio virtual es un espacio público, un espacio de acción política.

Manuel Castells (2022) defiende que la internet es una infraestructura fundamental para la formación de una nueva forma de sociedad. Facilita espacios de comunicación que permiten la movilización social y la participación política, transformándola en un espacio público virtual.

Para Henry Jenkins (2015), la tecnología de internet y la cultura de los medios de comunicación convergen para crear nuevas formas

de participación cultural y política. Un espacio público donde los ciudadanos pueden participar activamente en la cultura y en la política, utilizando los medios de comunicación de masa para fines de compromiso y movilización.

En ese espacio de acción política, de comunicación de internet, de comunicación de masa, es donde se inserta el papel político del consumidor consciente, selectivo y combativo, que posee una fuerza política extremadamente importante para señalar o no la función social de las empresas en una sociedad cosmopolita. Pero, para que pueda ejercer ese papel, es necesario que el Estado proporcione fuentes de información pública, seguras y confiables sobre la conducta empresarial.

El consumidor pasa a tener el poder de ejercer un papel político porque un consumidor selectivo, consciente y combativo que pretende ejercitar toda esa su capacidad para hacer elecciones de mejores compras necesita tener una fuente de información confiable, una fuente segura; por tanto, el papel del Estado debe ser esa fuente, teniendo los registros públicos como fuente de información confiable para que el consumidor pueda consultar y ejercer, de forma consciente y clara, sus elecciones y hasta para que el propio consumidor pueda exigir a las empresas.

Esta aproximación refleja el pensamiento republicano, que pone énfasis en el principio de transparencia como piedra angular de la gobernanza. Cuando los ciudadanos tienen acceso a información transparente sobre las acciones de las empresas, pueden tomar decisiones informadas sobre con qué empresas hacer negocios y cuáles apoyar.

Tales argumentos parten de la premisa de que las empresas privadas o públicas actúan en un espacio público, el mercado, y tienen un deber constitucional, entre otros, de asegurar que la propiedad empresarial cumpla su función social. Esto implica que las empresas

no deben solo buscar beneficios, sino también considerar el impacto de sus actividades en la sociedad y en el medio ambiente. El Estado desempeña un papel crucial en la regulación y fiscalización de esos deberes ético-jurídicos de las empresas.

Sin embargo, no siempre los Estados cumplen de modo eficiente estos deberes. Ante esta constatación, es primordial la participación de la sociedad civil, en la condición de consumidores conscientes y combativos, pues la sociedad actual, bajo el aspecto económico, está impulsada por el consumo y, por lo tanto, capaz de ser un agente promotor del cambio.

La educación es fundamental para empoderar a los consumidores y promover el consumo responsable. Los programas educativos deben incluir formación sobre los impactos sociales y ambientales de las decisiones de consumo. Esto no solo concientiza a los futuros consumidores sobre sus responsabilidades, sino que también fomenta una cultura de consumo ético desde una edad temprana, preparando a los individuos para tomar decisiones que promuevan el bienestar social y ambiental.

CONSIDERACIONES FINALES

La globalización y los avances tecnológicos y de comunicación corroboran la relevancia de una concepción de ciudadanía cosmopolita, aquella que trasciende fronteras nacionales y refleja un ideal de inclusión universal, de responsabilidad mutua entre todos los seres humanos, que considera al individuo como miembro de una sociedad de dimensión mundial, y reconoce que somos una comunidad de seres humanos, en cualquier parte del territorio de este planeta y, en esta condición, todos merecen respeto y consideración.

No se admite que desigualdades e injusticias se practiquen en cualquier lugar del globo sin que implique efectos a ese agente del mercado. La concepción de justicia debe avanzar hacia derechos y

deberes éticos transfronterizos. Pues, mientras los seres humanos pertenecen a una única comunidad, hay ciertos valores mínimos que son compartidos y que deben estructurar directrices globales. Defiende la creación de normas, políticas y leyes que trasciendan las fronteras nacionales, buscando promover justicia, paz e igualdad a escala mundial.

La condición humana mínima debe ser igual para todos. Entonces, cuando analizada la función social de la empresa, a partir del contexto de la sociedad cosmopolita, defiende que se establezcan paradigmas internacionales, por ejemplo, para las relaciones del trabajo.

Los avances tecnológicos en la comunicación social han servido para revelar información sobre conductas de los agentes del mercado que desprecian los paradigmas de los derechos humanos, haciéndolas accesibles a un público global y de mayor alcance. Esto significa que las acciones de empresas, gobiernos y otras entidades están bajo escrutinio constante. Este acceso a la información es una herramienta poderosa para la sociedad civil, pues permite que los ciudadanos estén conscientes de las acciones que afectan derechos fundamentales.

Las empresas privadas o públicas actúan en un espacio público (mercado) y tienen un deber constitucional, entre otros, de hacer que la propiedad empresarial cumpla su función social. El Estado también tiene la función de fiscalizar el cumplimiento de los deberes jurídicos, de modo de integrarse a la comunidad internacional, especialmente, frente a los múltiples compromisos firmados en documentos internacionales.

Esta aproximación refleja el pensamiento republicano, que pone énfasis en el principio de la transparencia como piedra angular de la gobernanza. Cuando los ciudadanos tienen acceso a información transparente sobre las acciones de las empresas, pueden tomar decisiones informadas sobre con qué empresas hacer negocios y cuáles apoyar.

Sin embargo, no siempre, los Estados cumplen de modo eficiente estos deberes. Ante esta constatación es primordial la participación de la sociedad civil en la condición de consumidores de productos y servicios, una vez que la actual sociedad, bajo aspecto económico, está impulsada por el consumo.

La contribución está en el consumo selectivo que considera el cumplimiento por parte de la empresa, al menos, de los deberes ético-jurídicos positivados. Además de elegir la empresa que cumple esta función social es importante ser un consumidor combativo en el sentido de comprometerse, a través de las tecnologías de comunicación, para sensibilizar a nuevos consumidores sobre la actuación de las empresas ante el desprecio de los derechos humanos. Este es un camino para un diálogo entre el Estado, el mercado y los consumidores conscientes en pro de la efectividad de la ciudadanía con el fin de avanzar hacia una sociedad más justa e inclusiva.

En añadidura a la visión comprensiva de la función social de la empresa en un contexto global desarrollada, la perspectiva peruana agrega una capa de complejidad que refleja las particularidades de un país en desarrollo con altos niveles de informalidad y desigualdad. En este contexto, la función social de la empresa no solo es una obligación legal, sino una necesidad ética para contribuir al desarrollo sostenible y al bienestar social. Es imperativo que tanto el sector privado como el Estado trabajen juntos para fortalecer el marco normativo y asegurar que las empresas cumplan con su función social de manera efectiva, adaptándose a los desafíos locales y aprovechando las oportunidades que ofrece la globalización.

REFERENCIAS

- Appiah, K. A. (2015). *Cosmopolitanism: Ethics in a world of strangers*. Penguin Books Limited.
- Arendt, H. (2004). *A condição humana*. Forense Universitária.

Arendt, H. (1951/2013). *Origens do totalitarismo* (R. Raposo, Trad.). Companhia de Bolso.

Bakan, J. (2004). *The corporation: The pathological pursuit of profit and power*. Free Press.

Beck, U. (1944/1999). *O que é globalização? Equívocos do globalismo: Respostas à globalização* (A. Carone, Trad.). Paz e Terra.

Bernales Ballesteros, E. (2007). *Ciudadanía y consumo responsable en el Perú*. Fondo Editorial del Congreso del Perú.

Cáceres, J. (2014). *Consumo inteligente: Todo lo que debes saber para comprar mejor y gastar menos*. Debolsillo.

Castells, M. (2022). *A sociedade em rede* (R. V. Majer, Trad.). Paz e Terra.

Cortina, A. (2005). *Cidadãos do mundo: Para uma teoria da cidadania* (S. C. Leite, Trad.). Edições Loyola.

Di Felice, M. (2017). Net-ativismo e a ecologia da ação em contextos reticulares. In M. Di Felice, E. Pereira, & E. Roza (Orgs.), *Net-ativismo: Redes digitais e novas práticas de participação*. Papirus.

Eguiguren Praeli, F. J. (2005). *Responsabilidad social empresarial en el Perú*. Editorial Jurídica Grijley.

Faria, J. E. (2010). A globalização econômica e sua arquitetura jurídica. *Revista da Academia Judicial*, 1(dezembro).

Freeman, R. E. (1984). *Strategic management: A stakeholder approach*. Cambridge University Press.

Grau, E. R. (2012). *A ordem econômica na Constituição de 1988* (15a ed.). Malheiros.

Habermas, J. (2002). Inclusão do outro (G. Sperber, Trad.). Loyola. (Obra original publicada em 1996).

Held, D. (1995). Democracy and the global order: From the modern state to cosmopolitan governance. Stanford University Press.

Jenkins, H. (2015). Cultura da convergência (S. L. de Alexandria, Trad.). Aleph.

Kant, I. (1795/2020). A paz perpétua: Um projeto filosófico (B. Cunha, Trad.). Editora Vozes.

Klein, N. (1999). No logo: Taking aim at the brand bullies. Picador.

Landa Arroyo, C. R. (2010). Derechos humanos y derecho laboral en el Perú. Editorial Jurídica Grijley.

Marques Neto, F. P. de A. (2002). Regulação estatal e interesses públicos. Malheiros.

McGregor, J. A. (2003). The political economy of consumer behavior: Contesting consumption. Routledge.

Nour, S. (2003). Os cosmopolitas: Kant e os “temas kantianos” em relações internacionais. *Contexto Internacional*, 25(1), 7–46.

Nussbaum, M. C. (1997). Cultivating humanity: A classical defense of reform in liberal education. Harvard University Press.

Nussbaum, M. C. (2013). Fronteiras da justiça: Deficiência, nacionalidade, pertencimento à espécie. WMF Martins Fontes - POD.

Oliviero, M., Steffen, P. F., & Mayerle, D. (2016). A democracia contemporânea e os sinais do seu desgaste: Um estudo com aportes na doutrina

Luigi Ferrajoli para o delineamento de um possível caminho a seguir. Resenha Eleitoral, 20(1), 09–38.

Organização Internacional do Trabalho. (1998). Declaração da OIT sobre os princípios e direitos fundamentais no trabalho.

Ortiz, R. (1999). Diversidade cultural e cosmopolitismo. *Lua Nova: Revista de Cultura e Política*, 48, 73–89.

Peru. (s.d.). Código de Protección y Defensa del Consumidor, Decreto Legislativo N° 716.

Peru. (s.d.). Constitución Política del Perú.

Rubio Correa, M. A. (1999). La Constitución y la propiedad en el Perú. Fondo Editorial PUCP.

Ruggie, J. G. (2011). Guiding principles on business and human rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” framework. United Nations.

Schor, J. B. (1998). The overspent American: Upscaling, downshifting, and the new consumer. Basic Books.

Sen, A. K. (1999). Development as freedom. Oxford University Press.

Sen, A. K. (2009). The idea of justice. Harvard University Press.

Serkovic, G. (2008). Ética empresarial y responsabilidad social en el Perú. Editorial Universidad de Lima.

Tiveron, J. M., & Villas Bôas Filho, O. (2021). A governança global como instrumento de regulação jurídica. *Revista da Faculdade de Direito da UERJ - RFD*.

Tomasevicius Filho, E. (2010). A Função da Empresa. In *Doutrinas essenciais de direito empresarial* (Vol. 2, pp. 43–67). Revista dos Tribunais.

Tomasevicius Filho, E. (2014). Empreendedorismo e função social da empresa. *Revista dos Tribunais*, 946, 129–156.

UNICEF - Fundo das Nações Unidas para a Infância. (1948). Declaração Universal dos Direitos Humanos. Recuperado de <https://www.unicef.org/brazil/declaracao-universal-dos-direitos-humanos>.

Varella, M. D. (2013). *Internacionalização do Direito: Direito internacional, globalização e complexidade*. UniCEUB

Capítulo 5

Derecho al desarrollo y derechos humanos: el sobreendeudamiento como desafío a la justicia social

Daniel Marinho Corrêa

Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador

Introducción

En un mundo marcado por profundas desigualdades y transformaciones aceleradas, la búsqueda de la justicia social exige la articulación de paradigmas capaces de conciliar el desarrollo económico, la dignidad humana y los derechos fundamentales. El derecho al desarrollo, lejos de ser una mera aspiración económica, se consolida como un derecho humano intrínseco, cuya realización depende de la garantía de libertades individuales y colectivas. Esta interdependencia, reconocida en instrumentos internacionales como la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Derecho al Desarrollo (1986), revela que el progreso socioeconómico y la expansión de las libertades humanas son caras de una misma moneda: sin justicia social, no hay desarrollo sostenible; sin desarrollo, no hay plenitud

de derechos. Los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales no pueden ser jerarquizados o tratados de forma aislada, pues su efectividad depende de un enfoque integrado.

En este contexto, el derecho del consumidor emerge como una dimensión esencial de la ciudadanía moderna, reflejando la necesidad de proteger a los individuos en relaciones de consumo cada vez más asimétricas y globalizadas. En Brasil, esta protección adquiere contornos urgentes ante desafíos como el sobreendeudamiento, fenómeno que expone las tensiones entre autonomía contractual, justicia social y modelos económicos excluyentes.

La promulgación de la Ley 14.181/2021, que busca equilibrar la libertad de mercado y las garantías fundamentales, ilustra tanto los avances como las contradicciones de este proyecto. Si bien la legislación introduce mecanismos para la renegociación de deudas y la protección del mínimo existencial, su implementación choca con obstáculos estructurales —desde la financiarización de la vida cotidiana hasta la resistencia institucional. Decisiones judiciales recientes, que confrontan criterios regulatorios rígidos en nombre de la dignidad humana, revelan un choque entre la legalidad formal y la equidad material, cuestionando hasta qué punto el Derecho puede corregir asimetrías arraigadas en modelos económicos.

Este artículo propone una reflexión crítica sobre estos desafíos, analizando cómo la integración entre el derecho al desarrollo y los derechos humanos puede allanar caminos para una justicia social efectiva. Al explorar temas como la constitucionalización del Derecho Privado, la filosofía detrás de la protección del consumidor y los límites éticos del crédito, se busca no solo diagnosticar problemas, sino también señalar posibilidades de transformación sistémica. En un escenario de incertidumbres globales, la respuesta brasileña al sobreendeudamiento sirve como estudio de caso emblemático —una invitación a repensar, con coraje político y rigor teórico, los cimientos de una sociedad verdaderamente inclusiva.

1 Derecho al Desarrollo y Derechos Humanos: Un Paradigma Integrado para la Justicia Social

La relación entre el derecho al desarrollo y los derechos humanos se consolidó en un contexto histórico más reciente. En esencia, el desarrollo impulsa la libertad —entendida esta como fundamento central de los derechos humanos—, al mismo tiempo que la expansión de las libertades sostiene el progreso socioeconómico. Esta interdependencia crea un ciclo virtuoso en el que ambas dimensiones se fortalecen recíprocamente.

El marco normativo global más relevante en esta temática es la Declaración de las Naciones Unidas sobre el Derecho al Desarrollo, de 1986. En su preámbulo, el texto busca armonizar la concepción colectiva del desarrollo como meta de los Estados con el derecho individual a disfrutar de sus beneficios. En él, se destaca que el ser humano es el protagonista del proceso desarrollista, razón por la cual las políticas públicas deben priorizarlo como agente activo y destinatario final de las transformaciones. Paralelamente, se refuerza el compromiso de los Estados en crear condiciones estructurales, institucionales y sociales que aseguren el pleno desarrollo de comunidades e individuos, garantizando su participación equitativa en los avances alcanzados. Cabe observar el pensamiento de Piovesan (2018, p. 65)

Es decir, sin la efectividad de los derechos económicos, sociales y culturales, los derechos civiles y políticos se reducen a meras categorías formales, mientras que, sin la realización de los derechos civiles y políticos, es decir, sin la efectividad de la libertad entendida en su sentido más amplio, los derechos económicos y sociales carecen de verdadera significación. Ya no es posible concebir la libertad divorciada de la justicia social, como tampoco es infructuoso pensar en la justicia social divorciada de la libertad. En suma, todos los derechos humanos constituyen un complejo

integral, único e indivisible en el que los diferentes derechos están necesariamente interrelacionados e interdependientes entre sí (traducción libre).

Con la ampliación de la noción global de los derechos humanos, se establece la coexistencia de un sistema general y un sistema específico de protección. El sistema general tiene como finalidad salvaguardar los derechos de cualquier individuo por el simple hecho de su existencia. Por su parte, el sistema específico tiene en cuenta las particularidades de determinados grupos, como aquellos en situación de vulnerabilidad, garantizándoles protección diferenciada (Piovesan, 2018).

Además, como advierte Friedman (1994), en la posmodernidad es imperativo mantener los conceptos jurídicos y sociales en constante revisión, ya que los avances tecnológicos no solo impulsan transformaciones en la sociedad, el consumo y la política, sino que también exigen la revisión crítica de nociones tradicionales –como patrimonio, función social de la propiedad, dinámicas de mercado e incluso los propios fundamentos de la utilidad y los intercambios económicos. Esta reevaluación se hace urgente ante fenómenos emergentes: la cultura, por ejemplo, asume una relevancia económica inédita, susceptible incluso de ser convertida en activo patrimonial, como evidencian los debates sobre la patentabilidad de saberes tradicionales y la monetización de expresiones identitarias.

En el contexto brasileño, Silva (2007) redefine la naturaleza del mercado en una perspectiva sociológica. Según el autor, lejos de restringirse a un mero espacio físico de transacciones, como en su origen histórico, el mercado se consolida como un fenómeno complejo e intangible. Aunque muchas veces invisible en su materialidad, su presencia es innegable por la fuerza con que moldea realidades –todos experimentan sus impactos concretos. Se trata, esencialmente, de un tejido social dinámico, urdido por agentes que en él actúan movidos por intereses divergentes: de un lado, oferentes de bienes,

servicios, fuerza de trabajo y capital; de otro, demandantes de esos mismos recursos. Es precisamente en la tensión dialéctica entre estas polaridades que el mercado cumple su papel, mediando conflictos y viabilizando negocios por medio de transacciones que trascienden la mera lógica económica.

En el escenario jurídico contemporáneo, se ha consolidado la comprensión de que el derecho del consumidor constituye un pilar estructural tanto para la armonía social en Brasil como para la sostenibilidad del mercado globalizado, presente y futuro. Esto se debe a que el mercado, entendido como patrimonio socioeconómico (y no meramente económico), depende de la protección equilibrada de sus agentes para florecer en su plenitud.

En este contexto, reconocer los derechos del consumidor como dimensión de la ciudadanía moderna no es solo legítimo, sino indispensable. Al fin y al cabo, es en las relaciones de consumo donde se materializan, pragmáticamente, la titularidad y el ejercicio de derechos fundamentales –desde la transparencia hasta la dignidad. Este reconocimiento cobra urgencia ante las transformaciones estructurales impulsadas por la globalización: por un lado, la concentración empresarial en sectores estratégicos; por otro, el ascenso de bienes inmateriales (datos, software, servicios digitales) como nuevo eje de valor económico, fruto de la revolución tecnológica. Paralelamente, el propio acto de consumir trasciende su función utilitaria original, convirtiéndose en herramienta de construcción identitaria. Surge así una cultura del consumo en la que la adquisición de productos y servicios no solo busca satisfacer necesidades, sino forjar pertinência, patrones de comportamiento colectivo que, cuando son violados, generan exclusión social (Bauman, 2008).

La dinámica actual revela que el consumo opera como lenguaje simbólico: marcas, estilos de vida y hábitos de compra dictan no solo elecciones individuales, sino que median relaciones interpersonales y construyen afinidades aparentes (Bauman, 2008). En este universo,

la adhesión a determinados patrones consumistas se convierte en un criterio tácito de inclusión en grupos sociales, exponiendo la contradicción de un sistema que, al mismo tiempo que celebra la autonomía del consumidor, lo somete a mecanismos sutiles de coerción normativa.

La complejidad ontológica del consumidor, sujeto dotado de pluralidades identitarias y reconocido como titular de derechos fundamentales, sumada a la centralidad del consumo (y, por extensión, de su agente protagonista), posicionan el derecho del consumidor como eje estructural del ordenamiento jurídico brasileño. Este protagonismo normativo tiene como base el sistema principiológico del Código de Defensa del Consumidor (CDC), cuya coherencia interna deriva, sobre todo, del principio de vulnerabilidad. Este opera como justificación ético-jurídica para el alto grado de protección compensatoria conferido al consumidor, mecanismo de corrección de asimetrías materiales por medio de la intervención regulatoria del Derecho (Marques et al., 2010).

Una cuestión paradigmática emerge en este escenario: la calificación de los derechos del consumidor como derechos humanos, a la luz de la concepción doctrinaria que los vincula a la noción de *homo economicus et culturalis*. El principio de la dignidad de la persona humana surge aquí como norte normativo, conforme lo destacado por Sarlet (2001). Para el autor, la dignidad constituye un elemento unificador de sistemas constitucionales, confiriendo legitimidad axiológica a derechos y garantías –todos, en mayor o menor medida, imbricados en su esencia. En esta perspectiva, la dignidad actúa como fundamento de legitimación no solo de los derechos sociales, económicos y culturales previstos en la Constitución, sino también de las demandas del consumidor, al reconocer a la persona humana como valor-fuente del ordenamiento jurídico (Sarlet, 2001).

Esta concepción dinámica, que sitúa al individuo en su dimensión histórica y existencial, exige la expansión continua de protecciones

jurídicas en todos los ámbitos de la vida (Reale, 1998). El derecho del consumidor, así, trasciende la mera regulación de transacciones: se materializa como instrumento de realización de la autodeterminación, garantizando que las elecciones económicas no choquen con la integridad moral, cultural y social del individuo (Miranda, 1998).

El derecho del consumidor, elevado a la condición de derecho humano fundamental, encuentra su justificación ética y jurídica en la necesidad de mitigar asimetrías socioeconómicas estructurantes. Esta intrínseca conexión entre la tutela del consumidor y los derechos fundamentales se deriva de una premisa antropológica: el ser humano como entidad híbrida, simultáneamente económica (productor, consumidor) y cultural (portador de valores identitarios), cuya dignidad exige salvaguardias multidimensionales.

Este paradigma se asienta en la constitucionalización del Derecho Privado, movimiento que redefine la función social de las relaciones jurídicas particulares. Si, en los siglos XIX y XX, el Derecho Privado operaba bajo la lógica del individualismo liberal (con normas vistas como meramente dispositivas y subsidiarias a la autonomía de la voluntad), el siglo XXI es testigo de su transformación en instrumento de realización constitucional (Bodin de Moraes, 1993). La antigua jerarquía que relegaba el interés colectivo a un plano secundario, en favor del *laissez-faire* (Júnior & Costa, 2002), cede espacio a un orden público constitucionalizado, en el que el Derecho Privado asume una función redistributiva y emancipatoria, trascendiendo los meros intereses individuales para concretar valores como la solidaridad y la justicia social (Sarlet, 2000).

En este contexto, la protección del consumidor emerge no como excepción, sino como expresión directa del principio de la dignidad humana, vector que irradia sobre todo el ordenamiento. Como se ha observado en la evolución doctrinaria, la constitucionalización impone que contratos, propiedad y relaciones de mercado sean reinterpretados a la luz de valores colectivos, asegurando que

el Derecho Privado no reproduzca desigualdades, sino que las corrija. Este proceso refleja un cambio epistemológico: de mero regulador de conflictos intersubjetivos, el Derecho se convierte en garante de equidad sistémica, alineándose al proyecto democrático de inclusión social.

En el actual estado del constitucionalismo brasileño, se ha consolidado la comprensión de que los derechos fundamentales irradian efectos sobre las relaciones privadas, aunque de modo mediato y reflejo. La tesis de la eficacia indirecta, según la cual la Constitución orienta la interpretación de las normas infraconstitucionales, moldeándolas a sus valores, se ha convertido en consenso doctrinal. El debate contemporáneo se restringe a la posibilidad de eficacia directa de estos derechos, es decir, su aplicación inmediata a las relaciones entre particulares en ausencia de reglamentación legal específica (Marques & Miragem, 2012).

La constitucionalización impone que institutos clásicos del derecho privado, contratos, propiedad, familia, sean reinterpretados a la luz de principios como dignidad humana, igualdad material y solidaridad. En este escenario, la horizontalización de los derechos fundamentales (aplicación entre particulares) opera como mecanismo de corrección de abusos estructurales en relaciones marcadas por desequilibrios de poder (ej.: empleador-empleado, proveedor-consumidor). Aunque la eficacia directa sigue siendo controvertida, su admisión en casos excepcionales, como en la omisión legislativa flagrante, revela el carácter normativo pleno de la Constitución, que no se limita a orientar al Estado, sino también a regular conductas privadas lesivas a bienes jurídicos esenciales (Corrêa, 2021).

En este escenario, el sobreendeudamiento se destaca como un fenómeno crucial, ya que restringe la autonomía financiera de millones y evidencia cómo la violación de los derechos del consumidor perjudica el desarrollo nacional. Al analizar casos reales, queda claro que el derecho al desarrollo no es una mera abstracción, sino

una realidad vivida. Cuando el fracaso individual, reflejado en la exclusión económica y el deterioro de la salud mental, se manifiesta, desencadena crisis estructurales, como la reducción de la capacidad productiva y el aumento de la desigualdad.

El sobreendeudamiento, aunque se manifiesta como un fenómeno individual, se desdobra en impactos sistémicos de orden colectivo. En Brasil, la economía de mercado, liberalizada, pero atravesada por desigualdades históricas, se configura como estructuralmente dependiente del crédito, en contraste con modelos basados en la cultura del ahorro. En este escenario, la mayoría de las familias agota la totalidad de sus ingresos familiares en gastos básicos (vivienda, alimentación, servicios esenciales y transporte), viéndose forzadas a recurrir a préstamos para acceder a bienes duraderos (electrodomésticos, muebles) o inmuebles. Este patrón reproduce un ciclo vicioso de dependencia financiera, en el que la adquisición de bienes esenciales para la reproducción social (cunas, cocinas) depende de un endeudamiento crónico, muchas veces respaldado por tasas abusivas. Según Marques et al. cite_start, en economías basadas en el ahorro, por otro lado, el excedente presupuestario permite al consumidor adoptar estrategias de consumo planificado: reserva de recursos para inversiones (ahorro, aplicaciones) y adquisición diferida de bienes de mayor valor (reformas residenciales, vehículos, tecnología).

La diferencia entre estos modelos no es meramente conductual, sino estructural: mientras el primero refleja una dinámica de supervivencia inmediata, el segundo presupone estabilidad económica suficiente para proyectar el futuro. En el contexto brasileño, la financiarización de lo cotidiano, estimulada por políticas de inclusión bancaria precaria y oferta masiva de crédito sin educación financeira, ha convertido el endeudamiento en un mecanismo de pseudo-inclusión social. Esta lógica no solo profundiza la vulnerabilidad de las familias, sino que corroe la capacidad de ahorro nacional, comprometiendo el desarrollo de capital productivo e innovación tecnológica.

2 Autonomía Privada y Sobreendeudamiento: El Equilibrio entre Libertad Contractual y Protección al Consumidor

La relación entre consumo y crédito, aunque estructuralmente simbiótica en los sistemas económicos globales, expone en Brasil una preocupante disonancia regulatoria. Mientras países como Francia, Estados Unidos y miembros de la Unión Europea consolidaron marcos jurídicos sofisticados para enfrentar la usura bancaria, la quiebra civil no comercial y la concesión responsable de crédito, Brasil permaneció durante décadas rehén de una estructura normativa fragmentada, centrada en el art. 52 del Código de Defensa del Consumidor (Marques et al., 2010).

La autonomía privada, concepto nuclear en la teoría contractual de Diniz (2002), se revela como una paradoja fundamental en las sociedades contemporáneas: mientras el ordenamiento jurídico celebra la libertad de pacto como expresión máxima de la autodeterminación individual, la realidad del sobreendeudamiento expone los límites éticos de esa misma libertad. Para la eminente civilista, el contrato, aunque ley entre las partes, no subsiste como isla normativa autónoma, sino que se integra al sistema jurídico en su conjunto, sometiéndose a los valores constitucionales que informan la dignidad humana. Esta tensión entre libertad contractual y justicia social adquiere contornos dramáticos en el contexto brasileño, donde la Ley 14.181/2021 emerge como un intento de conciliar el principio de la autonomía de la voluntad con la protección del mínimo existencial, núcleo inderogable de los derechos fundamentales.

Diniz (2002) sostiene que la libertad de contratar, aunque engloba la elección del contenido pactado y de la contraparte, no puede legitimar relaciones que reduzcan al individuo a la condición de mero deudor, vaciando su capacidad de participación en la vida económica. El sobreendeudamiento, desde esta perspectiva, configura una violación multidimensional: además de comprometer derechos básicos como

salud y vivienda, corroe la propia esencia de la autonomía privada, transformando la libre pacto en instrumento de opresión. La Ley 14.181/2021 materializa esta crítica al establecer mecanismos de renegociación que preservan el mínimo vital (art. 54-A) y al vedar cláusulas que obstruyan el acceso a la Justicia (art. 51, XVII, CDC), reconociendo que la igualdad formal en las relaciones contractuales enmascara asimetrías materiales insuperables sin intervención estatal.

Este enfoque dialoga profundamente con la filosofía kantiana. Si para Kant (1980) la dignidad humana reside en la capacidad de autodeterminación —tratando al hombre siempre como fin, nunca como medio—, la regulación del crédito al consumo impone límites a la instrumentalización del deudor. Al garantizar transparencia en las ofertas (art. 54-B, CDC) y prohibir el acoso crediticio, la ley brasileña se alinea con el “imperativo categórico”, impidiendo que la libertad contractual degenerara en un mecanismo de coacción velada. No en vano, Diniz (2002) enfatiza que el Derecho Civil contemporáneo debe operar como “tecnología de emancipación”, reinterpretando institutos clásicos a la luz de la función social de los contratos.

Prevenir y tratar el sobreendeudamiento significa garantizar que los consumidores de buena fe puedan cumplir sus obligaciones sin comprometer un mínimo existencial digno, que va más allá de la mera subsistencia (Marques, 2021). La legislación rompió con la antigua dicotomía entre endeudado y sobreendeudado, adoptando criterios cualitativos y vinculándose a la protección de derechos fundamentales, como salud, vivienda y trabajo, en sintonía con normas internacionales, como el Código del Consumidor francés (Marques et al., 2010).

Es importante destacar que las cuestiones relacionadas con el sobreendeudamiento eran tratadas solo a través de acciones de revisión, sin la existencia de alternativas diversas y ampliamente accesibles para la resolución judicial o extrajudicial de la situación

de los sobreendeudados. En este contexto, merece mención el “Observatorio del Crédito y Sobreendeudamiento del Consumidor”, iniciativa de la Universidad Federal de Rio Grande do Sul en colaboración con el Ministerio de Justicia. Entre sus diversas líneas de actuación, el observatorio se dedica a analizar los impactos de la concesión desmedida y desregulada de crédito al consumidor, además de desarrollar políticas públicas y medidas de apoyo y protección a los sobreendeudados.

La Ley 14.181/2021 buscó enfrentar este escenario al establecer el crédito responsable como derecho básico, exigiendo una evaluación previa de la capacidad financiera del consumidor y prohibiendo cláusulas abusivas, como el acoso a ancianos. Sin embargo, la lentitud procesal y la resistencia de las instituciones financieras a cumplir las nuevas reglas revelan lagunas en la ejecución, mientras que la falta de educación financiera mantiene a los consumidores vulnerables a prácticas preditorias.

El sobreendeudamiento en Brasil no se reduce a una crisis individual: es un fenómeno social con repercusiones macroeconómicas. La exclusión de millones de personas del mercado de consumo, como resultado de nombres negativizados en servicios de protección crediticia, compromete el desarrollo nacional y amplía las desigualdades. La cultura del consumo inmediatista, alimentada por publicidad agresiva y por la financiarización de los deseos, como la adquisición de celulares premium mediante pagos a plazos, crea necesidades artificiales, especialmente en las clases C y D. Esta dinámica se agrava por la privatización de servicios esenciales, como salud y educación, que pasaron a depender del crédito para su acceso, transformando derechos básicos en mercancías sujetas a la lógica financiera (Pomin & Siqueira, 2024).

La efectividad de la Ley 14.181/2021 depende, por lo tanto, de una transformación sistémica que supere la mera regulación. Reducir el costo del crédito exige reformas estructurales en el

Sistema Financiero Nacional, incluyendo la revisión del papel del Banco Central y la democratización del acceso a tasas subsidiadas para poblaciones vulnerables. Paralelamente, es esencial fortalecer las políticas públicas de educación financiera, integrándolas a los currículos escolares y campañas mediáticas, conforme lo previsto en el art. 4º, IX del CDC.

Como alerta Marques et al. (2010), la verdadera inclusión social requiere que el crédito sea reconocido como un derecho fundamental, y no como un instrumento de explotación. En este sentido, el desafío brasileño no es solo legal, sino civilizatorio: se trata de reequilibrar las relaciones entre mercado y ciudadanía, garantizando que el consumo, acto de inclusión social por excelência, no se convierta en vector de exclusión. La realización de este objetivo exigirá no solo coraje político, sino un diálogo transdisciplinario que involucre derecho, economía y filosofía, rescatando la promesa constitucional de dignidad humana en un mundo financiarizado.

3 El Mínimo Existencial y el Sobreendeudamiento: Entre la Regulación Restrictiva y la Búsqueda de Justicia Social

Al sustituir la antigua dicotomía entre endeudado y sobreendeudado por un criterio cualitativo, la legislación vinculó el sobreendeudamiento a la violación de derechos fundamentales como salud, vivienda y trabajo, alineándose con los principios constitucionales de la dignidad humana y la justicia social. Sin embargo, la implementación de la norma enfrentó desafíos significativos, especialmente después de la edición de los Decretos 11.150/2022 y 11.567/2023, que regularon de forma rígida el valor del mínimo existencial, fijándolo inicialmente en el 25% del salario mínimo vigente (R\$ 303,00 en 2022) y, posteriormente, elevándolo a R\$ 600,00.

La fijación de un valor único y taxativo generó críticas contundentes, tanto por la insuficiencia material como por la desconsideración

de las disparidades regionales. Datos del Dieese (2023) revelaron que el costo de la canasta básica en São Paulo alcanzó R\$ 786,35, mientras que la tarifa de energía eléctrica registró un aumento del 28%, haciendo evidente que el mínimo establecido por los decretos no cubre gastos esenciales en gran parte del país. Además, la uniformización ignoró realidades económicas distintas: en el Nordeste, el valor correspondía al 20% del ingreso medio familiar, mientras que en el Sudeste equivalía a solo el 10%, profundizando desigualdades estructurales (Pasqualotto & Martins, 2024).

Este enfoque chocó con la filosofía de la ley, que preveía criterios flexibles e individualizados, reduciendo el mínimo existencial a un nivel de mera supervivencia, en detrimento de la garantía de una existencia digna, conforme lo exige el artículo 1º, inciso III, de la Constitución Federal.

Como consecuencia, la resistencia del Poder Judicial a los criterios de los decretos se convirtió en un fenómeno emblemático. Un ejemplo ilustrativo de esta tendencia se encuentra en una reciente decisión del Tribunal de Justicia del Estado de Rio Grande do Sul. En el caso en cuestión, una consumidora, pensionista, solicitó la renegociación de sus deudas, argumentando la necesidad de limitar los descuentos incidentes sobre su nómina. En primera instancia, se concedió una medida cautelar que establecía que los descuentos no podían exceder el 35% de sus ingresos. Sin embargo, la institución financiera recurrente impugnó la decisión, defendiendo la aplicación del Decreto vigente en ese momento, que estipulaba el mínimo existencial en solo R\$ 303,00, permitiendo que el valor excedente fuera íntegramente comprometido con descuentos mensuales.

La argumentación del banco, sin embargo, no fue acogida por la Desembargadora responsable del caso. En su decisión, la magistrada destacó que los autos evidenciaban la verosimilitud de la alegación de la consumidora, cuyos ingresos se encontraban sustancialmente comprometidos debido a los descuentos realizados en su nómina.

Además, enfatizó que tales descuentos no podían comprometer su subsistencia, en respeto a los principios constitucionales de la dignidad de la persona humana y de la garantía de un mínimo existencial para la supervivencia del consumidor en situación de sobreendeudamiento. Así, concluyó que estaban presentes los requisitos necesarios para la concesión de la tutela de urgencia, manteniendo la limitación de los descuentos en los moldes fijados por la decisión de primera instancia. De esta forma, se verificó que la regulación vigente no fue aplicada de manera estricta, priorizándose la protección del mínimo existencial de forma efectiva a la consumidora¹.

Además del caso anteriormente mencionado, cabe destacar una decisión del Tribunal de Justicia del Estado de São Paulo, que refuerza la interpretación de que el magistrado de primera instancia no está estrictamente vinculado a los criterios establecidos por el Decreto que define el mínimo existencial. En la ementa del acuerdo, hay referencia expresa a la necesidad de un análisis individualizado del caso concreto, garantizando una aplicación más justa y compatible con la realidad del consumidor:

Agravio de instrumento. Superendeudamiento.
Acción de conciliación y de renegociación de deudas.
Procedimiento. Adecuación al CDC (LGL\1990\40).
Audiencia de conciliación obligatoria. Providencias necesarias de la parte actora. Mínimo existencial.
Definición en el momento oportuno. [...] Por último, inoportuna fijación del valor del mínimo existencial.

Este punto deberá ser apreciado en la audiencia

¹ "Recurso de apelación. Negocios jurídicos bancarios. Acción de reestructuración de deudas. Pensionista. Préstamos con descuento en nómina. Tutela provisional de urgencia. Presentes los requisitos del artículo 300 del Código de Proceso Civil. Readecuación de los descuentos en la nómina de pagos. Posibilidad. Correcta la limitación al 35% de los ingresos líquidos de la parte demandante. Modificación introducida por la Ley 14.131/2021. Prevalencia de los principios constitucionales de la dignidad de la persona humana y de la garantía del mínimo existencial necesario para la subsistencia de la consumidora en situación de sobreendeudamiento. Jurisprudencia consolidada de este Tribunal. Multas coercitivas (astreintes). Reducción del valor fijado en primera instancia, a fin de evitar el enriquecimiento sin causa de la parte demandante. Recurso parcialmente acogido." (TJRS – 15.º Cámara Civil – Recurso de Apelación 50031465120238217000 – relatora: Des. Carmem Maria Azambuja Farias – fallo del 29.03.2023, traducción libre).

de conciliación o en el plan judicial obligatorio. Hasta el momento, no se ha verificado situación procesal capaz de viabilizar pronunciamiento en sede del agravio de instrumento, repítase, por la falta de informaciones de la autora y que deberán ser recogidas (y probadas) ante el juzgado de primera instancia o ante el administrador que pueda ser eventualmente nombrado. El magistrado de primera instancia no estará vinculado de manera absoluta al parámetro del Decreto n. 11.150/2022 (LGL\2022\8909), es decir, a una renta del 25% del salario mínimo. Este parámetro deberá ser analizado a partir de las condiciones del caso concreto y podrá ser elevado, en especial para aquello que deberá ser garantizado al consumidor para su subsistencia con el núcleo familiar, notablemente gastos con vivienda, alimentación, agua, luz, vestuario, educación, tributos y otras deudas (no sujetas al proceso de renegociación e inevitables). Decisión reformada. Agravio parcialmente provisto, con observación (TJSP – 12^a Cám. de Derecho Privado – AgIn 2270965-19.2022.8.26.0000 – Rel. Des. Alexandre David Malfatti – Foro Central Cível – 17^a Vara Cível – j. 16.03.2023, traducción libre).

Aunque estas decisiones judiciales están alineadas con la efectividad de los derechos fundamentales, generaron tensión institucional al confrontar la literalidad de los decretos, suscitando debates sobre la separación de poderes. Se discute si la revisión de las normas correspondería exclusivamente al Legislativo o si el Poder Judicial puede adaptarlas para asegurar justicia concreta, especialmente ante regulaciones consideradas incompatibles con la Constitución.

Desde una perspectiva filosófica, la fijación arbitraria del mínimo existencial refleja una visión utilitarista, que prioriza la practicidad administrativa en detrimento de la dignidad humana, tratando al individuo como medio y no como fin, en clara contraposición al imperativo categórico kantiano (Kant, 1980). En contraste, las

decisiones judiciales que ignoran el valor taxativo se aproximan a la ética aristotélica (Aristóteles, 1984), que exige equidad y ajustes conforme a las necesidades individuales, y al constitucionalismo contemporáneo, que entiende el mínimo existencial como condición para el ejercicio pleno de la ciudadanía.

La tensión entre legalismo y justicia distributiva expone una contradicción profunda: mientras los decretos vinculan el mínimo existencial a un salario históricamente insuficiente (R\$ 1.412,00 en 2024), la Constitución y la jurisprudencia exigen que este nivel asegure condiciones materiales para una vida digna, incluyendo acceso a la salud, educación y cultura.

Cuatro años después de la promulgación de la Ley 14.181/2021, los desafíos estructurales persisten. La regulación inadecuada, con criterios fijos y desconectados de la realidad económica, se muestra insuficiente para mitigar el sobreendeudamiento, que afecta a más del 50% de las familias brasileñas. La judicialización, aunque paliativa, evidencia la incapacidad del Estado para armonizar normas técnicas con derechos fundamentales, transfiriendo al Poder Judicial un papel correctivo que debería ser ejercido por el Legislativo (Pasqualotto & Martins, 2024).

La efectividad de la ley depende, por lo tanto, no solo de ajustes normativos, sino de coraje político para enfrentar estructuras económicas excluyentes, transformando el crédito en un instrumento de inclusión social, y no en una trampa de endeudamiento crónico. La plena realización de esta ambición exigirá un diálogo interdisciplinario entre Derecho, Economía y Filosofía, capaz de rescatar la promesa constitucional de dignidad para todos.

Conclusión

El diálogo entre el derecho al desarrollo y los derechos humanos se presenta, en el siglo XXI, como un imperativo civilizatorio.

El análisis del sobreendeudamiento en Brasil demuestra que la justicia social no puede reducirse a una mera abstracción normativa: exige la reconciliación entre crecimiento económico, equidad y dignidad humana. La Ley 14.181/2021, aunque representa un avance al reconocer el crédito como derecho y establecer mecanismos de protección al mínimo existencial, evidencia los límites de las reformas legales aisladas en un contexto de desigualdades estructurales y financiarización de la vida.

Las decisiones judiciales que desafían criterios regulatorios rígidos, priorizando la realidad concreta de los consumidores en lugar de parámetros administrativos, refuerzan la tesis de que el Derecho debe actuar como un instrumento de emancipación, y no de reproducción de opresiones. Alineada con la filosofía kantiana, que considera la dignidad como un fin en sí misma, la jurisprudencia brasileña apunta a la necesidad de trascender modelos utilitaristas que tratan el endeudamiento como una simple variable económica, sin considerar su impacto devastador en la autonomía individual y en el tejido social.

Sin embargo, la judicialización del problema, aunque necesaria, no sustituye la urgencia de reformas estructurales. Como advierte Claudia Lima Marques, la verdadera inclusión exige la democratización del acceso al crédito justo, la educación financiera y la implementación de políticas públicas que enfrenten la concentración de ingresos y la precarización de los servicios esenciales. El sobreendeudamiento, como síntoma de un sistema que transforma derechos en mercancías, revela la contradicción entre un desarrollo basado en el consumo y la quiebra ética de un modelo que excluye a millones de sus beneficios.

En este escenario, el paradigma integrado entre derechos humanos y desarrollo impone tres desafíos interconectados: la revisión del papel del Estado, que, además de regulador, debe ser un agente promotor de condiciones materiales para que la libertad contractual no se transforme en instrumento de coacción ; el diálogo transdis-

ciplinar, que articula el Derecho, la Economía y la Filosofía, con el objetivo de resignificar nociones como “mercado” y “progreso”, reinsertándolas en una ética de la solidaridad ; y la innovación institucional, con la creación de mecanismos de gobernanza que prioricen la participación ciudadana en la definición de políticas de crédito y consumo, conforme al espíritu de la Declaración de 1986.

El caso brasileño evidencia que la realización plena del derecho al desarrollo depende de una ruptura con lógicas excluyentes. No basta con mitigar deudas; es preciso cuestionar las causas de su aparición. No basta con proteger el mínimo existencial; es necesario garantizar que el máximo posible de vidas puedan florecer. Como recuerda Flávia Piovesan, la indivisibilidad de los derechos humanos exige que libertades formales y justicia material caminen juntas, bajo el riesgo de que el desarrollo se convierta en un proyecto para pocos, en detrimento de muchos.

La promesa constitucional de dignidad solo se cumplirá cuando el consumo deje de ser una arena de exclusión y el crédito, una carga, para transformarse en herramientas de emancipación colectiva. El camino es arduo, pero la alternativa, la naturalización de la desigualdad como precio del progreso, es incompatible con cualquier proyecto verdaderamente humano.

Referencias

Aristóteles. (1984). *Ética a Nicômaco* (L. Vallandro & G. Bornheim, Trad.). São Paulo: Abril Cultural.

Bauman, Z. (2008). *Vida para o consumo: A transformação das pessoas em mercadorias* (C. A. Medeiros, Trad.). Rio de Janeiro: Jorge Zahar.

Bodin de Moraes, M. C. (1993). A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, 17(65), 21–32.

Corrêa, D. M. (2021). *Danos extrapatrimoniais: Interfaces entre prevenção e quantificação*. Londrina, PR: Thoth.

DIEESE. (2023). *Pesquisa nacional da Cesta Básica de Alimentos: Salário-mínimo nominal e necessário*. <https://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html>

Diniz, M. H. (2002). *Curso de direito civil brasileiro* (19^a ed.). São Paulo: Saraiva.

Friedman, L. (1994). *The republic of choice: Law, authority and culture*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

Junior, J. L. M. A., & Costa, J. M. (Orgs.). (2002). *A reconstrução do direito privado: Constituição e codificação – Primórdios do binômio*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Kant, I. (1980). *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Abril Cultural.

Marques, C. L. (2021). Notas sobre a Lei 14.181/2021 (LGL\2021\9138): A noção de mínimo existencial e sua aplicação imediata. *Revista de Direito do Consumidor*, 137, 387–405.

Marques, C. L., & Miragem, B. (2012). *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

Marques, C. L., Miragem, B., & Lixinski, L. (2010). Desenvolvimento e consumo – Bases para uma análise da proteção do consumidor como direito humano. In F. Piovesan & I. V. P. Soares (Orgs.), *Direito ao desenvolvimento* (pp. [inserir páginas]). Belo Horizonte: Fórum.

Miranda, J. (1998). *Manual de direito constitucional* (T. IV, 2^a ed.). Coimbra: Coimbra Editora.

Pasqualotto, A., & Martins, A. D. (2024). Três anos da Lei do Superendividamento: Repercussões jurídicas e a (im)possibilidade de parametrização do mínimo existencial. *Revista de Direito do Consumidor*, (156). <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/59266>

Piovesan, F. (2018). *Temas de direitos humanos* (11^a ed.). São Paulo: Saraiva.

Pomin, A. V. C., & Siqueira, D. P. (2024). Quanto vale o mínimo existencial do consumidor em condições de superendividamento? Reflexões à vista dos Decretos Presidenciais 11.150/2022 e 11.567/2023 e da proteção aos direitos da personalidade. *Revista de Direito do Consumidor*, (155). <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/57750>

Reale, M. (1998). *A nova fase do direito moderno* (2^a ed.). São Paulo: Saraiva.

Sarlet, I. W. (2000). Direitos fundamentais e direito privado: Algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *Revista de Direito do Consumidor*, (36), 54–102.

Sarlet, I. W. (2001). *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

Silva, J. A. da. (2007). *Comentário contextual à Constituição* (3^a ed.). São Paulo: Malheiros.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul [TJRS]. 15.^a Câmara Cível. Agravo de Instrumento n. 5003146-51.2023.8.21.7000. Rel. Des. Carmem Maria Azambuja Farias. Julgado em 29 de março de 2023.

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo [TJSP]. 12^a Câmara de Direito Privado. Agravo de Instrumento n. 2270965-19.2022.8.26.0000. Rel. Des. Alexandre David Malfatti. Foro Central Cível – 17^a Vara Cível. Julgado em 16 de março de 2023.

Capítulo 6

La composición y el origen de la selección de los magistrados del Tribunal Constitucional peruano en debate

Joaquín Ignacio Cáceres Rosado
Cesar Alejandro Del Carpio Ugarte

Introducción

El papel de guardián de la constitución desarrollado por parte del Tribunal Constitucional peruano fue, es y será gravitante para la construcción del Estado Constitucional de Derecho en Perú. Como destacó en su momento el profesor Samuel Abad (1999) desde sus primeros pasos esta institución ha sorteado desafíos y controversias que han puesto a prueba su independencia y legitimidad.

Dentro de estas controversias, el Congreso de la República del Perú retomó el debate sobre la ampliación del número de sus integrantes¹. Ante ello, resulta necesario revisar la historia del

¹ A través del dictamen recaído en el Proyecto de Ley 9350/2024-CR se pretende aumentar de 7 a 9 el número magistrados integrantes del Tribunal Constitucional (Congreso, 2024)

Tribunal Constitucional, la forma de selección de magistrados, el debate sobre el periodo para ejercer la magistratura, las razones detrás de la propuesta legislativa y la desmitificación de la formula perfecta de elección de tribunos constitucionales apoyándonos en experiencias comparadas.

Concretamente, considerando los argumentos relatados, hemos considerado desarrollar esta investigación, recurriendo a un enfoque mixto, entre la revisión exhaustiva de fuentes primarias y secundarias, así como, analizar documentos y entrevistas a expertos en la materia.

Para alcanzar tal fin, desarrollaremos cuatro apartados, en el primero realizaremos un recuento histórico, desde el Tribunal de Garantías Constitucionales deteniéndonos en uno de los casos mas relevantes vinculados a la composición de aquel Tribunal, para que a continuación revisemos los problemas de la actual composición del Tribunal Constitucional, especialmente, la alta carga procesal que cuenta este Órgano y finalicemos abordando, por una parte algunas alternativas que se orientan a garantizar su independencia pero que esta se sustente en la pluralidad del origen de sus integrantes y, por otra, plantearemos propuestas concretas para reformar el proceso de selección de magistrados.

Con lo expresado, pretendemos colocar en palestra el debate en el que se encuentra sumergido en la actualidad el tópico planteado, apostando por una propuesta racional y motivada en la optimización de la justicia constitucional, baluarte del Estado del Derecho en Perú.

1 Antecedentes

Fue con la Constitución del Estado del Perú de 1979, a propuesta del desaparecido jurista Javier Maximiliano Alfredo Hipólito Valle-Riestra González-Olachea, en la que se recoge la propuesta de la Constitución Española de 1978, de incorporar dentro del sistema jurídico nacional la institución del Tribunal de Garantías

Constitucionales², la misma que reserva y desarrolla al mencionado organismo autónomo (Eguiguren, 1998, p. 120).

Es con la Constitución de 1979, a través de su artículo 246, que se instaura en el ordenamiento legal de la República peruana, la institución propia del antiguo Tribunal de Garantías Constitucionales que funcionó hasta el 05 de abril de 1992³, cuya composición fue de nueve jueces, quienes eran elegidos corporativamente de la siguiente manera: tres elegidos por la Sala Plena de la Corte Suprema, tres por el Senado (mayoría calificada) y tres el Poder Ejecutivo, con el acuerdo del Consejo de Ministros (SPIJ (. p., 2024).

Al respecto del extinto Tribunal de Garantías Constitucionales, que funcionó hasta el día que se perpetró el autogolpe, consideramos que la mencionada institución adoptó decisiones pasivas, no innovó, no generó desarrollo constitucional, no fue más allá de sus competencias legales y constitucionales y podemos decir que fue un órgano que no trascendió en sus fallos, salvo excepciones, vinculadas al caso del voto preferencial (Eguiguren, 1998, p. 123).

No se apreció, ni se analizó y menos se debatieron innovaciones vinculadas a la evolución constitucional, fundamentalmente en lo que se refiere la doctrina constitucional vinculante. No se promovió en forma sustantiva y relevante lo que consideramos como precedentes vinculantes, fue una institución paciente (Morales Godo, 2000, p. 73).

Con la aprobación de la Constitución de 1993, es oportuno precisar que se otorgan competencias innovadoras al Tribunal Constitucional, que van de la mano con el ejercicio de la “Autonomía Procesal”, que se relacionan con la facultad con la que debe contar toda Corte, Sala o Tribunal que ejerce control concentrado, incorporado al

² Con la Constitución de 1979 se incorporó el Tribunal de Garantías Constitucionales. Adicionalmente, es una figura extraída del texto español de 1931.

³ Fecha en el que el señor Alberto Fujimori Fujimori cometió el atropello de violar la Constitución, disolver el Congreso, diversas instituciones y organismos autónomos, entre ellas el entonces Tribunal de Garantías Constitucionales

sistema jurídico con la Constitución de 1979 (Monroy Gálvez, 2008). Previamente al control concentrado, se contaba con el control difuso que ejercen todos los jueces ordinarios (Quiroga León, 1996).

Respecto del ejercicio de la “Autonomía procesal” del Tribunal Constitucional peruano, autores como el maestro Domingo García Belaunde (2017) critican esta facultad e incluso la considera “un desliz semántico”. Por otra parte, Figueroa Gutarra (2014) sostiene que este principio-técnica aplicada por el interprete supremo de la Constitución peruana reporta beneficios ya que, “hace el derecho más eficaz en relación con un fin relevante en la justicia constitucional” y añade que su aplicación debe considerar un conjunto de pautas de carácter procedimentales para su aplicación.

Es destacable señalar que la Constitución de 1993 dispone la elección de seis jueces, dos menos que lo previsto por su antecesora, los mismos que son seleccionados en el seno del Congreso de la República por un periodo de cinco años, dos menos que lo dispuesto en la constitución anterior (Grandez, 2014). Como podemos apreciar, se ha producido una reducción en la composición y el periodo por el que son elegidos los magistrados. Aunado a ello, a diferencia del sistema de elección previo, se ha concretado un monopolio en la elección de los magistrados; debido a que solo un Poder del Estado es quien los elige, hecho que no ocurre en la experiencia comparada en América Latina ni otras latitudes; ya no se comparte esta decisión política con los otros poderes del Estado, mecanismo que en un principio establecía la carta de 1979 (Gutierrez Canales, 2014, p. 388).

Al respecto debemos enfatizar que la carta de 1979, era una ley fundamental más plural, con mayor amplitud en su elección y más participativa, admitiendo que los tres poderes del Estado intervineran activamente en la elección de estos altos magistrados, como señalamos previamente, cada poder tenía la capacidad de elegir a tres magistrados, aclaramos que no eran representantes de la Sala Plena del Poder Judicial, del Consejo de Ministros, ni del

Congreso de la República; sino que fueron delegados nominados por cada Poder del Estado, que venían a cumplir una función incólume, recta y sagrada, como es la defensa de la Constitución y por ende del ordenamiento jurídico (Cáceres Arce, 2014).

El actual Tribunal Constitucional, cuenta con funciones activas, es creador de desarrollo constitucional, mentor de la doctrina constitucional vinculante como es el caso del Exp. N.º 04382-2023-PA/TC, 2024 (Arsenio Oré, 2024) y de precedentes vinculantes como el caso recaído en el Exp. N.º 05057-2013-PA/TC (Beatriz Huatuco, 2013) o el correspondiente al Exp. 03525-2021-PA/TC (MAXCO S.A, 2023). Además, ha sido el responsable de resolver las disputas competenciales planteadas por los Poderes del Estado y los Organismos Constitucionalmente Autónomos (OCA) en tiempos recientes.

2 El problema de la composición

En mayo de 1997, el Pleno del Tribunal Constitucional que estaba integrado por: Francisco Acosta Sánchez, José García Marcelo, Luis Díaz Valverde, Ricardo Nugent López Chávez, Guillermo Rey Terry, Manuel Aguirre Roca y Delia Revoredo Marsano, debieron de absolver la demanda de inconstitucionalidad que interpuso el Colegio de Abogados de Lima en contra de la Ley Interpretativa reservada a la reelección presidencial (Cáceres Arce, 2014).

Este Pleno conoció el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 26657 (Ley de Interpretación auténtica), que interpretaba el artículo 112 de la Constitución, norma que se encontraba reservada a la reelección del jefe de Estado. (Bernalés Ballesteros, 1996)

Tres de los cuatro jueces sustentaron que la reelección era inconstitucional (Los magistrados: Aguirre Roca, Revoredo Marsano y Rey Terry), bajo el argumento de que la Constitución de 1993, facultaba una reelección inmediata y no dos reelecciones, como sucedió en las elecciones generales de abril del 2000 donde intervinieron como

candidatos en la segunda vuelta el entonces presidente Alberto Fujimori y Alejandro Toledo Manrique (Cáceres Arce, 2014).

Previamente el señor Alberto Fujimori Fujimori, en las elecciones generales de 1995 y al amparo del artículo 112 de la ley fundamental, fue a un proceso de reelección. Como señala Cáceres Arce (2014) no podemos dejar de recordar que se le eligió como jefe de Gobierno, para el periodo 1990-1995, por lo que se benefició, y se le aplicó la figura de la reelección presidencial en 1995, en dicha contienda política, venció en las ánforas al distinguido ex Secretario General de las Naciones Unidas, don Javier Pérez de Cuellar de la Guerra con el 64.3% del total de votos emitidos (Tuesta Soldevilla, 2001).

Ante estas circunstancias, como mencionaba Bernales (1996) el señor Fujimori constitucionalmente, no estuvo habilitado para ir a una segunda reelección presidencial en el año 2000, la norma constitucional establecía la posibilidad de una reelección y no de dos tal.

Empero, en el proceso ventilado en el Tribunal Constitucional, los otros cuatro integrantes los magistrados: Acosta Sánchez, García Marcelo, Díaz Valverde y Nugent López votaron a favor de la constitucionalidad de la ley, siendo el resultado final de cuatro contra tres votos, tal y como se desprende de la sentencia del Exp. 002-96-I/TC.

Jorge Cáceres Arce (2014) señala que a los tres jueces que resolvieron a favor de declarar inconstitucional dicha norma interpretativa se les consultó a través de la solicitud formal de aclaración, que procedan a explicar el sentido de su voto, requerimiento planteado por el demandante, el Colegio de Abogados de Lima, debidamente representado por su Decano don Vladimir Paz de la Barra. Es ante esta solicitud formulada por el impulsor del control concentrado; que se reúnen los tres magistrados ya mencionados y emiten una aclaración exigida por el gremio profesional (Cáceres Arce, 2014, p. 232).

El Congreso Unicameral, calificó que esta aclaración de sus votos constituía una usurpación de funciones al Pleno del Tribunal -a pesar de que solo emitieron una aclaración del sentido y espíritu de sus votos-, por lo que fueron destituidos arbitrariamente, abusiva y torpemente apartados del órgano de control, por defender la esencia constitucional (Bustamente Alarcón, 2003).

Es lamentable que don Enrique Chirinos Soto se prestó para sustentar la acusación constitucional contra el magistrado Manuel Aguirre Roca, así como a los magistrados Delia Revoredo Marsano y Guillermo Rey Terry (Cáceres Arce, 2014, p. 232). Inmediatamente, el Congreso de la República controlado por el fujimorismo aprobó en el hemiciclo, destituirlos, decisión que fue y será inconstitucional.

Ante lo sucedido entre mayo de 1997 y noviembre del 2000, fecha en que Alberto Fujimori Fujimori fue vacado, el Tribunal Constitucional peruano actuó con cuatro jueces, no con siete como ordena el mandato constitucional, se careció de voluntad política para elegir a los tres magistrados, en reemplazo de los que fueron apartados de su cargo abruptamente. Esta ausencia de magistrados designados evitó que la función sagrada de este alto Tribunal, como es la del control concentrado no se aplicara, avocándose únicamente a procesos de control difuso y los reservados a las garantías constitucionales (Hábeas Corpus, Hábeas Data, Acción de Amparo y Acción de Cumplimiento) (Cáceres Arce, 2014, p. 233).

El primer acto de Gobierno del presidente transitorio Valentín Paniagua Corazao en coordinación con el Congreso de la República que vacó a Alberto Fujimori el 19 noviembre del año 2000, fue adoptar el acuerdo de restituir a los tres magistrados que habían sido destituidos inconstitucionalmente por este mismo órgano legislativo el 28 de mayo de 1997.

Este caso en concreto marco un hito en la historia constitucional, no solo por su relevancia política, sino sobre todo por su aporte a

la protección de los derechos fundamentales. Tal es su relevancia, que a pesar de haber transcurrido prácticamente tres décadas de acontecido, nos permite dar pie al estudio sobre la actual composición y evaluar los argumentos que respaldan la ampliación del numero de integrantes del pleno del Tribunal Constitucional.

3 La ampliación de integrantes ¿una reforma necesaria?

Los argumentos para ampliar el número de magistrados y permitir que los tres Poderes del Estado actúen en el proceso de selección son los siguientes: **a) Participación** **b) Pluralidad** y **c) Inclusión institucional**. Como señala Grández (2014) no solo se plantea una restricción a la participación de otros entes distintos al Congreso, sino que deviene en una práctica monopólica excesiva para acumular más dominio en la escena política.

Es oportuno precisar que por su competencia innata el Parlamento, puede recaer en violaciones a la Constitución por sus tareas legislativas, por el natural ejercicio de sus funciones constitucionales, como es la de legislar.

El Parlamento se convierte en juez y parte, dado que ellos elijen a sus controladores y más aún, los pueden destituir a través de la “acusación constitucional”. Ante estas razones, consideramos que deben ser diez, los magistrados integrantes del Tribunal Constitucional. Planteamos que los integrantes del Pleno del Tribunal Constitucional deben ser:

- d) Tres magistrados elegidos por el Senado de la República con mayoría calificada, rama legislativa que se instalará en julio del 2026, al retorno a la Bicameralidad.
- e) Cuatro magistrados elegidos por mayoría calificada, de la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia de la República, de los cuales dos son elegidos entre sus jueces en funciones o

exjueces supremos cesantes y dos entre los fiscales en funciones o exfiscales supremos cesantes.

f) Tres magistrados elegidos por el acuerdo unánime del Consejo de Ministros.

La composición de magistrados con diez letrados nos permitirían formar tres salas, cada una integrada por tres magistrados (A diferencia de la composición vigente que son dos salas compuesta cada una por tres magistrados), que se avoquen a los procesos de tutela de derecho o de garantías constitucionales (Hábeas Data, Hábeas Corpus, Acción de Amparo y Acción de Cumplimiento), a fin de atender de forma célere y eficaz estos recursos, los cuales se dilatan y se incumplen ante la garantía de la atención inmediata de estos procesos sumarios, a causa de la excesiva carga procesal.

Es válido anotar que el Presidente del Tribunal Constitucional, que es el responsable administrativo del funcionamiento de esta institución, no debe asumir funciones jurisdiccionales, tal como sucede en el Poder Judicial, donde el titular de este Poder del Estado no integra sala alguna, es decir no cumple función jurisdiccional; sino que preside la Sala Plena y Consejo Ejecutivo, esta prerrogativa le permitirá materializar tareas administrativas y funcionales, así como velar por el correcto funcionamiento de este Órgano Constitucional (SPIJ, 2007) .

El presidente del Tribunal no integraría ninguna de las tres salas, sin embargo, sí preside el Pleno del Tribunal, para conocer los procesos de inconstitucionalidad y los competenciales. La elección del presidente y Vicepresidente debe ser a través del mecanismo que actualmente se practica. El vicepresidente si integra una de las salas del Tribunal Constitucional, y quien asumirá de forma temporal la Presidencia, ante la ausencia temporal del representante de este órgano autónomo. Por último, consideramos que se debe mantener el plazo de la Presidencia y Vicepresidencia de dos años.

Además, consideramos que el mandato de elección de los magistrados debe ser de siete años, a diferencia de la disposición actual que es de cinco, sin posibilidad de reelección, tal y como en Italia o España. A fin de no coincidir con los periodos de Gobierno y congresal de la Cámara de Senadores y de esta manera se garantizará una mayor independencia de los jueces constitucionales (Lopez Guerra, 2004).

La ampliación del mandato de 5 a 7 años obedece a una lógica racional que impide la movilidad de los magistrados por parte del poder político, tal como ocurrió con los Magistrados Revoredo, Rey Terry y Aguirre Roca. Como relata el López Guerra (2004) esta técnica que a su vez se convierte en una garantía denominada inamovilidad relativa permite reforzar la independencia de los jueces constitucionales.

Ahora bien, ante situaciones como las del vencimiento del mandato de los magistrados, debemos apuntar que en la práctica existen casos como los del exmagistrado Vergara Gotelli que ejerció por más de 9 años su cargo sin que el Congreso de la República nombre su reemplazo (Grandez, 2014). Otras situaciones similares ocurrieron con el exmagistrado Carlos Ramos Núñez, que contaba con el mandato vencido y falleció en el ejercicio de sus funciones (Comercio, 2021).

Ante este tipo de situaciones, es posible recoger alternativas planteadas en el ámbito comparado, tal es el caso de lo considerado por el Tribunal Constitucional de la República Federal de Alemania en el artículo 7 de la Ley del mismo órgano. Como resalta López Guerra (2004):

(...) si en un determinado plazo el Bundestag o el Bundesrat no han efectuado las propuestas correspondientes ante el órgano encargado del nombramiento formal (el presidente de la República), será el mismo Tribunal el que proceda a presentar candidatos a los órganos parlamentarios.

Ahora bien, consideramos que los requisitos para acceder al cargo de Magistrado del Tribunal Constitucional titular deben ser:

- a) **EDAD:** Mayor de 45 años.
- b) **PROFESORES UNIVERSITARIOS:** los mismos que deben provenir de universidades públicas y privadas licenciadas por la SUNEDU, que tengan más de treinta años de funcionamiento y haber ejercido la docencia como mínimo veinticinco años en la casa de estudios, esto a fin de conocer su comportamiento democrático, su talante y su temperatura jurídica. Asu vez ser autor o coautor de publicaciones o investigaciones relevantes a la materia constitucional.
- c) **ESTUDIOS:** Abogado con maestría en la especialidad de derecho público (Constitucional, civil, penal, laboral, administrativo, gestión pública) y de preferencia Doctor en Derecho.
- d) **JUEZ:** Ejercer como juez supremo, juez superior o juez de primera instancia en actividad, con no menos de 25 años en la función como magistrado, o ser magistrado de la Corte Suprema de la República cesante.
- e) **FISCAL:** Ser fiscal supremo, fiscal superior o fiscal provincial en actividad, con no menos de 25 años en la función como magistrado o ser Fiscal Supremo cesante.
- f) **ABOGADO FORENSE:** ser egresado de una universidad licenciada y con treinta años de funcionamiento y haber ejercido la profesión no menos de treinta años. Provenir de un Colegio de Abogados con no menos de treinta años de haber sido constituido.

No pueden postular al cargo los abogados que se les haya impuesto sentencia en primera instancia por delito doloso, inhabilitados por SERVIR o que se encuentren en el registro de deudores alimenticios.

Demostrado comportamiento ético y ser un agente de la defensa efectiva del Estado Constitucional.

Cada una de las propuestas alcanzadas representan alternativas que se sostienen no solo en una necesidad latente del supremo interprete de la Constitución Política del Perú, sino porque en el ámbito comparado encontramos requisitos que sostienen esta postura. Tal es el caso del sistema español, donde son 12 los miembros del Tribunal Constitucional y para ser elegidos, según reza el inciso segundo del artículo 159 de la Constitución Española, “deberán ser nombrados entre Magistrados y Fiscales, Profesores de Universidad, funcionarios públicos y abogados (...)" (BOE, 1979).

4 Alternativas al debate

La elección de los magistrados del Tribunal Constitucional es un asunto institucional; con ello se impide que puedan postular quienes no cuenten con experiencia o tránsito en el ámbito jurídico o que su actuar personal no se ajuste a la ética y a la moral, no deben proceder las propuestas personales, individuales o aisladas por sectores informales, sino como el caso italiano o español que son tres las instituciones las que proponen a los candidatos (Chmielrz-Grochaj et al., 2018, p. 484).

Siguiendo lo dispuesto por las recomendaciones de la Comisión de Venecia (*Compilation of Venice Comission opinions, reports and studies on constitutional justice Strasburg, 1 july 2015, CDL-PI (2015) 002 PP. 11-14*). La posibilidad de incorporar a diversos sujetos para elegir a los integrantes de un tribunal de esta envergadura posibilita una elección más equilibrada. (Chmielrz-Grochaj et al., 2018, p. 514)

Por ello consideramos que los candidatos a ser propuestos para magistrados deben ser ante el Consejo de ministros y ante el Congreso de la República a través del Senado proviniendo de los siguientes estamentos:

- a) Colegios de Abogados con no menos de treinta años de funcionamiento y con el acuerdo de la mayoría calificada de los integrantes de la Junta Directiva.
- b) Las Universidades públicas o privadas licenciadas por la Superintendencia Nacional de Educación Superior (SUNEDU), con más de treinta años de funcionamiento y con el acuerdo del Consejo Universitario o Consejo Directivo o el que haga sus veces, con el voto de la mayoría calificada de sus integrantes.
- c) Los gremios empresariales debidamente acreditados, que tengan actividad por más de treinta años de funcionamiento (Como las Cámara de Comercio⁴, la Sociedad Nacional de Industrias u otras instancias debidamente institucionalizadas) y con acuerdo del directorio o los que hagan sus veces, con el voto de sus directivos por mayoría calificada.

En el caso de los candidatos propuestos ante la Sala Plena de la Corte Suprema de Justicia podrán ser presentados:

- a) Las asociaciones de magistrados de los niveles: supremos, superiores o de primera instancia debidamente constituidas con no menos de 20 años de existencia.
- b) Las asociaciones de fiscales de los niveles supremos, superiores o provinciales debidamente constituidas con no menos de 20 años de experiencia.

Habiendo expuesto lo anterior, consideramos que esta propuesta puede establecer un proceso mas riguroso y plural para elegir a los magistrados del Tribunal Constitucional. El principal argumento sigue la lógica planteada por Suchocka (como citado en Chmielarz-Grochala et al., 2018) que los candidatos que desean ocupar esta alta investidura deben contar una formación jurídica sólida, una

⁴ El Perú tiene Cámaras de Comercio con más de 100 años de vida institucional, como las Cámara de Comercio de Lima y de Arequipa.

trayectoria profesional destacada y deben provenir de propuestos de instituciones reconocidas y representativas.

Consideraciones finales

Luego de recorrer los cuatro apartados de esta investigación, podemos señalar que la composición del Tribunal Constitucional ha sido fruto de diversos debates a raíz de situaciones de riesgo para la institucionalidad y la legitimidad del supremo interprete, como fuera el caso de la exclusión arbitraria de los Magistrados del Tribunal Constitucional en 1997,

Las constantes crisis han llevado plantear diversas alternativas para fomentar la independencia del Tribunal Constitucional, ya que esta representa la protección de los derechos fundamentales y del imperio de la constitución. Por esta razón, ante el debate de la ampliación de los integrantes del Tribunal Constitucional, también se debe plantear la idea de fomentar una elección plural que no depende únicamente del Congreso, hoy con una cámara, pero bicameral a partir de 2026.

Dentro de la propuesta de ampliación de los integrantes del Supremo Tribunal se debe considerar, como lo indican los expertos, la exigencia de calidad académica, profesional humana, el apego por la protección de los Derechos Fundamentales y la independencia de los intereses políticos, tal como señaló la Comisión de Venecia en su sesión plenaria número 59, correspondiente a junio de 2004.

Referencias

Arsenio Oré, 199/2024 (Pleno del Tribunal Constitucional peruano 11 de julio de 2024).

Beatriz Huatuco, Exp. N.º 05057-2013-PA/TC (Tribunal Constitucional del Perú 16 de Abril de 2013).

Bernales Ballesteros, E. (1996). El artículo 112º de la Constitución y la Ley N° 26657. *Pensamiento Constitucional* , 103-115.

BOE. (29 de Diciembre de 1979). *Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado* . Obtenido de Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado : <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1978-31229>

Bustamente Alarcón, R. (2003). El caso del Tribunal Constitucional a propósito de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Pensamiento Constitucional* , 291-337.

Cáceres Arce, J. L. (2014). El Tribunal Constitucional y su desarrollo constitucional . *Pensamiento Constitucional* , 231-250.

Chmielrz-Grochaj et al., A. (2018). Selección de Magistrados Constitucionales legales y políticos de la crisis de nombramiento en algunos países europeos. *Estudios Constitucionales* , 481-526.

Comercio, E. (21 de Septiembre de 2021). *El magistrado del Tribunal Constitucional (TC) Carlos Augusto Ramos Núñez falleció la madrugada del 21 de setiembre del 2021, apenas seis días después de cumplir 61 años. La causa fue un paro cardiaco.* Obtenido de [www.elcomercio.pe: https://www.elcomercio.pe/politica/tribunal-constitucional-carlos-ramos-nunez-quien-fue-el-magistrado-del-tc-y-que-ocurria-en-la-institucion-tras-su-muerte-noticia/](https://www.elcomercio.pe/politica/tribunal-constitucional-carlos-ramos-nunez-quien-fue-el-magistrado-del-tc-y-que-ocurria-en-la-institucion-tras-su-muerte-noticia/)

Congreso, d. l. (03 de Diciembre de 2024). [www.congreso.gob.pe](https://www.congreso.gob.pe/noticias/aprueban-dictamen-que-incrementa-a-nueve-el-numero-de-integrantes-del-tribunal-constitucional/). Obtenido de <https://www.congreso.gob.pe/noticias/aprueban-dictamen-que-incrementa-a-nueve-el-numero-de-integrantes-del-tribunal-constitucional/>

Eguiguren, F. (1998). Relaciones entre el Poder Judicial y el Tribunal Constitucional en el Perú. *Pensamiento Constitucional* , 123.

Grandez, P. (2014). Repensar la estructura orgánica del Tribunal Constitucional. *Revista de la Maestria en Derecho Procesal*, 79-110. Obtenido de <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoprocesal/article/view/79-118>

Gutierrez Canales, R. (2014). La elección de miembros del Tribunal Constitucional en el Perú: una mirada desde el Derecho europeo y latinoamericano. *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Extremadura*, 383-397.

Lopez Guerra, L. (2004). La organización y la posición institucional de la justicia constitucional en Europa. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, 85-100. Obtenido de <https://revistas-colaboracion.juridicas.unam.mx/index.php/anuario-derecho-constitucional/article/download/30195/27259>

MAXCO S.A, EXP. N.º 03525-2021-PA/TC (Tribunal Constitucional del Perú 22 de Noviembre de 2023). Obtenido de [www.tc.gob.pe: https://tc.gob.pe/jurisprudencia/2023/03525-2021-AA.pdf](https://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2023/03525-2021-AA.pdf)

Monroy Gálvez, J. (2008). La “autonomía procesal” y el tribunal constitucional: apuntes sobre una relación inventada. *Themis*, 87-96.

Morales Godo, J. (2000). Del Tribunal de Garantías Constitucionales al Tribunal Constitucional peruano. Análisis jurídico-político comparativo. *Derecho PUCP*, 65-88.

Quiroga León, A. (1996). Control Difuso y control concentrado en el Derecho Procesal Constitucional peruano. *Derecho PUCP*, 207-233.

Rosalía Beatriz Huatoco Huatoco, Exp. N.º 05057-2013-PA/TC (Tribunal Constitucional del Perú 16 de abril de 2013).

SPIJ. (20 de Diciembre de 2007). www.spij.minjus.gob.pe. Obtenido de www.spij.minjus.gob.pe: https://spiij.minjus.gob.pe/spiij-ext-web/#/detallenorma/H955918

SPIJ, (. p. (08 de 12 de 2024). www.spijweb.minjus.gob.pe. Obtenido de [www.spijweb.minjus.gob.pe: https://spijweb.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2019/05/Constitucion-Politica-del-Peru-marzo-2019.pdf](https://spijweb.minjus.gob.pe/wp-content/uploads/2019/05/Constitucion-Politica-del-Peru-marzo-2019.pdf)

Tuesta Soldevilla, F. (08 de Diciembre de 2001). *Perú político en cifras: 1821-2001*. Lima : Fundación Friederich Ebert. Obtenido de ONPE: <https://www.web.onpe.gob.pe/modElecciones/elecciones/RESUMEN/GENERALES/10.pdf>

Capítulo 7

La constitución de Cádiz y su influencia política y jurídica en el constitucionalismo peruano

Jorge Luis Cáceres Arce

Introducción

Es indudable que la Carta de Cádiz, fue el texto que instauró la Monarquía Constitucional (Ahora Parlamentaria) en España y que es la primera carta constituyente de la República Ibérica. Como lo destaca el Profesor Alberto Ramos Santana (2011), “La Constitución Española de 1812, proclamada en Cádiz el 19 de marzo, influyó de manera destacada en el desarrollo de la contemporaneidad en Europa y en América, ya que la norma gaditana se convirtió en el modelo y en el estandarte de las reivindicaciones de libertad de muchos pueblos del viejo y del nuevo continente” (p.11).

La Carta de Cádiz se gestó de un movimiento político liberal y ejerció una influencia inigualable en los nacientes procesos constitucionales del nuevo mundo. Los más de trescientos constituyentes

(303) hace más 213 años (19 de marzo 2012-Bicentenario) soñaron y arriaron las banderas para que los territorios ultramarinos adquieran una cierta autonomía gubernamental. El texto Gaditano marcó el preludio del principio gubernamental del Estado Democrático de Derecho, en el que en la actualidad se cimienta el proyecto político y constitucional europeo.

Los diputados constituyentes y entre ellos los del virreinato de Lima, Vicente Morales y Duárez, Mariano de Rivero, Dionisio Inca Yupanqui, José Joaquín Olmedo y Francisco de Salazar y Carrillo (él primero presidió las Cortes de 1812), apostaron por los principios de la libertad, de la igualdad, de la ciudadanía, de la justicia social, de la separación de poderes; que con su aplicación plural y tolerante marcaron el sendero y el surco del avance definitivo de los procesos independentistas en América Latina. No olvidemos que en México, en 1814, se proclamó la primera carta gubernamental mexicana, copia directa de Cádiz. En el Virreinato del Perú, el Virrey Abascal hizo jurar la Constitución de Cádiz en octubre de 1812. En el Río de la Plata (Argentina, Paraguay y Alto Perú) no se proclamó, empero influyó en todos los textos constitucionales, hasta el documento final de 1819. El Uruguay, jura respetar y defender a la Constitución Portuguesa de 1822, esta carta era una réplica de la de Cádiz.

Para el Maestro del Derecho Constitucional Peruano Domingo García Belaúnde “la Carta de Cádiz, o como también se le llama “la Pepa” o la “Carta Gaditana” (por su nombre latino) no solo tiene una significación jurídica... sino una innegable proyección política” (Cáceres, 2007, p. 18). La Carta de Cádiz como lo enuncia el jurista García Belaúnde “debe ser considerada como parte de nuestro pasado constitucional y decididamente de nuestra historia, y es dable por eso rescatarla” (Cáceres, 2007, p. 18).

El texto gaditano se constituyó en el instrumento jurídico y político que influyó en la emancipación de la Nación Peruana. La primera Constitución de la República naciente, la otorgada por

José de Torre Tagle, es decir la Constitución liberal de 1823, recogió a las Instituciones democráticas y a los principios enarbolados y reconocidos en la Constitución de 1812, que aparecen descritos en el presente trabajo académico.

La República española ha contado con siete cartas políticas, marcadas históricamente desde la gaditana promulgada por el Rey Fernando VII, quien le suscribió, empero luego la incumplió, quebrando el intento de crear una comunidad hispánica de naciones y quién apostó por el retorno al absolutismo (1814). Posterior a Cádiz, se dictó la Constitución Política de la Monarquía Española de junio de 1837. Luego la Ley fundamental también de contenido monárquico del 23 de mayo de 1845.

Como bien lo desarrolla la profesora Raquel Rico - Linaje, la cuarta Norma Suprema española fue la del primero de junio de 1869. Posterior a ella España contó con el Código Político del 30 de junio de 1876. Todas sin excepción incluyeron a las añejas instituciones (Corona, Cortes, Poder Judiciario, Consejo de Estado entre otras) y a los principios de rasgo plural, a diferencia de la ratificación del Estado confesional, sujeto y sumiso a la Iglesia Católica.

Las Constituciones del siglo vencido que rigieron a la Nación hispánica, han sido la republicana del 9 de diciembre de 1931, eminentemente de corte conservador y dictada en el Palacio de las Cortes Constitucionales y suscrita por Julián Besteiro.

Con la presencia autoritaria del General Francisco Franco, se suspende la vigencia del texto de 1931, y la gestión de facto dicto a decir de Julio Montero, siete leyes llamadas fundamentales del franquismo, a partir del 17 de mayo de 1958, hasta octubre de 1945, que se aplicaron a espaldas del constitucionalismo español, hasta finales de la década del setenta, con la caída del régimen que mutiló a las instituciones democráticas y por ende a los derechos fundamentales.

La vigente Constitución Política, española data de 1978 y juraron respetarla desde el Jefe de Gobierno Adolfo Suárez, Felipe González, José María Aznar, José Luis Rodríguez Zapatero, Mariano Rajoy del Partido Popular (PP) y Pedro Sánchez del PSOE (marzo del 2025) respaldado por los independentistas y los partidos separatistas (vascos y catalanes)

Podemos afirmar que todos los textos del siglo XIX, a excepción de la de 1869 y la de 1931, constituyeron un intento por desnaturalizar la noción de soberanía popular. Es innegable que el liberalismo doctrinario, predominante en la historia constitucional española del siglo XIX, cauteló en forma constante la soberanía dual o compartida y con una presencia activa del monarca.

La carta del 78 es producto del acuerdo y el consenso entre las fuerzas políticas (Partido Socialista PSOE y el Partido Popular PP) y en ella se consolidó el proyecto democrático y universalista que nació con la Constitución monárquica de 1812 y que inauguró en España un Estado Democrático de Derecho.

La Carta de Cádiz, ha influido históricamente en el constitucionalismo peruano, desde el primer congreso constituyente instalado el 20 de setiembre de 1822, presidido por el clérigo y jurista arequipeño Francisco Javier de Luna Pizarro y Pacheco, y ha estado y está presente en las doce cartas del Estado Peruano.

Los Constituyentes de 1812 se identificaron plenamente con la democracia y con los principios de la libertad de impresa, del ejercicio de ciudadanía y el de la separación de poderes y apostaron por la descentralización a través del poder municipal (Cabildos - Ayuntamientos).

La mejor expresión de los diputados liberales de ambos hemisferios está sellada en el Palacio de las Cortes llamado oratorio de San Felipe Neri ubicado en la Isla Fenicia de Cádiz y en cuya placa reza “Gracias a la Constitución Española de 1812, España inició un camino nuevo en el devenir de la historia, con el que aprendimos a opinar,

a dialogar, a convencer y a convivir, respetando las libertades y los valores democráticos en un Estado de Derecho. El Ateneo literario, artístico y científico de Cádiz, ofrece este homenaje con profundo respeto y admiración a la Constitución de Cádiz y a los diputados de la Nación Española que la juraron. Cádiz 19 de marzo del 2008” (Ramos Arguelles, 1990).

Sin duda, la ley histórica de Cádiz es un documento hispano, de trascendencia imborrable para el constitucionalismo latinoamericano. Los invito a la lectura de la Investigación de rasgo jurídico, histórico y político, imbatible al tiempo.

1 Principio de ciudadanía

Este principio tutelar relacionado al ejercicio de derechos fundamentales, estuvo presente en la primera **Constitución Política del Perú (1823)**¹, a través de su Art. 10, el mismo que señalaba que eran peruanos todos los hombres libres, nacidos en el territorio del Perú, haciendo alusión a la especie humana que comprende el género varón y mujer, empero bajo la condición de ser libre.

Esta misma carta estableció que nadie en el Perú nacía esclavo y preciso que quedaba abolido el comercio de los negros y el que ejerciera este tráfico de humanos perdía los derechos de naturaleza, como así lo normo el artículo 12 de la carta en mención.

La Constitución otorgada por José de Torre Tagle, en su artículo 17 estableció las condiciones para ser ciudadano, una de ellas aparte de ser peruano debía de tenerse 25 años o ser casado, ser letrado es decir saber leer y escribir, pero esta exigencia solo fue hasta 1840, tener propiedades o ejercer cualquier profesión u arte con título público.

En interpretación literal y extensiva de las condiciones para ser ciudadano habían requisitos que fluyen de la naturaleza como

¹ Para efectos del presente capítulo se ha utilizado y analizado todos los textos constitucionales que ha tenido el Perú, ellos contenidos en el último libro editado por el maestro García Belaunde (2006).

de ser peruano de nacimiento y tener 25 años, pero habían otros requisitos de orden civil, cultural y patrimonial.

El artículo 18 señalaba que es también ciudadano el extranjero que tuviera carta de ciudadanía, como los extranjeros casados con peruano que tengan 10años de vecindad en cualquier lugar de la República. (Art. 20)

La carta de 1823 establecía una condición discriminatoria en el sentido que la ciudadanía abría las puertas a los empleos, cargos o destinos de la República y permitía ejercer derechos políticos. Consideramos que este artículo 22 atentaba al principio de igualdad ante la ley.

El artículo 22 mencionado a nuestro entender entra en colisión con el artículo siguiente el 23, que estableció que todos los ciudadanos son iguales ante la ley en el sentido de que había la igualdad entre pares, es decir, entre ciudadanos peruanos, pero no había igualdad entre ciudadanos nos peruanos.

Por último, el artículo 24 precisaba, cuando se suspendía la ciudadanía y reiteraba lo establecido en la Constitución de Cádiz, en el sentido que por la condición de ser sirviente, doméstico o por no tener empleo u oficio conocido se suspendía la ciudadanía, y se perdía el derecho a la ciudadanía peruana por dos razones una de orden natural y otra de orden legal, por naturalizarse en tierra de gobierno extranjero o por imponérsele una pena aflictiva o infamante.

La segunda Constitución de la República peruana fue la denominada **Constitución Vitalicia de Bolívar de 1826**, la que establecía las mismas condiciones para adquirir la ciudadanía que la anterior Constitución empero se incluía como peruanos (art. 11 inc3), “los libertadores de la república declarados tales, por la ley del 12 de febrero de 1825”. Las causales de suspensión ya no eran las mismas, sino podemos señalar por demencia, notablemente ebrio o mendigo y precisa que también se suspendía la ciudadanía por cometer delito

electoral, por comprar o vender sufragios en las elecciones, o turbar el orden de ellas. (Art. 18) mientras que las causales de perdida de la ciudadanía eran las mismas a las normadas en la Carta de 1823.

La carta vitálica de Bolívar reiteró la discriminación para acceder a empleos públicos, de tener la condición de ser ciudadano peruano. (Esta carta rigió dos meses, ni 49 días)

La Constitución madre de 1828, dada por José de la Mar, estableció en su artículo 4to quienes eran ciudadanos de la Nación peruana y cuando se perdía (Art. 5to), cuando se suspendía la ciudadanía, (Art. 6to).

Las condiciones para ser ciudadano peruano son las mismas condiciones establecidas en las constituciones analizadas, en relación a la perdida de ciudadanía esta se producía por el tráfico exterior de esclavos y por los votos solemnes de religión, mientras que la suspensión se reiteraba a las anteriores ya indicadas, y la ciudadanía se adquiría a los 21 años.

La Constitución de 1834, dada por Luis José de Orbegoso estableció en su artículo 3ro, quienes eran ciudadanos peruanos, cuando se suspendía y cuando se perdía la condición de ciudadano, (Art., 4 y 5).

Estas tres características se reiteraron conforme lo normado en la Constitución de 1828 y tomando en cuenta los aportes de la Constitución de Cádiz de 1812.

La Constitución de 1839, de Huancayo, promovida por Agustín Gamarra, reservó los artículos 4, 5 y 6 a la condición de peruanos y los artículos 7 al 11 como se adquiría la ciudadanía, como se perdía y suspendía la misma.

En relación a los requisitos para ser peruano, hacía mención a los peruanos de nacimiento y por naturalización, los primeros nacidos en el país o los nacidos en el extranjero pero de padres peruanos que estén al servicio de la Nación o que hayan nacido en

el extranjero pero que se hayan inscrito en el Registro Cívico de la capital de la República, (Art. 5).

Eran peruanos por naturalización, los extranjeros que hayan servido fielmente al ejército peruano (Art. 6).

La ciudadanía se adquiría a los 25 años, y debían ser letrados, como ya lo han mencionado las anteriores constituciones (Art. 8). La suspensión y la perdida de la ciudadanía peruana eran similares a lo dispuesto a las anteriores constituciones.

Posteriormente vino la Constitución de 1856, promulgada por el Mariscal Ramón Castilla, que reservó los artículos del 32 al 35 en lo referente a las condiciones para ser peruano y para ser ciudadano (del artículo 36 al artículo 40). En esta carta se vuelve a señalar que hay dos condiciones de peruanos, por nacimiento y por naturalización con planteamientos iguales a las anteriores constituciones. En lo que se refiere a la ciudadanía esta se adquiría a los 21 años. (Art. 36) y quienes ejercían la condición de ciudadanos deberían de tener un estatus cultural, es decir, saber leer y escribir, los analfabetos no podían ejercer el voto o sufragio. Las condiciones para la perdida o suspensión de la ciudadanía eran similares, a excepción de la establecida en el Art., 40 Inc. 4 que normaba “se pierde la ciudadanía por recibir cualquier título de nobleza o condecoración monárquica”.

Procedemos a analizar la segunda **Constitución dada por Ramón Castilla, la de 1860**, que reformó a la carta de 1856, y que ha sido la que ha tenido mayor vigencia en el tiempo hasta 1920, salvo la interrupción temporal de la Constitución de 1867.

En relación a la ciudadanía, eran considerados peruanos, reitera que hay peruano por nacimiento y por nacionalización (Art., 34 y 35), y que la ciudadanía se adquiría, a los 21 años, y que ello le permitió el pleno ejercicio de sus derechos políticos sociales y culturales.

Las causales de suspensión y pérdida de ciudadanía estaban normadas en los artículos 40 y 41 de la Constitución en mención,

cuyas condiciones y requisitos eran similares a la carta de 1856. Comentamos los señalado en el Inc. 5 del artículo 41, en el sentido que se perdía la ciudadanía por la profesión monástica, pudiendo volver a adquiriese mediante la “exclaustración” es decir que perdían la nacionalidad las clérigas de clausura.

Luego contamos con la **Constitución dada por Mariano Ignacio Prado, dada en 1867**, que tuvo una efímera vigencia de cuatro meses y 8 días, que rigió desde el 29 de agosto de 1867 al 6 de enero de 1868, posterior a esta se restituyo la vigencia de la Constitución de 1860 por el General Pedro Diez Canseco, Vicepresidente de la República, encargado del Poder Ejecutivo después de la abdicación del poder del coronel Mariano Ignacio Prado. Este texto no merece de mayor comentario, que reservo del artículo 32 al 37, las condiciones para ser peruano y del artículo 38 al 42 los requisitos para adquirir la ciudadanía para suspenderla y perderla, con condiciones similares al texto de 1860. Una carta de corte liberal que recogió los insumos rectores de la norma castillista de 1856.

La Constitución de 1920, fue la primera Constitución del siglo XX, promulgada por Augusto Belisario Leguía y Salcedo, tuvo como Presidente de la Asamblea Constituyente a Mariano H. Cornejo, denominada Constitución de la Patria Nueva. En los artículos 59 a 61, establecía los requisitos de la nacionalidad, sea por nacimiento o naturalización.

La ciudadanía y el ejercicio de derechos y garantías electorales, estaban expresamente normadas en el artículo 62 al artículo 67, de la Constitución dada por Leguía, se adquiría la ciudadanía, a los 21 años, se suspendía según las causales señaladas en el art. 63, entre las que destacan por incapacidad y por sentencia judicial, que limita la libertad individual, mientras se perdía la ciudadanía, por naturalizarse en otro país, según lo dispuesto por el artículo 64 de la mencionada carta, y solo podían ejercer los derechos electorales los letrados y no los analfabetos (Art. 66). Nos trajo la corriente del

“Constitucionalismo Social” mexicano de Querétaro de 1917 su Constitución símbolo de la sociedad azteca.

La Constitución de 1933, otorgada por el General Luís Sánchez Cerro, quien derroco a Leguía, señalaba que la nacionalidad se adquiría por nacimiento y por nacionalización, y se perdía según el artículo 7, por servir a ejercito extranjero sin permiso del Congreso, o aceptar empleo de otro Estado, creyendo que ello era un exceso de la carta política, ya que limitaba la posibilidad de emigrar y laborar fuera del territorio nacional en instituciones públicas y privadas.

La ciudadanía se ejercía desde los 18 años, se permitió el voto a los extranjeros para las elecciones municipales, las mujeres pudieron emitir su voto en las elecciones generales a partir de 1956.

La Carta Política de 1979, cuya Asamblea Constituyente fue presidida por Víctor Raúl Haya de la Torre, y que fuese promulgada por el presidente Fernando Belaunde Terry, ha sido la heredera del denominado constitucionalismo social, introducido en América, a través de la Constitución Mexicana de Querétaro de 1917, aún vigente y recogió los alcances y virtudes positivas de la Constitución de Weimar de 1919, que se constituyó en un hito fundamental en la historia del constitucionalismo europeo. Estas dos constituciones tanto la mexicana como la alemana, se anticiparon al constitucionalismo del siglo XX e introdujeron principios vigentes del Estado social, y aparecen derechos sociales como del trabajo, la salud y la educación, y reconoció el uso de la propiedad privada en armonía con el interés social.

Esta carta recogió estos rasgos, del denominado constitucionalismo social y en lo que se refiere a la nacionalidad y ciudadanía, esta estuvo expresamente normada en el artículo 89 al artículo 96, y vuelve a reiterarse que son peruanos los nacidos en el territorio y los naturalizados, el extranjero que adquiere la mayoría de edad podía contar con la nacionalidad peruana, la ciudadanía se adquiere

a la dieciocho años, no pudiendo ejercer el derecho al sufragio los analfabetos, quienes a partir de 1985, lo hicieron mediante Ley 23903, promulgada en 1984. Esta carta de corte social estableció las causales de suspensión de la ciudadanía conforme al artículo 66, no precisando causales de perdida de ciudadanía.

La vigente carta política de 1993, promulgada por Alberto Fujimori, (cuya firma fue retirada en febrero del 2001- Ley 27600) establece en su artículo 52, que hay peruanos de nacimiento y por naturalización y que todos ellos deben estar inscritos en el registro correspondiente, precisándose en el artículo 53, 2do párrafo, por renuncia expresa ante autoridad peruana y la ciudadanía se adquiere a los 18 años con el pleno ejercicio de los derechos políticos, económicos, sociales, culturales, categorizados en los derechos fundamentales divididos en cuatro niveles de orden universal (Ahora por cumplir 30 años de su promulgación).

Estos derechos también estuvieron presentes y se ejercieron libremente, bajo la vigencia de la Constitución de 1979, salvo en el período comprendido del 5 de abril de 1993 al 31 de diciembre de 1993 durante el gobierno de facto del Ing. Alberto Fujimori. No pudiendo dejar de registrar que se han cometido actos violarios a los derechos fundamentales, como torturas y desapariciones de peruanos durante la década de 1990 al 2000, en que gobernó el expresidente Fujimori, indultado por decisión del exmandatario Pedro Pablo Kuczynski (Diciembre del 2017) decisión presidencial que fue revocada, por la justicia peruana y altamente censurada por la mediocre legión política y la ciudadanía desinformada.

El Tribunal Constitucional resolvió ejecutar su mandato (Proceso de Hábeas Corpus N° 2010-2020-PHC/TC) y dispuso su libertad el 5 de diciembre del 2023, considerando motivado constitucionalmente el indulto humanitario concedido al exmandatario, quien falleció a los 86 años, el 11 de setiembre de 2024 y, cumplió 17 años de carcelería

de los 25 largos años impuestos por la sala penal suprema liderada por el Juez César San-Martín Castro.

2 Principio de igualdad

La Constitución de 1823, en su artículo 8 reitera lo establecido en la Constitución de Cádiz, sobre la religión, en el sentido que la católica apostólica y romana, es y era la religión y culto oficial de la República, con exclusión del ejercicio de cualquier otra, ello generó definitivamente discriminación por cuestión de credo, y conlleva a la desigualdad ante la ley.

El art. 23 hace referencia a que todos los ciudadanos peruanos son iguales ante la ley.

La Constitución señalada permitía el acceso de los ciudadanos peruanos para el trabajo y que podían participar eligiendo y siendo elegido como representantes ante el Congreso o ante el Poder Ejecutivo, o en su defecto podían ejercer los cargos edilicios en las municipalidades.

La Constitución de 1826, en su artículo 6 estableció que la religión oficial era la mencionada anteriormente, pero no precisaba que sea la única y exclusiva ni excluye el ejercicio de otra. El artículo 17 hacía referencia a que solo podían acceder a tener empleos y cargos públicos, los ciudadanos en ejercicio y por ende peruanos, no permitiendo a los que no tengan dicha condición a ejercerlos, generándose desigualdad.

La Constitución de 1828, estableció reiterar lo señalado en la Constitución de 1823, en relación a la religión oficial del Estado, establecía que no se permitirá el ejercicio de otra religión, generando con ello desigualdad en el libre culto. Se hizo alusión también a que todos los peruanos son iguales ante la ley y que podían ejercer sus derechos políticos, sociales y económicos dentro del marco constitucional establecido.

La Constitución de 1834, en su artículo segundo ratificó la exclusividad del culto y reiteró lo vinculado al principio de igualdad ante la ley, normado en la carta que la antecedió

La Carta de Huancayo de 1839, vuelve a hacer alusión a que la religión y culto del Estado Peruano es la católica, apostólica y romana, en su artículo 3ro. A su vez normó en relación al principio de igualdad, lo establecido en la Constitución madre de 1828.

La Constitución de 1856, es su artículo 4to reiteró lo normado en las anteriores cartas a excepción de lo señalado en la Constitución de 1826, recogió la propuesta monárquica de la ley de Cádiz, en relación a la religión católica, en el sentido de su exclusividad de culto. En lo vinculado al principio universal de igualdad se ratifica por lo normado en la Constitución dada por José de la Mar en 1828.

La Constitución de 1860, que tuvo vigencia de 59 años y 8 meses aproximadamente, en lo vinculado al ejercicio de la religión católica, estableció en forma literal en su artículo 4to, que el Estado la protege, y no permite el ejercicio público de otro culto. Este artículo fue reformado mediante la Ley 2193 del 11 de noviembre de 1915, que literalmente dijo “la nación profesa la religión católica, apostólica y romana y el estado la protege”. Aquí se hace alusión que tanto el Estado como persona jurídica y la Nación como elemento de identidad, están en la obligación moral de custodiar a la religión oficial del Estado peruano desde la época virreinal, empero mediante esta modificatoria del artículo 4to, ya no otorga la exclusividad del culto de la religión católica dentro del territorio nacional. En lo que se refiere al ejercicio de derechos fundamentales estos se practicaron para todos los ciudadanos peruanos sin distingo alguno.

La efímera Constitución de 1867, en su artículo tercero repite lo normado por la segunda Constitución de Castilla de 1860 en lo vinculado a la religión católica y al ejercicio del principio de igualdad ante la ley.

La Constitución de 1920, dada por Leguía, que le permitió gobernar por 11 años, (1919-1930), recoge lo planteado en el artículo 6 de la Constitución de 1826, más conocida como la vitalicia de Bolívar en el sentido, que la Nación profesa la religión católica, apostólica y romana, y que el Estado la protege, pero ya no hace mención a la exclusividad de la misma, como aparece también en la Constitución de 1860, modificada por ley ya mencionada de 1915.

En lo relacionado al principio de igualdad, esto se ejerció de la mano con las garantías individuales, sociales y electorales, empero en el período que gobernó Leguía, con restricciones de las mismas, salvo en el período de gobierno del General Sánchez Cerro.

La Constitución de 1933, cuyo congreso constituyente fue presidido por el arequipeño Clemente J. Revilla, hizo referencia a la religión considerando el sentimiento de la mayoría de los peruanos, precisando que el Estado protegía a la religión católica y hace alusión que a su vez se permite la libertad de otros cultos, así lo normó el artículo 232.

Esta Constitución en su artículo 234 determinó las reglas de las buenas relaciones entre el Estado y la Iglesia Católica, y las mismas se regían por un concordato, aprobado por el Congreso.

La novedad de esta Constitución en el tema religioso está en el artículo 235, que estableció que todos los arzobispos y obispos, debían ser peruanos de nacimiento o por naturalización.

En lo que fue el ejercicio de derechos constitucionales, estos quedaron plasmados en las garantías nacionales sociales, electorales e individuales, bajo el imperio de la no discriminación, salvo para los partidos políticos de ideologías de origen internacional que se encontraban al margen de la ley, sus integrantes no podían desempeñar ninguna función política (Art. 53), ello era discriminatorio y arbitrario, frente al ejercicio de los derechos políticos.

La Constitución de 1979, de rasgo altamente socializante, en su artículo 2do inciso 2 hizo referencia al principio de igualdad ante

la ley, precisándose que no se toleraba discriminación alguna por razón de sexo, raza, religión, opinión e idioma, el varón y la mujer tenían igualdad de oportunidades y responsabilidades, las mujeres tenían y tienen derechos no menores que el varón.

En este extremo la carta de 1979 fue revolucionaria en lo referido al principio de igualdad de sexo y religión, a las mujeres se les permitió la práctica de los derechos civiles sociales, culturales, políticos y patrimoniales, en igualdad de condiciones que los varones, como en la actualidad se viene dando.

La Constitución de 1993, vigente en su artículo 2do, inciso 2 reitera lo normado por la Constitución de 1979, en los extremos de igualdad de raza, religión sexo, idioma, opinión e incorpora la condición económica que no estuvo normado en su antecesora.

3 El poder municipal en el constitucionalismo peruano

La Constitución de 1823, entre sus artículos del 138 al 147 desarrolla, la alternativa del Poder Municipal, recogiendo a la vieja institución del ayuntamiento, convirtiéndola en Municipalidades compuestas por Alcaldes Regidores, Síndicos, quienes debían ser elegidos por Colegios Electorales de Parroquias, las atribuciones de la Municipalidad como institución encargada de la administración de la Ciudad, de la Villa, siempre han estado de la mano con asuntos vecinales relacionados a la seguridad, instrucción primaria, ornato, recreo, al cobro de contribuciones, higiene, salubridad vecinal y a la capacidad de emitir normas municipales.

Los alcaldes a su vez eran jueces de paz, cuyas tareas según la proporción podían compartirlas con los Regidores. Los requisitos para ser alcalde era ser vecino o natural del pueblo, ser representativo y contar con veinticinco años, estos requisitos fueron recogidos de la Constitución monárquica de 1812.

La Carta de 1826 en su artículo 128 preciso que en aquellos vecindarios o comarcas que pasen de mil almas, habrá un alcalde y si excedieran de dos mil almas, habrán dos alcaldes, en lo que se refirió a las funciones de la Municipalidad no menciono nada, empero si se utilizó a la institución del cabildo abierto en 1827 para pronunciarse sobre la nulidad de la Constitución Vitalicia.

La Constitución de marzo de 1828, legislo sobre la institución municipal del artículo 140 al 143, precisando que los censos determinarían las juntas de vecinos denominada Municipalidad y que las municipalidades se encargarían de resguardar los intereses locales, sus autoridades debían provenir de elección popular. Lamentablemente en esta Constitución a las municipalidades no se les otorgaba representatividad alguna y que estas no podían pronunciarse sobre los intereses nacionales y que sus peticiones debían ceñirse a los requerimientos domésticos del pueblo. Esto fue una desnaturalización de la representatividad local que lo estableció el artículo 142 de la citada Constitución.

La Constitución de 1834, en su artículo 137, estableció que en las capitales de departamento y provincia debería existir una junta de vecinos denominada Municipalidad. En lo relacionado a sus atribuciones y las reglas electorales para elección de sus autoridades, se debía ceñir por una ley expresa.

La primera Ley Orgánica de Municipalidades fue del 1ro de agosto de 1834, a su vez se dictó la primera Ley de Elecciones Municipales, 28 días después que la Ley de Municipalidades, dispusieron la elección de sus autoridades limitando el derecho a voto a los propietarios y a las personas que gozaban de renta (Castiglioni, 1997, p. 58).

La Constitución de Huancayo de 1839, llegó al extremo de suprimir las municipalidades, abolir las juntas departamentales y crear las intendencias a cargo de funcionarios dotados de facultades

ejecutivas, judiciales y de policía, nombrados por el Gobierno para el ejercicio de administración local.

La Constitución de 1856, reservo del artículo 114 al 117 para el tratamiento municipal, precisando que habrá municipalidades en los lugares que la ley exija y que están encargadas de la administración, cuidado y fomento de los intereses locales, que podrán recaudar fondos y los mismos podrán ser administrados por cada Municipalidad, ello fue un reconocimiento tácito al principio de autonomía, permitiendo que sus autoridades provengan de elección.

Durante la vigencia de esta Constitución se creó el registro cívico lo que es hoy los registros civiles, que permitió contar con un padrón actualizado de sus ciudadanos y a su vez se constituyeron los agentes municipales.

La Constitución de 1860, reservo el artículo 118, para el tema municipal, precisando que una ley específica regulara los asuntos municipales. Durante la vigencia de esta Constitución se da la Ley de Descentralización Fiscal (13 de noviembre de 1886), que a propuesta del ex Presidente de la República y ex Ministro de Hacienda Mariano Ignacio Prado, creó el impuesto predial rústico que permitió que lo que se recaudara de las contribuciones de los grandes hacendados y latifundistas se reinvertiera en cada departamento y provincia, con estos recursos se pudieron ejecutar importantes obras como, la construcción de los ferrocarriles y los puertos en las provincias del país, y a su vez se efectuó la redistribución del presupuesto general que conllevó a los llamados presupuestos departamentales que tuvieron una vigencia hasta 1920 y que permitieron una auténtica descentralización fiscal y presupuestal (Cáceres, 2001, p. 128-129).

El 14 de octubre de 1892 se dictó la Ley de Municipalidades que entre las principales novedades creó el Impuesto del Alcabala y de Serenazgo, el arrendamiento de tierras y bienes nacionales, y se

promulgo en marzo de 1909, la Ley de Elecciones Municipales, que debió permitir la elección de autoridades municipales.

La Constitución de 1867, en su artículo 115, establecía que habría municipalidades en las capitales de provincia y que una ley especial determinaría su funcionamiento, como ya lo hemos comentado esta carta constitucional no pasó de 5 meses de vigencia.

La Constitución de 1920, se ocupa de las labores municipales en los artículos 141 y 142 precisando que habrá municipalidades en los lugares que designe la Ley y se reconoce en forma expresa a la autonomía de los Consejos Provinciales y que toda creación de arbitrios era aprobada por el gobierno.

Durante la vigencia de esta Constitución se convocó a elecciones Municipales en 1926, conocidos los resultados adversos al gobierno de Leguía, fueron estas anuladas por el dictador.

La Constitución de 1933, crea los Consejos Departamentales como órganos intermedios de gobierno y reserva del artículo 188 al 206, los temas vinculados a los Consejos Departamentales y a los Consejos Municipales, durante la vigencia de la misma es donde se permite la participación de extranjeros en las elecciones municipales, y es así que durante el primer gobierno del Arquitecto Belaúnde, se eligieron a extranjeros como alcaldes, como es el caso de Arequipa, donde se eligió al empresario de origen alemán Ulrich Neisser Riess. Otra novedad fue el voto de las mujeres en las elecciones municipales y es así que la señora María Delgado de Odria, candidateo a la alcaldía de Lima, durante el primer gobierno del expresidente Belaúnde, siendo derrotada en las urnas, por Luis Bedoya Reyes.

Producto de los terremotos que sacudieron a Arequipa en los veranos de 1958 y 1960 se constituyó la Junta de Rehabilitación y Desarrollo de Arequipa, en el gobierno de Manuel Prado, gracias al trabajo corporativo de la denominada cédula parlamentaria arequipeña, integrada por destacados pro-hombres de Arequipa

como fueron: Roberto Ramírez del Villar, Mario Polar, Héctor Cornejo Chávez, Javier de Belaúnde, Jaime Rey de Castro y Alfonso Montesinos, producto de los recursos económicos que el gobierno nacional destino a esta Junta se hicieron numerosas obras, gracias a la tesonera labor de quienes fueron sus Presidentes: Juan Bustamante de la Fuente, Humberto Núñez Borja, Emilio Suárez Galdos, Francisco Valencia Paz, Fernando Chávez Belaúnde y Alberto Franco Castillo.

Las obras trascendentales la podemos resumir en la instalación del Parque Industrial, la construcción del complejo portuario de Matarani, la construcción de la variante de Uchumayo , la construcción de las carreteras Matarani -Mollendo, de Arequipa a Yura y por ende a Puno y Cusco, nace la Cámara de Comercio e Industria de Arequipa, se inauguró la Fábrica de Cemento Yura en 1966, se inauguró la planta hidroeléctrica en Charcani, se construyó el Coliseo cerrado de Arequipa, se doto de electricidad a las capitales de las provincias de: Camaná, Islay, Castilla, Caylloma, Caraveli, Condesuyo y la Unión, con el aporte del sector privado nace en 1962, el Banco del Sur de! Perú, y se instala la Caja de Ahorro y prestamos Mutual Arequipa (Carpio, 1990, p. 53).

Definitivamente que esta Junta de Rehabilitación se convirtió en un Proyecto piloto auténtico de descentralización que debe ser imitado.

Después del golpe de Estado de octubre de 1968, no se convocó a elecciones municipales durante los gobiernos de los generales Juan Velazco y Francisco Morales Bermúdez (1968-1980).

La Constitución de 1979, alcanza una nueva estructura del Estado peruano dividiéndola en: gobierno central, regional y local.

Los gobiernos locales eran provinciales y distritales y contaban con autonomía económica y administrativa, la Constitución reservó del artículo 252 al artículo 268, para abordar los temas sobre descentralización, en lo que fuere a las municipalidades, se les otorgó competencias ya conocidas y en su esencia fueron heredadas del

sistema colonial, reiteradas todas ellas en las 10 constituciones anteriores a la de 1979, como es el caso de las tareas municipales en el ornato, zonificación y urbanismo, cooperación con la educación primaria, el turismo y los servicios básicos. Pudieron crear tributos y administrar sus rentas.

Lamentablemente esta carta del 79 en su artículo 258, le otorgó un régimen especial para Lima, tanto en el tema municipal como en el tema regional, el cuerpo edil era elegido por un período democrático de 3 años y se reiteró las innovaciones en materia de derechos políticos en relación al voto femenino y la elección de extranjeros.

En agosto de 1989, durante el primer gobierno del presidente Alan García se convocó a elecciones regionales cuyos mandatos se instalaron en enero de 1990, los mismos que fueron interrumpidos inconstitucionalmente por el autogolpe del 5 de abril de 1992.

La Constitución de 1993, ratificó la estructura del Estado peruano en tres niveles de gobierno, empero amplió la autonomía municipal al nivel de orden político, como lo dispone el artículo 194 de la misma, es necesario precisar que se cuenta según la Constitución y la Ley Orgánica de Municipalidades vigente Ley 27972 (mayo del 2003) con distintas clases de municipalidades como son: las tradicionales, las de provincia y distrito, las naturales las de frontera y rurales, las delegadas de centro poblado menor y la centralista Lima metropolita. Las autoridades Municipales y Regionales no pueden ser reelectas. Ley de la Reforma N° 30305, del 10 de marzo del 2015.

El período municipal se ha ampliado de tres a cuatro años, incorporándose la figura de la revocatoria a las autoridades locales, la Constitución vigente reserva desde el artículo 188 al artículo 199, lo relacionado al proceso de descentralización precisando que este capítulo fue reformando en su integridad por la ley 27680 del 7 de marzo del 2002. En lo que se refiere a las competencias y funciones municipales son similares a la carta de 1979.

4 La división de poderes en el constitucionalismo peruano

La carta de 1823 recoge la propuesta de la estructura de todo Estado republicano en base a la clásica división de poderes. Poder Ejecutivo, Poder Legislativo y Poder Judiciario.

Esta carta otorgada por Torre Tagle estableció la figura del presidente de la República dentro de un sistema presidencial no puro.

El presidente aparte de ser peruano de nacimiento debía contar con los mismos requisitos que para ser diputado y contaba con un Vicepresidente y a falta del Vicepresidente quien asumía las funciones del Poder Ejecutivo era el Presidente del Senado. Esta secuencia de mando se ha mantenido durante los más de ciento ochenta y cinco años de vida republicana en el Perú.

El presidente y el vicepresidente de la República, eran elegidos por el Congreso entre los individuos que le proponía el Senado, por cuatro años, no habiendo la figura de la reelección (artículo 60 inciso 24).

Del artículo 72 al artículo 81 se regulaba no solo el tema de las facultades sino del ejercicio de la presidencia de la república.

Dentro de sus facultades establecidas en el artículo 80, encontramos la similitud con las atribuciones del Rey, dispuestas en la Constitución monárquica de 1812. El presidente actuaba de la mano con los ministros de Estado que eran tres según el artículo 82 de esta carta, uno de Gobierno y Relaciones Exteriores, otro de Guerra y Marina y otro de Hacienda. Los ministros eran responsables políticos por los actos del presidente, como lo dispuso el artículo 84 de la ley magna de 1823.

El presidente de la República tenía el mando supremo de las fuerzas armadas como el Rey en la época colonial de la fuerza nacional, no podía salir del territorio sin autorización del Congreso y si lo hacía incurría en responsabilidad funcional.

El Poder Legislativo estaba estructurado en dos cámaras: Senadores y Diputados elegidos democráticamente, los diputados representaban a las provincias y los senadores a los departamentos.

El cargo de Diputado se renovaba por mitad cada dos años, mientras el cargo de Senador era por doce años (artículo 55 y 89- 1823).

Los parlamentarios contaban con inmunidad (artículo 59) y no podían ejercer otro cargo en el Estado, es decir estaban sujetos a incompatibilidades.

Sus facultades estaban expresadas en el artículo 60, que por esencia y excelencia era las de fiscalizar, legislar y ejercer tareas administrativas de gestión, como en el caso de crear o suprimir empleos públicos conceder títulos de villa o de ciudad, instituir fiestas nacionales para mantener la unión cívica, avivar el patriotismo y perpetuar la memoria de los sucesos más importantes y célebres de la independencia nacional.

Los que contaban con iniciativa legislativa eran los parlamentarios (diputados y senadores).

Las Leyes eran promulgadas por el presidente de la República quien tenía la facultad de observarlas en un término no mayor de tres días (artículo 63).

El Poder Judiciario, encargado de administrar justicia a través de los Tribunales Supremos y Superiores, establecidos en la Constitución de Cádiz, lo cual estaba contenido del artículo 95 al artículo 121, que regulaba el funcionamiento de este poder del Estado.

La administración de justicia era exclusiva a cargo de tribunales de justicia y juzgados subalternos (artículo 95). La estructura del Poder Judiciario era Juzgados, Cortes Superiores y Corte Suprema y con ello se aseguraba la garantía de la pluralidad de instancias. (Artículo 113).

Las Cortes Superiores tenían sede en Lima, Trujillo, Cuzco y Arequipa (artículo 101). Se estableció una codificación de nor-

mas civiles y criminales que debían ser acatadas por todos los ciudadanos, (artículo 106).

La figura de la acción popular heredada del sistema colonial aparece en el artículo 109, la misma que estableció “producen acción popular contra los jueces el soborno, la prevaricación, el cohecho, la abreviación o suspensión de las formas judiciales y el de detener ilegalmente a una persona”.

A su vez ninguna persona podía estar detenida más de veinticuatro horas sin conocer la razón de la misma y que no se podía tolerar restricción a la libertad individual (artículo 117).

La Corte Suprema se encargaba como lo disponía el artículo 100 Inc. 3, de resolver las causas criminales en que estuvieran incursos los ministros de Estado. No se aplicaba la pena capital salvo en los casos que exclusivamente se merezcan.

La Constitución vitalicia de 1826, en lo que se refirió a la estructura del Estado mantuvo la misma que la anterior carta.

Un Poder Ejecutivo a cargo del presidente de la República que, era vitalicio (artículo 77), que debía tener treinta años de edad (artículo 79 inciso 3) y tener talentos conocidos en la Administración del Estado, entendiendo que este requisito debió mantenerse hasta nuestra época.

Las atribuciones del Presidente eran similares a la carta de 1823, contaba con un Vicepresidente que era el Jefe del Ministerio (artículo 88).

El presidente de la República y el vicepresidente, eran elegidos por el Congreso al presidente por primera vez y al vicepresidente a propuesta del primero.

La carta de 1826, ya no mencionaba ministros sino a secretarios de Estado que debían ser cuatro que despacharan bajo las órdenes del vicepresidente que se convertía como un primer Ministro o como un secretario de Estado, como funciona en el sistema norteamericano presidencial, así lo disponía el artículo 92 de la carta en mención.

Los secretarios de Estado y el vicepresidente eran responsables de los actos del Ejecutivo y los actos del presidente requerían del refrendo de sus secretarios (artículo 94).

La estructura del Poder Legislativo varió notablemente, es la única carta constitucional peruana en la que se habló de un sistema tri-cameral: Cámara de Tribunos, Cámara de Senadores y Cámara de Censores. Esta estructura del Parlamento no fue oportuna para la época y no llegó a implementarse, porque no era adecuada para una república naciente.

Lo que pretendió el libertador Simón Bolívar fue perennizarse en el poder que no fue recibido de la mejor manera por quienes impulsaron la independencia, ni por la clase política naciente. Los parlamentarios gozaban de inmunidad (artículo 33) y contaban como en la Constitución de 1823 con dos clases de legislaturas, siendo sus sesiones públicas y solo los negocios del Estado se trataban en secreto (artículo 36).

En lo que se refería a la formulación y promulgación de las Leyes tenía el presidente de la República la capacidad de observarla dentro de un plazo de diez días como lo disponía el artículo 70.

El Poder Judicial, en la carta de 1826 señala una estructura con una Corte Suprema, Cortes Superiores y Juzgados. En el artículo 119, hablaron de la figura del “en fraganti”, es decir, que un delincuente podía ser arrestado por cualquier persona y conducido a la presencia del Juez cuando hubiera cometido el delito y hubiera sido detectado en forma inmediata.

Se reitera el tema de la pluralidad de instancias, como lo disponía el artículo 115. Quedo descartado el uso del tormento y la confiscación de bienes (artículo 121 y 122).

La Constitución de 1828, dictada en marzo del mismo año por José de la Mar, es la carta política cuya estructura estadual se ha mantenido en los casi ciento ochenta y cinco años de vida republicana a excepto

del sistema unicameral normado en las Constituciones de 1867 y la vigente de 1993 (que está por celebrar en octubre tres décadas de su aprobación plebiscitaria: Referéndum del 31 de octubre de 1993).

El supremo Poder Ejecutivo se ejercerá por un solo ciudadano que era el presidente de la República y contaba con un vicepresidente. Su elección era a través de los colegios electorales de provincia, es decir era una elección indirecta que al final sus resultados eran remitidos al presidente del Senado (artículo 86 inciso 1), por un período de cuatro años pudiendo ser reelegido inmediatamente por una sola vez. (Artículo 84). El que reuniera la mayoría absoluta de los votos del total de electores de los colegios de provincia era elegido presidente (artículo 86 inciso 3). La edad para ser presidente era de treinta años y haber nacido en el territorio nacional.

El presidente y el vicepresidente juraban ante el Congreso, tradición protocolar y republicana que hasta hoy se mantiene (Art. 87). El presidente era responsable de sus actos junto con sus ministros, es decir los actos del presidente requerían del refrendo ministerial (Art. 97) y los ministros eran responsables de los actos del presidente que autoricen sus firmas, contra la Constitución y las leyes (Art. 100). Estas Figuras del refrendo ministerial y de la responsabilidad compartida de los ministros con el presidente se han constituido en un indicador latente del sistema constitucional peruano.

La estructura del Poder Legislativo ha sido la tradicional, a través de una Cámara de Diputados y una Cámara de Senadores, los diputados eran elegidos por Colegios Electorales de Parroquia y de Provincia, mientras los senadores eran elegidos por cada departamento (artículos 11 y 24).

Los parlamentarios gozaban de inmunidad parlamentaria (Art. 42) y se reunían en sesiones públicas y solo trataban en secreto los negocios del Estado.

El presidente de la República y el vicepresidente podían ser acusados ante el Senado esta figura es la que se conoce hoy como la del control político y entendemos que era un adecuado reflejo del equilibrio de poderes y no solo podían someter a acusación al presidente sino a los vocales de la Corte Suprema cuando hubieran infringido la Constitución o hubieran incurrido en traición a la patria (Art. 22).

En relación con el Sistema Parlamentario, contaban con dos clases de legislaturas ordinarias y extraordinarias como lo disponía el artículo 44. Las atribuciones del Congreso son las que estaban establecidas en el artículo 48 de la Constitución de 1828 y que son el reflejo de las atribuciones del Parlamento del siglo XXI.

El presidente de la República promulgaba las Leyes y este podía observarlas como lo disponía el artículo 54 y si en el caso que no las devolviera en el término de 10 días útiles, se tenía por sancionada la Ley y se promulgaba (Art. 56).

El Poder Judicial, era autónomo e independiente (Art. 103) y los jueces ejercían sus cargos a perpetuidad (Art. 104). La estructura del Poder Judicial es la actual de una Corte Suprema, con sede en Lima, Cortes Superiores en las capitales de Departamento y en las provincias los Juzgados de Primera instancia (Art. 105 y 106). Se contaba con la garantía de la pluralidad de tres instancias (Art. 124).

El detenido debía ser informado en forma inmediata, que merecía pena corporal, pero en el caso de en fraganti el criminal podía ser arrestado en forma inmediata por cualquier ciudadano y llevado ante el Juez (Art. 127). Aparece la figura de la detención por deudas (Art. 128), esta figura se mantiene hasta hoy y procede por la Omisión a la Asistencia Familiar.

Quedo abolida, la tortura, el tormento, la pena de muerte, sólo en casos excepcionales (Art. 129), la figura de acción popular como recurso contra los jueces que habrían incurrido en prevaricato,

cohecho o haber detenido arbitrariamente a una persona, se legisló en la Constitución de 1928, recogiéndose esta figura de la Constitución de Cádiz de 1812.

La Constitución de 1834 recoge la estructura de la carta de 1828 en lo referente a los poderes del Estado. Un Poder Ejecutivo gobernado por el presidente de la República, que debía tener treinta años, cuya elección junto con el vicepresidente era a través de Colegios, por un período de cuatro años, pudiendo ser reelegido (Art. 77). El presidente era responsable junto con sus ministros de los actos de gobierno (Arts. 78 y 94).

Los actos del presidente requerían del Refrendo Ministerial (Art. 93). Se contaba con un Concejo de Estado y un equipo de asesores, que eran dos por cada departamento (Art. 96). El presidente de la República representaba a la Nación, nombraba a los prefectos y subprefectos, nombraba ministros, era el jefe supremo de las fuerzas armadas entre otras acciones (Art. 85), estas funciones presidenciales se han venido aplicando durante décadas hasta la fecha.

El Poder Legislativo estaba compuesto por dos cámaras de Senadores y Diputados, similar a la carta de 1828, las atribuciones del Congreso estaban expresamente normadas en el artículo 51 de la Constitución entre las que destacan: Decretar la guerra y negociar la paz (Art. 51 Inc. 4), elegían a los Vocales de la Corte Suprema (Art. 51 Inc. 26), esta última función rigió, pero hasta la Constitución de 1979, el Senado se encargaba de ratificar a los Vocales Supremos. Estas facultades son hoy de la Junta Nacional de Justicia (Reforma Constitucional: Ley 30904 del 10 de enero del 2019).

El presidente de la República podía observar los proyectos de Ley como lo disponía los artículos 56 y 58 teniendo un plazo de quince días para pronunciarse.

Los parlamentarios gozaban de la inmunidad normada en el artículo 45 y sesionaban en legislaturas ordinarias. Los senadores y diputados

podían ser reelectos y las cámaras se renovaban por mitad cada dos años, este uso electoral se mantuvo hasta la Constitución de 1933.

El Poder Judicial se encontraba estructurado en forma similar por lo dispuesto por la Constitución de 1828. La figura de la cosa juzgada como garantía procesal estuvo presente en el artículo 127 y la figura de la acción popular se volvió a reiterar en el artículo 129.

Constitución de 1839, dada por Agustín Gamarra en la ciudad de Huancayo en noviembre del mismo año. La estructura del Estado y la separación de los poderes se mantuvieron. Un Poder Ejecutivo a cargo de un Jefe Supremo elegido por los colegios electorales, es decir por sufragio indirecto, el período presidencial era de seis años, no pudiendo ser reelegido (Art. 78).

El presidente con sus ministros eran responsables de los actos del gobierno (Arts. 79 y 95). El presidente juraba ante el Congreso, tradición que se mantiene cada cinco años los veintiocho de julio. Las atribuciones del presidente estaban expresamente señaladas en el artículo 87 y eran las mismas que las expresadas en la Carta de 1828.

Contaba con un Consejo de Estado compuesto por quince individuos elegidos por el Congreso (artículo 96). Los integrantes de este Consejo eran militares y eclesiásticos.

El presidente de la República podía observar las leyes y tenía un plazo de quince días para pronunciarse (Art. 59).

En el caso de vacancia del presidente de la República, quien lo sucedía era el presidente del Consejo de Estado (Arts. 81 y 82). El presidente junto con sus ministros refrendaba las normas legales (Art. 90).

La estructura del Poder Legislativo era en base a dos cámaras de senadores y diputados contaban con inmunidad parlamentaria (Arts. 17 y 18). La Cámara de Diputados se renovaba por tercios cada dos años y los Senadores por mitad cada cuatro años y estos podían ser reelegidos. Los ministros podían ser interpelados por el parlamento.

El Poder Judicial según la carta de 1839, encargado de administrar justicia ejercía dicha función a través de tribunales y jueces, reflejaba una estructura en tres niveles, Juzgados de primera instancia, Cortes Superiores y Corte Suprema.

La figura de la cosa juzgada estuvo presente como garantía procesal en el artículo 129 y la figura procesal de la acción popular como recurso contra los magistrados y jueces que habían incurrido en delitos funcionales también estuvo presente en la carta de 1839 (Art. 131).

Constitución de 1856, dada por Ramón Castilla, heredó la estructura estadual normada en la Constitución de 1828, con un Presidente de la República que requería tener treinta y cinco años, ser peruano de nacimiento y elegido por los pueblos, cuyo período presidencial era de cuatro años y no podía ser reelecto (Art. 80), contaba con un Vicepresidente elegido bajo las mismas condiciones que el Presidente, el Presidente compartía responsabilidades con los ministros de Estado y existía la figura del refrendo ministerial (Art. 92) y de la responsabilidad solidaria por los actos del Mandatario (Art. 97). Los ministros podían ser interpelados y deberían presentar ante el Congreso la memoria de su gestión (Art. 94).

En los departamentos y provincias quienes representaban al presidente de la República eran el subprefecto y el prefecto y duraban en su mandato dos años (Arts. 100 y 101).

Las atribuciones del Jefe de Estado, estaban expresamente normadas en el artículo 89 y sus restricciones en el artículo 90, como la de no salir del territorio patrio sin autorización del Congreso.

El Poder Legislativo estaba estructurado en dos cámaras, las ya mencionadas en las cartas anteriores, con todas las condiciones y características establecidas en la Constitución de 1828 y en lo referente a la formación y promulgación de las leyes estas pudieran ser observadas por el Ejecutivo, dentro de un plazo de diez días (Art. 65 y 67).

El Poder Judicial estaba administrado por Tribunales y Juzgados divididos en tres instancias y se habla por primera vez de la figura del Fiscal de la Nación, que se encargaba de hacer cumplir las Leyes, (Arts. 132 y 133). Se ratificó la figura de la acción popular contra magistrados y jueces por la comisión de delitos de función (Art. 131), como a su vez se reiteró la garantía de la cosa juzgada (Art. 130) y la publicidad de los juicios cuyas votaciones se efectuaban en alta voz y a puerta abierta.

La Constitución de 1860, reformo a la carta de 1856, respeto a la estructura del Estado peruano diseñada en la Constitución dada por José de la Mar en 1828, para ser Presidente se requería ser peruano de nacimiento y tener 35 años de edad y era elegidos por cuatro años junto a dos vicepresidentes y ambos no podían ser reelectos (Art. 85), la figura de los Vice presidentes se incorpora por primera vez con la carta de 1860 (Art. 89) y se mantiene hasta la fecha, el Presidente de la República compartía responsabilidades con sus ministros (Art. 104) y también existe la figura del refrendo ministerial (Art. 109). La reunión de los ministros conformaba el Consejo de Ministros o Gabinete, institución del sistema parlamentario que hasta hoy rige (Art. 100).

El Congreso de la República, estaba compuesto por dos cámaras Senadores y Diputados, los diputados representaban a provincias y los senadores a los departamentos (Arts. 46 y 48), ambos gozaban de inmunidad parlamentaria, (Art. 54 y 55). El presidente podía observar los proyectos de Ley, por el terminó de diez días (Art. 69). La carta de 1860 hizo alusión a un Poder Judicial similar a la Constitución de 1856.

La Constitución de 1867, de efímera existencia (no más de cinco meses), de agosto de 1867 a enero de 1868, ratificó la estructura y organización del Estado peruano.

El presidente debía ser elegido por un período de cinco años y no podía ser reelecto sino después de un período igual (Art. 76), en los demás extremos y características del Poder Ejecutivo con similares a las establecidas en la Constitución de 1860, en lo que se refiere a la estructura del Poder Legislativo, existe una modificación sustancial, ya que existía una sola Cámara integrada por Congresistas, contando con un Congreso reunido en dos legislaturas extraordinarias (Art. 51).

Los integrantes del Congreso se renovaban cada dos años por mitades una vez culminada la legislatura ordinaria, contaban con la vieja institución de la inmunidad parlamentaria que data de la Corte de Cádiz de 1812 (Art. 53). En las demás condiciones y características del Poder Legislativo a través de un sistema unicameral, se reitera lo normado en la Carta de 1860.

La Constitución de 1920, dictada por Augusto Leguía, establecía que el Poder Ejecutivo estaba presidido por el presidente de la República, quien gobernaba por un período de cinco años, no pudiendo ser reelecto, esta carta política le permitió al dictador Augusto Leguía gobernar por once años al país, bajo un régimen de hecho. (Producto de dos reformas constitucionales que incorporaron la figura de la reelección en: 1923 y en 1927)

Los ministros de Estado compartían responsabilidades con el presidente de la República en forma solidaria por las resoluciones y actos de gobierno (Art. 132), los ministros reunidos conformaban el Concejo de ministros. Se mantuvo la figura del Consejo de Estado compuesto por siete miembros elegidos por los Consejos de ministros con la aprobación del senado de la república (Art. 134).

El primer poder del Estado, el Poder Legislativo, estaba compuesto por dos cámaras, los alcances características y atribuciones, así como privilegios de los parlamentarios son los que parecen en la Constitución de 1860, a su vez el presidente podía observar las leyes en el término de diez días perentorios (Art. 104).

El Poder Judicial está estructurado bajo las condiciones administrativas, establecidas en la carta de 1828, los magistrados estaban sometidos a ser denunciados vía acción popular por cometer delitos de función (Art. 157). Las garantías del debido proceso eran las señaladas en la carta de 1860.

En la Constitución de 1933, el presidente de la República se constituyó en Jefe de Estado y personificaba a la Nación, junto con él eran elegidos dos vicepresidentes con las mismas calidades y para el mismo período que el presidente.

El período presidencial era de cinco años y se iniciaba el 28 de julio del año en que se realizaba la elección. (Art. 139). Este artículo fue modificado por la Ley 11874 del 31 de octubre de 1952, que amplió el período presidencial de cinco a seis años. No había la figura de la reelección presidencial inmediata y más aún por mandato constitucional expreso, no podía ser ni reformada ni derogada esta disposición (Art. 142).

El presidente administraba la cosa pública junto con sus ministros de Estado que reunidos formaban el Consejo de ministros y por primera vez se habla de la figura del presidente del Consejo de ministros, que fue designado por el Presidente de la República, a su vez se incorpora la figura de que el primer Ministro proponía al presidente a los demás ministros, los ministros refrendan los actos del presidente de la República, sin este requisito eran nulos los actos (artículo 166).

Existía la figura de la interpelación y de la censura a los ministros de Estado por parte del Congreso (artículo 169, 170 y 172).

En el caso de que prospere la censura al ministro debía dimitir y el presidente de la República estaba en la obligación de remover al ministro. (Artículo 173).

La Constitución de 1933 crea el Consejo de Economía Nacional conformado por los representantes de los estamentos, tanto del

sector laboral, sector empresarial, de los profesionales y de la propia población consumidora (artículo 182), esta figura era en sí el Consejo Económico planteado por Haya de la Torre desde 1931.

El Poder Legislativo, estaba constituido por dos cámaras, de Diputados y un Senado funcional, este último que nunca llegó a implantarse.

Las condiciones del Poder Legislativo, sus características y atribuciones son similares a la Constitución de 1920, entre las que destacamos las legislaturas extraordinaria y ordinaria (artículo 110 y 111), la inmunidad parlamentaria (Artículo 104) y las incompatibilidades entre el mandato legislativo y cualquier función pública (Artículo 101 y 102).

El Poder Judicial mantuvo su estructura organización y atribuciones, normadas en la carta de 1920 respetándose las garantías del debido proceso y la figura de la acción popular, como recurso para denunciar los delitos de función, que cometieran los magistrados.

Constitución de 1979, nos hace alusión a un presidente de la República elegido con dos vicepresidentes por un período de cinco años, elegido por sufragio directo, universal y secreto, no pudiendo ser reelegido.

Se incorpora en esta carta la institución de la segunda vuelta para elegir presidente y vicepresidentes y se aplica cuando ninguno de los candidatos no obtiene la mitad más uno de los votos válidamente emitidos. Esta segunda elección es entre los dos candidatos que hayan obtenido la mayor votación (artículo 203).

La aplicación de esta figura electoral no se puso en práctica ni en 1980 a pesar de que el presidente Fernando Belaúnde no obtuvo la mitad más uno de los votos válidamente emitidos pero según la tercera disposición general y transitoria de la Constitución indicada, no se aplicaba para este proceso la segunda vuelta.

En 1985 el doctor Alan García tampoco obtuvo más de la mitad de los votos válidamente emitidos empero el candidato que obtuvo el respaldo ciudadano en un segundo lugar fue el doctor Alfonso

Barrantes, quien dimitió ir a un segundo proceso, por razones políticas y presupuestales (Barrantes se desempeñaba como alcalde de Lima).

En 1990 se produjo una segunda vuelta entre Alberto Fujimori y Mario Vargas Llosa y el ganador de esta, fue el expresidente indultado. Esta figura que fortalece la legitimidad del gobierno ha sido un indicador permanente en los seis procesos eleccionarios presidenciales (Entre el 2000 al 2021) y en la última elección presidencial entre Keiko Fujimori y Pedro Castillo Terrones (junio del 2021) y con los letales resultados republicanos que conocemos.

Las atribuciones y obligaciones del mandatario estuvieron expresamente establecidas en el artículo 211 de la Constitución y eran las que se han venido heredando desde comienzos de la República.

La Presidencia del Consejo de ministros con un líder político de este órgano ejecutivo colegiado que junto con el presidente de la República designaban a los demás ministros. Los ministros eran y son responsables individualmente por los actos presidenciales que refrendan Y a su vez el Jefe de Estado ha requerido y requiere del denominado refrendo ministerial, como lo dispuso el artículo 213.

La estructura del Poder Legislativo, fue la tradicional, bicameral, elegidos por un mandato de cinco años, pudiendo ser reelectos y contando con todos los privilegios que la propia Constitución de 1979 les concedió. Los ministros podían y pueden ser interpelados y censurados, el ministro censurado renuncia y el presidente de la República está en la obligación de removerlo.

El Congreso se reunía y se reúne en legislaturas ordinarias y extraordinarias y estas son públicas y pueden ser reservadas si así lo acuerdan sus miembros o su reglamento interno. La Cámara de diputados acusaba ante el Senado al presidente, a los ministros y a los parlamentarios y también a los miembros del Tribunal de Garantías Constitucionales y a los vocales supremos.

Entre las atribuciones del Congreso estaban y están la delegación de facultades que puede hacer el Congreso a favor del Poder Ejecutivo, para que este último norme a través de Decretos Legislativos. (Artículo 188).

Esta carta política hizo referencia a las relaciones del Poder Ejecutivo con el Legislativo y estas estaban determinadas desde el artículo 224 hasta el artículo 230 y comprendían los asuntos de interpelación y censura a ministros y funcionarios públicos y hasta la disolución de la Cámara de Diputados, no pudiendo disolver el presidente de la República el Senado (artículo 230).

El Poder Judicial, en relación con este estamento del Estado en forma literal establece las garantías de la administración de Justicia, todas ellas normadas en el artículo 233, en relación con su estructura, se mantiene la de triple instancia y con las prerrogativas que la Ley le concedió y le concede.

La Constitución de 1993, en lo que se refiere a la estructura del Estado Peruano, sobre la separación de los poderes, mantiene la propuesta de la Constitución de 1979, con tres poderes clásicos. El Poder Ejecutivo a cargo de un presidente de la República elegido por un período de cinco años, no pudiendo ser reelecto para un período inmediato, el Jefe de Estado y el Jefe de Gobierno es elegido junto a los vicepresidentes. (Ley de Reforma Constitucional N° 27365 del 5 de noviembre del 2000)

Se aplica la figura electoral de la segunda vuelta y bajo la vigencia de esta Constitución se ha puesto en práctica en cuatro oportunidades en el año 2001 cuando ninguno de los dos candidatos(Alejandro Toledo y Alan García) obtuvieron la mitad más uno de la mayoría absoluta, fueron a una segunda vuelta en junio del año indicado y triunfó el economista Alejandro Toledo, por segunda vez se aplicó en Junio del 2006 concurrieron a una segunda vuelta electoral el Doctor Alan García y el Comandante Ollanta Humala, obteniendo el triunfo por segunda vez el Doctor Alan García Pérez.

Por tercera vez, hemos puesto en práctica la figura de la segunda vuelta presidencial, entre los candidatos el Sr. Ollanta Humala y la Sra. Keiko Fujimori, triunfando el oficial del Ejército en situación de retiro, don Ollanta Humala Tasso, instalándose en Palacio de Gobierno el jueves 28 de julio del 2011.

Posterior al Gobierno del Sr. Humala (2011-2016) en junio del 2016 participaron en el proceso de segunda vuelta la candidata Keiko Fujimori y el Sr. Pedro Pablo Kuczynski. Por más de 40 mil votos el experimentado economista Pedro Pablo Kuczynski triunfó y su gobierno se instaló en julio del 2016, y luego producto de acusaciones políticas y solicitudes de vacancia, el empresario Pedro Pablo Kuczynski, en marzo del 2018 renunció a la primera magistratura de la Nación. Estando a lo dispuesto en el artículo 115 de la vigente Constitución, el Ingeniero Martín Vizcarra Cornejo asumió la Presidencia de la República (23 de marzo del 2018), quien gobernó hasta noviembre del 2020, en que fue vacado por el Parlamento por la causal de permanente incapacidad moral para conducir los destinos de la Nación.

Manuel Merino de Lama, entonces presidente del Congreso, asume la Jefatura del Estado ante la vacancia decreta al señor Vizcarra el 9 de noviembre del 2020. Es necesario recordar que hemos contado con 5 ciudadanos que han estado embestidos de la primera magistratura entre el 28 de Julio del 2016 al 28 de julio del 2021.

El Sr. Merino permaneció en Palacio de Pizarro escasos 5 días (entre el 10 de noviembre al 15 de noviembre del 2020) en que se vio obligado a renunciar por las masivas protestas ciudadanas y el lamentable fallecimiento de dos jóvenes (Briam Pintado e Inti Sotelo).

El Congreso Nacional aceptó la renuncia del parlamentario Merino y procedió a elegir a una nueva Junta Directiva del Poder Legislativo.

Al dimitir don Manuel Merino a la Jefatura del Gobierno (Presidencia Transitoria de la Nación) y a la Presidencia del Congreso y

con él la mesa Directiva; el pleno congresal aceptó el apartamiento el 15 de noviembre y eligió al nuevo titular del Parlamento, cargo que recayó en el Ingeniero Francisco Sagasti Hochhausler, quien juró el 16 de noviembre del 2020 como Presidente del Legislativo y el 17 de noviembre como Jefe de Estado transitorio y quien debió entregar las insignias del mando presidencial al ciudadano José Pedro Castillo Terrones, proclamado por el Jurado Nacional de Elecciones el 19 de julio del 2021 y ganó la contienda electoral en segunda vuelta a doña Keiko Fujimori Higuchi por 44,263 votos (Jurado Nacional de Elecciones, 2021).

El profesor Castillo, asumió la administración de la República Adolescente el 28 de julio del 2021. El gobierno de 16 meses (28 de julio del 2021 al 7 de diciembre 2022) sin precedentes en nuestros legajos históricos es lamentable lo sucedido en nuestra patria, con ministros sin perfil elemental, con escasa experiencia en el tránsito de la vida pública. Actos de corrupción ilimitados e irrepetibles. Un mandatario incursio en más de siete acusaciones fiscales motivadas y donde su familia cercana (esposa y cuñada están involucradas en investigaciones fiscales).

El 7 de diciembre del 2022, el Sr. Pedro Castillo, culminó abruptamente, al pretender disolver el Parlamento e intervenir inconstitucionalmente el Ministerio Público, el Tribunal Constitucional, la Junta Nacional de Justicia y otros órganos autónomos.

Pretendió quebrar el orden constitucional y debe asumir las graves consecuencias de sus dolosos y osados actos que han generado inestabilidad, intranquilidad, zozobra y serios conflictos sociales en las distintas zonas rurales y urbanas del país.

Golpe de Estado, es cuando se pretende hacer a un lado el respeto a la norma constitucional y por ende generar un espacio de irrespeto al principio de la supremacía constitucional y pretender

asumir el mando del Gobierno vía la fuerza de las armas y no por la voluntad ciudadana.

La cadena DW española, el 8 de diciembre calificó con acierto al desafortunado mensaje a la Nación como. “Golpe Torpe” que pronunció el entonces presidente Pedro Castillo, donde pretendió disolver el Congreso a pesar de que no se cumplió con el indispensable requisito establecido en el numeral 134 de la Constitución Estatal (negada la confianza en dos ocasiones a gabinetes de ministros) y anunció que convocaría a un Congreso con facultades constituyentes. Este último extremo no es facultad reservada a la Jefatura del Estado y fue más allá, sonó con reorganizar el sistema de justicia e intervenir el Poder Judicial, el Tribunal Constitucional y el Ministerio Público.

Sin duda fue un Golpe de Estado “fallido”, no olvidar que lo coordinaron, lo organizaron y lo determinaron (el reciente video visualizado y difundido el día 07 de diciembre del 2022, de 7 minutos antes del anuncio del Golpe de Estado) es la mejor prueba que acredita que el Sr. Castillo, la entonces Primer Ministra Betssy Chávez y los ex ministros del Interior Willy Huerta, Roberto Sánchez (extitular de Comercio Exterior) y el ex Premier Aníbal Torres, son coautores y no cómplices y participaron activamente en la convicción y concesión del acto ilícito inconstitucional (El video y el Testimonial del Ex Ministro Willy Huerta dan fuerza a la hipótesis: Diario La República. Edición 09-03-2023).

La Fiscalía solicitó la prisión preventiva en contra de la entonces parlamentaria y ex presidenta del Consejo de ministros Betssy Chávez, existieron los suficientes elementos jurídicos para solicitar la prisión de la exrepresentante tacneña (videos mostrados, donde se aprecia a los letrados Chávez Chino y Torres Vásquez ingresando al Salón Grau de Palacio, minutos antes de dar el mensaje a la Nación el día 7 de diciembre).

El Congreso declaró la vacancia presidencial, por la causal de su permanente incapacidad moral (artículo 113 inciso 2 de la Constitución Política) del Profesor Pedro Castillo Terrones, ante los sucesos relatados y debidamente comprobados, tanto actos de ilícitos vínculos a infracciones irremediables a la Constitución y hechos vinculados a corrupción, producto del ejercicio abusivo y excesivo de la administración nefasta e ineficaz de la cosa pública, sin precedentes en nuestra vida republicana (lo vacaron el 7 de diciembre con 101 votos - Mayoría absoluta).

Se aplicó legalmente el camino de la sucesión presidencial debidamente normada (debido proceso numeral 115) la vicepresidente de la Nación en funciones doña Dina Boluarte Zegarra asumió la Jefatura juramentando ante el pleno del Congreso del Parlamento (artículo 116) conformó un primer Gabinete que lideró el ex Fiscal Pedro Angulo que ejerció tales tareas por no más de 20 días, lo reemplazo otro letrado el constitucionalista Alberto Otarola quien lideró el segundo Gabinete ante las protestas y las presiones políticas y sociales que generaron profundas heridas patrióticas, inestabilidad gubernamental y una ausencia desmedida de valores para gobernar a una Nación mestiza que lamenta la partida de sus 60 conciudadanos, producto de los enfrentamientos inválidos entre peruanos, impulsados por sectores radicales con ideologías sin horizonte con dignidad y sin identidad. (El Dr. Otarola ha renunciado el 5 de marzo del 24, desarrollando las labores durante 440 días y reemplazado por el letrado Gustavo Adriánzén, ex ministro de Justicia, quien venía cumpliendo las tareas de Embajador ante la O.E.A.)

Abrigamos que los 130 congresistas, entiendan y comprendan y sintonicen pronto; el reclamo, el pedido, las exigencias, las demandas legítimas de la ciudadanía de convocar a elecciones generales para renovar el pleno del parlamento nacional y la fórmula presidencial.

La sintonía del electorado a marzo del 24 nos dice: más del 90% rechaza las tareas del Congreso y el 88% no respalda al Gobierno de doña Dina Boluarte. Estas cifras son expresión de la efectiva voz ciudadana.

Las responsabilidades presidenciales son compartidas con los ministros de Estado y se requiere del refrendo ministerial para que los actos del presidente sean válidos.

El presidente está en la obligación de concurrir al Congreso cada veintiocho de Julio y para salir del territorio nacional requiere del acuerdo del Congreso.

La Constitución de 1993, ha otorgado atribuciones especiales al presidente del Consejo de ministros, normadas en el artículo 123, quien se ha convertido en el vocero del Poder Ejecutivo después del presidente de la República y ser un conciliador con los otros poderes del Estado.

La novedad de esta carta está relacionada en que el Jefe del Gabinete puede ser ministro sin cartera, consideramos que fue atinada esta propuesta, ya que se requiere contar con un primer ministro sin mayor carga burocrática.

Otra de las innovaciones de la Carta de 1993, con relación al Poder Ejecutivo, en comparación con la Constitución de 1979, es la reelección inmediata que consideramos no es recomendable, si tomamos en cuenta los hechos sucedidos en las elecciones presidenciales de 1995 y del año 2000.

Otra de las figuras está referida a que el candidato a la Presidencia de la República no puede ser candidato a algún cargo congresal, definitivamente esta novedad legislativa del constituyente del noventa y tres conlleva a darle una mayor seriedad a la candidatura presidencial.

También está presente la institución de la acusación constitucional más conocido como el juicio político, al que pueden ser sometidos el presidente de la República, sus ministros, congresistas y otros funcionarios del Estado están sometidos.

Con relación a la estructura del Parlamento esta ha variado y será bicameral, con un Congreso de 130 diputados, y 60 senadores cuyas atribuciones, son cercanas al Parlamento diseñado en la Constitución de 1979 (Reforma Constitucional de marzo del 2024 Ley N° 31988 que permite un deformado retorno a la bicameralidad).

Cuentan con las condiciones características y privilegios establecidas en la Constitución de 1979 , se puede delegar funciones legislativas en el ejecutivo (artículo 104) para que norme a través de Decretos Legislativos., de igual forma se mantiene los rasgos del sistema parlamentario como la interpelación y censura a ministros y el control político que ejerce el Congreso sobre los funcionarios del Poder Ejecutivo y de otros organismos constitucionales pudiendo hasta destituir a los magistrados del Tribunal Constitucional , como lo hicieron en Mayo de 1997. (Fueron destituidos los entonces magistrados; Aguirre Roca, Rey Terry y Revoredo de Marsano)

El período congresal es de cinco años pudiendo ser reelectos en forma ilimitada y lamentablemente no se considera la censura ciudadana o la revocatoria para estos altos funcionarios del Estado.

El Poder Judicial está organizado, estructurado, sus potestades, funciones, y garantías son similares a las de la carta de 1979.

Cuentan con principios y derechos de la función jurisdiccional normados en el artículo 139 de la Carta política, los magistrados del Poder Judicial y del Ministerio Publico son designados, removidos, ratificados y destituidos por el Consejo Nacional de la Magistratura. Los jueces de Paz no Letrados deben provenir de elección popular.

El Poder Judicial junto con el Jurado Nacional de Elecciones y el propio Tribunal Constitucional ejercen el control difuso de las leyes, en aplicación del principio de jerarquía normativa, expresamente legislado en el artículo 138 de la Constitución.

Es necesario indicar que el control concentrado de las leyes, es tarea exclusiva del Tribunal Constitucional y que este organismo

supremo es el intérprete de la Constitución y defensor del principio de supremacía establecido en el artículo 51 de la Carta vigente.

La separación de poderes y el equilibrio de estos durante los últimos 38 años (1980-2018), se han cumplido en forma relativa, considerando que en los gobiernos democráticos de la década del ochenta al noventa tanto del Arquitecto Fernando Belaúnde y del Doctor Alan García ha existido un predominio del Poder Ejecutivo sobre los otros poderes del Estado y con ello se ha acentuó el sistema presidencialista.

Durante la década 1990-2000 la separación y el equilibrio de los poderes quedó desplazada ya que una cúpula de gobierno cívico-militar integrada por el señor Fujimori, el señor Montesinos y el General Hermoza Ríos fueron los que gobernaron el país imponiendo leyes, debilitando al sistema democrático y desnaturalizando el equilibrio de poderes con normas controladoras del Poder Judicial (Consejo Ejecutivo) y del Ministerio Público (Consejo Ejecutivo) y con una intervención directa al Tribunal Constitucional, que lamentablemente estuvo sometido a las órdenes de esta cúpula cívico-militar.

Producida la salida del gobierno y la renuncia abrupta e inconsitucional del señor Fujimori desde el Japón vía fax, se instauró el gobierno transitorio presidido por un demócrata como fue el Doctor Valentín Paniagua. Durante los casi nueve meses de Gobierno podemos considerar que la separación y el equilibrio de poderes el Estado se respetó conforme a la Constitución.

Durante el gobierno del Doctor Alejandro Toledo Manrique (2001-2006) hubo una presencia determinante del Poder Ejecutivo sobre el control político del Estado, pero hay que reconocer que el Congreso de la República, le fue adverso en varias oportunidades a las decisiones del gobierno de turno, ya que el partido Perú Posible, no contaba con mayoría en el Parlamento, a pesar de su alianza con el grupo político minoritario del FIM, liderado por el señor Fernando

Olivera. La mejor demostración fue la elección de Antero Florez Araoz Esparza como presidente del Congreso, líder político ajeno al grupo parlamentario del desaparecido partido “Perú Posible”

Durante el Gobierno del Dr. García es necesario resaltar que la separación y el equilibrio de poderes se respetó, ya que en las decisiones de los poderes Ejecutivo y Legislativo no existió ni se produjo un desequilibrio en la función estadal, similar acción política, se produjo en el Gobierno de Don Ollanta Humala a pesar de que en los dos últimos años de gestión (2014-2016) no contó con mayoría en el Parlamento. El Gobierno de don Pedro Pablo Kuczynski (28 de julio del 2016- marzo del 2018) no contó con mayoría en el Congreso, donde fueron censurados cuatro ministros (Sres. Saavedra, Vizcarra, Trorme y Gonzales). Luego en setiembre del 2017, el gabinete presidido por Fernando Zavala no recibió el respaldo ante la cuestión de confianza solicitada y dimitió por razones políticas ya conocidas. El expresidente Pedro Pablo Kuczynski renunció en marzo último (por escándalos de corrupción) y desde fines de marzo el entonces primer vicepresidente Martín Vizcarra asumió la presidencia (23-03-18). El gobierno del Ing. Vizcarra no contó con mayoría parlamentaria, 12 bancadas (julio de 2019).

El ingeniero Vizcarra como es conocido, el Parlamento políticamente lo vacaron constitucionalmente (paso por dos procesos, en setiembre del 2020 y la que prospero fue la del 9 de noviembre del 2020.

Entre el 9 al 17 de noviembre del 2020, el país contó con tres mandatarios. Martín Vizcarra, Manuel Merino y Francisco Sagasti. En un mismo periodo gubernamental, dos jefes de Gobierno formularon sus renuncias que fueron aceptadas por el Poder Legislativo (Pedro Pablo Kuczynski y Manuel Merino):

Manuel Merino sucedió a Martín Vizcarra y permaneció apenas 5 días (10-15 de noviembre del 2020) lo reemplazo el Ingeniero Francisco Sagasti quien asumió las tareas primero como Presidente

del Congreso el 16 de noviembre y al día siguiente el 17 juró como Presidente transitorio de la República y cumplió las funciones como mandatario hasta el 28 de julio del 2021, día que juramentó el profesor Pedro Castillo Terrones y permaneció en Palacio de Pizarro hasta la 1:00 p.m. del 7 de diciembre del 2022, hora y día en que pronunció en forma ecuánime el denominado mensaje “Torpe e inconstitucional” con un alto contenido iracundo, irresponsable, inmaduro, inconcebible y nada patriótico que pretendió quebrar el hilo vertebral y cardinal del Estado Constitucional.

El Parlamento activó la figura de la vacancia presidencial por incapacidad moral (queda descalificado el mandatario para conducir la administración de la patria, por ausencia elemental de valores cívicos, éticos, sociales y morales) y estos son permanentes, es decir; habituales, constantes, perennes, latentes, intensos. Es la conducta que va adhiriéndose a la habitualidad del individuo.

Ante la votación por mayoría calificada – absoluta del número legal de sus miembros (101 votos) del día 7 de diciembre del 2022, la vacancia se aplicó constitucionalmente al exmandatario Castillo Terrones y materializó la figura de la sucesión presidencial y la vicepresidenta Doña Dina Boluarte juramentó el 7 de diciembre ante la representación nacional (artículo 116 de la Carta Política).

5 El ejercicio de derechos y libertades políticas en el constitucionalismo peruano

Constitución de 1823, la primera carta del Estado peruano en lo referente al ejercicio de derechos y libertades, hizo referencia a las garantías constitucionales que estaban expresamente normadas en el artículo 193, donde se legisló que eran inviolables, la libertad civil, la seguridad personal y de domicilio, la propiedad, el secreto de cartas (de comunicaciones) el derecho de petición, la libertad de opinión , la denominada fama del individuo (honor del individuo), la

libertad de imprenta y el libre ejercicio de las actividades productivas como la agricultura, la industria la minería, el QO K comercio y por último consagro el principio de igualdad ante la ley.

Las autoridades políticas se encontraban en la obligación de respetar el pleno cumplimiento de estas libertades y derechos constitucionales.

A su vez quedo abolida toda confiscación de bienes y toda pena cruel.

El Código criminal así lo establecía en el artículo 115, “Limitó en cuanto sea posible la aplicación de la pena capital, a los casos que exclusivamente la merezcan”.

La inviolabilidad de domicilio estuvo presente en la carta de 1823 en el sentido que nadie podía allanar la casa de ningún peruano, salvo orden de las autoridades judiciales (artículo 118).

En cuanto a la libertad personal los detenidos deberían conocer de la causa de su arresto dentro de un plazo no mayor de veinticuatro horas.

Constitución de 1826, esta carta que pretendió contar con un presidente vitalicio, regulo lo referente al ejercicio de derechos y libertades políticas y se refirió a las garantías en general, las expresamente normadas del artículo 42 al artículo 149. Estuvo presente la libertad civil, la de propiedad, seguridad individual.

A su vez en el artículo 142 se hizo referencia al principio de igualdad ante la ley, pero sin distinguir en que materias como si lo determinan las constituciones de 1979 y 1993, los peruanos tenían derecho a comunicarse, a opinar y podían ejercer la libertad de imprenta sin censura previa, en este extremo la censura próspera y por ende la libertad de imprenta estuvo restringida. De igual forma regulo sobre la inviolabilidad de domicilio y sobre la libertad de trabajo y protegió los llamados derechos de propiedad intelectual y artística (artículo 149)

Constitución de 1828, la Constitución rectora de la era republicana, garantizo la presencia del ejercicio de libertades y derechos públicos en sus artículos del 149 al 172.

Dentro de las garantías se contaron con los de la libertad civil, el respeto a la propiedad, lo vinculado a la seguridad individual y el principio de igualdad ante la ley.

Estableció que nadie podía nacer esclavo en la república y no se debía tolerar la limitación a la libertad por razón de raza, lamentablemente esta libertad estuvo restringida y se incumplió hasta la década de 1850, en que Ramón Castilla libero de la esclavitud en forma definitiva a la raza negra.

A su vez legisló sobre el secreto domiciliario, el acceso a los trabajos públicos, el libre tránsito, la libertad de opinión, la libertad de imprenta, el de acceder a la justicia para terminar sus diferencias por medio de jueces y de igual manera este texto liberal para la época se ocupó de que todo ciudadano tenía derecho a la buena reputación y protegió los derechos sobre las invenciones y producciones que hasta hoy están debidamente cautelados por el sistema jurídico. Garantizó la instrucción primaria gratuita en las escuelas públicas derecho social plenamente vigente y protegió los derechos políticos y civiles de los peruanos para fortalecer al sistema democrático.

Esta carta por primera vez se refirió a la figura de la retroactividad en su artículo 151, pero no preciso en que materias.

Constitución de 1834, La Constitución dada por el ciudadano Luis José Orbegozo, legisló sobre estas libertades y derechos políticos y las considero como garantías constitucionales desde el artículo 144, a su artículo 168.

Reitero lo relacionado a la retroactividad de la Ley, normada en la carta de 1828, hizo referencia a las garantías del debido proceso, como es el derecho a la legítima defensa (artículo 150), reitero el pleno ejercicio de libertades y derechos políticos normados en la carta de

1828 e incorporo el principio constitucional hasta hoy vigente que nadie está obligado a hacer lo que la ley no mande ni impedido de hacer lo que ella no prohíbe (artículo 144).

Esta carta de 1834 recogió lo legislado en las anteriores constituciones en el sentido que todo ciudadano que estaba en la obligación de contribuir con el sostenimiento del Estado a través del pago de los denominados hoy tributos (artículo 168).

Constitución de 1839, esta Constitución fue debatida y promulgada en Huancayo por el denominado restaurador del Perú y benemérito de la patria don Agustín Gamarra quien dio su vida en la batalla de Ingarí, al pretender invadir territorio boliviano.

Esta carta regula a las garantías individuales, desde su artículo 154 hasta el artículo 182, en ellas no solo se refirió a derechos y libertades individuales, sino también a las garantías constitucionales para el ejercicio del gobierno democrático y reitero las ya normadas en la Constitución madre de 1828 .

Constitución de 1856, la Constitución dada por el libertador Ramón Castilla y gran Mariscal de los ejércitos de Ayacucho y Junín, normó sobre las garantías individuales que guardan correlación y coherencia de principios y normas con los derechos y libertades políticas, las que estuvieron ya establecidas desde la Constitución de 1828 entre las que destacamos la inviolabilidad de domicilio el secreto de las comunicaciones, el derecho a asociarse la libertad de opinión y la libertad de imprenta, el principio de igualdad ante la ley, la no aplicación de la pena de muerte , el principio de la retroactividad de la ley sin mencionar en que materias como si lo normo la Constitución de 1979 (materia penal, laboral y tributaria) y que la actual Constitución de 1993 aplica la retroactividad benigna solo en materia penal, en lo que el favorezca al reo.

Constitución de 1860, la segunda Constitución dada por el libertador Ramón Castilla y que es la que ha tenido mayor vigencia en el

tiempo, (más de cincuenta y nueve años) se ocupó de las garantías individuales desde su artículo 14 al 32.

En su contenido tanto de principios como de alcance normativo constitucional, se reiteró lo normado en forma expresa en la Constitución de 1856, la que recogió sus principales innovaciones en materia de garantías individuales de la Carta Política de 1828.

Constitución de 1867, esta Ley magna dictada por el presidente provvisorio de la República Mariano Ignacio Prado tuvo un plazo escaso de vigencia de tan solo cuatro meses y ocho días (agosto de 1867 - enero de 1868), lo normado en relación a las garantías individuales estuvo plasmado del artículo 13 al artículo 31 de la referida carta.

Las libertades y derechos político son similares a los expresados en la segunda Constitución dada por Ramón Castilla de 1860.

Constitución de 1920, En su título tercero, se normó lo vinculado a las garantías individuales desde su artículo 22 al 36, en forma expresa se legisló que “No hay, ni puede haber esclavos en la república) artículo 22).

Esta disposición constitucional se vino acatando desde el gobierno de Ramón Castilla.

En su artículo 23 normó que “Nadie podía ser perseguido ni por sus ideas ni por sus creencias”. Este mandato constitucional durante el gobierno de Leguía (1919-1930) fue abiertamente incumplido, ya que miles de peruanos fueron arrestados y deportados, hasta asesinados por razón de sus ideas políticas.

Se legisló lo relacionado a la libertad de tránsito, a la inviolabilidad de domicilio, a la inviolabilidad de las comunicaciones, a la libertad de imprenta, a la libertad de asociarse y reunirse en forma pacífica, así como a la libertad de opinión.

Estas libertades políticas fueron duramente restringidas por la dictadura liderada por Augusto Leguía. Dentro de las garantías

individuales aparece el Hábeas Corpus como recurso, incorporado en la legislación peruana un 27 de octubre de 1897 adquiriendo categoría constitucional con la carta de 1920 (artículo 24)

Esta Constitución a su vez también mencionó las llamadas garantías sociales que estuvieron normadas desde el artículo 37 al artículo 58.

Constitución de 1933, esta Carta constitucional promulgada por el General Sánchez Cerro, contempló a las libertades y derechos políticos dentro de las denominadas garantías individuales, que estuvieron expresamente legisladas del artículo 55 al artículo 70.

Los Constituyentes de 1933 introdujeron en su Artículo 53, la restricción a las libertades políticas de orden ideológico y generaron discriminación y atentaron al principio de igualdad contra aquellos peruanos que eran integrantes de partidos políticos de organización internacional y llegaron al extremo de impedir que los integrantes de estas colectividades políticas no pudieran desempeñar cargos políticos alguno (APRA y Partido Comunista).

Las garantías individuales que no solo estuvieron legisladas en los artículos antes mencionados, sino también en el artículo 27 y 29, se refirieron a las libertades y derechos políticos ya mencionados.

La pena capital se aplicó no solo por traición a la patria, sino también por homicidio calificado (artículo 54).

En este último extremo en el caso de Arequipa, fue fusilado Víctor Apaza, por disposición de un Tribunal Penal, por haber cruelmente asesinado a su pareja (en un arenal en el distrito de la Joya).

Un aporte significativo fue el referido al voto femenino y al voto de los extranjeros en los procesos electorales municipales.

Constitución de 1979, la Constitución de 1979 incorporó y categórico a los derechos fundamentales y en su artículo segundo en forma expresa reconoció el respeto a principios libertades y derechos

que le incumbe a todo individuo peruano o extranjero que reside en su territorio.

El principio de igualdad ante la ley se desarrolló detallando que no debía tolerarse discriminación por sexo, raza, religión, opinión política o idioma.

La igualdad de género se plasmó en esta carta política y se reconoció a la mujer derechos civiles, sociales, patrimoniales, culturales y políticos en igualdad de condiciones de los varones, se habló de la libertad de conciencia y religión y no se podía tolerar persecución alguna por razón de sus ideas y creencias y por ende se desterró la nefasta discriminación legislada en el artículo 53 de la Constitución dada por el General Sánchez Cerro, las libertades de información, opinión, expresión y difusión, fueron debidamente desarrolladas constitucionalmente, la libertad de imprenta fue ejercida como la de prensa sin limitación alguna, salvo en los períodos (1992 al año 1993) durante el gobierno de facto del ex Presidente Fujimori, estuvo presente la libertad de creación intelectual, artística y científica y el Estado asumió la obligación de cautelarla .

La inviolabilidad de información como de domicilio se aplicaron sin mayores inconvenientes salvo durante el gobierno de facto ya mencionado.

Los peruanos pueden y pudieron reunirse pacíficamente sin armas y asociarse y crear fundaciones sin fines de lucro, con la finalidad de promover el desarrollo social y cultural, existió al libertad de trabajo y la protección a la propiedad y a la herencia, pudieron asociarse en forma individual para participar en la vida política económica, social y cultural de la Nación.

El acceso a la justicia no se restringió y nadie podía ser despojado de su nacionalidad, sin previo proceso.

Las libertades y seguridades personales estuvieron legisladas en el inciso veinte del artículo segundo entre las que destacamos,

la que nadie puede ser procesado ni condenado por acto u omisión que al tiempo de cometerse no este previamente calificado en la ley o que toda persona es inocente, mientras no sea declarada judicialmente su responsabilidad.

Se incorporaron las llamadas garantías constitucionales, a través de la acción de Amparo y el Hábeas Corpus y se pudo interponer recursos de inconstitucionalidad contra aquellas leyes que violaban la Constitución y el órgano competente era el Tribunal de Garantías Constitucionales, quien ejercía control concentrado.

El ejercicio de los derechos sociales, culturales, políticos, patrimoniales fueron ejercidos durante la década de 1980 y 1990, sin restricciones algunas.

Los derechos sociales incorporados en la carta de 1979 son producto de la influencia positiva de las constituciones de Querétaro de 1917 y la Constitución Alemana de Weimar de 1919.

Constitución de 1993, a pesar de los antecedentes negativos del Congreso Constituyente de 1993 , reconoció el gran aporte de la Asamblea Constituyente de 1978, presidida por el insigne peruano Víctor Raúl Haya de la Torre y que contó con el aporte inteligente y sesudo de peruanos de la talla de Mario Polar, Roberto Ramírez Del Villar, Luís Alberto Sánchez, Ramiro Priale, Ernesto Alayza, Jorge Del Prado entre otros., en lo relacionado a los derechos fundamentales y a su categorización de los mismos y donde se destacan materias en aspectos de seguridad social, aspectos laborales , educativos, culturales y también los llamados derechos políticos.

Los Constituyentes de 1993 ratificaron lo normado en la Carta de 1979, con relación a libertades y derechos políticos.

En lo vinculado a las Garantías Constitucionales se ampliaron las mismas y aparecieron nuevos procesos constitucionales, el hábeas data (Amparo especializado, según Francisco Eguiguren) El Proceso de cumplimiento que a nuestro entender no justifica tener

categoría de proceso constitucional y que ha debido quedarse en el ámbito de un proceso eminentemente administrativo y el proceso de conflicto de competencia.

El Tribunal Constitucional, es el supremo órgano encargado del control concentrado que está en manos de siete peruanos que son elegidos por el Parlamento y que se encargan de resolver los procesos constitucionales expresamente normados en el Código Procesal Constitucional.

En relación con la retroactividad benigna, la carta del 93 difiere de la carta de 1979 en el sentido que solo es aplicable en materia penal, en lo que el favorezca al reo y ya no en materia laboral o tributaria como si lo dispuso la Constitución de 1979.

Finalmente no podemos dejar de mencionar cual fue el comportamiento de los gobiernos democráticos y de facto durante el período de vigencia de la presente carta del 93, es necesario precisar que durante la década del noventa (1990-2000), en que gobernó el ingeniero Alberto Fujimori luego de producido el autogolpe de Estado el cinco de Abril de 1992 donde se quebró el régimen democrático y constitucional, las libertades y derechos políticos se restringieron, se incumplieron y quedaron desplazados, producto de ello hubo matanzas, homicidios calificados, producidos por el propio gobierno y que hoy se están ventilando en los tribunales de justicia y en las comisiones investigadoras del Congreso de la República. Con la caída del régimen dictatorial liderado por el señor Fujimori y asesorado por el reo Vladimiro Montesinos; se instauró un Gobierno provisional en noviembre del dos mil presidiéndolo por el Doctor Valentín Paniagua quien entregó el mando conforme al mandato constitucional el 28 de Julio del año dos mil uno al doctor Alejandro Toledo. Durante los gobiernos democráticos de Valentín Paniagua y Alejandro Toledo (2001-2006). Las libertades y derechos políticos no se han visto vulneradas y hubo un respeto al régimen democrático y al sistema jurídico.

Durante el Gobierno constitucional que presidió por segunda vez el Doctor Alan García Pérez, las libertades, los derechos políticos y las garantías constitucionales, no fueron atropelladas, ni resquebrajadas, ni menos quebrantadas, existió un pleno respeto a los derechos fundamentales.

El Gobierno que presidió el Sr. Ollanta Humala Taso, se comprometió ante el Congreso de la República y en presencia de 13 jefes de Estado y de Gobierno, a respetar al Estado Constitucional y por ende el ejercicio democrático de libertades y de derechos fundamentales y constitucionales.

El respeto al Estado Constitucional y por ende al régimen democrático lo cauteló el Gobierno que presidió el empresario Pedro Pablo Kuczynsky y el Gobierno que presidió el Ing. Martín Vizcarra Cornejo, instalado en marzo del 2018 cauteló el ejercicio de nuestros derechos fundamentales.

El 9 de noviembre del 2020 es vacado por el Parlamento el Ing. Martín Vizcarra, aplicándole la causal de permanente incapacidad moral para dirigir los destinos de los 33 millones de peruanos (artículo 113, inciso 2).

Asume funciones el entonces presidente del Congreso Manuel Merino, militante del viejo partido de Acción Popular. Producto de protestas juveniles (de universitarios) de sectores radicales y de grupos sindicales del magisterio, construcción civil y otros, presionaron al recientemente Gobierno instalado y al Gabinete Presidido por el experimentado político Antero Florez – Araoz y renunciaron (permanecieron entre el 10 al 15 de noviembre 2020).

La mesa directiva del Parlamento renunció en pleno, y se eligió una nueva junta presidida por el representante del grupo de los denominado “moraditos” Francisco Sagasti; juró como presidente transitorio de la República el 17 de noviembre (el 16 lo hizo como presidente del parlamento) y doña Mirtha Vásquez se encargó de

la presidencia del Congreso, ambas cumplieron las tareas públicas como titulares interinos uno en el ejecutivo y la otra en el legislativo, hasta el 28 de julio del 2021.

El profesor José Pedro Castillo Terrones, es elegido en junio del 2021 (proceso de segunda vuelta que concurrió con doña Keiko Fujimori).

Es conocido lo transitado, lo ocurrido, lo administrado, lo investigado, lo denunciado y acusado durante el periodo del 28 de julio del 2021 y el 7 de diciembre del 2022, tiempo en que nuestra patria soportó a mi humilde consideración, el Gobierno más negligente, corrupto, mediocre sin unidad de medida política razonable, osado, letal para los fines patrióticos, ineficaz, imperito en la administración de la cosa pública e innoble para los anales y los registros republicanos.

El 7 de diciembre del 2022 es vacado por su permanente incapacidad moral (tercera solicitud) con 101 votos y ante las contundentes pruebas y acusaciones fundadas de la entonces Fiscal de la Nación doña Patricia Benavides Vargas y la flagrancia (Disolución del Congreso e intervención del sistema judicial) se procedió con la detención legal y constitucional dispuesta por el Poder Judicial, donde se respeta el derecho sustantivo al debido proceso y ante la flagrancia que incurrió en delitos contra el Estado (rebelión, conspiración, levantamiento o sublevación dirigido en contra del orden jurídico – constitucional). Ha permanecido privado de su libertad respetándose sus derechos fundamentales y constitucionales.

La ex Fiscal de la Nación Patricia Benavides, durante más de 8 meses de una labor profesional objetiva, sesuda, seria, motivada y fundamentada; seleccionó las pruebas necesarias para acusar ante el Poder Judicial por los delitos que es investigado Pedro Castillo: Organización criminal, tráfico de influencias y colusión durante su gestión como presidente.

La Fiscalía solicitó, basándose en los elementos de convicción la detención preliminar por 36 meses; la misma que reunió los requisitos

de legalidad y legitimidad (Expediente con 963 páginas de la acusación fiscal y han solicitado 34 años de cárcel para el Sr. Castillo).

El Juez Supremo Juan Carlos Chackley, decreto el 9 de marzo del 2023, declarar fundada la solicitud formulada por la Sra. ex Fiscal de la Nación de decretar 36 meses de Prisión Preventiva en contra de Pedro Castillo Terrones (Continuará detenido en el Centro Penitenciario “Fundo Barbadillo”), a pesar de los innumerables recursos presentados por la defensa para excarcelarlo dentro del marco de los procesos por rebelión y organización criminal, la sala penal permanente de la Corte Suprema rechazó 5 apelaciones el pasado 23 de enero.

La letrada Dina Boluarte, es la primera dama quien asume la Presidencia de República (en este caos, transitoriamente) desde el 7 de diciembre del 2022.

Una encuesta del IEP de diciembre del 23, nos arroja un duro y concreto resultado el 79% de vecinos respaldan el adelanto de comicios. La situación a diciembre de 2024 no es más alentadora para la mandataria cuya desaprobación según Datum ha alcanzado el 95%.

La baja aprobación de Dina Boluarte no solo reflejaría un rechazo a su gestión, sino que también evidenciaría un malestar más profundo con el sistema político en su conjunto. Las constantes crisis de legitimidad, las noticias sobre corrupción y la falta de respuestas efectivas a las demandas ciudadanas han erosionado la confianza en las instituciones. En este contexto, la estabilidad gubernamental se percibe como frágil, mientras que la desafección política se traduce en un distanciamiento cada vez mayor entre la ciudadanía y el Estado.

En este escenario de insatisfacción, cobra fuerza en algunos sectores la discusión sobre la necesidad de cambios estructurales en el modelo político y económico del país. La demanda por una nueva Constitución ha sido impulsada por diversos grupos que cuestionan

la legitimidad del marco normativo vigente, argumentando que este no responde a las necesidades actuales de la sociedad. Para ellos, la crisis de gobernabilidad es una señal de que las reglas del juego deben ser replanteadas para garantizar mayor representatividad y justicia social.

En estos contextos de descontento surgen las voces que anhelan la pronta llegada del “momento constituyente”, que es, una coyuntura en la que las condiciones sociales y políticas generan un debate profundo sobre la reorganización del Estado. La posibilidad de una nueva Constitución no solo implica modificar aspectos técnicos del ordenamiento jurídico, sino que también representa la posibilidad de redefinir el pacto social que rige al país. Sin embargo, su viabilidad depende de múltiples factores, incluyendo el consenso político, la movilización ciudadana y la capacidad de articular un proceso legítimo y democrático.

Con total lucidez, respecto del momento constituyente, el exsenador y actual Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Alberto Borea Odría (2024) reflexiona que deben circundarlo cuatro elementos:

- a) **Momento constituyente:** Espacio tiempo, época en que debe darse la reforma.
- b) **Aptitud constituyente:** Instrucción de la ciudadanía sobre el acto constituyente.
- c) **Actitud constituyente:** Comportamiento del elector.
- d) **Voluntad Constitucional:** asentimiento de la sociedad y de los poderes del estado

Ahora bien, estos elementos no tienen lugar con su mera enunciación, lo que constituiría un acto de irresponsabilidad. En palabras del destacado profesor Norberto Bobbio, una Asamblea Constituyente no puede ni debe ser la puerta de salida o de ingreso para cumplir políticamente con promesas electorales. “El mejore éxito de la democracia, es el traspaso pacífico del ejercicio del poder político”

(Norberto Bobbio,1996) ex Senador italiano y politólogo notable de la Universidad de Torino.

Se destaca lo sucedido en Chile, ante la ironía constituyente del país, el 17 de diciembre del 2023 fueron consultados por séptima oportunidad desde el estallido social del 2019, protestas masivas por el alza en el metro de Santiago, que terminaron por abrir el camino al cambio de la Constitución diseñada e inspirada por el régimen de Pinochet en 1980, aunque luego recibió enmendaduras constitucionales, vinculadas a la alegada ausencia de ciertos derechos en aquella Carta considerada neoliberal.

Sebastián Piñera, mandatario fallecido a causa de un accidente aéreo, presionado por la convulsión social y la insistencia de los sectores universitarios y sindicales, consideró que la sociedad chilena se encontraba en su “Momento Constituyente”, respaldo convocar a una consulta ciudadana para que el electorado decidiera por ir a una Asamblea Constituyente, el Poder Legislativo en forma ordenada modificó el texto constitucional para dar paso hacia el Plebiscito.

- 1) En octubre del 2020 la ciudadanía chilena concurre a las urnas y un 80% respalda la propuesta y que los parlamentarios deben elaborar la nueva Carta.
- 2) En mayo del 2021 Chile elige una Convención Constituyente, con la presencia marcada de representantes de izquierda progresista, línea cercana al letrado Gabriel Boric.

Luego de la elección del joven presidente Gabriel Boric, quien derrotó a José Antonio Kast de tendencia ultraconservadora. Los constituyentes iniciaron la tarea redactora, la propuesta fue elevada a la ratificación vía Plebiscito en septiembre del 2022. La colectividad no admitió los contenidos constitucionales que los convencionales trazaron por excesos en sus formulaciones ideológicas. El 62% de los chilenos rechazaron el texto.

En mayo del 2023 nuevamente se midió el termómetro político. La llamaron “Consejo Constitucional”. Cincuenta personas, 25 mujeres y 25 varones, lo conformaron. Fueron elegidos el 07 de mayo del 2023.

Se instaló el 07 de junio del 2023 y recibió el borrador del texto redactado por 24 juristas y académicos designados por el Parlamento Bicameral.

El 17 de diciembre del 2023 se llevó a cabo el Plebiscito donde no se aprobó la propuesta del “Consejo Constitucional” con 55% en contra y un 44% a favor.

La experiencia chilena con sus referéndums constitucionales ha puesto en evidencia tanto el anhelo de cambio como la complejidad de materializarlo en un marco democrático y plural. Si bien la demanda por una nueva Constitución surgió con fuerza desde la ciudadanía, el proceso enfrentó desafíos como la falta de consensos amplios y la desconfianza en la clase política, lo que llevó al rechazo de dos propuestas sucesivas. Esta lección resulta crucial para el Perú, donde el debate constitucional debe considerar no solo las aspiraciones de transformación, sino también la necesidad de construir acuerdos sólidos y legítimos. En este sentido, el reto no se limita a redactar un nuevo texto constitucional, sino a fortalecer una cultura política que responda a las expectativas de las generaciones juveniles en mente, en género, en raza y en espíritu nato, que exigen una profunda reflexión sobre la nación peruana.

Referencias

- Aljovín de Losada, C. (2000). *Caudillos y constituciones: Perú, 1821–1845*. Fondo Editorial PUCP.
- Altuve-Febres, F. (2022). *Los conservadores*. Taurus.
- Amaya, J. A. (2017). *Marbury vs Madison*. Ediciones Jurídicas.

- Amaya, J. A. (2022). *Participación política en Latinoamérica*. CIAC Editores.
- Bicentenario Nacional – Perú al siglo XXI. (2021). Fondo Editorial UCSM.
- Cáceres Arce, J. L. (2007). *La Constitución de Cádiz y el constitucionalismo peruano*. Ed. Adrus.
- Cáceres Arce, J. (2001). *Ensayos sobre derecho y democracia*. Improf.
- Carpio Muñoz, J. G. (1990). *Historia general de Arequipa*. Editorial Cuzzi.
- Castiglioni, J. C. (1997). *El municipio* (Tomo II). Editora Grijley.
- Chiaramonti, G. (2021). *Ciudadanía y representación en el Perú*. Fondo Editorial del JNE.
- Eguiguren Praeli, F. (2021). *Las relaciones entre el gobierno y el Congreso*. Ed. Palestra.
- Eto Cruz, G. (2023). *Constitución y democracia: 30 años de desarrollo constitucional en el Perú*. Ed. San Bernardo.
- Ferrajoli, L. (2022). *Por una Constitución de la Tierra*. Ed. Trotta.
- Flores-Araoz, E. A. (2021). *Pensemos en el Perú*. Fondo Editorial USMP.
- García Belaúnde, D. (2006). *Las constituciones del Perú* (Tomo II). Fondo Editorial Universidad San Martín de Porres.
- García Roca, J., & Bustos, R. G. (2022). *Identidades europeas: Subsidiariedad e integración*. Ed. Aranzadi.
- García Roca, J. (2020). *Del principio de la división de poderes*. Revista de Estudios Políticos, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.

- García Roca, J. (2023). *Lecciones de derecho constitucional*. Civitas.
- García Toma, V. (2020). *Democracia, organizaciones políticas y control parlamentario*. Ed. Palestra.
- Gonzales de Olarte, E. (2023). *La descentralización pasmada*. Fondo Editorial PUCP.
- Hakanson Nieto, C. (2023). *El neoliberalismo: La forma de gobierno de la Constitución peruana*. Yachay Legal.
- Hidalgo, M. (2023). *Cuando se jodió el Congreso*. Ed. Planeta.
- Klarén, P. (2015). *Nación y sociedad en la historia del Perú*. Instituto de Estudios Peruanos.
- La Constitución de Cádiz. (2012). *Edición conmemorativa del segundo centenario*. Ed. Tecnos.
- López Guerra, L. (2021). *Protección multinivel de los derechos humanos*. Ed. Palestra.
- Maestría en Derecho Constitucional – Escuela de Postgrado PUCP. (2023). *Temas para repensar la Constitución de 1993: A treinta años de su vigencia. Libro en homenaje al profesor Francisco Eguiguren Praeli*. Ed. Palestra.
- Marván Laborde, I. (2017). *Cómo hicieron la Constitución de 1917*. Fondo de Cultura Económica.
- McEvoy, C. (2022). *Homo politicus: Manuel Pardo, la cultura política peruana y sus dilemas*. Ed. Planeta.
- Miró Quesada Rada, F. (2019). *Ciencia política de la liberación*. Ed. Universitaria.

Montoya, G., & Quiroz, H. (Eds.). (2023). *Estallido popular: Protesta y masacre en Perú 2022–2023*. Ed. Horizonte.

Palomino Manchego, J., & Paiva, D. G. (2023). *Cómo se cambiaron las constituciones peruanas*. A.P.D.C.

Palomino Manchego, J. (2022). *El preámbulo constitucional*. Centro de Investigaciones Judiciales, Poder Judicial.

Paredes Lanatta, C. (2022). *Resilientes pero no indolentes*. Universidad Continental.

Ramos Argüelles, A. (1990). *Agustín Argüelles: Padre del constitucionalismo español*. Ed. Atlas.

Ramos Santana. (2011). *La Constitución de Cádiz y su huella en América*. Ed. Jiménez-Mena.

Rosas Lauro, C. (2009). *El odio y el perdón en el Perú: Siglos XVI al XXI*. Fondo Editorial PUCP.

Rubio Correa, M. (2022). *La primera disolución constitucional del Congreso de la República*. Fondo Editorial PUCP.

Saavedra, J. (2023). *Estamos tarde: Una memoria para recobrar la educación en el Perú*. Ed. Debate.

Sar Suárez, O. (2023). *La Constitución en las redes: Los programas de “El Constitucional”*. Page y Design.

Sartori, G. (1999). *Ingeniería constitucional comparada*. Fondo de Cultura Económica.

Sobrevilla Perea, N. (2021). *Independencia: A 200 años de la lucha por la libertad*. Penguin Random House.

Tanaka, M. (Ed.). (2022). *El desafío del buen gobierno*. Fondo Editorial PUCP.

Tribunal Constitucional – Centro de Estudios Constitucionales. (2021). *Reflexiones constitucionales sobre el Bicentenario*. Ed. Qy P.

Tuesta Soldevilla, F. (Ed.). (2022). *Elecciones 2021: Pandemia, crisis y representación*. Fondo Editorial PUCP.

Zapata, A. (2021). *Lucha política y crisis social en el Perú republicano 1821–2021*. Fondo Editorial PUCP.

Capítulo 8

La cuestión religiosa en la historia constitucional peruana y brasilera

Katia Scarlet Reyes Loaiza

Juan Carlos Nalvarte Lozada

Introducción

La relación entre la Iglesia y el Estado ha sido un aspecto central en el desarrollo histórico y constitucional de Perú y Brasil. En ambos países, esta interacción ha reflejado procesos más amplios de transformación política, social y cultural, desde los sistemas coloniales basados en el Patronato y el Padroado, hasta los marcos constitucionales contemporáneos que consagran el carácter laico del Estado. El presente texto analiza cómo estas relaciones han evolucionado a lo largo del tiempo, marcadas por tensiones entre secularización, modernización y las persistentes influencias de la Iglesia Católica.

Tanto en Perú como en Brasil, las disputas en torno a la libertad religiosa, el matrimonio civil, el divorcio han sido indicativas de las dinámicas de poder entre las instituciones religiosas y estatales. Estas discusiones ofrecen una ventana para comprender las continuidades y rupturas en las estructuras sociales y políticas de ambos países.

El objetivo principal del presente análisis es trazar una comparación histórica entre los contextos peruano y brasileño, identificando las convergencias y divergencias en sus trayectorias. Se busca evidenciar cómo las diferentes respuestas institucionales a desafíos comunes —como la secularización y la construcción de Estados nacionales— han moldeado las particularidades de cada experiencia. Además, se resalta los momentos clave en los que se han negociado y redefinido los límites de la autonomía de la Iglesia frente al Estado.

Al contextualizar estas experiencias en su dimensión histórica y comparativa, se busca aportar una perspectiva crítica sobre las implicancias de la cuestión religiosa en las sociedades latinoamericanas contemporáneas, resaltando su pertinencia para el estudio del derecho constitucional y la historia política regional.

1 Entre el patronato y el concordato: las relaciones Iglesia-Estado

La relación entre la Iglesia y el Estado en el Perú estuvo marcada inicialmente por el patronato real, luego por tensiones en la época republicana y se consolidó en ciertos aspectos por el Concordato de 1980. Este vínculo refleja tanto la continuidad como los cambios derivados de los procesos de modernización y secularización.

El Patronato Real, establecido por los Reyes Católicos a fines del siglo XV y formalizado por el Papa Julio II, otorgó a la Corona española prerrogativas sobre la organización y administración de la Iglesia en América. Este sistema fue crucial en la evangelización del Nuevo Mundo, pero también sentó las bases de una relación de

dependencia entre la Iglesia y el Estado. En el Perú, el patronato permitió a las autoridades civiles intervenir en asuntos eclesiásticos, como la designación de obispos y el cobro del diezmo, consolidando así una fuerte vinculación entre el poder religioso y político durante el periodo virreinal.

El patronato se origina dentro de una visión política fundamentada en principios teológicos y filosóficos basados en la ley divina y natural (Valle Rondón, 2007). Esta perspectiva corresponde a la concepción política propia de la Cristiandad, entendida ampliamente como un sistema político, jurídico, cultural y social guiado por los valores del Evangelio, cuya custodia recae en la Iglesia Católica. Es entonces una sociedad teocéntrica, en la que la religión estructura todos los aspectos de la sociedad y en la que, naturalmente, la Iglesia tiene una inmensa presencia y colabora cercanamente con la autoridad política en lograr el bien común.

Con la independencia del Perú en 1821, el sistema de patronato se adaptó al nuevo contexto republicano. Los gobiernos peruanos asumieron el control de las prerrogativas que antes correspondían a la Corona española, reforzando una visión del Estado como mediador entre la Iglesia y la sociedad. Sin embargo, esta transición generó tensiones, ya que muchos obispos, como José Sebastián de Goyeneche, obispo de Arequipa y luego arzobispo de Lima, se mostraron reacios a aceptar las nuevas autoridades republicanas y mantuvieron lealtad al sistema monárquico y a España. Este conflicto fue especialmente evidente en los debates sobre la independencia, donde algunos sectores eclesiásticos consideraban que el nuevo régimen ponía en riesgo la fe y el orden social católico.

En el siglo XIX, el patronato republicano fue motivo de frecuentes disputas entre la Iglesia y el Estado peruano, particularmente en lo relacionado con la propiedad de bienes eclesiásticos y la designación de autoridades religiosas. Mientras que la Iglesia buscaba preservar su autonomía y sus privilegios históricos, el Estado intentaba limitar

su influencia en el ámbito político y social, en línea con las ideas liberales de la época (Sánchez Martínez, 2014; Sánchez Martínez, 2018).

Estas tensiones se reflejaron en las constituciones y en las políticas implementadas durante diferentes períodos. La Constitución de 1860, promulgada durante el gobierno de Ramón Castilla, representa un punto de equilibrio entre las demandas liberales y los intereses eclesiásticos. Si bien el texto constitucional adoptó principios liberales como la libertad de prensa y la centralización del poder legislativo, se mantuvo la unidad católica como religión oficial del Estado. Esta constitución permitió a la Iglesia conservar su posición privilegiada en la vida pública y su influencia en aspectos clave como la educación y los rituales cívicos. La inclusión de la unidad católica respondió a la presión de sectores conservadores y religiosos, especialmente en regiones como Arequipa, donde el catolicismo tenía una fuerte presencia cultural y política. Sin embargo, la estabilidad proporcionada por esta constitución también se basaba en compromisos que limitaban las ambiciones laicas de los sectores más radicales del liberalismo.

Con la Constitución de 1933, se dio un paso significativo hacia la secularización formal del Estado. Este texto, elaborado durante el gobierno de Luis Miguel Sánchez Cerro, reconoció en su texto original la libertad religiosa (que como se verá posteriormente ya había sido promulgada en 1915 cuando se modificó la constitución de 1860). Esto marcó un cambio respecto a las constituciones anteriores que declaraban al catolicismo como la única religión permitida. No obstante, la constitución de 1933 mantuvo el Patronato, esto aseguró que el Estado continuara supervisando y apoyando las actividades de la Iglesia Católica. Este sistema ofrecía un cierto balance: permitía al Estado mantener algún control sobre los asuntos eclesiásticos mientras garantizaba a la Iglesia un estatus privilegiado y un rol activo en la vida pública.

Se quiso superar esta etapa de tensiones entre Iglesia y Estado con la firma de un Concordato con la Santa Sede. En la década de

1850, durante el gobierno de Echenique, Bartolomé Herrera (que luego sería obispo de Arequipa) intentó negociar dicha firma, sin embargo, este intentó no pudo ser concretado. Posteriormente, entre 1920 y 1921, hubo nuevos intentos de conseguir la firma de un concordato, pero fueron detenidos por el parlamento. No sería hasta 1980 cuando se consiguió el Concordato.

Este marcó un hito en la regulación de las relaciones entre ambos. Este acuerdo estableció un marco de cooperación formal, garantizando privilegios específicos a la Iglesia Católica, como la exoneración de impuestos y la financiación estatal para actividades religiosas y educativas. El acuerdo estableció que la Iglesia Católica en el Perú gozaría de plena independencia y autonomía, permitiéndole ejercer sus actividades sin interferencia estatal. El concordato también acabó con las potestades del Estado para la designación de autoridades religiosas, limitándose a un mecanismo de comunicación y reconocimiento mutuo. Este pacto reflejó un intento de adaptarse a un contexto político más pluralista sin abandonar la histórica influencia de la Iglesia.

El Concordato también se inscribe dentro de un contexto global de redefinición de las relaciones Iglesia-Estado, impulsado por el Concilio Vaticano II y la necesidad de la Iglesia de mantener su relevancia en un mundo cada vez más secularizado. En el caso peruano, aunque se adoptaron algunas reformas modernizadoras, la Iglesia logró conservar una posición destacada en aspectos clave de la vida nacional, como la educación y la participación en eventos cívicos.

De forma similar al Perú, durante la colonización portuguesa, Brasil adoptó el sistema del *Padroado*, que otorgaba a la Corona portuguesa el control sobre la administración eclesiástica en sus territorios. Esta situación permitía al Estado nombrar obispos, construir templos y supervisar las actividades religiosas, integrando estrechamente la Iglesia en la estructura gubernamental.

Con la independencia y la formación del Imperio Brasileño, la Constitución de 1824 declaró al catolicismo como religión oficial del Estado, manteniendo la unión entre Iglesia y Estado. Aunque se permitía la práctica privada de otras religiones, el catolicismo conservaba privilegios significativos, y el Estado continuaba ejerciendo influencia sobre asuntos eclesiásticos (Ferreira y Ramón, 2017).

Sin embargo, en la década de 1870, surgió la llamada “Questão Religiosa”, un conflicto entre la Iglesia y el Estado desencadenado por la intervención estatal en asuntos eclesiásticos y la influencia de la masonería en las instituciones públicas. Este fue uno de los episodios más significativos en las relaciones entre la Iglesia Católica y el Estado durante el Imperio y tuvo como eje central el enfrentamiento entre quienes defendían la titularidad del *Padroado* por parte de la Monarquía Brasileña, y por tanto el control del Estado sobre la Iglesia, y los ultramontanos que abogaban por la independencia de la Iglesia frente al estado. El conflicto se desencadenó cuando los obispos Dom Vital Gonçalves de Oliveira, de Olinda, y Dom Antônio de Macedo Costa, de Belém, siguiendo directrices papales, ordenaron la expulsión de masones de las hermandades religiosas bajo su jurisdicción, acciones fundamentadas en las encíclicas papales que condenaban la masonería como incompatible con la fe católica. Sin embargo, el gobierno imperial, influenciado por una masonería políticamente activa y por el sistema del *Padroado*, interpretó estas medidas como un desafío a su autoridad. Esto llevó al emperador Pedro II a exigir que los obispos revocaran estas decisiones, aduciendo que las bulas papales no podían aplicarse sin la aprobación previa del Estado. La negativa de los prelados a acatar las órdenes estatales provocó su arresto en 1874 y posterior condena a trabajos forzados. Este acontecimiento generó un amplio debate público entre liberales y ultramontanos (Ramiro Júnior, 2012).

A pesar de que los obispos fueron liberados el año siguiente, la “Questão Religiosa” debilitó considerablemente la autoridad de la

monarquía y profundizó las tensiones religiosas. Este episodio fue visto como un preludio de la caída del Imperio en 1889, cuando se proclamó la República y se estableció formalmente la separación entre Iglesia y Estado. A partir de entonces, la Iglesia Católica perdió su estatus como religión oficial, y Brasil adoptó un modelo de Estado laico, garantizando la libertad religiosa en su Constitución de 1891.

Durante el régimen republicano, la Iglesia buscó recuperar parte de su influencia, especialmente en la Era Vargas, cuando volvió a ocupar un papel destacado en la política y la educación. Sin embargo, todas las Constituciones brasileñas del siglo XX mantuvieron la separación entre Iglesia y Estado consagrada en la Constitución republicana de 1891. La vigente Constitución de 1988 reafirmó el carácter laico del Estado brasileño, garantizando la libertad de culto y prohibiendo cualquier tipo de discriminación religiosa. Este marco legal consolidó la separación entre las instituciones religiosas y gubernamentales.

A pesar de que existieron acuerdos específicos entre Brasil y la Santa Sede, no fue hasta 2008 que se firmó un concordato general que regulara de manera integral las relaciones entre ambas entidades. Este fue el “Acuerdo entre la República Federativa de Brasil y la Santa Sede relativo al Estatuto Jurídico de la Iglesia Católica en Brasil”, que entró en vigor en 2010. Este acuerdo regular, entre otras cosas, el reconocimiento de la personalidad jurídica de la Iglesia y sus instituciones; la enseñanza de la religión católica en las escuelas públicas, junto con la de otras confesiones religiosas; la regulación de los efectos civiles del matrimonio canónico y de las sentencias eclesiásticas en materia matrimonial; la asignación de espacios para la construcción de edificios religiosos en los planes urbanísticos y el reconocimiento de los títulos académicos eclesiásticos.

2 Laxitud estatal y conflicto ideológico: la tolerancia y la libertad religiosa

El derrotero de la tolerancia y libertad religiosa en el Perú desde la independencia hasta 1915 presenta un panorama de tensiones y progresivas transformaciones marcadas por la interacción entre ideales liberales y la influencia del catolicismo oficial. Desde los primeros años de la independencia, el Estatuto Provisional de 1821 declaraba al catolicismo como religión oficial y protegida del Estado, excluyendo a otras religiones. Esta tendencia continuó en las primeras constituciones. Sin embargo, se permitía la práctica limitada y privada de otras creencias, en particular para extranjeros protestantes, aunque sin fines proselitistas ni representación en el Estado. La participación política de liberales ilustrados planteó tensiones iniciales al buscar compatibilizar esta postura con la necesidad de atraer inmigración (no siempre católica) y fomentar la modernización.

En las décadas siguientes, la tolerancia religiosa fue defendida principalmente por minorías liberales y disidentes, como protestantes y masones, quienes cuestionaron el privilegio exclusivo del catolicismo. Fue particularmente intensa la lucha durante los momentos constituyentes de 1856, 1860 y 1867. Ya que se tomaron medidas liberales como la eliminación de privilegios eclesiásticos en la educación y la propiedad que ocasionaron, como ya se ha visto, una fuerte reacción conservadora que buscaba preservar el predominio del catolicismo como elemento cohesionador de la sociedad peruana (Armas Asin, 1998).

Sin embargo, es necesario aclarar que no existió una persecución expresa por parte del estado contra los disidentes religiosos, a los que se permitió incluso hacer proselitismo, como es el caso de los vendedores de biblias protestantes que iban de puerta en puerta o de los misioneros adventistas en el altiplano.

No fue hasta 1913 cuando se modificó el artículo 4 de la constitución de 1860, que pasó de decir: “La Nación profesa la Religión Católica, Apostólica, Romana: el Estado la protege, y no permite el ejercicio público de otra alguna” a “La Nación profesa la Religión Católica, Apostólica y Romana y el Estado la protege”. Este artículo tuvo que ser votado en la siguiente legislatura (procedimiento requerido para reformas constitucionales), por lo que entró en vigor en 1915. De esta forma, al eliminar la prohibición del ejercicio público de religiones distintas a la católica, se estableció la libertad religiosa en el Perú, lo que no estuvo exento de intensos debates y polémicas públicas (Armas Asín, 1998).

A diferencia del Perú, en Brasil, la constitución de 1822 hacía mención expresa de la posibilidad de la práctica privada de cultos distintos al católico: “art. 5. La Religión Católica Apostólica Romana continuará siendo la religión del Imperio. Todas las otras Religiones serán permitidas con su culto doméstico, o particular en casa para eso destinadas, sin forma alguna exterior de Templo”. Esto, si bien no otorgaba una libertad religiosa, si establecía una tolerancia de culto explícita.

Luego de abolida la monarquía, la Constitución de 1891 garantizó la libertad religiosa, permitiendo la práctica pública de diversas confesiones y eliminando la religión oficial. La constitución de 1891 en su artículo establecía: “Todos los individuos y confesiones religiosas pueden ejercer pública y libremente su culto, asociándose para ese fin y adquiriendo bienes, observadas las disposiciones del derecho común”. Desde entonces, la libertad de culto se ha ampliado. La Constitución de 1988 reforzó el carácter laico del Estado brasileño y consagró la libertad religiosa como un derecho fundamental. El artículo 5º garantiza la inviolabilidad de la libertad de conciencia y de creencia, asegurando el libre ejercicio de los cultos religiosos y protegiendo los lugares de culto y sus liturgias.

3 Entre la secularización y la permanencia de la Iglesia: Matrimonio civil y divorcio

En Perú, durante el periodo colonial, el matrimonio fue regulado exclusivamente por la Iglesia Católica bajo las disposiciones del Concilio de Trento de 1563. Esta normativa estableció la sacramentalidad del matrimonio, su indisolubilidad y la monogamia como elementos esenciales. Además, el acto debía celebrarse en presencia de un sacerdote y testigos, marcando una rígida subordinación al orden religioso. Tras la proclamación de la independencia en 1821, el nuevo Estado peruano mantuvo el modelo matrimonial eclesiástico tal y como se infiere de las constituciones independentistas y posteriores. La primera Constitución Política de la República Peruana del 12 de noviembre de 1823 establecía, en el artículo 8 que la religión oficial de la República era la católica, lo propio se recoge en la Constitución Política de 1826 y Constitución Política de la República Peruana 1828; por ende, las disposiciones relativas al matrimonio debían respetar el espíritu de los evangelios y las reglas impuestas en el Concilio de Trento.

El Código de Santa Cruz, vigente en Perú y Bolivia en 1831, reafirmó la jurisdicción de la Iglesia sobre el matrimonio, consolidando su indisolubilidad y dependencia del derecho canónico con las disposiciones sobre los jueces eclesiásticos en procesos de divorcio. En 1834, Manuel Lorenzo de Vidaurre presentó un proyecto de Código Civil que planteaba por primera vez el matrimonio civil y el divorcio absoluto. Se propuso la regulación del matrimonio como un contrato basado en el consentimiento mutuo, reflejando un enfoque que privilegiaba la autonomía de los contrayentes (Toledo, 1938). Sin embargo, los ambiciosos proyectos de codificación impulsados por Vidaurre, así como las innovadoras propuestas de figuras como José Luis Gómez Sánchez y Francisco Javier Mariátegui, no lograron materializarse debido al contexto político y social de la época.

En contraste, las codificaciones que prosperaron durante el siglo XIX en el Perú estuvieron encabezadas por juristas de orientación conservadora, entre los que destacaron Manuel Pérez Tudela y Andrés Martínez, quienes imprimieron un carácter más tradicional al ordenamiento jurídico de la época (Ramos Núñez, 2005) relacionado con los preceptos constitucionales de la época y la Constitución Política de la República Peruana de 1834 que al igual que sus predecesoras reconocía a la religión católica como la única que debía ser profesada en el Perú; lo que es, nuevamente, afirmado en la Constitución Política de 1839.

Años más tarde, el primer Código Civil peruano de 1852 remitió expresamente la celebración del matrimonio a la normativa canónica establecida por el Concilio de Trento. Esto se reflejaba cuando se declaraba: *“El matrimonio se celebra en la República con las formalidades establecidas por la Iglesia, en el Concilio de Trento”* (Código Civil peruano, 1852, art. 156). Este enfoque, profundamente arraigado en la tradición, no fue exclusivo del Perú, sino que reflejaba una tendencia generalizada en América Latina durante esa época que a pesar de debates sobre su posible secularización, los legisladores decidieron preservar la tradición religiosa, garantizando la hegemonía del matrimonio canónico y su indisolubilidad.

La Constitución de la República Peruana 1856, Constitución Política del Perú de 1860 y Constitución Política del Perú de 1867 reconocen, casi sin variación alguna la prevalencia de la religión católica y la prohibición del ejercicio de otras religiones así como la equiparación del divorcio a la separación de los casados sin disolución del vínculo matrimonial.

A finales del siglo XIX, surgieron debates más intensos sobre la necesidad de secularizar el matrimonio para responder a las demandas de sectores no católicos y extranjeros. En este contexto, se promulga la Ley de 23 de diciembre de 1897 que estableció el matrimonio civil subsidiario en el Perú, dirigido a personas no católicas o impedidas

de contraer matrimonio canónico debido a disparidad de cultos no dispensada. Según el artículo 1, estos matrimonios debían celebrarse ante el alcalde provincial del domicilio de cualquiera de los contrayentes, con la presencia de dos testigos varones mayores de edad y previa comprobación de capacidad legal. Esta capacidad debía acreditarse mediante documentos o declaraciones testimoniales ante jueces civiles, tal como regulaba el artículo 5, dejando de lado la competencia de la jurisdicción eclesiástica para ser esta atribuida a los fueros civiles en casos de divorcio.

Asimismo, dispuso que el matrimonio civil se celebraba de manera solemne, requiriendo la declaración de intención de ambos contrayentes y la lectura de varios artículos del Código Civil de 1852, relacionados con los derechos y deberes matrimoniales. Aunque este proceso seguía el modelo canónico en su estructura, se diferenciaba al otorgar competencia exclusiva a los juzgados civiles, según lo indicado en el artículo 3, para causas como la nulidad matrimonial o la separación de cuerpos.

La ley también reconoció la validez de matrimonios previos de no católicos inscritos en los registros civiles y permitió la inscripción de matrimonios celebrados ante agentes diplomáticos o ministros de cultos no católicos dentro de un plazo de dos años. Este marco buscó abordar las limitaciones legales que enfrentaban las personas no católicas en un país predominantemente católico.

Esta ley se reglamentó mediante Decreto Supremo de 1899, exigiendo pruebas documentales o declaraciones juradas para acreditar la no pertenencia a la Iglesia Católica, sin embargo, esta disposición fue derogada por Ley del 23 de noviembre de 1903, que simplificó el proceso al aceptar una declaración ante el alcalde de haber abandonado la comunión católica. Esto amplió el acceso al matrimonio civil, permitiendo incluso a católicos utilizar este mecanismo.

Estas leyes no eliminaron la vigencia del matrimonio canónico ni la prevalencia de la religión católica como se manifiesta en la Constitución para la República del Perú de 1920, que seguía siendo válido para los católicos, pero marcaron un hito en el proceso de secularización del matrimonio en el Perú. Aunque el matrimonio civil mantenía un carácter subsidiario, introdujo un modelo que, respetando la unidad e indisolubilidad propias del esquema canónico, reflejaba un avance hacia un sistema más inclusivo y laico.

Durante la primera mitad del siglo XX, surgieron también tendencias en torno al divorcio que comenzaron a intensificarse durante la primera mitad del siglo XX. A diferencia del modelo canónico, que consideraba el matrimonio indisoluble, las corrientes secularizadoras abogaban por reconocer el divorcio absoluto como un derecho civil. Este tema se convirtió en un punto central en los intentos por modernizar las instituciones familiares. En 1930, el Decreto-Ley 6889 marcó un hito al establecer el matrimonio civil en el Perú, eliminando los efectos legales del matrimonio religioso. Con esta normativa, el matrimonio civil se convirtió en un requisito indispensable para cualquier unión matrimonial, desde ese momento, el matrimonio religioso se convirtió en una formalidad secundaria.

El Decreto-Ley también introdujo la necesidad de presentar un certificado de matrimonio civil previo a la celebración del matrimonio religioso, penalizando a los sacerdotes que no cumplieran con este requisito. Esta medida consolidó la primacía del Estado en la regulación matrimonial, marcando un cambio fundamental en la relación entre la Iglesia y el Estado. Paralelamente, la Ley 6890 reglamentó el divorcio absoluto en casos específicos, como el adulterio o el abandono prolongado. Aunque limitada en su alcance, esta ley representó un avance significativo hacia la disolución del vínculo matrimonial en situaciones excepcionales.

El matrimonio civil obligatorio fue recibido con fuerte oposición por parte de la Iglesia Católica, que denunció esta medida como

una afrenta a los valores tradicionales. A pesar de las críticas, el gobierno de Luis Sánchez Cerro defendió la reforma como un paso necesario para modernizar el país y garantizar la igualdad ante la ley (De Trazegnies et al, 1990). Este periodo marcó la consolidación del modelo secular del matrimonio en el Perú, aunque las tensiones con la Iglesia persistieron.

Durante las siguientes décadas, el matrimonio civil y el divorcio absoluto fueron incorporados plenamente en el ordenamiento jurídico, reflejando la creciente influencia de los principios laicos en la legislación peruana; sin embargo, a diferencia de constituciones anteriores, las últimas a la par de incorporar principios de tolerancia religiosa reconocen la importancia y trascendencia de la familia y el matrimonio en el estado peruano. La Constitución Política del Perú de 1933 incorporó por primera vez en el texto constitucional una referencia sobre la importancia del matrimonio: “*El matrimonio, la familia y la maternidad están bajo la protección de la ley*” (Constitución Política de 1933, art. 51).

Con el paso del tiempo, las reformas legales se adaptaron a las demandas de una sociedad en constante transformación. El Código Civil de 1936 reafirmó el matrimonio civil como la única forma legalmente válida y amplió las causales para el divorcio, reflejando una visión progresista de las relaciones familiares. El Código dispone que la autoridad competente para la celebración del acto matrimonial es el alcalde distrital o provincial del lugar de residencia de cualquiera de los contrayentes; empero, admite que los párrocos también puedan celebrar matrimonios civiles previa delegación de funciones por parte de la autoridad estatal. Asimismo, se mantiene el sistema de causales de divorcio del código civil anterior pero con el efecto de disolución del vínculo matrimonial en consonancia con lo ya regulado en los años 30.

A diferencia de la Constitución de 1933, su sucesora, la Constitución para la República del Perú de 1979, incorporó en su artículo 5 que las

formas de matrimonio y su correspondiente disolución deben ser reguladas por la ley de la materia, pero se considera como un pilar fundamental del propio Estado la protección del matrimonio. Una incorporación relacionada con el divorcio fue la causal de mutuo disenso siempre que hubiesen transcurrido dos años desde la celebración del matrimonio. En la propuesta del documento constitucional en torno al reconocimiento de instituciones familiares, Hector Cornejo Chavez propuso que los matrimonios religiosos tuvieran efectos civiles y que el Estado se encargue de otorgar el reconocimiento que corresponda al servinakuy; sin embargo, esto no fue recogido en el texto constitucional (Cornejo Chavez, 1982). Pese a esto, queda claro, que en ese contexto y, aún con la influencia del pensamiento católico, no se reconocen otras formas de conformación de grupos familiares, más allá de la unión matrimonial, dejando de lado la figura de las uniones de hecho que en el caso peruano tienen un precedente desde el incanato con la figura del servinakuy.

El actual Código Civil de 1984 reconoce el matrimonio civil como la única forma matrimonial que cuenta con reconocimiento estatal para fines sucesorios, reales, obligacionales y para fijar los vínculos filiales. Además reconoce las figuras de separación y divorcio, bajo un sistema de dos pasos, no necesariamente continuados, en los que decae y desaparece el vínculo que se formó con el matrimonio. Se mantiene el sistema de causales bajo las doctrinas del divorcio remedio y sanción, incluyendo al mutuo disenso que en 1993 mediante Resolución Ministerial N° 010-93-JUS pasaría a llamarse divorcio convencional.

La última Constitución Política del Perú de 1993, reconoce que el Estado tiene como prioridad la protección de la familia y promover el matrimonio como una forma de constituir la primera. Más allá de las discusiones que los términos promover y proteger trajeron consigo en las sesiones de debate del texto constitucional (Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Perú, 1993), el texto

constitucional también incluye a las uniones de hecho como una forma de constituir un hogar.

Desde la promulgación del Código Civil en 1984, el marco normativo del Perú ha experimentado diversos cambios significativos, impulsados por la promoción constitucional de los derechos y la modernización de las instituciones legales. Uno de los hitos destacados fue la prohibición del matrimonio entre personas sordomudas, ciegosordas y ciegomudas, establecida mediante la Ley N.º 29973 en 2012, con el objetivo de garantizar un enfoque inclusivo basado en el respeto a los derechos humanos. Posteriormente, en 2018, el Decreto Legislativo N.º 1384 derogó los impedimentos matrimoniales para personas con discapacidades mentales, marcando un avance hacia la no discriminación y el reconocimiento pleno de la capacidad jurídica de todas las personas, conforme a los estándares internacionales de derechos humanos.

En 2022, la Ley N.º 31643 otorgó a los notarios la facultad de celebrar matrimonios civiles, ampliando las opciones para la formalización de estas uniones y descentralizando el acceso al matrimonio civil, con el objetivo de garantizar mayor celeridad y eficiencia en los procedimientos. Asimismo, en cuanto a la protección de los menores de edad, en 2023, la Ley N.º 31945 estableció la prohibición absoluta del matrimonio entre menores de edad, fortaleciendo las políticas de protección a la infancia y adolescencia y alineándose con las recomendaciones internacionales para erradicar el matrimonio infantil.

Por otro lado, durante el periodo colonial en Brasil, el matrimonio fue regulado por la Iglesia Católica bajo las disposiciones del Concilio de Trento de 1563. Como en otras colonias bajo la influencia ibérica, se consideraba un sacramento indisoluble, sujeto exclusivamente al derecho canónico. Las uniones matrimoniales requerían la presencia de un sacerdote y testigos, consolidando la influencia religiosa sobre los aspectos familiares. Este marco, que

subordinaba el matrimonio a la normativa eclesiástica, se mantuvo hasta la independencia en 1822, momento en el cual Brasil comenzó a construir un sistema legal propio.

Con la Constitución del Imperio del Brasil de 1824, el matrimonio continuó bajo el control de la Iglesia Católica, que era la religión oficial del Estado. No se contempló el matrimonio civil ni el divorcio, perpetuando el modelo de indisolubilidad del matrimonio impuesto por el Concilio de Trento. Este sistema excluía cualquier posibilidad de disolución del vínculo matrimonial, aunque se permitía la separación de cuerpos en casos excepcionales, sin que esto afectara la vigencia del lazo matrimonial.

El cambio significativo llegó con la proclamación de la República en 1889 y la promulgación de _

la Constitución de 1891, que declaró la separación entre la Iglesia y el Estado. Se estableció el matrimonio civil obligatorio, desvinculando la unión matrimonial del control eclesiástico. Sin embargo, a pesar de este avance hacia la secularización, el divorcio no fue plenamente reconocido; solo se admitía la separación judicial, manteniendo la indisolubilidad del vínculo (Carvalho, 2003).

En 1916, el Código Civil brasileño reafirmó el matrimonio civil como obligatorio para efectos legales, consolidando los principios establecidos en la Constitución de 1891. Este código tampoco permitía el divorcio absoluto, limitándose a reconocer la separación de cuerpos y de bienes. Esta normativa reflejaba la influencia de un pensamiento jurídico conservador que prevalecía en la época, buscando preservar la estabilidad del matrimonio y la familia.

La enmienda constitucional de 1977 marcó un hito en la legislación matrimonial de Brasil al introducir el divorcio como una posibilidad legal, aunque con restricciones. La ley permitía disolver el vínculo matrimonial solo después de una separación de hecho por cinco años (posteriormente reducidos a tres). Este cambio representó un

avance significativo hacia la adaptación del derecho familiar a las necesidades sociales del siglo XX.

La Constitución de 1988, actualmente vigente, incorporó una visión más inclusiva y progresista sobre el matrimonio y la familia. Reconoció no solo el matrimonio civil, sino también las uniones estables y las familias monoparentales como entidades protegidas por el Estado. Además, eliminó la exigencia de separación previa para acceder al divorcio, facilitando el proceso y promoviendo una mayor libertad en la disolución de matrimonios.

En 2007, la Ley N.º 11.441 introdujo el divorcio extrajudicial, permitiendo que las parejas sin hijos menores o incapaces pudieran disolver su matrimonio mediante escritura pública, agilizando el proceso y descentralizando su trámite. Este avance reflejó una preocupación creciente por reducir la burocracia en los asuntos familiares y garantizar un acceso más rápido a la justicia.

La Enmienda Constitucional N.º 66 del 2010 eliminó cualquier exigencia de separación previa o plazos para solicitar el divorcio, estableciendo el divorcio directo e inmediato. Esta reforma consolidó el carácter secular y progresista de la legislación matrimonial brasileña, marcando un punto culminante en la evolución de los derechos familiares en el país (Pereira, 2022).

Finalmente, en mayo de 2013, el Consejo Nacional de Justicia (CNJ) emitió una resolución que obligó a todos los registros civiles de Brasil a celebrar matrimonios entre personas del mismo sexo, garantizando así la igualdad de derechos en el acceso al matrimonio. Esta medida unificó la práctica a nivel nacional, corrigiendo las disparidades existentes entre los estados, algunos de los cuales ya permitían el matrimonio igualitario, mientras que otros aún lo restringían. Con ello, el país avanzó hacia un marco legal más inclusivo y coherente con los principios de igualdad y no discriminación.

Consideraciones finales

El análisis histórico-comparativo de las relaciones Iglesia-Estado en Perú y Brasil revela un conjunto de similitudes y diferencias significativas que han dado forma a sus respectivos marcos constitucionales y jurídicos. A lo largo de los siglos, ambos países han transitado desde modelos coloniales profundamente influenciados por el catolicismo hacia configuraciones estatales más laicas, marcadas por procesos de secularización y modernización. Sin embargo, las particularidades de estos caminos reflejan las diferencias en sus contextos históricos, políticos y sociales.

Tanto en el Perú como en Brasil, el sistema de patronato estableció una relación de dependencia mutua entre la Iglesia y el Estado, aunque con trayectorias divergentes en su evolución. En ambos casos, el proceso de secularización fue fundamental para redefinir estas relaciones, pero en Brasil estuvo profundamente ligado al cambio de régimen de monarquía a república en 1889, lo que permitió una separación más temprana y estructural entre Iglesia y Estado, consolidada en la Constitución de 1891. Además, la tolerancia religiosa era más necesaria en Brasil debido a su mayor inmigración y heterogeneidad cultural, que exigían un marco más flexible para la convivencia de distintas creencias. En contraste, en Perú, donde predominaba una cultura más homogénea centrada en el catolicismo, las tensiones se prolongaron durante el siglo XIX y XX, especialmente en torno al control de bienes eclesiásticos y la educación, hasta que el Concordato de 1980 marcó un punto de inflexión hacia un modelo más pluralista. Ambos países comparten el tránsito hacia la secularización, pero los ritmos y las dinámicas reflejan las diferencias en sus contextos históricos, sociales y culturales.

El tratamiento del matrimonio y el divorcio ofrece otro punto de comparación relevante entre Perú y Brasil. En ambos países, durante el periodo colonial, el matrimonio estaba bajo el control exclusivo de

la Iglesia Católica, basado en los principios del Concilio de Trento que lo definían como indisoluble. Sin embargo, los avances hacia la regulación civil de estas instituciones siguieron caminos distintos. En Perú, la secularización del matrimonio fue más gradual y marcada por tensiones, introduciendo el matrimonio civil de manera subsidiaria a finales del siglo XIX y logrando su obligatoriedad recién en el siglo XX. El divorcio, inicialmente limitado, fue incorporado de forma más plena con el Decreto-Ley de 1930 y las reformas posteriores, reflejando una transición lenta hacia un modelo laico. En Brasil, por el contrario, la separación entre la Iglesia y el Estado tras la proclamación de la República en 1889 facilitó la implementación temprana del matrimonio civil obligatorio, aunque el divorcio absoluto no se reconoció hasta la enmienda constitucional de 1977. La Constitución de 1988 consolidó una visión progresista, incorporando el divorcio directo y reconociendo nuevas formas de familia.

Aunque Perú y Brasil son países limítrofes, sus trayectorias en las relaciones Iglesia-Estado y en la regulación del matrimonio y el divorcio presentan diferencias significativas. Estas se explican por los diversos procesos de colonización —español en el Perú y portugués en Brasil— y por los contrastantes desarrollos políticos del siglo XIX. Ambos procesos nos dan luces interesantes sobre cómo se fue secularizando la política y el derecho en iberoamérica.

Referencias

Armas Asín, F. (1998). *Liberales, protestantes y masones. Modernidad y tolerancia religiosa. Perú, siglo XIX*. Fondo Editorial PUCP/ Centro de Estudios Regionales Andinos “Bartolomé de las Casas”

Carvalho, J. (2003). *A construção da ordem: a elite política imperial; Teatro de sombras : a política imperial*. Civilização Brasileira

Código Civil Peruano de 1852, 23 de diciembre de 1851 (Perú)

Constitución Política del Perú de 1933, 29 de marzo de 1933 (Perú)

Cornejo Chavez, H. (1982). *Derecho Familiar Peruano, Tomo I*. Libreria Stadium Editores

De Trazegnies, R; Rodriguez, R; Cárdenas, C y Garibaldi, A.(1990). *La Familia en el Derecho Peruano*. Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú

Ferreira de Carvalho, E., & Ramón Fernández, F. (2017). La libertad religiosa en Brasil y su regulación en la Constitución. *Revista Cultura & Religión*, 11(1), 110-128

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos del Perú. (1993). *Debates de la Constitución de 1993: Pleno, Tomo 1*. https://spij.minjus.gob.pe/Textos-PDF/Constitucion_1993/DebConst-Pleno93/DebConst-Pleno93TOMO1.pdf

Pereira, C. (2022). Evolução histórica da família no Brasil. *Revista Direito Franca*, 15(1), 203-225. <https://www.revista.direitofranca.br/index.php/refdf/article/view/1200/848>

Ramiro Júnior, L. C. (2012). *A questão religiosa no Brasil: Interfaces entre religião, política e direito público*. 8º Encontro da ABCP, Gramado, RS. Recuperado de https://www.academia.edu/7962984/A_QUEST%C3%83O_RELIGIOSA_NO_BRASIL

Ramos Nuñez, C. (2005). Historia del Derecho Civil Peruano, Siglos XIX y XX, Tomo II. Fondo editorial PUCP.

Sánchez Martínez, C.(2014). El fin de la ilusión republicana. Demócratas y cristianos en el origen y ocaso de la república criolla peruana (1821 - 1980). *Fuego y Raya*, 4(7), 101-140.

Sánchez Martínez, C. (2018). El gran empate: reflexiones sobre las relaciones entre Iglesia y Estado criollo en el Perú republicano. *Fuego y Raya*, 8(15), 101-149.

Toledo, C. (1938). *Legislación matrimonial en el Perú*. Editorial Lumen

Valle Rondón, F. (2007). Iglesia y Estado en Hispanoamérica: Consideraciones historiográficas y culturales desde el caso del Perú. En *Relaciones entre la Iglesia católica y el Estado peruano. Reflexiones y ponencias*. Fondo Editorial UCSP, 19-48

Capítulo 9

Responsabilidad social empresarial y libre competencia: un desafío para el desarrollo

Martha Asuncion Enriquez Prado

INTRODUCCIÓN

El estudio tiene como objetivo demostrar las ventajas competitivas de una empresa gestionada con Responsabilidad Social Empresarial – RSE y su estrecha relación con la libre competencia, porque ambas practican los mismos principios y promocionan valores universales como la ética, la honestidad, el diálogo y la transparencia.

Actualmente, las conductas de RSE tienen mayor importancia por su impacto positivo para competir en ambientes de libre competencia, al introducir un valor adicional tanto para la empresa como la sociedad en general. Con la RSE el compromiso de los empresarios va mucho más allá de los resultados financieros, crea una nueva cultura empresarial con beneficios para trabajadores,

medio ambiente, clientes, proveedores, actores involucrados y toda la comunidad.

Siendo ese el motivo por el cual algunas empresas, inclusive, con alto grado de desarrollo tecnológico y consumidores fidelizados, deciden adoptar conductas de RSE que representan mayor valor agregado para la cadena de elaboración de productos o servicios, ofrecen seguridad y confiabilidad en los mercados internacionales y la preferencia de consumidores.

Esa creciente tendencia hacia el desempeño ético en las empresas, aliada a la presión social, hace que las conductas de RSE sean consideradas un requisito para permanecer en mercados de alta competencia y consumo responsable. Especialmente en países occidentales, donde los consumidores se niegan a comprar productos de empresas que violen normas de derechos humanos, laborales, libre competencia, derechos del consumidor, no respetan el medio ambiente y/o cometan conductas discriminatorias.

En los ítems 2 y 3, se toca la conceptualización de Responsabilidad Social Empresarial y sus efectos en la economía de un país o bloque económico. Tangencialmente, se refiere a la ética por tratarse de conductas en la gestión empresarial, y algunos países o bloques económicos, anfitriones de empresas con negocios internacionales, exigen conductas éticas basadas en principios morales, religiosos o normativos, que constituyen barreras no arancelarias al dificultar el flujo del comercio internacional con países que no están alineados con tales exigencias.

En el ítem 4 se enumeran algunas regulaciones de RSE y su aplicación, muchas de ellas aún tímidas para incorporar en el comportamiento empresarial, por representar un verdadero desafío. Además del costo/beneficio que eso representa para la empresa, aun sabiendo que constituye una variable fundamental para conquistar nuevos mercados competitivos.

En este contexto, cabe preguntarse: ¿la RSE debe ser obligatoria o voluntaria? La respuesta no es sencilla, ya que existen corrientes divergentes sobre el tema, siendo necesario conocer el tipo de sociedad en la que la RSE tendrá impacto, las expectativas de los grupos de interés o *stakeholders* y la reacción de las empresas ante los desafíos propuestos para alcanzar un mayor grado de desarrollo.

Ante la omisión de los gobiernos y la ausencia de una legislación propia, algunas empresas adoptan la praxis armonizada a nivel internacional por las normas ISO 26000 e ISO 14000, que permiten a las empresas contribuir al desarrollo sostenible, muchas veces yendo más allá del estricto cumplimiento de legislaciones obsoletas.

Por ese motivo, algunos especialistas entienden que la RSE debe ser incorporada, voluntariamente, en el cotidiano de la empresa y no necesariamente impuesta por una regulación. Sin embargo, conociendo la dificultad de incorporar prácticas de RSE cuando no existe esa cultura global consolidada en el empresariado, la RSE debe ser impuesta a través de mecanismos y/o instrumentos legales, comenzando por las grandes y medianas empresas y luego otros segmentos.

En el ítem 5 se demuestra la pacífica convivencia de las conductas de RSE con la libre competencia, al estar imbricadas en los mismos objetivos. Por tanto, el Derecho está llamado a suplir esa laguna, garantizando la libre competencia, y, al mismo tiempo, incentivar a que los empresarios obren con RSE en toda la cadena de sus actividades.

En ese contexto, se entiende como prioritario, crear en el empresariado una cultura basada en prácticas éticas y principios de responsabilidad social, sea con base en los usos y costumbres o con *standards* mínimos de regulación, y, en armonía con la libre competencia.

1 CONCEPTUALIZACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL

La Responsabilidad Social Empresarial debe entenderse como un esquema integral de responsabilidades éticas y de buena gobernanza compartidas entre las partes que participan en la actividad empresarial o stakeholders. Se trata de una red de relaciones dentro de la cadena de valores de la empresa que permite identificar el impacto social, económico y ambiental, evaluando puntos fuertes y debilidades para implementar estrategias con el objetivo de alcanzar un desarrollo sostenible en la sociedad.

El mayor obstáculo que enfrenta la empresa consiste en trasladar el interés individual al colectivo, pues la práctica de conductas éticas de RSE resulta una verdadera barrera al adoptar una gestión socialmente responsable, porque las relaciones de la empresa con los grupos de interés deben fluir de manera natural para crear un clima de confianza adecuado. Lo que implica, necesariamente, buscar beneficios para la sociedad, fomentar la realización profesional de los empleados y promover beneficios para los socios y el medio ambiente, sin dejar de lado el retorno a los inversores.

Fue así como el comportamiento en los negocios pasó del enfoque tradicional de la empresa centrado únicamente en el lucro en beneficio de los accionistas (shareholders), hacia los grupos de interés (stakeholders). De manera que, la rendición de cuentas ya no debe realizarse únicamente a los accionistas o a la cúpula empresarial, sino también a los grupos de interés, ya que las decisiones son compartidas entre todos los participantes: empleados, proveedores, gobiernos nacionales o regionales, clientes, consumidores, organizaciones sociales y otros segmentos.

En 2001, en el Libro Verde de la Unión Europea (COM 2001), se consolidó el fomento a la responsabilidad social en las empresas, y la Comisión Europea define la RSE como:

“...la integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores”... “Ser socialmente responsable no significa cumplir plenamente las obligaciones jurídicas, sino también ir más allá de su cumplimiento invirtiendo ‘más’ en el capital humano, el entorno y las relaciones con sus interlocutores”.¹

En la actualidad, la creciente visión global del desarrollo de las empresas a nivel nacional e internacional ha convertido a la RSE en un instrumento que impulsa la economía, y el bien común actúa como agente promotor del crecimiento, capaz incluso de suplir deficiencias del Estado en esta materia.

Se observa también en distintos países, en el ámbito académico, un creciente interés por el estudio de la Responsabilidad Social Empresarial – RSE, dadas las ventajas de incorporar prácticas éticas en el ambiente empresarial con efectos positivos en la economía.

En el plano económico, la RSE constituye un ejemplo concreto de ética aplicada y, desde la perspectiva de la teoría económica, tiene como propósito constituir una “empresa socialmente responsable” que cambia el paradigma clásico del lucro con el incremento continuo de ganancias y beneficios, sin considerar los demás factores.

Un concepto bastante difundido de RSE fue elaborado por el Instituto ETHOS², y consiste en el ejercicio planificado y sistemático de acciones, estrategias y canales de relación entre la empresa, su público de interés y la sociedad en general. El Instituto define la RSE como “la relación ética y transparente de la empresa con todos los públicos con los que se relaciona. Establece metas empresariales que impulsen el desarrollo sostenible de la sociedad, preserven los recursos

¹ Comisión Europea. (s.f.). *Eur-Lex – Acceso al derecho de la Unión Europea*. Recuperado de <https://eur-lex.europa.eu/>

² INSTITUTO ETHOS DE EMPRESAS E RESPONSABILIDADE SOCIAL / UNIETHOS. Guia de Compatibilidade de Ferramentas 2005. São Paulo: Margraf, 2005

ambientales y culturales para las futuras generaciones, respeten la diversidad y promuevan la reducción de las desigualdades sociales”³.

El término RSE también fue conceptualizado por el Banco Nacional de Desarrollo Económico y Social – BNDES, al afirmar que la RSE: “está asociada al reconocimiento de que las decisiones y los resultados de las actividades de las compañías alcanzan a un universo de agentes sociales mucho más amplio que el compuesto por sus socios y accionistas (shareholders)”.

De los conceptos aquí mencionados se identifican algunos elementos fundamentales para llegar a un consenso e incorporar la RSE en las empresas: a) la acción voluntaria de las empresas para que estas respondan a criterios éticos de comportamiento, incorporando una cultura de ética empresarial adecuada a la realidad y a las exigencias de los grupos de interés o *stakeholders*, dentro de un marco de diálogo y consenso; b) la identidad y sostenibilidad de las relaciones y de los valores de cada integrante de la empresa, dado que la RSE es un conjunto de responsabilidades compartidas entre todos los participantes de la compleja red de la actividad empresarial; c) la buena relación con los grupos de interés para que las decisiones se tomen por consenso entre todos los participantes vinculados a la empresa: empleados, proveedores, gobiernos nacionales y regionales, clientes, consumidores y organizaciones sociales, entre otros.

Los debates sobre beneficios de la RSE evolucionaron junto con la expansión de las empresas multinacionales y sus subsidiarias, pero, debido a su tamaño y compleja estructura, enfrentaron dificultades para operar en otros países y vieron la necesidad de una reglamentación que fuera impuesta de forma obligatoria a los participantes, aunque fuera mínima, a través de contratos o del sector estatal, hasta crear una cultura de RSE que asegure la sostenibilidad de las empresas en entornos competitivos.

³ Princípios e compromissos do Instituto Ethos. Vide <http://www3.ethos.org.br/conteudo/sobre-o-instituto/princípios-e-compromissos/#.VhVUCKSFPIU>

Los empresarios de países con economías desarrolladas tienen plena convicción del significado positivo de la RSE, y poseen una cultura de ética empresarial sustentada en la libertad, el diálogo y el consenso. Son conscientes de que el comportamiento socialmente responsable trae beneficios y contribuye al desarrollo sostenible, y que sus responsabilidades van mucho más allá de la mera generación de dividendos y del cumplimiento de obligaciones legales y financieras.

Al contrario, en países con economías menos desarrolladas se observa una fuerte resistencia de los empresarios a cambiar sus comportamientos, en su mayoría por desconocer las ventajas competitivas de la RSE, o por la permisividad de la legislación y/o ineficiencia en hacer cumplir las pocas normas existentes.

En Brasil, la práctica de la RSE es fomentada, pero su aplicabilidad aún es incipiente, pues existe mucha reticencia por parte del empresariado para incorporar tales prácticas, así como dudas sobre su alcance, consecuencias y dificultades, además del costo que representan los cambios, muchas veces por temor a exponer o comprometer la imagen de una empresa ya consolidada en el entorno social.

En el ámbito internacional, a pesar de la mentalidad predominante de rentabilidad empresarial, son numerosos los factores que, tanto en el plano doctrinario como legislativo, permiten relativizar el significado del lucro. Se entiende que para alcanzar el desarrollo sostenible de la empresa se deben incluir los intereses de todos los sectores involucrados, instando a los empresarios a actuar con ética, manteniendo el compromiso de incorporar moralidad, transparencia y conductas éticas en la actividad y negocios de la empresa.

Aunque la RSE representa un aumento del valor agregado, no es tarea fácil ponerla en práctica, ya que demanda sacrificios y/o concesiones de los participantes o *stakeholders*, especialmente en ambientes empresariales acostumbrados al afán de lucro, porque

exige cambios de comportamiento que alteran los hábitos cómodos de actuación empresarial.

En la Unión Europea, contrariamente a la concepción clásica del estricto afán de lucro, la RSE pasó por muchas etapas hasta introducir valores de mayor valor añadido que representan una ventaja superior para el objetivo esencial de la actividad empresarial.⁴

Los primeros intentos por insertar en la empresa conductas de responsabilidad social empresarial surgieron en el año 1993, cuando Jacques Delors, siendo presidente de la Comisión Europea, hizo un llamado al sector empresarial para combatir el desempleo y la exclusión social. En 1999 se creó la Red Europea de Empresas para la Responsabilidad Social Empresarial, denominada CSRE.

En este contexto, aunque la aplicación de la RSE ha avanzado significativamente a nivel internacional, especialmente en el sector privado, ya sea de forma voluntaria mediante prácticas éticas o por vía regulatoria, aún son tímidas las iniciativas orientadas a lograr una gestión empresarial pluralista y con resultados de interés público.

2 EFECTOS DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL EN LA ECONOMÍA

En el contexto de las empresas socialmente responsables, la Economía, como ciencia social, está entrelazada con los principios morales de la sociedad en la que se desarrolla. Por un lado, las relaciones económicas influyen en la moral predominantemente en la sociedad y, por otro, la Economía puede presentar problemas en el campo de la moral y la ética. De ahí la proximidad entre ambas y la necesidad de su estudio conjunto.

⁴ Um exemplo da presença de outros interesses (credores, trabalhadores, etc.) na empresa, juntamente com o objetivo de maximização dos benefícios, encontra-se na Lei de Sociedades Mercantis do Israel, de 27 de maio de 1999. Consultar: PROCACCIA, U. The New Israeli Companies Law: Some Theoretical Highlights, ECFR p. 209-215, 2004.

Para Adela Cortina (2000, p.), la ética del capitalismo constituye la combinación entre la moral y la economía, a través de la eficiencia en la coordinación de los fines individuales, como la libertad de consumo, de producción, de acción y la justicia distributiva. Entiende que el capitalismo va acompañado de una moral, surgiendo así una concepción moral del capitalismo que se ha ido transformando a medida que este ha evolucionado.

Con gran propiedad, Amartya Sen (2001, p. 38-39) sostiene que la ética, como ciencia del comportamiento moral, está muy próxima a la Economía, tanto en su origen como en su desarrollo, ya que la razón económica por la que una persona actúa racionalmente para maximizar su propio interés es consecuencia de una interpretación errónea de las teorías de Adam Smith. Concluye afirmando que la Economía también está relacionada con la Ética, y que esta ha ganado mucho con los métodos utilizados por la economía, no habiendo, por tanto, un verdadero distanciamiento entre ambas, como se puede suponer.

Otros autores como Peter Koslowski (1986) consideraron necesaria una ética del capitalismo, pues cuando existe libertad, los valores morales también mejoran la eficiencia y compensan las deficiencias del mercado, buscando una integración social.

Este tipo de gestión empresarial pasó a denominarse Responsabilidad Social Empresarial (RSE), que no se debe confundir con la filantropía⁵, la ética empresarial, el marketing o actividades periféricas de relaciones públicas de la empresa. Su significado es mucho más profundo y da lugar a una nueva cultura empresarial.

⁵ Resaltado nuestro: La filantropía es una acción social externa a la empresa, cuya principal beneficiaria es la comunidad en sus diversas formas (consejos comunitarios, organizaciones no gubernamentales, asociaciones comunitarias, etc.) y otras organizaciones. A diferencia de las acciones puntuales de filantropía, la responsabilidad social empresarial está enfocada en la cadena de negocios de la empresa y abarca preocupaciones con un público más amplio (accionistas, empleados, prestadores de servicios, proveedores, consumidores, comunidad, gobierno y medio ambiente), exigiendo que la empresa procure comprender e incorporar conductas éticas en sus actividades empresariales.

En esa línea, cada vez son más los países y empresas que adoptan la RSE como conducta, atrayendo importantes beneficios económicos y un valor agregado basado en principios morales. Gana la empresa, ganan los *stakeholders*, gana la sociedad en su conjunto y además se contribuye a la preservación del medio ambiente.

Domingo García-Marzá (2004, p. 194) sostiene que la RSE genera valor agregado porque toma en cuenta otros intereses vinculados a la propia empresa, a los *stakeholders*, y respeta el medio ambiente.

Aún, destacando el consenso para aceptar normas impuestas por la cúpula directiva o los propietarios, en detrimento de otros sectores o incluso de los propios accionistas, García-Marzá (2004, p. 193) afirma:

“... es posible que los intereses de la sociedad y de la empresa coincidan alrededor de esta motivación económica fundamental. El interés particular mantiene la primacía como objetivo esencial de la empresa. La legitimidad se limita al valor económico agregado.

No es posible cambiar esta concepción de empresa si se parte de una perspectiva contraria, entendiendo la empresa como un antagonismo radical de intereses, permitido y sostenido por el sistema jurídico.”

El mismo autor entiende que el compromiso y la implicación en los intereses de la empresa dependen en gran medida del grado de confianza:

“... La confianza es directamente proporcional al grado de acuerdo o consenso con el que se acepta la posición de la empresa respecto al cumplimiento de las expectativas ofrecidas.

De forma aún más enfática, Gareth Morgan (1990, p. 176) afirma: “La organización (empresa) se ve como un paraguas de ambiciones comunes que se esfuerzan por su realización, actuando como un equipo integrado.”

Es así que cuesta superar la idea de empresa como estructura al servicio exclusivo del interés económico de los propietarios o socios, en lugar de tener una visión transpersonal de la realidad empresarial. No obstante, esta realidad ha ido cambiando lentamente con un nuevo enfoque de gestión empresarial, reformulando los esquemas tradicionales y permitiendo una administración organizacional socialmente responsable con parámetros éticos, haciendo de la empresa un motor para el desarrollo sostenible.

En países como Brasil y otros, aún son tímidas las iniciativas orientadas a alcanzar una empresa pluralista, que además de perseguir el lucro, también tenga la función social como objetivo y no se limite a una lógica meramente individualista.

Muchas veces, la Responsabilidad Social Empresarial se confunde con la filantropía, la ética empresarial, el *marketing* o con actividades periféricas de relaciones públicas. Pero la RSE no se trata de una moda pasajera o de acciones puntuales; representa conductas con efectos a largo plazo que generan una cultura duradera de desarrollo sostenible, con beneficios tanto para el entorno empresarial como para la sociedad en su conjunto.

De esta manera, la transformación del capitalismo y de la economía de mercado ha sido sustancial para establecer un clima de confianza y posibilitar la realización de negocios que conquisten la credibilidad de los clientes y aseguren la permanencia de la empresa en el mercado. Las empresas ya no pueden apoyarse exclusivamente en criterios económicos; deben tener en cuenta factores éticos, sociales y ambientales que antes no se consideraban.

3 REGULACIÓN DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL Y SU APLICABILIDAD A NIVEL INTERNACIONAL

El crecimiento del movimiento a favor de la RSE a nivel internacional debe entenderse en el contexto de una sociedad civil organizada

que, muchas veces, actúa bajo presión de boicots de consumidores y de campañas de publicidad negativa ampliamente difundidas por los medios de comunicación y las redes sociales, afectando incluso a empresas que se consideran socialmente responsables en sus prácticas empresariales. Tal fue el caso de la campaña lanzada contra la empresa española de indumentaria Zara, acusada de pagar salarios ínfimos (trabajo esclavo), en violación de los derechos laborales. O el caso de Nike, que produce zapatillas y ropa deportiva en países con mano de obra barata (Vietnam, Indonesia y China), a través de proveedores independientes acusados de utilizar trabajo infantil, obligando a menores a trabajar más allá de los límites legales permitidos, violando así los derechos del niño y el propio Código de Conducta de Nike. No obstante, la empresa estadounidense no fue legalmente responsabilizada conforme criterios tradicionales porque no configuraban su autoría directa como demostró en su defensa.

Fue así que la incursión de las grandes empresas en el mundo globalizado, a medida que conquistaban nuevos mercados, influyó positivamente en el desarrollo de conductas de RSE, se organizan debates en foros especializados que exigen de las instituciones y gobiernos la adopción de políticas sociales.

Actualmente, las empresas y los grupos de interés o *stakeholders* están sujetos a un mayor escrutinio por parte de los competidores y consumidores, por lo que el término RSE – Responsabilidad Social Empresarial – abarca muchas áreas del conocimiento, no solo con la economía como se trata en el ítem 3 de este estudio, sino también con otras áreas como Administración, *Marketing*, Derecho, etc., al estar interrelacionadas. Es por eso la diversidad de conceptualizaciones que el término merece.

Bajo el enfoque ético, la responsabilidad social de una empresa es la obligación de la administración para tomar decisiones y llevar a cabo acciones éticas que contribuyan al bienestar social y a los

intereses de la empresa como organización (ALESSIO, apud DAFT, 2008, p. 67).

Desde la perspectiva de la Administración y el *Marketing*, la RSE representa la conducta mediante la cual una empresa debe mirar más allá de sus propios intereses para contribuir con la sociedad. Desde esa perspectiva, la RSE exige de la empresa obligaciones en la medida que sus acciones no afecten los intereses de otros.

La relación de la RSE con el Derecho es estrecha, ya que algunos ordenamientos jurídicos han comenzado paulatinamente a debatir y adoptar posiciones sobre su regulación y obligatoriedad para implementar tales conductas, como se verá más adelante.

Un aspecto importante abordado en estos debates fue la carencia y deficiencia de regulación y/o instrumentos para fiscalizar para controlar las conductas de RSE dentro de la empresa, sea en la matriz o sus filiales dentro o fuera del país en el que operan. Por esta razón, algunos instrumentos internacionales de RSE publicados por organismos internacionales fueron acogidos y aplicados con éxito, como las Líneas Directrices para Empresas Multinacionales de la OCDE⁶, el Pacto Mundial de la ONU de 1999, y la Declaración de 1998 de la OIT sobre principios fundamentales en los derechos del trabajo.

Es así que, esta deficiencia vino disminuyendo gradualmente en las últimas décadas gracias a la contribución de organizaciones internacionales, como las Naciones Unidas (ONU), la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE), la Organización Internacional del Trabajo (OIT), entre otros organismos, mediante la elaboración de declaraciones, principios, recomendaciones, guías e instrumentos con normas de conducta empresarial. Y aunque tales instrumentos no son legalmente exigibles, constituyen recomendaciones relevantes.

⁶ Este documento enfatiza que sua aplicação é voluntaria e não é legalmente exigível.

Las empresas multinacionales de los Estados miembros de la OCDE y de otros países adoptan los principios, recomendaciones y guías para evitar incurrir en violaciones de derechos humanos, derechos laborales, medioambiente, derechos del consumidor, ciencia y tecnología, competencia, fiscalidad, entre otras áreas.

En América Latina, la inclusión de la RSE como fuente generadora de “valor agregado”, también es reciente y un tema a ser tratado, próximamente, por su amplitud. Sin embargo, los empresarios han asumido un conjunto de compromisos sociales y ambientales que mejoran las relaciones de la empresa con la comunidad local e internacional, el entorno laboral y el medio ambiente.

Las organizaciones no gubernamentales (ONG) también han contribuido a nivel internacional para incorporar prácticas de RSE en las empresas. Quizás la iniciativa más antigua de esta colaboración sea el compendio: Los Principios Globales de Sullivan⁷, creado por el reverendo León Sullivan en 1977, con recomendaciones para que los inversores establecieran empresas y negocios en Sudáfrica durante el apartheid. Hoy las empresas siguen tales principios, especialmente en lo relativo a los derechos humanos, igualdad de oportunidades, ética comercial y protección del medio ambiente.

Algunas ONGs reconocidas internacionalmente han desempeñado un papel relevante en la publicidad y presión para la adopción de conductas de RSE, como Greenpeace en lo relacionado con el medio ambiente, Amnistía Internacional y *Pax Christi* en lo relativo al respeto a los derechos humanos. Otro ejemplo de buenas prácticas son los Principios de la *Caux Round Table (Principles for Business)*⁸, elaborados en 1994 por líderes empresariales de Europa, Japón y América del Norte. Estos principios, entre otros, demuestran el impacto social de los negocios en las comunidades que respetan el medio ambiente y rechazan las prácticas corruptas.

⁷ <http://www.responsible.net/rs/global-sullivan-principles-social-responsibility>

⁸ <https://www.cauxroundtable.org/>.

Algunas normas establecidas en países o jurisprudencia de tribunales internacionales, como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea o de países miembros, han sido aplicadas en casos judiciales. Casos que han contribuido a consolidar las conductas de RSE, como el caso Alien Tort Claims Act (ATCA) ⁹ de 1789 en Estados Unidos, que ha sido utilizado numerosas veces para demandar a multinacionales por violaciones al derecho internacional en terceros países. En el Reino Unido, las multinacionales pueden ser legalmente responsabilizadas por violaciones a los derechos humanos cometidas en el extranjero, donde el acceso a la justicia es limitado ¹⁰.

La Unión Europea – UE es un ejemplo a seguir en materia de regulación, aunque no se puede compararla con otros bloques o países debido a su peculiar y propia estructura de ordenamiento jurídico supranacional. La UE posee mecanismos ágiles que permiten la aplicación de normas: reglamentos, directivas o comunicaciones que se cumplen obligatoriamente en los Estados miembros del bloque, independientemente de aprobación del poder legislativo para su incorporación en las legislaciones nacionales, en virtud del efecto directo previsto en los tratados fundacionales (ENRÍQUEZ PRADO, Martha, 1999, p. 21).¹¹

Considerando la globalización del comercio, han sido numerosas las iniciativas y programas en la Unión Europea, para consolidar conductas de RSE en las relaciones de los actores involucrados,

⁹ Por esta ley, pueden ser procesadas en los Estados Unidos tanto las empresas estadounidenses como las extranjeras por infracciones o por complicidad en la violación de normas sociales o de derechos humanos reconocidas internacionalmente, aun cuando tales hechos hayan sido cometidos fuera del territorio estadounidense.

¹⁰ Jurisprudência da Câmara dos Lordes do Reino Unido, nos casos que envolveram o Rio Tinto, na Namíbia e Thor Chemicals y Cape em Sudáfrica.

¹¹ “No obstante, para alcanzar el mercado único en la Unión Europea fue fundamental la creación de una estructura básica de la futura comunidad, manteniendo un sistema que permitiera un desarrollo estable, un intercambio comercial equilibrado y una competencia leal entre los Estados miembros.” In: ENRÍQUEZ PRADO, Martha Asunción. Derecho de la competencia y posición dominante en la Unión Europea y el MERCOSUR. Tesis doctoral. Pontifícia Universidad Católica de São Paulo. 1999.

comenzando por las grandes y medianas empresas para luego extenderse a los demás segmentos.

En la UE fueron aprobadas diversas Comunicaciones de la Comisión Europea y Resoluciones del Parlamento Europeo, con el fin de fomentar la RSE en las empresas y generar impactos positivos en su gestión, estimular la competitividad y contribuir para el desarrollo sostenible del bloque, cumpliendo con los objetivos sociales y ambientales

En 2001, en el Libro Verde de la Unión Europea (COM 2001), la Comisión Europea consolidó el fomento a la responsabilidad social con las conductas de RSE a ser cumplidas por las empresas del bloque.

En 2002, la Comisión Europea aprobó la Comunicación (COM 2002)¹², señalando las principales características de la RSE:

- comportamiento que las empresas adoptan voluntariamente más allá de las prescripciones legales, por considerarlo de su interés a largo plazo;
- estar estrechamente vinculada al desarrollo sostenible, ya que las empresas integran en sus operaciones el impacto económico, social y ambiental;
- no se trata de un “complemento” opcional a las principales actividades de la empresa, sino de la manera como se gestiona.

El 25 de octubre de 2011, mediante la Comunicación (COM 2011)¹³, la Comisión Europea publicó la nueva política de Responsabilidad Social Empresarial, en la cual reafirma las prácticas establecidas en el Libro Verde (COM 2001) y define de forma más precisa la RSE como “la responsabilidad de las empresas por su impacto en la sociedad”. Esta definición se encuentra alineada con los principios reconocidos internacionalmente en las Directrices de la OCDE, en

¹² <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=URISERV:n26034>

¹³ Comunicação da Comissão Europeia - Bruxelas, COM (2011) de 25 de outubro de 2011, disponível no sitio [www.europarl.europa.eu/.../com_\(2011\)0681/_com](http://www.europarl.europa.eu/.../com_(2011)0681/_com)

la norma ISO 26000¹⁴ y en los Principios Rectores de las Naciones Unidas para las empresas y los derechos humanos.

Y el 17 de septiembre de 2015 se elaboró un Informe del Comité Económico y Social Europeo, denominado “Responsabilidad social y societaria de las empresas como catalizador de los acuerdos de asociación de la UE”.

Sin embargo los cambios más recientes y determinantes sobre las obligaciones de las empresas en la Unión Europea están contenidos en la Directiva (UE) 2022/2464 del Parlamento Europeo y del Consejo de 14.12.2022, conocida por sus siglas en inglés CSRD (Corporate Sustainability Reporting Directive) y traducida al español como, Directiva sobre Informes de Sostenibilidad Corporativa –, que obliga a las empresas a divulgar información detallada sobre el impacto ambiental, social y de gobernanza de sus actividades, por sistemas como ESG (Environment, Social and Governance, constituidas de criterios métricos.

De la misma forma la regulación más reciente de la Unión Europea sobre RSE está contenida en la Directiva 2024/01760, aprobada en junio de 2024, que establece criterios y prácticas empresariales que respeten los derechos humanos, las condiciones laborales justas, los impactos ambientales y sociales, y los impactos económicos generados por la empresa. Establece normas que definen la RSE como el conjunto de acciones que las empresas deben adoptar, además de las obligaciones legales impuestas, con el objetivo de contribuir al desarrollo sostenible.

Esta Directiva entró en vigor recientemente en 2024, con un período de adaptación que se extiende hasta 2028, durante el cual las empresas deberán ajustarse gradualmente a las nuevas exigencias. Representa una oportunidad y un desafío para las empresas, encontrando en ella caminos viables para su innovación, colaboración

¹⁴ Guia internacional voluntária sobre responsabilidade social, com relação aos Direitos Humanos, trabalho, meio ambiente e conduta ética

y fortalecimiento de capacidades, garantizando su competitividad y sostenibilidad en un escenario global cada vez más desafiante.

3.1 APPLICABILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL EN BRASIL

En Brasil, las primeras exigencias de una conducta ética en las empresas surgieron en contratos privados entre empresas brasileñas y multinacionales extranjeras. Las empresas estadounidenses fueron pioneras en incluir cláusulas relativas al comportamiento ético en sus relaciones comerciales con otros países.

En los contratos de representación comercial o distribución de mercancías, las empresas representadas, con sede en Estados Unidos, solían incluir cláusulas que exigían que el representante o distribuidor en Brasil cumpliese con las obligaciones legales y los principios éticos aplicables al contrato.

La posición que Brasil conquistó en el mapa de los inversores internacionales, especialmente desde 1994, hasta hace pocos años, generó un período de asociaciones por medio de *joint ventures* entre empresas extranjeras, poseedoras de capital y tecnología, y empresas brasileñas que carecían de tecnología pero conocían el mercado nacional.

Fue así que, en los contratos de *joint ventures*, se insertaban cláusulas contractuales de comportamiento ético, que se reflejaba en los acuerdos societarios, estatutos y contratos sociales. De esa forma las nuevas empresas quedaban sujetas a normas internacionales de conducta ética, y la violación de estas constituía un incumplimiento contractual con graves consecuencias comerciales, incluida la rescisión del contrato y el pago de vultuosas multas.

En Brasil la inserción de la RSE todavía es voluntaria, pero en la mayoría de los casos, y cada vez más es influenciada por legislaciones extranjeras de normas ambientales, laborales y transparencia. Por

otro lado, el avance de la agenda ESG y la CSRD (Directiva Europea de sustentabilidad corporativa) presionan para adoptar conductas transparentes y responsables.

En la legislación brasileña, el artículo 170 de la Constitución de 1988, dentro del capítulo de los principios generales de la actividad económica, representa la mayor garantía para las empresas que desean incorporar la práctica de la RSE en su gobernanza. Este artículo asegura el interés público como deber del Estado, defiende la libertad de iniciativa, la libre competencia y protege al consumidor y al medio ambiente.

Aunque la preocupación por el tema sea reciente en Brasil, y, aún se no tenga una ley federal que regule la RSE a nivel nacional, algunas leyes se aproximan, transversalmente, buscando reprimir prácticas antiéticas en las relaciones de la empresa con la sociedad en general, tales como: la Ley n.º 12.529/2011, de Defensa de la Competencia; Ley Complementaria n.º 101/2000, de Responsabilidad Fiscal; Ley n.º 9.078/1990, de Defensa del Consumidor; Ley Anticorrupción n.º 12.846/2013, que dispone sobre la responsabilidad administrativa y civil de las personas jurídicas por la práctica de actos lesivos contra la administración pública, nacional o extranjera; la ley de licitaciones y otras.

En la legislación de los Estados federados cabe destacar el pionerismo del Estado de Rio Grande do Sul, que por la Ley n.º 11.930/2003 promueve acciones de responsabilidad social. Instituyen una certificación concedida por la Asamblea Legislativa del Estado a empresas socialmente responsables, con base en la transparencia de sus balances sociales¹⁵. Esta ley otorga tres tipos de reconocimiento:

¹⁵ El Balance Social se define como el instrumento utilizado para medir la actuación social de las empresas, la calidad de la relación con los empleados, el cumplimiento de cláusulas sociales, la participación de los empleados en los resultados económicos, las posibilidades de desarrollo personal, así como la forma de interacción de las empresas y demás entidades con la comunidad y su relación con el medio ambiente. Cabe destacar que la comisión organizadora y sus colaboradores podrán revocar la certificación o el trofeo en caso de alguna denuncia grave que altere sustancialmente algunos de los indicadores o requisitos previos.

el Certificado de Responsabilidad Social, el Trofeo Responsabilidad Social – Destaque RS, y el Diploma Mérito Social. Por otro lado, la Ley 13.990/2012 crea un sello de RSE que emite la asamblea a las empresas que actúan con RSE, transparencia, por un desarrollo sostenible e inclusión social.

En el Estado de Santa Catarina tramita un Proyecto de Ley nº 0176.1/2005 que propone crear un programa “Empresa Ciudadana” que incentiva la RSE con igualdad de género, respeto a los derechos humanos y protección ambiental. Los municipios de Joinville y São José otorgan un sello social a las empresas, con impacto positivo en la comunidad y alineadas con los objetivos de desarrollo sustentable (ODS) e incentivo al deporte y cultura.

El Estado de São Paulo aprobó la Ley nº 12.349/2006, que instituye el Sello Paulista de Responsabilidad Social, concedido a empresas que adoptan prácticas de inclusión social, sostenimiento ambiental y valorización de los trabajadores

También al Sur, el Estado de Paraná aprobó la Ley nº 17.189/2012, que crea el sello Empresa Solidaria, para las empresas que promueven acciones sociales, ambientales y culturales. La Ley nº 16.972/2011, instituyó la Semana de la Responsabilidad Social incentivando eventos y prácticas para concientizar a la gente. También la Ley de incentivo a la cultura que concede incentivos fiscales a las empresas con RSE.

Al norte del país destacan los Estados de Pará con la Ley nº 8.594/2019, que orienta promover la RSE en empresas que desarrollen acciones sociales, ambientales y gobernanza de impacto local.

El Estado de Maranhão aprobó la Ley nº 9.794/2013, también con directrices que promuevan conductas de RSE, con el propósito de combatir la pobreza, fomentar la educación y cultura y la inclusión productiva.

Algunos programas estaduales y municipales a nivel nacional conceden premios o sellos de reconocimiento, a las empresas que

motivan las prácticas de RSE, además de incentivos fiscales a empresas que promueven la inclusión social, emplean jóvenes aprendices y preservan em medio ambiente.

Estas iniciativas y ejemplos de conducta empresarial permiten valorar el importante papel de las empresas en la promoción de cambios favorables a la RSE, fomentando una cultura ética de transparencia y valores que benefician tanto a los *shareholders* como a los *stakeholders*, contribuyendo así para alcanzar una sociedad más justa para las futuras generaciones.

Al mismo tiempo, las prácticas de RSE actúan como impulsores de la práctica de RSE, ya que consumidores conscientes pueden boicotear a las empresas que infringen leyes, y negarse a adquirir sus productos. Por su parte, los inversores también muestran mayor interés en apoyar empresas que practican conductas responsables, y exigen información sobre cómo dichas empresas gestionan los riesgos laborales, sociales y medioambientales.

Personalmente, se entiende que llegó la hora de Brasil aprobar una Ley nacional que trate de la RSE porque la base legislativa para esa tarea está preparada. El artículo 170 de la Constitución de 1988, dentro del capítulo de los principios generales de la actividad económica, representa la mayor garantía para las empresas que deseen incorporar la práctica de la RSE en su gobernanza. Asegura el interés público como deber del Estado, defiende la libertad de iniciativa, la libre competencia y protege al consumidor y al medio ambiente.

4 RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL Y LA LIBRE COMPETENCIA

El propósito de este estudio es demostrar que existe una integración entre la RSE y la libre competencia, ya que ambas se apoyan en los mismos principios éticos, en normas constitucionales y actúan en

el mismo entorno empresarial, principalmente en lo que se refiere al fin social con beneficios para los consumidores.

En este sentido, tanto la RSE como la libre competencia exigen un comportamiento ético y responsable por parte de la empresa hacia sus clientes, proveedores y competidores. Además de ofrecer mejor calidad y variedad de productos en el mercado, servicios adecuados a los consumidores, y respeto por el medio ambiente y los derechos humanos, siempre buscando el bienestar de los ciudadanos en general.

Es innegable que la libre competencia no solo facilita el desarrollo económico, mediante la expansión y el aumento del nivel de vida de los ciudadanos, el estímulo a la eficiencia y la innovación empresarial, sino que también ofrece a los consumidores mejores productos y servicios a precios más bajos, cumpliendo así su objetivo social¹⁶.

Las normas de defensa de la competencia en bloques de integración como la Unión Europea¹⁷ y otros países permiten que las empresas compitan en condiciones de igualdad, tanto en el ámbito nacional como internacional, garantizando una competencia libre y leal.

En la Unión Europea, para alcanzar el mercado único y un desarrollo económico estable, fue fundamental la creación de una estructura básica con un sistema que permitiera el intercambio comercial equilibrado y una competencia leal entre los Estados miembros (ENRÍQUEZ PRADO, Martha, 1999, p. 60).¹⁸

16 La competencia hace que las empresas se esfuerzen en ser lo más eficientes posible, reduciendo costes para garantizar que los precios sean los más bajos posibles e incrementando la calidad y variedad de productos ofrecidos a los consumidores. In, SANTOS LORENZO, Salomé. (2011). La responsabilidad social corporativa y el fomento de la libre competencia en el mercado: Una simbiosis necesaria. *Revista Española de Relaciones Internacionales*. Núm. 3. ISSN 1989-6565 p. 133.

17 MANGAS MARTIN, Araceli. Union Europea y Mercosur: marco institucional y jurídico. Rivista di Diritto dell'integrazione e unificazione del Diritto in Europa e in America latina. V. 4/1997. Roma. Mucchi Editore, 1997, p.9-10

18 “Para dar cumprimento efetivo aos princípios gerais comunitários de livre concorrência, o Conselho outorgou à Comissão poderes que garantem a aplicação, uniforme e de forma imediata, das normas da concorrência no mercado comum” In, ENRÍQUEZ PRADO, Martha Asunción.

En los últimos años, el crecimiento de los mercados internacionales y sus respectivas demandas se ha intensificado. En consecuencia, se volvió necesario establecer normas que garanticen un entorno competitivo adecuado y la práctica de conductas de RSE en los países que participan en el comercio internacional o que reciben inversiones.

También se dio mayor importancia al estudio académico, fomentando amplios debates sobre el alcance y los efectos de las prácticas de RSE, así como la necesidad de implementarlas en armonía con la libre competencia y con los mecanismos de evaluación del desempeño empresarial, tales como ESG (Environmental, Social and Governance), compliance y otras exigencias del comercio internacional y nacional.

Hoy en día, la tendencia global en los mercados financieros es valorar a las empresas socialmente responsables con desarrollo sostenible, conocidas por la sigla SRI (Socially Responsible Investment), que identifica a las empresas con índices de acciones que generan valor para los accionistas a largo plazo y son sostenibles por estar mejor preparadas para enfrentar riesgos económicos, sociales y ambientales.

Hans Van Der Groeben, en 1961, afirmaba que la política de competencia orienta la economía dentro del contexto del bloque y tiene como misión “crear un orden económico que favorezca al máximo el bienestar y la libertad económica, y que, por tanto, también esté al servicio del consumidor”.¹⁹

Por otro lado, la importancia de la RSE también ha crecido en las últimas décadas por los efectos positivos en la imagen de la empresa ante los consumidores, que se han vuelto más conscientes al momento de elegir productos, y porque los inversores son cada

Direito da concorrência e posição dominante na União Europeia e MERCOSUL. Tese doutorado Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 1999.

19 GROEBEN, Hans van der. “La politique de Concurrence dans la CEE”, suplemento do Boletim da CEE n 7, e 8, julho, agosto 1961.

vez más exigentes y solo desean invertir en países que ofrezcan seguridad y libre competencia.

Se observa que, para conquistar mayores mercados y mejores condiciones de competitividad, las empresas se ven impulsadas a practicar conductas éticas para mantenerse en el mercado, además de mejorar su tecnología, buscar la calidad del producto y ofrecer condiciones favorables a los consumidores, impulsando así la economía (D'ANDREIS, A., 2015, p. 197). ²⁰

Para Romano Prodi²¹, la política de responsabilidad social implica una política que necesariamente debe alcanzar tres pilares: social (personas), ambiental (planeta) y económico (beneficio). Aunque en la Unión Europea las competencias en el ámbito social son limitadas, ya que las políticas sociales y de empleo recaen en los gobiernos nacionales.

No obstante, la Unión ha tomado medidas que garantizan y orientan las políticas de libre competencia, empleo en los Estados miembros, fortaleciendo la mano de obra calificada y compartiendo las mejores prácticas en inclusión social, lucha contra la pobreza, pensiones y otras políticas.²²

Las nuevas normas en la Unión Europea ofrecen a las empresas la oportunidad de mejorar su competitividad mediante la transición

²⁰ Significa que la empresa debe ser responsable ante la sociedad, que su actuación debe ser coherente con los valores fundamentales, con las normas y con los principios desarrollados en la misión y visión de la empresa, para así alcanzar una mayor acogida en la sociedad, y permitir una mejor adaptación a los distintos entornos en condiciones que suponen respetar los derechos reconocidos por la sociedad y los valores que esta comparte. In, D'ANDREIS, A. Competencia desleal: reflexiones desde la ética y la responsabilidad social empresarial. (2015) *Advocatus*, 25, p-195-207. 2015. <https://doi.org/10.18041/0124-0102/advocatus.25.969>

²¹ Presidente da Comissão Europeia, durante o período (1999 – 2004).

²² O Conselho, por maioria simples, previa consulta ao Parlamento Europeu cria um Comité de Emprego de carácter consultivo para fomentar a coordenação entre os Estados membros em matéria de políticas de emprego e de mercado laboral. In. Primer Ejercicio del Proceso Selectivo para ingreso en la Escala de Titulados Superiores del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, O.A., M.P. (INSST). V. febrero 2023.

hacia una economía verde, que trae consigo muchos desafíos, pero también grandes oportunidades de innovación y crecimiento.

Las normas de libre competencia también funcionan como un instrumento de protección del mercado, evitando prácticas de algunas empresas que violan la libre competencia, como: el abuso de una posición dominante²³ en el mercado que compiten, o cárteles, precios predatores, división de mercados y otras conductas que perjudican el mercado y la sociedad en general.

En este camino, las empresas han venido invirtiendo en la mejora constante de sus relaciones con los sectores de los que dependen, como: clientes, proveedores, empleados, socios, colaboradores y competidores, reduciendo costos, ofreciendo productos de calidad, mejores servicios al consumidor y respeto por el medio ambiente.

De la relación armónica con todos los grupos de interés surge un clima de confianza propicio para incorporar, de forma natural, una cultura empresarial ética con valores universales como la honestidad, la transparencia, la comunicación y el diálogo entre todos. Y es en este entorno favorable donde tales valores pasan a formar parte de la cultura de la empresa, permitiendo la toma de decisiones por consenso con los *stakeholders*, sin dejar de lado a los *shareholders* o accionistas.

El conjunto de valores de la RSE representa para la empresa una herramienta para evaluar sus ventajas competitivas y un mecanismo de apoyo para desarrollar acciones que permitan identificar el impacto económico, social y ambiental. También sirve para detectar fortalezas y debilidades, posibles amenazas a los sectores, y para diseñar y aplicar estrategias necesarias que permitan alcanzar el desarrollo sostenible.

²³ MARTINS Ciro e DOS SANTOS Laura. Abuso de posição dominante segundo a jurisprudência do CADE p.164-176 RDC, Vol. 8, nº 2. Dezembro 2020 ISSN 2318-2253.

Así en el universo de las actividades comerciales, la RSE se ha convertido en un factor de competitividad tanto para empresas privadas como para aquellas que actúan en sectores gestionados por el gobierno, porque agrega valor a factores que en el pasado identificaban a una empresa competitiva solo por el precio y la calidad de sus productos o servicios.

De esta manera, se observa que la RSE está entrelazada con la libre competencia, porque ambas persiguen el mismo objetivo y tienen como pilar esencial el buen desempeño empresarial, alcanzando así mayor crecimiento y estabilidad para participar en el mercado económico del país o del bloque.

En este contexto, la coexistencia de un marco legal (SALOMÃO FILHO, Calixto, 2002, p. 29)²⁴ que proteja la libre competencia y fomente la práctica de conductas de RSE es fundamental para el momento actual de intensificación del comercio internacional. Porque una regulación adecuada ofrece mayor garantía a las empresas que buscan seguridad para sus inversiones y actividades comerciales.

Por lo tanto, es perfectamente compatible la aplicación de los principios de la RSE con las normas del Derecho de la Competencia, ya que en su origen ambas buscan el bienestar social y la libre competencia, garantizando un entorno de igualdad entre las empresas para desarrollar sus actividades. No obstante, se entiende que en los países donde el empresariado carece de una cultura de Responsabilidad Social es necesaria una regulación que asegure su efectividad y cumplimiento.

²⁴ "No Brasil há uma clara definição constitucional de quando e como usar a regulação e há, também, uma clara definição constitucional de que não há qualquer exclusão e, sim, uma complementariedade entre regulamentação e concorrência" In, SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e Concorrência (estudos e pareceres). Malheiros Editores Ltda. 2002.

CONSIDERACIONES FINALES

La Responsabilidad Social Empresarial – RSE constituye un conjunto de conductas y principios pautados en criterios éticos de comportamiento, que crean una cultura empresarial adecuada a la realidad y a las exigencias de los grupos vinculados a la empresa. En el aspecto social este hecho es relevante y positivo. De lo contrario, las empresas serán frágiles, pierden competitividad y están expuestas a riesgos de una imagen y reputación negativas.

Sin embargo, un número significativo de empresarios, aún, disocia el aspecto social del aspecto comercial y el lucro. Entienden que la RSE representa una inversión que implica gastos y reduce beneficios presupuestarios, porque obliga a abandonar la forma tradicional de gestión enfocada únicamente en el lucro de socios y accionistas, pasando a valorizar la toma de decisiones compartidas entre los participantes de la empresa. Lo cual le garantiza mayores beneficios y su permanencia en el mercado.

En este estudio se consideró como referencia la regulación de la RSE en la Unión Europea, por servir de incentivo para que empresas de países en desarrollo adopten conductas de responsabilidad social sostenibles y eficientes. Además de promover la transparencia y responsabilidad, con beneficios económicos y ambientales a nivel global. A pesar de ello, algunos autores entienden que se trata de una herramienta proteccionista y mecanismo de reserva de mercado, al crear una barrera comercial para productos que no cumplen con los estándares exigidos. Otros, consideran la RSE como una respuesta necesaria al desafío global actual, y necesidad de proteger el medio ambiente y los derechos humanos.

En países donde el empresariado carece de una cultura de Responsabilidad Social, se entiende que la RSE nunca será voluntaria, por los motivos ya expuestos. De manera que si los beneficios empresariales y sociales, no son alcanzados a través de contratos

y prácticas empresariales éticas, que sean alcanzados mediante un nuevo marco normativo que incorpore la RSE y efectivo cumplimiento, respetando la realidad local. O aún, incorporar tales normas en la propia legislación de libre competencia, que ya existe en la mayoría de países.

De manera que, la integración y aplicación de la RSE y la libre competencia son perfectamente conciliables porque ambas buscan el bienestar social. La libre competencia garantiza un entorno de igualdad entre las empresas para el libre ejercicio de sus actividades en beneficio de la sociedad. Y, la empresa que incorpora en sus actividades la RSE, también, busca el bienestar social con conductas éticas que respeten el medio ambiente y los derechos humanos. Criterios fundamentales que evalúan el desempeño, la capacidad, la competitividad y la buena gobernanza empresarial, asegurando la longevidad de la empresa en el mercado.

La libre competencia y la RSE, además de combatir la corrupción, los desvíos morales y éticos, ambas buscan mayor crecimiento y estabilidad de la empresa que participa en el mercado un país o bloque. Por lo tanto, ambas están entrelazadas porque persiguen el mismo objetivo en su origen y tienen como pilar esencial el buen desempeño empresarial.

REFERÊNCIAS

Alessio, R. (2008). Responsabilidade social das empresas no Brasil: Reprodução de postura ou novos rumos? (1^a reimpressão). Porto Alegre: EDI-PUCRS.

Cortina, A. (2000). Ética de la empresa (1^a ed.). Madrid: Ediciones Trotta. (Colección Estructuras y Procesos, Serie Filosofía).

D'Andreis, A. (2015). Competencia desleal: Reflexiones desde la ética y la responsabilidad social empresarial. *Advocatus*, 25, 195–207. <https://doi.org/10.18041/0124-0102/advocatus.25.969>

Enríquez Prado, M. A. (1999). Direito da concorrência e posição dominante na União Europeia e MERCOSUL (Tese de doutorado). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

García-Marzá, D. (2004). *Ética empresarial: Del diálogo a la confianza*. Madrid: Ediciones Trotta.

Groeben, H. van der. (1961). La politique de concurrence dans la CEE. Suplemento do Boletim da CEE, 7–8 (julho–agosto).

Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social & Uniethos. (2005). *Guia de compatibilidade de ferramentas*. São Paulo: Margraf.

Koslowsky, P. (1997). *La ética del capitalismo* (1^a ed.). Madrid: Editorial Rialp.

Mangas Martín, A. (1997). *Unión Europea y Mercosur: Marco institucional y jurídico*.

Martins C, e Dos Santos L. (2020) Abuso de posição dominante segundo a jurisprudência do CADE p.164-176 RDC, Vol. 8, nº 2. ISSN 2318-2253

Rivista di Diritto dell'integrazione e unificazione del Diritto in Europa e in America Latina, 4. Roma: Mucchi Editore.

Morgan, G. (1990). *Imágenes de la organización*. Madrid: Ediciones RA-Ma.

Procaccia, U. (2004). The new Israeli companies law: Some theoretical highlights. *European Company and Financial Law Review (ECFR)*, 1(2), 209–215.

Santos Lorenzo S. (2011). La responsabilidad social corporativa y el fomento de la libre competencia en el mercado: Una simbiosis necesaria. *Revista Española de Relaciones Internacionales*, (3), 134–150.

Sen, A. (2001). Sobre ética y economía (1^a ed.). Madrid: Alianza Editorial. (Colección Ensayo).

Sitios consultados

Instituto Ethos de Empresas e Responsabilidade Social. (s.f.). *Principios y compromisos*. Recuperado de <http://www3.ethos.org.br/conteudo/sobre-o-instituto/principios-e-compromissos/>

Responsable.net. (s.f.). *Global Sullivan Principles of Social Responsibility*. Recuperado de <http://www.responsible.net/rs/global-sullivan-principles-social-responsibility>

Caux Round Table. (s.f.). *Principles for Responsible Business*. Recuperado de <https://www.cauxroundtable.org/>

Infoeuropa – Eurocid. (s.f.). *Ficha técnica: Responsabilidad social de las empresas*. Recuperado de <https://infoeuropa.eurocid.pt/registro/000013622>

Comisión Europea. (s.f.). *Eur-Lex – Acceso al derecho de la Unión Europea*. Recuperado de <https://eur-lex.europa.eu/>

Parlamento Europeo. (2011). *Comunicación COM (2011) 681 final*. Recuperado de [www.europarl.europa.eu/...com\(2011\)0681_/com](http://www.europarl.europa.eu/...com(2011)0681_/com)

Revistas y documentos

Cámara de los Lores del Reino Unido. (s.f.). Jurisprudencia sobre los casos de **Rio Tinto (Namibia)**, **Thor Chemicals** y **Cape plc** (Sudáfrica).

Comisión Europea. (2001, 18 de julio). *Libro Verde: Fomentar un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas* (Documento COM(2001) 366 final, pp. 38). Bruselas.

Instituto Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo – INSST. (2023, febrero). *Primer ejercicio del proceso selectivo para ingreso en la Escala de Titulados Superiores del INSST, O.A., M.P.*

KPMG & Associados (2024) Sociedade de Revisores Oficiais de Contas S.A. Sociedade anônima portuguesa e membro da rede global KPMG International Limited.

Organización Internacional del Trabajo. (s.f.). *Guía internacional voluntaria sobre responsabilidad social*, con relación a los derechos humanos, el trabajo, el medio ambiente y la conducta ética.

Capítulo 10

Lobby desde uma perspectiva jurídica en Perú y Brasil

Patrícia Gasparro Sevilha

Marcos Antonio Striquer Soares

James Carlos Fernández Salguero

Introducción

En las sociedades democráticas, se busca resguardar el pluralismo, es decir, asegurar que diferentes visiones del mundo y diversos centros de intereses coexistan de manera armónica y ordenada. Este equilibrio tan anhelado necesita considerar la complejidad de tales intereses y, más aún, proporcionar los medios y canales más transparentes, éticos y de amplio alcance posibles, a fin de que la presión privada ejercida sobre los centros de decisión sea legítima, combatiéndose y evitando la cooptación del Estado por segmentos clientelistas y por prácticas corruptas.

El lobby, práctica de influir en decisiones políticas mediante interacciones con autoridades y legisladores, es un tema de gran

relevancia, sobre todo en las democracias incipientes de América Latina. Aunque de manera general la opinión pública tenga una percepción bastante equivocada del lobby, ya que muchas veces se lo equipara a la corrupción o, en el otro extremo de la comprensión, se lo considera una fórmula mágica para combatir la corrupción, en verdad puede ser un importante mecanismo para aliviar las demandas privadas llevándolas a la luz del conocimiento público, fomentando una mayor participación de segmentos interesados y especializados ante autoridades públicas que puedan intervenir en políticas públicas o en la elaboración de leyes que afecten a esas mismas demandas.

De este modo, el lobby puede ser visto como un buen termómetro para el desarrollo democrático de un país. Esta proposición se justifica ya que para el ejercicio del lobby no solo se necesita de previsión normativa (la cual puede quedar en letra muerta dependiendo de su coercibilidad y factibilidad), sino que también se requiere de todo un marco de gobernanza que le dé ejecutabilidad y efectividad, favoreciendo el fortalecimiento de una cultura de transparencia y responsabilidad social. No obstante, el lobby aún permite que la sociedad civil como un todo pueda ser escuchada, no dándole el tradicional papel secundario de representados, sino asignándole un papel de agente activo en la formulación de opiniones y en la toma de decisiones del Estado.

Por esta razón, este estudio propone un análisis del escenario del lobby a partir de la legislación peruana (Ley n. 28024), la primera legislación de su tipo en toda Sudamérica, destacando su importancia, los desafíos en su elaboración y los impactos en el proceso político. Además, busca señalar posibles brechas normativas y fallos en la implementación de los mecanismos previstos en ella. Con este análisis se pretende que la experiencia de la legislación de gestión de intereses de Perú permita al ordenamiento brasileño construir una normativa eficiente y eficaz sobre el lobby.

Este estudio se justifica por la importancia de comprender cómo el lobby influye en el proceso político, especialmente en un contexto de desafíos democráticos y corrupción. El análisis de estas prácticas puede contribuir al fortalecimiento de las instituciones democráticas y a la promoción de la transparencia e integridad en el ambiente político de la región.

Para alcanzar los objetivos propuestos, se realizará una revisión bibliográfica exhaustiva sobre el tema del lobby en Perú, analizando estudios académicos, informes de organizaciones internacionales y fuentes de medios de comunicación.

Se espera que este estudio proporcione reflexiones puntuales sobre el papel del lobby en la región latinoamericana, más específicamente, cómo la experiencia peruana puede proporcionar directrices para la construcción de una legislación en este tema en suelo brasileño, destacando la importancia de la regulación y transparencia en este proceso. Los resultados obtenidos podrán contribuir al debate público y a la implementación de una legislación específica para el lobby en Brasil, fomentando la participación de grupos cuyos intereses legítimos puedan resultar en políticas que promuevan una cultura de integridad y responsabilidad en el ambiente político de Brasil.

1 ¿QUÉ ES EL LOBBYING?

El término “lobby” a menudo lleva una connotación negativa ampliamente difundida por los medios de comunicación y la falta de comprensión del público en general sobre sus prácticas y propósitos. Según Laboutková y Vymětal (2018, p. 166), los medios desempeñan un papel significativo en la perpetuación de esta percepción negativa, contribuyendo a una visión distorsionada de las actividades de lobby. Esta distorsión, como apunta Galer (2016, p. 2), es alimentada por el uso peyorativo de la palabra “lobby” en los medios y en el debate

político, muchas veces asociado erróneamente con la corrupción o actividades ilícitas.

Un punto a comprender es que el lobby es un mecanismo legítimo de representación de intereses ante el poder público. Como destaca Sierralta Ríos (2005, p. 344), diferentes regiones del mundo tienen sus propias designaciones para este fenómeno, pero en esencia se refiere a la influencia ejercida por grupos de interés sobre las decisiones gubernamentales. Sin embargo, la falta de regulación adecuada puede generar desconfianza y alimentar la percepción negativa respecto al lobby.

El lobby implica una representación especializada y técnica, contrastando con la representación más general proporcionada por los políticos electos. El lobista, a pesar de representar intereses específicos, posee conocimiento especializado y técnico, a menudo esencial para influir en la elaboración de leyes y regulaciones administrativas (Graziano, 1996, p. 5).

La necesidad de regular el lobby es reconocida internacionalmente como una medida importante para promover la transparencia y la integridad en el proceso político. Sin embargo, en América Latina, como observa Galer (2016, p. 10-11), el enfoque principal a menudo recae en la lucha contra la corrupción, buscando restaurar la confianza en la gobernanza y en el sistema político. En el contexto brasileño, el debate sobre la regulación del lobby adquiere relevancia, especialmente considerando el historial de corrupción y la necesidad de fortalecer las instituciones democráticas.

Esparcia Castillo (2011, p. 31) destaca los intentos de regulación en los Estados Unidos, como el Federal Regulation of Lobbying Act y el Lobbying Disclosure Act, que buscan aumentar la transparencia y responsabilizar a los grupos de presión por sus actividades. Sin embargo, como resalta Galer (2016, p. 10), en democracias emergentes como Brasil, la falta de una estructura formal de lobby y un marco

regulatorio eficaz a menudo resulta en actividades informales y redes de influencia oscuras. El legado autoritario del país también influye en esta dinámica, con grupos de poder extraoficiales ejerciendo una influencia desproporcionada sobre las decisiones políticas.

De este modo, es importante reconocer que la gestión de intereses profesional y transparente, cuando está debidamente regulada, puede contribuir a la formulación de políticas públicas más eficaces (Galer, 2016, p. 10). No obstante, para alcanzar este objetivo es necesario superar los desafíos históricos e institucionales que moldean el escenario político latinoamericano, garantizando que el lobby sea percibido y practicado como una actividad legítima y beneficiosa para la democracia.

La regulación del lobby debe buscar un equilibrio entre la promoción de la transparencia y la protección de los derechos de representación de los diversos intereses de la sociedad, buscando fortalecer las instituciones democráticas y reconstruir la confianza de los ciudadanos en el proceso político.

1.1 Actores involucrados en el lobby y disputas de intereses

La actividad de lobby es un recurso de gran valor dentro del contexto del sistema democrático, ya que ofrece un espacio para resolver conflictos entre diferentes y competentes puntos de vista, estableciendo un sistema de “checks and balances” que posibilita la competencia entre grupos de interés. Además, proporciona información, análisis y opiniones a legisladores y líderes gubernamentales, permitiendo una toma de decisiones informada y equilibrada.

En términos generales, hay una amplia gama de posibles actores involucrados en el lobby, los cuales, resumidamente, son: i) Empresas y corporaciones, que buscan influir en políticas y regulaciones que afectan sus intereses comerciales y financieros; ii) Grupos de interés, es decir, organizaciones que representan una determinada causa,

sector de la economía o grupo social, buscando promover sus intereses ante los tomadores de decisiones; iii) Lobistas profesionales, que pueden ser individuos o empresas especializadas en representar los intereses de terceros ante autoridades públicas, utilizando estrategias y conocimientos específicos para influir en políticas y decisiones gubernamentales; iv) Funcionarios públicos, que son los objetivos de las actividades de lobby, recibiendo información y presiones de diferentes grupos e intereses; y v) Políticos y legisladores, que son influenciados por las actividades de lobby al tomar decisiones y elaborar leyes que pueden beneficiar o perjudicar a determinados grupos o sectores.

Según la Ley 28024 de Perú (artículo 8), en el proceso de lobby hay dos participantes principales: el lobista, que es el agente activo o “gestor de intereses”, y la persona o entidad que está sujeta a la influencia del lobby, referida por la legislación como el “funcionario con capacidad de decisión pública”. En el primer caso, cualquier persona física o jurídica puede desempeñar este papel sin necesidad de requisitos específicos, solo es necesario estar registrado según lo exigido. Estos gestores pueden dividirse en dos categorías: aquellos que representan sus propios intereses y aquellos que actúan en nombre de terceros, denominados “gestores profesionales” (Sierralta Ríos, 2005, p. 393).

Galer (2016, p. 24) identifica sistemáticamente y con base en la legislación peruana tres tipos de actores en el modelo de lobby peruano: i) actores primarios, que son las partes directamente involucradas en la gestión de intereses; ii) actores secundarios, que son aquellos que solo participan ejerciendo influencia sobre uno o ambos actores primarios; y iii) actores de supervisión, monitoreo, regulación o fiscalización.

En cuanto a la gestión de la disputa de intereses, es importante destacar que el contexto en que se desarrolla no es un ambiente de caos total ni ilimitado, como enseña Mujica (2014, p. 44-45), sino un

espacio donde ocurren disputas políticas y de intereses variados, definido por limitaciones específicas que influyen tanto en las competencias entre diferentes grupos como en las responsabilidades de los gestores de esos intereses (Mujica, 2014, p. 44-45). Estas restricciones están determinadas por varios factores (Mujica, 2014, p. 44-45) como: i) La cobertura de los medios sobre asuntos públicos, que puede diluir el lobby político y económico cuando ciertos temas ganan destaque en los medios; ii) Las prioridades del Gobierno, que pueden restringir la influencia del lobby privado en favor de los intereses especializados de diferentes sectores gubernamentales; iii) Los intereses de la sociedad civil, que incluyen una variedad de organizaciones no gubernamentales (locales e internacionales), agencias de cooperación internacional, instituciones religiosas, sindicatos, asociaciones profesionales y medios de comunicación, todos con sus agendas específicas, ya que estos grupos poseen conocimiento especializado en ciertos temas y cuentan con recursos para mantener esos temas en evidencia tanto en los medios como en las discusiones políticas; y iv) Las ambiciones de corporaciones y empresas privadas, que también buscan influir en las decisiones políticas y regulatorias a su favor.

Todos estos elementos juntos crean un cuadro de disputa e influencia donde diferentes actores compiten y colaboran para moldear políticas y decisiones dentro de un sistema que está estructurado por límites claros de actuación e influencia.

1.2 El fenómeno corruptivo

La corrupción política es un fenómeno multifacético que permea las estructuras de poder en diversas sociedades alrededor del mundo. Chris Edwards (2006, p. 1) ofrece una definición amplia de corrupción política como una práctica que ocurre cuando legisladores y burócratas utilizan su poder discrecional sobre presupuestos, regulaciones,

adquisiciones y tributación para beneficiarse a sí mismos y a intereses privados, mientras subvienten el bienestar general. Estos agentes públicos son motivados por sobornos, contribuciones de campaña, oportunidades de inversión favorables, promesas de empleo para sí mismos y miembros de la familia y otras formas de compensación.

Sin embargo, la perspectiva que limita las discusiones sobre corrupción solo a los asuntos de interés público es desafiada por varios estudiosos e instituciones. Estos críticos argumentan que la corrupción no debe ser vista exclusivamente en el contexto público, sino también en el privado, según Poeschl y Ribeiro (2010, p. 421). Respondiendo a esta crítica, una definición más inclusiva fue formulada por Robert Klitgaard, quien propone que la corrupción puede ser entendida como la suma de monopolio y discrecionalidad menos la responsabilidad (Afonso, 2015, p. 1320).

Klitgaard (1998, p. 4) enfatiza a través de su fórmula ($C = M + D - A$) que independientemente del sector -sea público, privado o sin fines de lucro- la corrupción (C) tiende a surgir cuando un individuo u organización detiene el monopolio (M) sobre un recurso o servicio determinado, posee libertad para tomar decisiones (D) y no está sujeto a mecanismos eficaces de rendición de cuentas – accountability (A) (Klitgaard, 1998, p. 4).

En el contexto de transiciones hacia democracias pluralistas, las instituciones estatales a menudo son sometidas a una intensa exposición pública, lo que favorece más revelaciones de corrupción generalizada dentro del gobierno. Esto fue especialmente evidente durante la transición del comunismo a la democracia en Europa Oriental a principios de la década de 1990 (Hrebenar, McBeth y Morgan, 2008). De igual manera, en América Latina durante las etapas iniciales de la transición democrática, hubo una percepción generalizada de que los sistemas democráticos eran más corruptos que los regímenes autoritarios anteriores (Santos Costa, 2012, p. 380). En ese periodo, incluso el aumento de la representación de

intereses en el gobierno, indicativo de la consolidación democrática, fue interpretado como un signo de acceso privilegiado y corrupción diseminada (Greenwood y Thomas, 1998).

Galer (2016, p. 9-10) categoriza la corrupción política en diferentes tipos, cada uno con sus propias características distintivas: i) Corrupción ligada al poder ejecutivo: involucra el desvío ilegal de recursos públicos por gobernadores, líderes regionales, presidentes y dictadores; ii) Corrupción centrada en las Fuerzas Armadas: frecuentemente relacionada con la compra de armamentos y equipos militares; iii) Corrupción derivada de la gestión de la deuda pública: tanto interna como externa, involucrando manipulación ilegal de recursos destinados al pago de la deuda del Estado; iv) Sobornos de empresarios privados a funcionarios públicos: ocurren a cambio de contratos, adquisiciones, obras públicas, suministro de servicios públicos, entre otros; y v) Corrupción de funcionarios públicos vinculada a actividades ilícitas: como narcotráfico, contrabando, deforestación ilegal y otras formas de crimen organizado.

Esta diversidad de formas de corrupción política destaca la complejidad del fenómeno y la necesidad de enfoques integrales para combatirlo. Además, revela las diferentes maneras en que agentes públicos y privados pueden involucrarse en prácticas corruptas, perjudicando gravemente el desarrollo socioeconómico y político de una nación.

Ante este panorama, se hace evidente que la lucha contra la corrupción política requiere no solo medidas represivas, sino también la promoción de la transparencia, la rendición de cuentas y la participación cívica. Para ello, las instituciones democráticas deben ser fortalecidas, especialmente con el fomento de una cultura de integridad y ética en el servicio público y en el sector privado.

De esta manera, creer que la solución para combatir la corrupción reside únicamente en la regulación del lobby, además de

ser una creencia ingenua, revela una inversión en el fenómeno de causa y efecto, ya que la gestión de intereses no sería la causa de la disminución de la corrupción, sino un efecto de un conjunto de medidas necesarias para que el lobby se consolide como un medio de mayor participación democrática y mayor transparencia en la conducción de los intereses.

La corrupción, precisamente por ser un fenómeno complejo y clandestino, presenta diversos desafíos cuando se trata de medición y análisis. Estos desafíos son ampliamente reconocidos y contribuyen a la dificultad de comprender plenamente la extensión y la naturaleza de la corrupción en diferentes contextos sociales, económicos y culturales.

Uno de los principales obstáculos en la medición de la corrupción es la dificultad en identificar fuentes confiables e imparciales. Como señala Galer (2016, p. 19), la corrupción a menudo ocurre de forma oculta, lo que dificulta a los investigadores y analistas acceder a datos precisos y completos sobre el fenómeno. Esto compromete la capacidad de cuantificar y analizar adecuadamente la corrupción en una determinada sociedad.

Además, surge el problema de la distinción entre corrupción efectiva y corrupción percibida. La corrupción percibida es comúnmente evaluada mediante encuestas de opinión pública, pero su correlación con la corrupción real es imperfecta y evasiva. Las percepciones de la población no siempre corresponden a la realidad de la corrupción en una sociedad, lo que complica aún más los esfuerzos para medir y comprender el fenómeno en su totalidad (Galer, 2016, p. 19-21).

Otro desafío significativo es el cuestionamiento relativista en relación con el análisis de la corrupción. Este cuestionamiento sugiere que lo que se considera corrupto o percibido como corrupto puede variar dependiendo de los contextos históricos, sociales y culturales. En este sentido, el determinismo cultural también es

cuestionado, argumentando que la realidad o herencia cultural no determina necesariamente los niveles de corrupción en una sociedad (Galer, 2016, p. 19-21).

En el panorama de combate a la corrupción, aún debe considerarse que medidas muy austeras pueden traer un verdadero efecto rebote, fomentando nuevas formas de escapar al control y la fiscalización, aumentando así las razones por las cuales la ley no es cumplida.

Estas cuestiones plantean desafíos importantes para los investigadores, gobiernos y organizaciones internacionales que buscan entender y combatir la corrupción. La falta de consenso sobre cómo definir y medir la corrupción dificulta la formulación de políticas eficaces y la implementación de medidas preventivas, generando una mayor presión de la sociedad civil por medidas eficaces y eficientes. Tal presión acaba siendo atendida bajo la forma de legislaciones de poca ejecutabilidad, ya sea porque pecan por el exceso burocrático, porque no hay una fiscalización efectiva o finalmente porque la base de una cultura de integridad no acompañó esta nueva ley.

Sin embargo, es importante destacar que, aunque es un problema complejo, la corrupción puede disminuir mucho si se adoptan enfoques multidisciplinarios y contextualizados en el análisis de la corrupción. Esto significa reconocer la complejidad del fenómeno y tener en cuenta factores históricos, sociales, económicos y culturales que moldean las percepciones y prácticas de corrupción en diferentes contextos.

Además, el núcleo de la cuestión es la necesidad de promover la transparencia, fortalecer las instituciones democráticas y fomentar una cultura de integridad y rendición de cuentas en todos los niveles de la sociedad. La educación cívica y la concienciación pública también desempeñan un papel importante en la lucha contra la corrupción, capacitando a los ciudadanos para exigir responsabilidad y ética de sus líderes e instituciones.

2 LA REGULACIÓN DEL LOBBY

2.1 Estándares mínimos para un marco regulatorio: Directrices de la OCDE

La regulación eficaz de las actividades de lobby es fundamental para promover la transparencia, la integridad y la responsabilidad en el proceso político. La Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE, 2009) establece estándares mínimos para un marco regulatorio que busca atender las demandas de la sociedad civil, alineadas con el contexto sociopolítico y administrativo, y consistentes con marcos regulatorios más amplios.

El primer aspecto a considerar es el desarrollo de estándares y reglas que tengan en cuenta adecuadamente las demandas de la sociedad civil. Estos estándares deben estar alineados con el contexto específico de cada país, teniendo en cuenta sus características sociopolíticas y administrativas. Además, el alcance del marco regulatorio debe estar claramente definido, identificando los actores y actividades cubiertas, a fin de garantizar su eficacia y aplicación (OCDE, 2009, p. 22).

Un segundo punto relevante es la necesidad de establecer estándares y procedimientos para la divulgación de información clave relacionada con la gestión de intereses. Esto incluye la divulgación de la intención detrás de las actividades de lobby, los beneficiarios involucrados y los objetivos buscados. La transparencia en este proceso es esencial para promover la rendición de cuentas y garantizar que las prácticas de lobby se realicen de manera ética y responsable (OCDE, 2009, p. 23).

Además, deben crearse estándares de conducta que puedan ser implementados y que promuevan una cultura de integridad en el lobby. Esto implica establecer directrices claras de comportamiento para los

profesionales del lobby, garantizando que sus actividades se realicen de acuerdo con principios éticos y legales (OCDE, 2009, p. 23-24).

Por último, es importante potenciar la eficacia de la legislación o regulación mediante una amplia gama de estrategias y prácticas que apoyen la implementación y garanticen el cumplimiento de las normas regulatorias. Esto puede incluir el desarrollo de mecanismos de supervisión y fiscalización, así como la promoción de la cooperación entre las partes interesadas para asegurar el cumplimiento de las reglas establecidas (OCDE, 2009, p. 30).

De manera sintética, se puede concluir que los estándares mínimos para un marco regulatorio eficaz del lobby deben incluir la consideración de las demandas de la sociedad civil, la transparencia en la divulgación de información, la promoción de una cultura de integridad y la implementación eficaz de la legislación o regulación. Al seguir estas directrices de la OCDE, los países pueden fortalecer sus instituciones democráticas y garantizar un ambiente político más transparente y responsable.

Incluso buscando atender a todos los estándares proporcionados por la OCDE, la regulación de la gestión de intereses necesita ser continuamente analizada a fin de corregir eventuales descompases y distorsiones. Véase, por ejemplo, los Estados Unidos, que han luchado durante más de medio siglo para desarrollar un sistema eficaz de regulación de la profesión de lobby que no sobrecargue excesivamente el derecho constitucional de petición al gobierno (Holman & Luneburg, 2012, p. 76). Incluso los países con mayor tradición en este tipo de regulación enfrentan considerables dificultades. Ignorar tales variantes en el proceso de regulación de un país puede condenar al fracaso un intento de esta magnitud, de ahí la importancia de preparar el marco de integridad y responsabilidad necesarios.

2.2 Desafíos en la implementación de regulaciones sobre lobby en América Latina

La implementación eficaz de reglas y regulaciones para gobernar el lobby enfrenta una serie de desafíos, tanto específicos de la región como inherentes a la naturaleza del proceso de regulación. Uno de los principales, especialmente en América Latina, es la dificultad en alcanzar un consenso amplio sobre las medidas específicas a adoptar. Aunque hay un reconocimiento general de la necesidad de regular las actividades de lobby, es complicado llegar a un acuerdo sobre los detalles y las normas específicas a implementar debido a la sensibilidad política del problema, sobre todo en relación con los datos que deben divulgarse para proporcionar la transparencia necesaria al lobby (OCDE, 2009, p. 57-58). Además, la falta de comprensión sobre las tensiones entre los roles positivos y negativos de los grupos de interés en una democracia liberal contribuye a la complejidad del proceso.

La asociación frecuente del lobby con la corrupción, como se mencionó, crea una percepción de que los intereses especiales son inherentemente ilegítimos, dificultando aún más los esfuerzos para regular su actividad. Superar esta visión estigmatizada es un punto importante a considerar, ya que el lobby es una parte intrínseca del funcionamiento de una democracia moderna, proporcionando información valiosa y perspectivas para los debates de políticas públicas.

Además, el proceso de regulación del lobby a menudo implica una tensión entre la búsqueda de una estandarización global de sus prácticas y el respeto a los pactos sociales locales arraigados en sistemas políticos desde hace décadas (OCDE, 2009, p. 43). Esta tensión refleja las complejidades culturales e históricas involucradas en la regulación del lobby y destaca la necesidad de enfoques flexibles y contextualizados.

Otro desafío enfrentado en América Latina es la falta de establecimiento de alcances bien delineados sobre lo que se espera con la regulación del lobby, ya que su función ha sido reducida únicamente a un instrumento de combate a la corrupción, lo que puede traer frustraciones en términos de obtención de resultados a corto y mediano plazo. Aunque el principal objetivo de la regulación del lobby en la región sea combatir la corrupción, es necesario un tiempo considerable para evaluar adecuadamente el impacto de estas medidas (Santos & Teixeira, 2012, p. 384). No obstante, la regulación del lobby por sí sola no es suficiente para combatir eficazmente la corrupción y debe ser parte de un enfoque más amplio y comprensivo para promover la integridad y la transparencia en el gobierno. Si estos enfoques no se implementan conjuntamente con la regulación del lobby, su éxito puede verse restringido.

Un ejemplo ilustrativo de las dificultades en la implementación de la regulación del lobby es el caso del consumo de bebidas alcohólicas. A pesar de las oscilaciones en la política regulatoria a lo largo del tiempo, los países han convergido en medidas prácticas e implementables para regular el consumo de alcohol, como la edad mínima para el consumo, la prohibición de conducir bajo la influencia del alcohol y las restricciones a la publicidad dirigida a menores de edad. Este ejemplo destaca la importancia de la convergencia gradual en políticas regulatorias complejas que a menudo requieren tiempo para desarrollarse y ser aceptadas por la sociedad (Galer, 2016, p. 20).

Otro desafío significativo en la implementación de la regulación del lobby es la complejidad de los modelos de gestión de intereses, que a menudo involucran múltiples capas de intermediarios y oscurecen las relaciones entre grupos de interés y tomadores de decisiones. Las estrategias de lobby que utilizan asociaciones civiles sin fines de lucro y empresas como intermediarios dificultan la identificación clara de las relaciones de influencia, comprometiendo así la transparencia necesaria (Galer, 2016, p. 36).

Otra dificultad observada con frecuencia en la regulación del lobby es la falta de delimitaciones conceptuales claras, más específicamente, quién sería considerado como interesado, cuál sería el alcance de las reuniones y contactos con miembros del Estado, entre otros aspectos.

Finalmente, existe la dificultad de separar la idea de una gestión de intereses eficiente y eficaz del control burocrático exacerbado. El modelo gerencial de Estado demanda una madurez institucional que no siempre se verifica en países cuyas tratativas para la regulación del lobby aún son incipientes, de modo que se acaba haciendo una correlación entre control y fiscalización con el exceso burocrático. La consecuencia lógica de un sistema que prioriza excesivamente este modelo de control es la dificultad en fiscalizar el cumplimiento de muchas obligaciones accesorias y, hasta incluso, obligaciones principales como el registro de lobistas, llevando al incumplimiento reiterado de la norma y a su vaciamiento.

2.3 ¿Para qué regular el lobby?

La regulación del lobby es ampliamente reconocida como un componente esencial de la buena gobernanza. Este proceso de regulación abarca una variedad de disposiciones destinadas a promover el acceso equitativo de grupos e intereses que históricamente han sido excluidos, además de lidiar con los prejuicios inherentes a los sistemas de lobby, como los beneficios financieros y otras ventajas de los recursos corporativos, al mismo tiempo que busca aumentar la transparencia en el proceso político (Santos & Costa, 2012, p. 385).

En América Latina, el enfoque predominante en relación con la regulación del lobby se centra fuertemente en la lucha contra la corrupción, con el objetivo de restaurar la confianza en el gobierno y en el sistema político en su conjunto. Este énfasis en combatir la corrupción refleja los desafíos específicos enfrentados por la

región, donde la corrupción es frecuentemente percibida como un problema sistémico que mina la legitimidad de las instituciones públicas y perjudica la confianza de los ciudadanos en la eficacia del gobierno (Santos & Costa, 2012, p. 385).

Así, las iniciativas de regulación del lobby en América Latina están motivadas por la necesidad de fortalecer las instituciones democráticas y restaurar la confianza de los ciudadanos en el Estado de Derecho. Esto implica no solo la implementación de medidas específicas para regular las actividades de lobby, sino también la promoción de una cultura de transparencia y responsabilidad en el gobierno.

Sin embargo, es importante reconocer que la regulación del lobby por sí sola no es una solución completa para el problema de la corrupción. Aunque es un paso importante en la dirección correcta, es necesario adoptar un enfoque múltiple que aborde las causas subyacentes de la corrupción, promoviendo consecuentemente una cultura de integridad y ética en el sector público.

Además, para que las iniciativas de regulación del lobby sean implementadas de manera eficaz y abarcadora, es necesario tener en cuenta las matices políticas, culturales y sociales de cada país que pretende regularlo, lo que requiere un compromiso continuo con la consulta pública, la participación de la sociedad civil y la cooperación internacional para compartir mejores prácticas y experiencias, demandando para tanto una transformación cultural de la visión cívica, asignándole un papel mucho más activo.

Esta nueva visión de mayor protagonismo de los grupos de interés y de los diversos actores que los componen demanda un desarrollo político, institucional y normativo. Solo el aparato de integridad que el lobby necesita para su buen funcionamiento ya sería razón suficiente para justificar su regulación, pero si a este beneficio se le suma el factor de apertura de canales entre la sociedad

civil y los representantes, se observa que los beneficios en términos democráticos son demasiado vastos como para ser ignorados.

3 EL REGLAMENTO DE LA GESTIÓN DE INTERESES EN PERÚ Y LOS APRENDIZAJES OBTENIDOS

3.1 Cómo funciona la ley de gestión de intereses en Perú

La Ley 28024 que regula la gestión de intereses en Perú establece una serie de disposiciones y procedimientos destinados a promover la transparencia y la integridad en las interacciones entre los actores del sector público y privado. Su funcionamiento detallado puede ser comprendido a través de sus diferentes cláusulas y regulaciones específicas.

Una de las características fundamentales de la ley es el reconocimiento de la distinción entre gestores de intereses que actúan en nombre propio y aquellos que representan a terceros. Esta distinción es importante para determinar el alcance de las actividades y el nivel de reporte exigido por la legislación. La ley establece estándares específicos para las interacciones entre gestores profesionales y representantes del Estado, exigiendo documentación y reportes detallados sobre esas interacciones.

Las constancias de estas interacciones deben ser debidamente firmadas por el funcionario público y por el gestor de intereses, con copias enviadas para registro y control. Además, el incumplimiento de las disposiciones de la ley puede resultar en una serie de sanciones que varían desde amonestaciones hasta multas significativas y suspensión de licencias. El poder sancionador es atribuido a la máxima autoridad de la entidad en la que trabaja el funcionario público y, en segunda instancia, al Tribunal Administrativo Especial, el cual tiene una composición de representantes de los tres poderes.

3.2 Críticas a la legislación peruana de gestión de intereses

La Ley 28024 que regula el lobby en Perú ha sido objeto de varias críticas desde su promulgación. En un contexto marcado por una percepción generalizada de corrupción e influencia indebida, la ley surgió como una medida extrema para lidiar con estas cuestiones, pero su implementación enfrentó una serie de desafíos (Galer, 2016, p. 20).

Una de las críticas más recurrentes a la ley es la falta de fiscalización eficaz. Muchos argumentan que la ausencia de un monitoreo adecuado dificulta la aplicación efectiva de las disposiciones de la ley, resultando en una falta de transparencia y responsabilidad en las actividades de lobby. Además, hay lagunas en la regulación que permiten brechas para la influencia indebida y la corrupción, especialmente en la definición de lobista y en la identificación de actividades de lobby (Galer, 2016, p. 20).

Otra crítica común se refiere a las sanciones previstas en la ley, consideradas insuficientes para disuadir comportamientos antiéticos o ilegales por parte de los lobistas. Esto puede debilitar la eficacia de la legislación en su conjunto y minar la confianza del público en las instituciones gubernamentales (Galer, 2016, p. 44).

La falta de transparencia real también es una preocupación. Aunque la ley busca promover la transparencia en las actividades de lobby, algunos argumentan que no garantiza una divulgación completa y precisa de las actividades de lobby, alimentando la desconfianza y las especulaciones sobre posibles influencias indebidas.

Además, hay preocupaciones sobre la influencia excesiva de grupos de interés poderosos en detrimento del interés público más amplio. Si los requisitos de divulgación son fácilmente eludidos o si hay falta de equilibrio en la representación de diferentes intereses, la legislación puede favorecer intereses particulares en detrimento del bien común.

Un desafío adicional es el exceso de burocracia asociado a la implementación de la ley. Los procedimientos exigidos, como la firma de declaraciones y el envío de documentos, pueden ser complicados y demorados, dificultando el cumplimiento de las exigencias legales y desalentando la participación de lobistas y funcionarios públicos (Galer, 2016, p. 42-44).

Mujica (2014, p. 41) aún destaca que el lobby, más específicamente en el Parlamento peruano, está marcado por dos problemas centrales: la ausencia de mecanismos de control sobre muchas áreas de la agenda política (lo que genera diversas fisuras); y la ausencia del actor racional central (partidos políticos) como barrera y filtro para las diversas formas de presión e intereses en negociación. Así, los intereses son generados a través de redes sociales personales que son uno de los soportes de los mecanismos de gestión de intereses y de presión política (Mujica, 2014, p. 42).

El lobby no puede ser una estructura paralela al sistema político, sino que más bien penetra en él ocasionalmente para presionar por una cuestión específica. Funciona como una forma de ser del sistema en que potencialmente todos sus responsables pueden ser gestores de intereses: a diferencia del modelo de los lobistas americanos (Graziano, 2001) o de los parlamentos europeos, no existe una especialización temática, sino más bien una confluencia coyuntural de necesidades de presión y gestión de intereses y actores del escenario político con posibilidades de generar presión (Mujica, 2014, p. 44).

A pesar de estas críticas y desafíos, la Ley 28024 también contiene disposiciones destinadas a evitar conflictos de interés y garantizar una regulación más transparente y responsable del lobby. Por ejemplo, hay prohibiciones específicas para que periodistas y ejecutivos de medios de comunicación actúen como lobistas registrados, lo que busca evitar posibles influencias indebidas.

La regulación del lobby en Perú enfrenta una serie de desafíos, desde la falta de fiscalización eficaz hasta lagunas en la legislación y preocupaciones sobre transparencia e influencia indebida. Para superar estos desafíos y garantizar una regulación eficaz de la gestión de intereses, es necesario un compromiso continuo con la revisión y el mejoramiento de la legislación, así como con la promoción de una cultura de integridad y responsabilidad en el sector público y privado.

3.3 Directrices de creación, ejecución y monitoreo de la regulación de lobby en Brasil a partir del aprendizaje con Perú

La regulación del lobby, sea en Perú o en Brasil, es un tema complejo y desafiante que requiere un enfoque cuidadoso y amplio. En este contexto, para alcanzar algún éxito, deben establecerse directrices claras para la creación, ejecución y monitoreo eficaces de estas regulaciones.

Primero, es esencial que los sistemas pluralistas definan claramente sus objetivos en relación con la regulación del lobby. Expectativas irrealistas pueden llevar al fracaso percibido de estas disposiciones, por lo tanto, es necesario establecer metas realistas y alcanzables.

Teniendo en cuenta la dificultad en Perú para la creación de un Tribunal Administrativo Especial para fiscalización y sanción, un camino posible de implementación más efectiva en suelo brasileño sería sustituirlo por un enfoque de sanción administrativa para funcionarios públicos que no cumplan con la comunicación de interacciones con lobistas. El registro de estas reuniones debe ser accesible al público a través de un portal web, siguiendo el modelo de la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública (Ley Federal nº 12.527/2011).

Se recomienda incorporar en la nueva ley disposiciones puente que se comuniquen con otras leyes especiales como la Ley de Acceso

a la Información, la Ley General de Protección de Datos, la Ley de Improbidad Administrativa, la Ley Anticorrupción, la Ley de Combate al Lavado de Dinero, la Ley de Responsabilidad Fiscal, el Estatuto del Servidor Público Federal, la Ley de Elecciones, entre otras. Esto permitirá un mejor delineamiento del alcance de la decisión pública a partir de la cual se activa la obligación de reporte, garantizando un enfoque más preciso y eficaz en la divulgación de información relevante para el público.

La definición conceptual en la norma es igualmente importante, pues el alcance de la regulación del lobby puede ser amplio o específico, dependiendo de cómo se definan grupos de interés, lobistas y actividades de lobby. Una definición equilibrada es fundamental para evitar excesos burocráticos y garantizar la eficacia de la regulación.

La existencia de disposiciones de buena gobernanza es crucial para promover una cultura de ética en las actividades de lobby. Esto incluye la transparencia, responsabilidad y rendición de cuentas por parte de todos los involucrados en el proceso de formulación de políticas. Actualmente, en Brasil, las disposiciones de gobernanza en el ámbito federal se encuentran en el Decreto nº 9203/2017, el cual puede ser una importante directriz en la elaboración de otras normas y aún para códigos de conducta y conformidad de otras esferas de la Administración Pública.

El involucramiento de la sociedad civil es esencial para garantizar la legitimidad y eficacia de la regulación del lobby. No obstante, esta participación debe ser consciente de que una regulación de esta naturaleza no puede atender a los llamados inmediatos de control de corrupción y sus escándalos. La regulación del lobby debe ser parte de una estrategia más amplia de combate a la corrupción y al tráfico de influencias. Esto incluye el fortalecimiento de las instituciones responsables por la aplicación de la ley y por la promoción de la integridad en el sector público y privado.

Más allá de la reglamentación inicial, es necesaria la disposición para que la regulación del lobby sea vista como un proceso continuo de revisión y perfeccionamiento. A medida que surjan nuevos desafíos y cuestiones, es importante adaptar las regulaciones para garantizar que permanezcan relevantes y eficaces a lo largo del tiempo.

La transparencia y el acceso a la información son pilares fundamentales de la regulación del lobby, demandando del gobierno medios que permitan a los ciudadanos ejercer el derecho a saber quién está influyendo en las políticas públicas y con qué intereses. La selección de los datos que deben ser publicitados debe ser igualmente escogida con criterio, a fin de que no resulte demasiado extensa y sin sentido, corriendo incluso el riesgo de exposición de secretos industriales y autorales, ni tampoco insuficiente, ocultando del público información relevante.

Finalmente, se recomienda uniformizar la aplicación práctica de la ley para evitar interpretaciones equivocadas y exenciones indebidas, trayendo inseguridad jurídica en relación con la regulación. El principio de transparencia en el diálogo público-privado debe aplicarse de manera homogénea a cualquier profesión involucrada en la representación de intereses ante funcionarios públicos.

La experiencia pionera de la legislación peruana apunta hacia que las mejoras democráticas necesariamente pasan por la regulación de la gestión de intereses y que la arquitectura que el ordenamiento jurídico le confiere puede rendir más o menos los resultados pretendidos dependiendo de ciertas precauciones que la praxis ya señala.

Ajustes, reajustes y una constante construcción sobre el derecho de ser escuchado, de peticionar y de influir en los tomadores de decisiones no pueden más quedar en los bastidores reservados tales prerrogativas a una élite. Además de antirrepublicano, es un fuerte indicativo de la ocurrencia de patologías políticas como el

clientelismo, el fisiologismo y el coronelismo, verdaderas malezas que deben ser arrancadas de la siembra de un campo democrático.

CONCLUSIÓN

El lobby, especialmente en América Latina, es un tema complejo y que se inserta en un cabal de variantes (sociales, culturales, históricas, políticas, económicas, jurídicas, etc.), sin embargo, desempeña un papel significativo en el proceso político de la región. A lo largo de este estudio, pudimos analizar la importancia del lobby, los desafíos enfrentados en su regulación y los impactos que esta práctica puede tener en la formulación de políticas públicas.

El lobby es una herramienta legítima de representación de intereses, pero que requiere transparencia, integridad y responsabilidad para garantizar su legitimidad y eficacia. Solo o es reducido a la concepción equivocada de corrupción institucionalizada o es desacreditado como el único salvador de los males corruptivos.

Aunque el lobby es una práctica intrínseca al funcionamiento democrático, la falta de reglas claras y transparentes puede abrir espacio para abusos, corrupción e influencias indebidas. La correcta medida de cuánto se va a regular es tan importante como la decisión en sí de regular. El gobierno brasileño debe trabajar en asociación con la sociedad civil y organizaciones internacionales para desarrollar mecanismos eficaces de regulación del lobby, promoviendo una cultura de integridad y fortaleciendo las instituciones democráticas. Para la felicidad de esta empresa, nuestro país vecino, Perú, ya inició este camino y proporciona elementos importantes para una reflexión en este tema.

A menudo asociado con la corrupción y los intereses oscuros, el lobby enfrenta desafíos de legitimidad y aceptación por parte de la sociedad, razón por la cual debe haber un esfuerzo conjunto para educar a la población sobre la importancia del lobby como un canal

legítimo de representación de intereses y como un instrumento para enriquecer el debate democrático. Una base educativa cívica no solo permitiría la comprensión correcta del lobby, sino que también concienciaría a los ciudadanos de sus roles más activos en la arena de debates.

Además, el análisis de los desafíos en la implementación de regulaciones sobre lobby en la región destacó la complejidad del proceso: la dificultad en alcanzar consensos amplios, la falta de entendimiento sobre los roles de los grupos de interés y la ausencia de evidencias claras sobre los impactos de las regulaciones son cuestiones que exigen atención y profundización. Es necesario un esfuerzo continuo para superar estos obstáculos y desarrollar enfoques que se adapten y promuevan la transparencia y la integridad en el proceso político según sea necesario.

En cuanto a los resultados obtenidos, este estudio buscó contribuir con el fomento del debate sobre la regulación del lobby y sus implicaciones. El análisis de las prácticas de lobby en Perú, junto con la revisión de estudios académicos, intentó generar un análisis que pudiera servir de base para futuras investigaciones, políticas públicas e iniciativas de regulación del lobby que busquen fortalecer la gobernanza democrática, más específicamente en Brasil, a partir de las lecciones aprendidas con la legislación peruana.

REFERENCIAS

AFONSO, A. J.. Recuo ao cientificismo, paradoxos da transparência e corrupção em educação. **Educação e Pesquisa**, v. 41, n. spe, p. 1313–1326, dez. 2015.

CASTILLO ESPARCIA, A. **Lobby and communication**. Lobbying as a communicative strategy. Zamora: Editorial Comunicación Social, 2011.

EDWARDS C. 2006. **Reducing Federal Corruption. Tax and Budget Bulletin.** Cato Institute, Number 34. Washington D.C., USA.

GALER, Nicolás Fernando Rodríguez. **Regulación de lobby en el Perú:** trayectoria pendular hacia una ley de gestión de intereses de segunda generación. 2016. 154 f. Trabalho de Investigación presentado para optar al Grado Académico de Magíster en Gestión Pública, Universidad del Pacífico, Lima, Perú, 2016.

GRAZIANO, L.. O Lobby e o Interesse Público. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 12, n. 35, fev. 1997.

GREENWOOD J, THOMAS CS. An evaluation of lobby regulations and its lessons: the United States and Other liberal democracies. Entry 14.6. In.?THOMAS CS (ed.). **Research Guide to U.S. and International Interest Groups.** Praeger Publishers: Westport, Conn, 2004, p. 381–89.

HOLMAN, C., LUNEBURG, W. Lobbying and transparency: A comparative analysis of regulatory reform. **Int Groups Adv** 1, 75–104, mar. 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.1057/iga.2012.4>. Acesso em 21 mar. 2024.

HREBENAR RJ, MCBETH CH, MORGAN BB. 2008. Interests and lobbying in Lithuania; a spectrum of developments. **Journal of Public Affairs**, v. 8, n. 1-2, p. 51-65, fev. mai. 2008.

KLITGAARD, Robert. International cooperation against corruption. **Finance & Development**, v. 35, n. 1, p. 3-6, 1998. Disponível em: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/1998/03/pdf/klitgaard.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2024.

LABOUTKOVÁ, Š., & VYMĚTAL, P. Key elements of transparent lobbying: Relevance of wider approach. **Pagrindiniai Skaidraus Lobizmo Elementai:** Platesnio požiūrio Svarba., 17(2), 165–176, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.13165/VPA-18-17-2-01>. Acesso em 20 mar. 2024.

MUJICA, J. El lobby en un escenario de agendas fragmentadas. Consideraciones sobre los mecanismos de gestión de intereses en el Parlamento peruano. **Revista de Ciencia Política y Gobierno**, v. 1, n. 1, p. 37-54, 20 abr. 2014.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). *Lobbyists, Governments and Public Trust. Volume 1: Increasing Transparency Through Legislation*. Paris: OCDE, 2009. 190 p.

POESCHL, Gabrielle; RIBEIRO, Raquel. Ancoragens e variações nas representações sociais da corrupção. **Análise Social**, Lisboa, v. 45, n. 196, p. 419-445, 2010.

SANTOS, Luiz Alberto dos; COSTA, Paulo Mauricio Teixeira da. The contribution of lobby regulation initiatives in addressing political corruption in Latin America. **Journal of Public Affairs**, [s.l.], v. 14, n. 3-4, p. 379-391, 06 jan. 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.1002/pa.432>. Acesso em: 22 mar. 2024.

SIERRALTA RIOS, A. El Lobby y las relaciones comerciales Internacionales. **International Law: Revista Colombiana de Derecho Internacional**, [S. l.], v. 3, n. 6, 2005. Disponível em: <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view/14044>. Acesso em: 24 mar. 2024.

Capítulo 11

Litigios Climáticos en Brasil frente a la Responsabilidad Extracontractual Empresarial: (Des)Compromiso Democrático

Philippe Antônio Azeido Monteiro

Marlene Kempfer

Introducción

El cambio climático se perfila como uno de los mayores desafíos globales actuales, exigiendo transformaciones profundas en los ámbitos público y privado, y desafía el modelo tradicional de actuación empresarial, centrado en la maximización de beneficios. El debate abarca los impactos crecientes de la crisis climática: fenómenos extremos como sequías, inundaciones e incendios forestales se intensifican, evidenciando el costo social y ambiental de la inacción. Al mismo tiempo, la ciencia climática confirma que las actividades humanas—especialmente la actividad industrial convencional, la quema de combustibles fósiles y la deforestación—son grandes motores del calentamiento global, lo que genera exigencias

de responsabilización diferenciada y refuerza la necesidad de rendición de cuentas.

Los mecanismos de responsabilización jurídica se convierten en herramientas cruciales para ajustar el comportamiento de los actores económicos a las necesidades del planeta y a la justicia intergeneracional. La expresión “responsabilidad extracontractual empresarial” se refiere aquí al deber jurídico de las empresas de reparar los daños ocasionados a terceros, independientemente de vínculo contractual—particularmente en el caso de daños difusos al medio ambiente y al clima. Así, los litigios climáticos emergen como instrumento de la sociedad para responsabilizar a actores—incluidas empresas—por los impactos adversos al equilibrio climático. Se trata de acciones judiciales promovidas por ciudadanos, organizaciones no gubernamentales o entidades públicas, con el fin de obligar a agentes públicos y privados a cumplir deberes climáticos o a reparar daños ambientales.

Se pone en cuestión, por tanto, el papel de la empresa contemporánea: ¿respetan las empresas el pacto democrático-social? La función social de la empresa, principio derivado del ordenamiento jurídico brasileño, impone que la actividad económica empresarial atienda al interés colectivo y no solo a los intereses particulares de sus socios. Este principio se conecta con la idea de un compromiso democrático de las empresas, es decir, su subordinación a los valores y objetivos colectivamente determinados por la sociedad a través del proceso político—entre los cuales la protección del medio ambiente y de las generaciones presentes y futuras ocupa un lugar destacado. Responsabilizar a las empresas por daños climáticos implica, en última instancia, cuestionar el equilibrio entre el poder económico y el poder democrático en la determinación de las directrices del desarrollo.

Se analiza críticamente la interfaz entre estos conceptos, estructurándose en cinco partes. Primero, se examina la función social

de la empresa y su fundamentación jurídico-filosófica, abordando la evolución del concepto y su relación con la responsabilidad socioambiental corporativa. En segundo lugar, se investiga el “(des) compromiso democrático” empresarial, evaluando hasta qué punto las corporaciones han observado (o violado) los pactos sociales y ambientales de nuestro tiempo. En la tercera parte, se explora el fenómeno de los litigios climáticos en Brasil, presentando su auge, características y ejemplos relevantes, especialmente en lo relativo a la responsabilización extracontractual de empresas por daños climáticos. A continuación, se discuten los desafíos enfrentados y las propuestas de mejora normativa e institucional para efectivizar la responsabilización climática empresarial, articulando conceptos de ética, gobernanza y sostenibilidad. Finalmente, en la conclusión, se sintetizan los principales argumentos, resaltando la necesidad de un alineamiento efectivo entre la actuación empresarial, la protección climática y el compromiso democrático en el contexto brasileño.

1 Función Social de la Empresa

La Función Social está directamente relacionada con el cumplimiento íntegro de la legislación, en todos los niveles (municipal, estatal, nacional e internacional), y guarda vinculación directa con el pacto democrático. El acatamiento de las disposiciones normativas es lo mínimo esperado de cualquier organización o agente que opere en el mercado. Desde el punto de vista jurídico, el concepto de empresa surge condicionado al cumplimiento de una Función Social, al exigir que la actividad empresarial responda no solo al interés individual, sino también a intereses metaindividuales, actuando en favor de la colectividad (Tomasevicius Filho, 2014, p. 1-4).

La Función Social de la empresa constituye el poder-deber de los administradores de armonizar las actividades de la organización conforme a los intereses de la sociedad, mediante la obediencia de

los deberes positivos y negativos expresos en la ley (Tomasevicius Filho, 2010, p. 6).

La Función Social de la propiedad empresarial impone al gestor el deber de ejercer la propiedad en beneficio de la sociedad y no solo de abstenerse de causarle perjuicio a otros. Esta es la distinción entre propiedad estática y propiedad dinámica. Significa que la Función Social de la propiedad actúa como fuente de imposición de comportamientos positivos al titular del poder que emana de la propiedad (Grau, 2012, p. 232–247).

Desde la Constitución Federal de 1988, el orden económico nacional se fundamenta en principios como la valorización del trabajo humano, la libre iniciativa y la función social de la propiedad (art. 170, CF/88), todo ello compatibilizado con la defensa del medio ambiente. En el ámbito del derecho privado, el Código Civil de 2002 reforzó esta orientación al consagrar la función social del contrato (art. 421) y de la propiedad (art. 1.228, § 1º), evidenciando el giro del modelo jurídico tradicional hacia una perspectiva más solidaria e inclusiva en las relaciones económicas.

La función social de la empresa implica, en términos prácticos, que la búsqueda de resultados económicos no puede desvincularse del respeto a derechos de terceros y del deber de no causar daños a la colectividad. Más aún, exige una actuación empresarial proactiva en beneficio de la sociedad. En otras palabras, cumplir la función social significa integrar objetivos de desarrollo sostenible, justicia social y preservación ambiental en la gestión del negocio.

Desde la perspectiva ética, esta orientación jurídica refleja la expectativa de que las empresas actúen como “ciudadanas corporativas” responsables. Adela Cortina (1994) observa que las empresas solo adquieren legitimidad social cuando prestan servicios y generan riqueza de manera acorde con las exigencias de la sociedad de su

tiempo; si ignoran lo que éticamente se exige de la comunidad, pierden credibilidad y legitimidad (Cortina, 1994).

El reconocimiento de la función social de la empresa, por tanto, se alinea con una visión de gobernanza corporativa democrática, en la que los valores de transparencia, equidad y rendición de cuentas orientan la conducción de los negocios. En la práctica, también se observa la difusión de herramientas de autorregulación corporativa, como los Indicadores Ethos de Responsabilidad Social Empresarial y las métricas de desempeño ESG (ambiental, social y gobernanza). Estos instrumentos voluntarios buscan medir y dar a conocer el grado de compromiso de las empresas con su función social, incentivando la internalización de costes socioambientales que antes se ignoraban en los balances financieros. Aunque no tienen carácter vinculante, estas iniciativas respaldan la expectativa de que la ética y la sostenibilidad se integren en la estrategia empresarial.

En el contexto brasileño, ya existen instrumentos legales que imponen deberes socioambientales a las empresas. La Ley nº 6.938/1981 (Política Nacional del Medio Ambiente) y la propia Constitución (art. 225, § 3º) consagran el principio del “quien contamina paga” y la responsabilidad objetiva por daños ambientales, reforzando que la libertad de iniciativa económica encuentra límites en los costes sociales de la degradación ambiental.

Así, la función social de la empresa dialoga directamente con la noción de desarrollo sostenible, presuponiendo una conciliación entre eficiencia económica, justicia social y protección ecológica. Nuevas tendencias de mercado, como las benefit corporations y las inversiones sostenibles, indican que parte del sector privado busca voluntariamente alinear lucro y propósito, incorporando metas socioambientales en sus estatutos y en la rendición de cuentas. Esto refuerza la percepción de que el éxito empresarial en el siglo XXI se medirá cada vez más también por el legado socioambiental positivo que la empresa deje.

2 Compromiso Democrático

Las empresas son actores que ejercen roles de ciudadanía en múltiples niveles—civil, social y político—por lo que deben asumir responsabilidades que trascienden el ámbito estrictamente económico. Esto significa que, al insertarse en la esfera pública, la empresa debe colaborar activamente en la formación de políticas y en la protección de derechos, asumiendo una especie de deber cívico.

Adela Cortina (2002) propone el concepto de Ética Mínima, enfatizando que existen conductas básicas que deben observarse independientemente de normativas formales. Las empresas deben respetar deberes esenciales de no causar daño al medio ambiente ni a las personas, aunque tales deberes no estén explícitamente positivados en la ley.

Este nivel mínimo, sin embargo, resulta indispensable ante la urgencia climática. Precisamente la ausencia de conductas empresariales responsables da lugar a litigios climáticos onerosos y perjudiciales para toda la sociedad.

Si la función social representa el contenido jurídico-material de las obligaciones empresariales frente a la sociedad, el compromiso democrático alude al vínculo normativo y ético que sujeta a las empresas a los pactos acordados en el seno de una sociedad libre y plural.

La Constitución Federal de 1988 elevó a rango normativo principios como la soberanía popular, el pluralismo y los valores sociales del trabajo y de la libre iniciativa (art. 1º, incisos II y IV), de modo que la actividad económica no puede desvincularse del respeto a dichas pautas. En una democracia constitucional, se espera que el poder económico se someta a los mismos valores fundamentales que rigen los poderes público y social—dignidad de la persona humana, ciudadanía, libre competencia leal, preservación ambiental y otros principios consagrados en el orden jurídico.

El compromiso democrático empresarial implica, por tanto, el deber de respetar y promover esos valores, incorporándolos en sus políticas internas y en su actuación externa. En ausencia de un compromiso genuino, se evidencia un des compromiso o déficit democrático en la conducta empresarial, manifestado en la evasión de normas, la influencia indebida sobre reguladores o la adopción de meros discursos sin acciones efectivas en favor del bien común.

La democracia solo se consolida cuando logra someter todos los poderes de hecho al imperio del derecho y de los derechos fundamentales—incluido el poder económico de las corporaciones—de modo que la actuación empresarial contraria a estos parámetros representa un déficit que corroe la propia calidad democrática (Oliviero, Steffen & Mayerle, 2016). En otras palabras, cuando las empresas operan al margen de las obligaciones pactadas por la sociedad, ponen en riesgo no solo el medio ambiente o los derechos de determinados grupos, sino los cimientos mismos del Estado Democrático de Derecho.

Muchas iniciativas empresariales presentadas como servicio al interés público en realidad encubren una ofensiva contra los principios del pluralismo democrático, en beneficio de una ideología de mercado irrestricto. Algunos actores económicos atacan frontalmente el pluralismo democrático para promover la plataforma ideológica del libertarismo corporativo (Korten, 1996). Esta contradicción entre el discurso empresarial y sus efectos reales revela que, bajo la retórica de la libertad de mercado, las corporaciones transnacionales a veces imponen agendas que debilitan la protección ambiental, los derechos laborales y otras conquistas sociales, inclinando la balanza del proceso democrático a su favor.

La captura de instituciones y la manipulación de la opinión pública son mecanismos asociados a este des compromiso democrático empresarial. Ejemplos históricos van desde el famoso memorando de Lewis Powell en 1971—which delineó una estrategia de uso de

tribunales, think tanks y medios para frenar regulaciones ambientales y laborales en EE. UU.—hasta prácticas contemporáneas de greenwashing y lobbies agresivos que buscan postergar medidas regulatorias contra la crisis climática. Tales prácticas evidencian la resistencia de ciertos sectores empresariales a internalizar los costos socioambientales, prefiriendo trasladarlos a la sociedad y a las futuras generaciones. La corporación, cuando carece de frenos éticos y legales, tiende a comportarse como una “psicópata” institucional, preocupada únicamente por maximizar sus beneficios e indiferente a los daños que genera (Bakan, 2004).

No es de extrañar, entonces, que iniciativas internacionales como los Principios Rectores de la ONU sobre Empresas y Derechos Humanos enfatizan el deber de las empresas de respetar los derechos fundamentales—including derechos difusos relativos al medio ambiente—bajo pena de comprometer valores democráticos universales (Ruggie, 2011).

Por otro lado, el compromiso democrático empresarial puede entenderse en clave positiva: se trata del compromiso voluntario y proactivo de las corporaciones con agendas públicas de interés colectivo. Esto se expresa, por ejemplo, en la incorporación de criterios ESG (ambientales, sociales y de gobernanza) en la estrategia corporativa, en la adhesión a pactos globales de sostenibilidad (como el Pacto Global de la ONU y los objetivos del Acuerdo de París) y en la apertura de canales de diálogo con la sociedad civil y las comunidades afectadas. Adela Cortina, al hablar de ética empresarial en sociedades plurales, sostiene que el nivel ético exigido en las democracias es esencialmente dialógico, presuponiendo apertura a la participación y a la deliberación (Cortina, 1994). Las empresas verdaderamente comprometidas con la democracia incorporan mecanismos de transparencia y participación en su gobernanza—for example, divulgando con claridad los impactos socioambientales de sus operaciones y permitiendo la fiscalización por parte de órganos

públicos y de la sociedad. Esta actitud fortalece la confianza pública e integra a las empresas en el esfuerzo colectivo de construir un desarrollo sostenible y justo.

Por tanto, resulta imprescindible un compromiso efectivo con el bien común y la sostenibilidad, que refleje una comprensión profunda del papel social y político de las empresas.

3 Litigios Climáticos

Los litigios climáticos abarcan acciones judiciales que versan sobre el cambio climático, ya sea para exigir que los gobiernos cumplan obligaciones de reducción de emisiones y adaptación, o para responsabilizar a empresas altamente emisoras por daños climáticos o por su contribución al agravamiento del efecto invernadero.

Se trata de un fenómeno reciente y en rápida expansión (Setzer & Higham, 2022), impulsado por la creciente conciencia pública, la solidez de la ciencia climática y el marco del Acuerdo de París de 2015. Su crecimiento refleja la intensificación de la emergencia climática y la insuficiencia de respuestas tanto del sector público como del privado, lo que lleva a los actores a recurrir al Poder Judicial para tutelar el clima y concretar compromisos internacionales.

Cabe destacar que, a diferencia de la litigación ambiental tradicional—frecuentemente liderada por el Ministerio Público—el ámbito climático presenta un protagonismo compartido. Según datos de 2024, el Ministerio Público figuraba como actor en aproximadamente 46 procesos climáticos (un 38 % del total), mientras que órganos de la administración pública (como IBAMA, autarquías y empresas estatales) promovieron 38 casos (31 %) y ONG, 32 casos (26 %) (Bertão, 2024). Este compromiso plural refleja el fortalecimiento de la sociedad civil organizada y la concienciación institucional sobre la urgencia climática.

Los litigios climáticos en Brasil adoptan diversas formas. Una parte significativa consiste en acciones dirigidas contra el Poder Público—por ejemplo, para exigir al gobierno federal la implementación de políticas climáticas previstas en la ley o en acuerdos internacionales. Un caso emblemático fue la Argución de Descumplimiento de Preceito Fundamental nº 708 (ADPF 708), resuelta por el STF en 2022, donde organizaciones de la sociedad civil lograron que se reconociera que la inacción en la ejecución del Fondo Clima violaba preceptos constitucionales. Otro precedente destacado es la ADPF 760, en la que el STF ordenó la reactivación de políticas de lucha contra la deforestación (Plan de Acción para la Amazonia), reconociendo la omisión estatal en la protección del clima como contraria a la Constitución. En este fallo histórico, la Corte Suprema afirmó que el Acuerdo de París tiene el rango de tratado de derechos humanos y subrayó el deber del Estado de adoptar medidas efectivas contra el cambio climático, en respeto a las generaciones presentes y futuras.

Por otra parte, empiezan a surgir litigios climáticos dirigidos a actores privados, buscando atribuir responsabilidad extracontractual (civil) a empresas por su contribución significativa al cambio climático o por omisiones relacionadas con el tema. Aquí se encuadra, por ejemplo, la Acción Civil Pública interpuesta por el Ministerio Público Federal contra grandes desmatadores en la Amazonia, reclamando indemnización por los daños climáticos derivados de la deforestación ilegal y los incendios, iniciativa denominada “Operación Smoke”, en la que se cuantificó, en toneladas de CO₂ emitido, el impacto de las actividades ilícitas para fundamentar las reclamaciones indemnizatorias. Aunque estos casos aún están en fases iniciales, indican una tendencia a emplear la tutela colectiva ambiental ya consolidada—como la acción civil pública y la acción popular—para imputar a las empresas el coste de la deuda climática generada por sus operaciones.

Dos casos emblemáticos ilustran esta tendencia a nivel internacional. El primero, conocido como Caso Urgenda, fue juzgado en Holanda entre 2015 y 2019. En 2015, el tribunal ordenó al Gobierno neerlandés reducir las emisiones de gases de efecto invernadero al menos un 25 % respecto a los niveles de 1990, fundamentando la decisión en la violación de los derechos humanos a la vida y al bienestar previstos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos. Esta sentencia fue confirmada por la Corte Suprema neerlandesa (Urgenda Foundation v. State of the Netherlands, 2019). El segundo caso relevante tuvo lugar en 2021, cuando un tribunal ordenó a Shell reducir un 45 % sus emisiones de carbono para 2030, tomando como referencia los niveles de 2019, basándose en las obligaciones de la empresa de respetar los derechos humanos y de cumplir los objetivos climáticos fijados por el Acuerdo de París (Milieudefensie et al. v. Royal Dutch Shell plc., 2021). Dichos precedentes señalan con claridad un cambio de paradigma internacional en materia de responsabilización jurídica por daños climáticos, subrayando la importancia de vincular la actividad económica, los derechos humanos y los compromisos democráticos con la sostenibilidad global (Setzer & Higham, 2022).

La base jurídica de estas acciones se halla en principios y normas del ordenamiento brasileño. La responsabilidad civil ambiental es objetiva—esto es, independiente de culpa—bastando demostrar el nexo de causalidad entre la conducta del demandado y el daño, conforme a la Ley de Política Nacional del Medio Ambiente y a la Constitución (art. 225, § 3º). No obstante, en los litigios climáticos el establecimiento del nexo causal afronta retos inéditos: ¿cómo vincular específicamente las emisiones de determinada empresa (o la deforestación ejecutada por un agente) con fenómenos adversos concretos como sequías, inundaciones o pérdida de biodiversidad? La naturaleza difusa y global del cambio climático dificulta la

atribución individual de responsabilidad, exigiendo enfoques innovadores de juristas y peritos.

En el contexto brasileño, el derecho del consumidor surge como vía potencial para litigios climáticos: se argumenta que la publicidad engañosa u ocultación de información sobre impactos ambientales (greenwashing) puede tipificarse como práctica infractora, dado que el Código de Defensa del Consumidor exige transparencia respecto a los riesgos asociados (arts. 6º y 31 de la Ley 8.078/1990).

Esta evolución jurisprudencial revela la incorporación gradual del concepto de daño climático en el acervo legal: aun sin reformas legislativas específicas, los tribunales han empezado a reconocer las emisiones de gases de efecto invernadero y el cambio climático como dimensión del daño ambiental reparable, en consonancia con los principios constitucionales ambientales.

4 Desafíos y Propuestas

La emergencia de los litigios climáticos plantea una serie de retos jurídicos e institucionales que deben ser afrontados para que esta vía contribuya eficazmente al combate de la crisis climática y al perfeccionamiento del Estado de Derecho ambiental. Entre los principales desafíos, pueden citarse:

- 1) la complejidad probatoria – establecer el nexo causal específico entre conductas empresariales y daños climáticos concretos es tarea ardua, dada la multiplicidad de fuentes emisoras y la naturaleza global de los impactos;
- 2) la lentitud de los procesos y el factor tiempo – los trámites judiciales pueden prolongarse durante años, mientras que la urgencia climática exige acciones contundentes en plazos breves;
- 3) la ausencia de regulación específica y uniforme sobre cambios climáticos, lo cual obliga a jueces y partes a construir soluciones

basadas en normas ambientales generales, con el consiguiente grado de incertidumbre.

La falta de metodologías uniformes para la cuantificación de daños climáticos también genera inseguridad jurídica. Peritajes distintos pueden emplear métricas dispares, llevando a resultados heterogéneos y dificultando la previsibilidad de las decisiones judiciales. Incluso cuando se obtiene éxito en el fondo, la litigación climática enfrenta el reto de la efectividad: cumplir órdenes judiciales que imponen, por ejemplo, reducción de emisiones o restauración de ecosistemas degradados requiere voluntad política y un monitoreo constante. Sin mecanismos eficaces de supervisión y sanción por incumplimiento, existe el riesgo de victorias judiciales ineficaces.

En el ámbito normativo, existe espacio para regulaciones que refuercen el alineamiento entre la actividad empresarial y la protección del clima, reduciendo la necesidad de recurrir al Poder Judicial. Entre las propuestas destacan:

- a) la implementación de obligaciones de debida diligencia climática – exigir que las empresas identifiquen, prevengan y mitiguen riesgos climáticos en sus cadenas productivas y operaciones, bajo pena de sanciones. Países europeos avanzan en esta materia con legislaciones de due diligence socioambiental, y Brasil podría seguir un camino similar, creando marcos que hagan obligatoria la consideración del impacto climático en la gestión empresarial;
- b) la creación de criterios y taxonomías verdes para clasificar emprendimientos según su compatibilidad con objetivos climáticos. Inspirada en iniciativas de la Unión Europea, una taxonomía nacional podría orientar políticas de crédito e inversión, favoreciendo proyectos de bajo carbono y desincentivando financiamientos a actividades intensivas en emisiones;

c) en el ámbito de la autorregulación y de los mercados, es crucial fortalecer los mecanismos de transparencia corporativa. Inversionistas y consumidores, dotados de mejor información, pueden ejercer presión económica para que las empresas adopten metas robustas de reducción de emisiones y planes de transición energética. El consumo selectivo consciente transforma a los ciudadanos en agentes activos, premiando con su preferencia a las empresas que cumplen sus deberes ético-jurídicos y boicoteando a las renuentes (Cortina, 2005). Se trata de una estrategia de mercado que complementa las estrategias jurídicas: mientras las acciones judiciales reclaman responsabilidad tras el daño, el compromiso del consumidor y del inversor actúa preventivamente, induciendo cambios de conducta *ex ante*. Ambos caminos, jurídico y mercadológico, pueden retroalimentarse en un círculo virtuoso, fomentando una cultura empresarial orientada por la sostenibilidad y la rendición de cuentas;

d) por último, es esencial promover la cooperación intersectorial e internacional en el abordaje de los daños climáticos.

Una gobernanza climática eficaz exige coordinación entre Estado, sector privado y sociedad civil. En el ámbito nacional, los organismos ambientales, económicos y de justicia deben actuar conjuntamente para crear incentivos a la innovación limpia y a la reducción de emisiones, por ejemplo, mediante “tasas de carbono” o subsidios verdes, así como sanciones proporcionales a actividades altamente contaminantes. A nivel internacional, el intercambio de información y buenas prácticas entre distintos países, así como el diálogo entre tribunales, puede acelerar la consolidación de precedentes favorables a la causa climática.

Conclusión

Los litigios climáticos representan no solo un fenómeno jurídico emergente, sino, sobre todo, un reflejo claro y preocupante de un modelo empresarial que persiste en descuidar su responsabilidad ética y democrática. Al ignorar las obligaciones socioambientales determinadas democráticamente por los parlamentos nacional, estatal y municipal, muchas empresas actúan en contra de la voluntad expresada por la sociedad brasileña, evidenciando un alarmante des compromiso democrático. Estas organizaciones frecuentemente desatienden los daños ambientales que generan sus actividades, distanciándose no solo de las exigencias legales, sino también de los valores éticos fundamentales para la convivencia social y sostenible.

Para afrontar adecuadamente los desafíos impuestos por el cambio climático, resulta esencial un profundo cambio de paradigma en el comportamiento corporativo. Esta transformación implica que las empresas adopten una postura verdaderamente ciudadana, comprometiéndose activamente en acciones preventivas y proactivas que incluyan el respeto a los derechos humanos y la protección ambiental como ejes centrales de su gestión. Solo mediante este compromiso genuino y consciente será posible reducir la ocurrencia de litigios y, sobre todo, evitar los daños irreversibles asociados al cambio climático.

En este sentido, el papel de las empresas debe trascender el mero cumplimiento formal de las normas jurídicas, incorporando una actitud proactiva de responsabilidad social y ambiental que refleje una efectiva adhesión a los principios democráticos. Esto supone una actuación ética capaz de asegurar legitimidad ante la sociedad y evitar los riesgos reputacionales derivados del des compromiso democrático. Además, fortalecer la gobernanza corporativa, basada en la transparencia y el diálogo con las partes interesadas, resulta fundamental para consolidar este nuevo modelo empresarial.

El escenario actual de múltiples litigios climáticos en Brasil evidencia un conflicto profundo entre prácticas empresariales tradicionales y las demandas contemporáneas de responsabilidad socioambiental. Para superar este conflicto, es imprescindible que las empresas se comprometan activamente con la mitigación del cambio climático, alineando sus acciones con las decisiones democráticamente adoptadas por la sociedad. Solo así será posible garantizar no solo la sostenibilidad económica y ambiental, sino, sobre todo, preservar el propio tejido democrático que legitima y sostiene las actividades empresariales.

Referências

- Bakan, J. (2004). *The Corporation: The Pathological Pursuit of Profit and Power*. New York: Free Press.
- Bertão, N. (2024, 19 de dezembro). Litigância climática: Brasil chega a 120 casos em 2024. Um Só Planeta – O Globo.
- BIICL – British Institute of International and Comparative Law. (2021). *Perspectivas Globais sobre Táticas de Litígios Climáticos Corporativos: Relatório Nacional do Brasil*. Londres: BIICL.
- Brasil. (1981). Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente.
- Brasil. (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.
- Cortina, A. (1994). *Ética de la empresa: Claves para una nueva cultura empresarial*. Madrid: Editorial Trotta.
- Cortina, A. (2005). *Cidadãos do mundo: para uma teoria da cidadania*. São Paulo: Edições Loyola.

Freeman, R. E. (1984). *Strategic Management: A Stakeholder Approach*. Boston: Pitman.

Grau, E. R. (2012). *A Ordem Econômica na Constituição de 1988* (15. ed.). São Paulo: Malheiros.

Heede, R. (2014). Tracing anthropogenic carbon dioxide and methane emissions to fossil fuel and cement producers, 1854–2010. *Climatic Change*, 122(1-2), 229–241.

Korten, D. C. (1996). Quando as corporações regem o mundo (Trad. A. T. Giova). São Paulo: Futura.

Oliviero, M., Steffen, P. F., & Mayerle, D. (2016). A democracia contemporânea e os sinais do seu desgaste: um estudo com aportes na doutrina de Luigi Ferrajoli para o delineamento de um possível caminho a seguir. *Resenha Eleitoral*.

Ruggie, J. (2011). *Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework*. Nova York: Organização das Nações Unidas.

Setzer, J., & Higham, C. (2022). *Global Trends in Climate Change Litigation: 2022 Snapshot*. London: Grantham Research Institute, LSE.

Tomasevicius Filho, E. (2010). A função da empresa. In *Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial* (Vol. 2, pp. 43–67). São Paulo: Revista dos Tribunais.

Tomasevicius Filho, E. (2014). Empreendedorismo e função social da empresa. *Revista dos Tribunais*, 946, 129–156.

Capítulo 12

Bendito sea Dios¹: la protección de la libertad religiosa en las constituciones brasileñas

Rene Sampar

João Luiz Martins Esteves

Antón Lois Fernández Álvarez

INTRODUCCIÓN

Aunque impregnado de sincretismo, que denota la peculiaridad histórica nacional, Brasil (aún) es un país profundamente cristiano. Datos presentados en 2025 por el Instituto Brasileño de Geografía y Estadística – IBGE, sobre el Censo realizado en 2022, revelan que más del 80% de la población brasileña se declara cristiana, siendo un 56,7% católicos y un 26,9% evangélicos. A pesar del crecimiento del grupo de los “sin religión”, que ahora representa el 9,3% de la población, así como de los practicantes de umbanda y candomblé

¹ Referencia a la expresión introducida, en 1986, a pedido del presidente José Sarney, en los billetes del dinero brasileño, en aquel entonces el Cruzado.

(1%), tradiciones indígenas (0,1%) y otras religiones (4%), es innegable la influencia que tienen los cristianos en el contexto nacional.

Este hecho nos ayuda a comprender la fuerza que este contingente tiene en la gestión de temas que componen la agenda política del país. También refuerza la importancia de una Constitución que resguarde la libertad religiosa, como ocurre con el texto de 1988, y de una estructura de vigilancia de esta prerrogativa, ya sea por parte del gobierno o del Poder Judicial. En este sentido, es notable la actuación del Supremo Tribunal Federal que, al ejercer su papel contramayoritario, se ha revelado una institución singular en la garantía de la libertad religiosa en Brasil.

El presente artículo tiene como problema de investigación rastrear la evolución de este derecho en nuestro constitucionalismo, con el objetivo de identificar los momentos históricos en los cuales podemos observar avances y retrocesos en esta prerrogativa (desde una perspectiva garantista, que privilegia la defensa del derecho a favor del ciudadano). Para ello, se abordará la relación con la libertad de expresión y su ubicación en el constitucionalismo legado en 1988. A continuación, se propone examinar los (con)textos constitucionales brasileños, con el fin de encontrar matices propios de cada época y comprender las razones que llevaron a eventuales cambios, desde el período imperial en el que el país era un Estado confesional católico hasta nuestros días. Y, por último, examinar la actuación del STF en la garantía de la libertad religiosa.

La conclusión del texto es que, desde el punto de vista normativo, se percibe el mantenimiento de la libertad religiosa, al menos desde 1889, con todos sus atributos. No obstante, no se puede olvidar que se trata de un país cristiano, y que las instituciones se han mantenido atentas a los privilegios o abusos que este grupo tiende a atraer para sí, así como deben estar vigilantes ante todas las formas de intolerancia y discriminación que aún permean la vida cotidiana nacional.

1 LAS LIBERTADES Y LA CONSTITUCIÓN

El reconocimiento y la garantía de la libertad constituyen un capítulo esencial en la historia del Derecho y de las instituciones estatales. Se trata de un presupuesto relevante en la construcción del ordenamiento jurídico de cualquier país, ya que el tema representa la estructura sobre la cual se fundamentan los principios de justicia y la búsqueda de la dignidad humana. Desde los primeros registros jurídicos hasta las normas más contemporáneas, la discusión sobre el significado —jurídico, político, cultural y social— de ser “libre”, tanto en su dimensión individual como colectiva, ha impulsado transformaciones jurídicas significativas.

Como influencia del pensamiento ilustrado y liberal, cuya preocupación era contener el autoritarismo y el uso abusivo de las prerrogativas del poder², los legisladores dieron lugar destacado a la libertad en los textos constitucionales modernos. Al incorporarla como valor esencial, el Derecho pasó a proteger al individuo contra los abusos del poder estatal. Más allá de esta visión negativa, la libertad también guió movimientos sociales responsables de cuestionar y relativizar el significado de la igualdad ante la ley, al denunciar la necesidad de alguna intervención pública para garantizar que todos pudieran recibir un mínimo existencial. Así, no solo moldeó normas jurídicas, sino que también inspiró la evolución de sistemas democráticos.

Concepto polisémico y de alta densidad interpretativa, el significado atribuido al término varía según la matriz ideológica y cultural de cada pensador y de cada período histórico. De Aristóteles a Agustín de Hipona, o de Hobbes a Marx, ciertamente hubo una profunda contribución histórica que moldeó las nociones básicas que hoy nos han sido legadas. Entonces, ¿cuáles fueron las influencias

² A ejemplo de Jean Bodin, Thomas Hobbes, Jean-Jacques Rousseau, John Locke e Montesquieu. Al respecto: FACHIN, Zulmar; SAMPAR, René. Teoria do Estado. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2025. PANSIERI, Flávio. A Liberdade no Pensamento Ocidental. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (4 tomos).

que orientaron la idea de libertad absorbida por el legislador en la elaboración de la Constitución brasileña de 1988?

Conectada a la tradición jurídica occidental, en el ordenamiento jurídico brasileño, la libertad es esencial para la garantía de la dignidad de la persona humana y la construcción de una sociedad democrática. De este modo, puede encontrarse, de forma explícita o implícita, desde el preámbulo de la Constitución hasta sus fundamentos y objetivos, exigiendo responsabilidad tanto de las autoridades públicas como de los ciudadanos respecto a su manifestación: se trata de un derecho, pero también de un deber, al reflejar la armonía necesaria entre la autonomía personal y el orden social, ya que su ejercicio y ámbitos de protección se vinculan directamente a la convivencia social y al equilibrio entre los derechos individuales y colectivos. Así, la libertad religiosa establece un espacio en el cual el individuo puede desarrollarse como persona, independientemente de los valores impuestos por las creencias. Se trata de la noción de laicidad. Según Gustavo Zagrebelsky:

Laicità significa spazio pubblico a disposizione di tutti per esercitare, in condizioni di libertà e uguaglianza, i diritti di libertà morale (di coscienza, di pensieri, di religione e di culto, ecc.) e per costruire a partire da questa la propria esistenza: uno spazio voluto dagli uomini indipendentemente da Dio, *etsi Deus non daretur* (Zagrebelsky, 2010, p. 09).

En los inicios del constitucionalismo³, entendido como un movimiento que privilegia la limitación del poder estatal y la garantía de derechos, las principales discusiones sobre la libertad ya estaban presentes en los *Federalist Papers*, e implicaban preocupaciones que aún hoy son actuales, como la libertad como garantía frente

³ Consideraremos la tendencia doctrinaria de señalar a los Estados Unidos de América como la cuna del constitucionalismo en la modernidad; sin embargo, Inglaterra ya perseguía este ideal desde hace siglos.

a las tiranías⁴ (No. 10) su necesaria protección por el Derecho (n.º 84), la libertad de expresión y de prensa (n.º 84), política (n.º 39), económica y el derecho de propiedad (n.º 12), además del principio de separación de poderes (n.º 51), que ofrece resguardo institucional básico para todo un conjunto de derechos, especialmente el sistema de libertades⁵. La libertad religiosa no fue objeto de un número específico, pues se entendía que este tema era competencia de la legislación estatal, mientras que la intención de los *founding fathers* era defender el proyecto constitucional federal.⁶.

Aunque la naturaleza jurídica de la libertad sea aprehensible, sabemos que la Constitución habla de libertades, en plural, pues variadas son sus vertientes. Con José Afonso da Silva (2017), podemos enumerar al menos: la libertad de expresión; de conciencia y de creencia; de asociación; de reunión; de locomoción; para el ejercicio de cualquier trabajo, oficio o profesión; de información y comunicación; de creación intelectual, artística, científica y de prensa, prohibiéndose la censura; entre otras.

En nuestra Constitución, la libertad religiosa, tema principal de esta investigación, es una especie de la libertad de expresión. Se trata de un género que agrupa la libertad de opinión, por la cual cada

⁴ En este número, Madison presenta su conocido significado de facciones: "By a faction, I understand a number of citizens, whether amounting to a majority or a minority of the whole, who are united and actuated by some common impulse of passion, or of interest, adversed to the rights of other citizens, or to the permanent and aggregate interests of the community." Yale Law School. *The Federalist Papers*. https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed10.asp.

⁵ En palabras de Hamilton (ou Madison): "In order to lay a due foundation for that separate and distinct exercise of the different powers of government, which to a certain extent is admitted on all hands to be essential to the preservation of liberty, it is evident that each department should have a will of its own; and consequently should be so constituted that the members of each should have as little agency as possible in the appointment of the members of the others." Yale Law School. *The Federalist Papers*. https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed51.asp.

⁶ Es lo que nos indica Matthew J. Franck nos indica: "Moreover, the *Federalist Papers* are a series of essays intended to defend the proposed Constitution, and to advance the cause of its ratification by the states. The three authors have no interest in picking unnecessary fights by pointing to the things the Framers left *out* of the Constitution. They are concerned with defending what *is* in the Constitution, and the way in which it fundamentally reforms—for the better—the relationship of the states to the nation, and the relationship of the people to both of those levels of government. Cf.: Frank, Matthew J. Religious Freedom. <https://rootsofliberty.org/religious-freedom-in-the-federalist/>

individuo tiene el derecho de formar y expresar sus propias ideas y pensamientos sin sufrir represión o censura; de comunicación, es decir, el derecho de compartir información por cualquier medio, garantizando que las personas puedan intercambiar ideas libremente; religiosa, que es la prerrogativa de profesar (o no) cualquier religión y cambiar de creencia sin sufrir discriminación o coerción estatal; de expresión intelectual, artística y científica, protegiendo a los individuos para crear y divulgar sus producciones intelectuales, obras de arte e investigaciones científicas sin restricciones indebidas; de expresión cultural, que otorga el derecho a los pueblos y comunidades de mantener y expresar sus tradiciones, costumbres y manifestaciones culturales, promoviendo la diversidad; y de transmisión y recepción del conocimiento, que asegura que cualquier persona tenga acceso a la educación, al aprendizaje y a la información, además del derecho a compartir conocimiento sin barreras arbitrarias.

La libertad religiosa, de este modo, es el derecho fundamental a elegir, practicar, cambiar o abandonar una religión o creencia, sin estar sujeto a ninguna coerción, discriminación o castigo por parte del Estado, la sociedad o los grupos. Según Mitidier, Marinoni y Sarlet (2025, p. 478):

A liberdade religiosa engloba tanto direitos individuais como direitos coletivos de liberdade religiosa, pois, além dos direitos individuais de ter, não ter, deixar de ter, escolher uma religião (entre outras manifestações de caráter individual), existem direitos coletivos, cuja titularidade é das Igrejas e organizações religiosas, direitos que dizem com a auto-organização, a autodeterminação, direito de prestar ensino e assistência religiosa, entre outros,⁴²⁶ aspectos que, por sua vez, são relacionados ao problema da titularidade e dos destinatários do direito fundamental⁷.

⁷Traducción: “La libertad religiosa abarca tanto derechos individuales como derechos colectivos, ya que además de los derechos individuales de tener, no tener, dejar de tener, elegir una religión

La libertad de expresión demanda tolerancia y pluralidad, pues es necesario permitir que cada individuo piense y se exprese según la potencia de su intelecto y, para ello, que lo haga en un espacio público dialógico. Esta relación ocurre porque, en el transcurso de la construcción del Estado moderno: la libertad religiosa constituye uno de sus primeros temas de discusión, dada la influencia secular de la religión cristiana sobre la política y el Derecho en Europa, y la necesidad de secularización de las instituciones, ya que “no corresponde al magistrado civil el cuidado de las almas”⁸.

Esta fractura en la epistemología cristiana fue abierta por el heliocentrismo y ampliada por la Reforma Protestante, que retiró de la Iglesia el papel de única intérprete de las manifestaciones divinas. Por tales acontecimientos, que reducen el *jus divinum*, y como base de las libertades constitucionales que surgirían siglos después, surge la necesaria tolerancia, admitida como principio que permite la “armonía en la diferencia”, al ser “presupuesto de la vida en sociedad”. Aunque no esté expresamente prevista, la tolerancia es elemental para la democracia, que “no presupone el consenso, sino convivir en el disenso al reconocer al otro como igual” (Pansieri & Sampar, 2024, p. 23 y 85).

Así pues, tolerancia, libertad y democracia son conceptos interdependientes en nuestra sociedad:

O resultado da tolerância é a salvaguarda da diversidade. Logo: i) não há tolerância em ambientes autoritários e, por conseguinte, ii) a intolerância é

(entre otras manifestaciones de carácter individual), existen derechos colectivos, cuya titularidad pertenece a las Iglesias y organizaciones religiosas. Estos derechos están relacionados con la autoorganización, la autodeterminación, el derecho a impartir enseñanza y asistencia religiosa, entre otros aspectos, los cuales, a su vez, están vinculados al problema de la titularidad y los destinatarios del derecho fundamental”.

8 Afirmación de John Locke, uno de los más grandes defensores de la necesidad de separación entre el Estado y la religión. El autor nos recuerda que las iglesias son asociaciones voluntarias de individuos, cuyo supuesto es la “salvación de las almas”, mientras que el Estado, como asociación política, debe ocuparse de los asuntos terrenales. Locke, John. *Carta Acerca da Tolerância*. São Paulo: Abril, 1973, p. 11.

sempre antidemocrática, pois demole a construção social que nutre a diversidade e valoriza a pluralidade, tornando-se ainda mais destrutiva quando levada a cabo, não apenas por indivíduos, mas por grupos intolerantes⁹ (Pansieri & Sampar, 2024, p. 25 e 26).

De este modo, la libertad religiosa es una manifestación esencial de la libertad de expresión, permitiendo que los individuos profesen, practiquen y compartan sus creencias sin temor a represalias. Garantiza el derecho a adorar, cuestionar dogmas e incluso a no seguir ninguna religión, fortaleciendo el pluralismo y la diversidad cultural. Así como la libertad de expresión protege opiniones e ideas, la libertad religiosa protege ritos, tradiciones y convicciones personales, promoviendo el diálogo y la convivencia pacífica entre diferentes prácticas y filosofías de vida. Ambas son pilares fundamentales de las sociedades democráticas, asegurando el respeto a la individualidad y al pensamiento crítico.

2 SINCRETISMO Y LA LIBERTAD RELIGIOSA EN BRASIL

La construcción normativa de la libertad religiosa en Brasil es el resultado de un proceso histórico y cultural centenario que implica el reconocimiento de la diversidad de creencias como un valor fundamental para la convivencia democrática. Esta libertad no se limita a la protección de prácticas individuales de fe, sino que se extiende a la garantía de que las comunidades religiosas puedan existir, organizarse y manifestar públicamente sus convicciones.

El derecho a la libertad religiosa se estructura como un pilar esencial de la dignidad humana, pues reconoce que la espiritualidad y la búsqueda de sentido trascienden el ámbito privado e influyen directamente en la identidad y la vida social de los individuos. Con el

⁹ Traducción: “El resultado de la tolerancia es la salvaguarda de la diversidad. Por lo tanto: i) no hay tolerancia en entornos autoritarios y, en consecuencia, ii) la intolerancia es siempre antidemocrática, pues destruye la construcción social que nutre la diversidad y valora la pluralidad, volviéndose aún más destrutiva cuando es llevada a cabo no solo por individuos, sino por grupos intolerantes”.

tiempo, la sociedad pasó a comprender que la neutralidad del Estado ante las religiones no significa indiferencia, sino un compromiso activo con la promoción del pluralismo y con la prevención de cualquier forma de discriminación o coerción.

La libertad religiosa, por lo tanto, no es solo una concesión del Estado, sino una expresión del reconocimiento de la autonomía moral de los individuos y de la riqueza cultural de una sociedad plural. Exige vigilancia constante y diálogo, especialmente en contextos de conflicto, para que siga siendo un instrumento de paz y no de exclusión. Al proteger esta libertad, el sistema jurídico reafirma su compromiso con la justicia, la tolerancia y la convivencia respetuosa entre diferentes visiones del mundo.

Así, el ordenamiento jurídico busca asegurar que ninguna religión sea privilegiada ni marginada, creando un ambiente en el que diferentes tradiciones puedan coexistir en armonía. Sin embargo, no siempre fue así. De hecho, sabemos que incluso en nuestros días, la intolerancia religiosa sigue presente de forma incisiva¹⁰, aunque se observa un esfuerzo de las autoridades por informar y crear canales de denuncia con el fin de garantizar la plenitud de la libertad religiosa. El 21 de enero, en Brasil, está dedicado al combate contra la intolerancia religiosa (fecha nacional instituida por la Ley n.º 11.635/2007).

Tal realidad de intolerancia contrasta con el carácter de la construcción religiosa en Brasil, que, según Camurça, se debe a la interrelación del catolicismo con las creencias africanas e indígenas, en un primer momento, y a la compatibilización de todas las demás creencias

¹⁰ Según información oficial del gobierno brasileño, hubo 2.124 violaciones de derechos humanos relacionadas con la intolerancia religiosa durante todo el año 2023, la mayoría dirigidas contra religiones de origen africano. En comparación, en el año 2020 se registraron 353 denuncias en la Defensoría Nacional de los Derechos Humanos – Línea Disque 100. Cf.: Brasil. Brasil (21/01/2024). *No Dia Nacional de Combate à Intolerância Religiosa, MDHC reforça canal de denúncias e compromisso com promoção da liberdade religiosa.* Ministério dos Direitos Humanos e Cidadania. <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2024/janeiro/no-dia-nacional-de-combate-a-intolerancia-religiosa-mdhc-reforca-canal-de-denuncias-e-compromisso-com-promocao-da-liberdade-religiosa>.

que aquí llegaron, forjando una “matriz religiosa brasileña”. Tal sincretismo es responsable de permitir que conocidas *ialorixás* del candomblé se reconozcan como católicas, o incluso de la recepción del espiritismo científico de Kardec como auténtica religión al llegar a Brasil¹¹. Por tanto, es constitutivo de la formación religiosa brasileña cierto diálogo entre diferentes formas de creencia.

Desde el punto de vista normativo, esta realidad dialógica es muy distinta si se analiza nuestro primer texto constitucional. La Constitución de 1824, en su artículo 5º, caracterizaba al Imperio brasileño como confesional, al instituir la oficialidad de la religión católica¹². En este caso, el Emperador tenía autoridad sobre el nombramiento de obispos y el control de asuntos eclesiásticos, lo que se conocía como *padroado*:

Art. 5º: A Religião Catholica Apostolica Romana
continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras
Religiões serão permitidas com seu culto doméstico,
ou particular em casas para isso destinadas, sem
fórmula alguma exterior do Templo¹³.

Como se nota, otras religiones podían ser practicadas, pero solo en carácter privado, sin ostentación pública de sus cultos (conducta

11 Segundo señala Marcelo Camurça (2009, p. 174-175): “A força tendencial dessa modalidade intercomunicante de religiosidade, além de marcar as religiões tradicionais – católica, africana e indígena – com uma “porosidade” e “contaminação” umas em relação às outras (Sanchis, 1997; 1988), forjou em solo brasileiro religiões tipicamente brasileiras pela articulação de elementos retirados dessas mesmas religiões tradicionais, como a umbanda e, mais recentemente, o Santo Daime (Guimarães, 1996, p. 126).”

12 A observância do catolicismo estava, inclusive, no juramento que o Imperador e a Família Real tinham de observar o mesmo se estendia aos Conselheiros de Estado):

Art. 103. O Imperador antes do ser aclamado prestará nas mãos do Presidente do Senado, reunidas as duas Camaras, o seguinte Juramento - Juro manter a Religião Catholica Apostolica Romana, a integridade, e indivisibilidade do Imperio; observar, e fazer observar a Constituição Politica da Nação Brazileira, e mais Leis do Imperio, e prover ao bem geral do Brazil, quanto em mim couber.

Art. 106. O Herdeiro presumptivo, em completando quatorze annos de idade, prestará nas mãos do Presidente do Senado, reunidas as duas Camaras, o seguinte Juramento - Juro manter a Religião Catholica Apostolica Romana, observar a Constituição Politica da Nação Brazileira, e ser obediente ás Leis, e ao Imperador.

13 Traducción: “La Religión Católica Apostólica Romana continuará siendo la Religión del Imperio. Todas las demás religiones serán permitidas con su culto doméstico o particular, en casas destinadas para tal fin, sin ninguna forma exterior de templo”

tipificada en el art. 276 del Código Criminal de 1830). Esta tolerancia restringida estaba dirigida especialmente a los extranjeros, como los protestantes británicos, cuyos derechos fueron parcialmente garantizados por el Tratado de Comercio y Navegación de 1810 (que reforzó la libertad religiosa que ya había sido objeto de un tratado con el mismo fin celebrado en 1654 entre Portugal e Inglaterra). Sin embargo, las religiones de matriz africana e indígenas continuaron siendo marginadas y perseguidas: basta con pensar en el art. 278 del Código Criminal que tipificaba como delito la diseminación de “doctrinas que destruyan directamente las verdades fundamentales de la existencia de Dios y de la inmortalidad del alma”, en clara protección al monoteísmo cristiano.

Desde la Proclamación de la República en 1889, Brasil inició un proceso de separación entre el Estado y la religión, buscando crear condiciones para garantizar la laicidad y el libre ejercicio de los cultos religiosos. Ciertamente, a lo largo del siglo XX, como veremos, los avances y retrocesos en la garantía de esta libertad, y la lucha frente a las discriminaciones, sirven como guía elemental de los grupos de poder que buscaron ejercer su influencia en el tema, incluso cuando la laicidad ya estaba prevista. Tal vez el más fuerte de ellos fue la Iglesia Católica, que perdió el estatus de religión oficial, pero continuó con cierto protagonismo, ya sea ejerciendo presión en favor de sus intereses, o buscando adaptarse a los cambios del tiempo. A este respecto, Zagrebelsky señala la doctrina social de la Iglesia —materializada en encíclicas y cartas apostólicas como *Nostis et Nobiscum* (1849), *Rerum Novarum* (1891), *Mater et Magistra* (1961), *Pacem in Terris* (1963), *Laudato Si'* (2015) y *Fratelli Tutti* (2020), las dos últimas muy recientes—, responsable de reconfigurar la posición católica en el panorama político, al retirarla de su condición

de superioridad para situarla junto a las personas: una propuesta “*non per anima, ma per le società*”¹⁴.

Sin embargo, no hay duda de que la Proclamación de la República, en 1889, marcó un hito al alterar el tratamiento del tema de manera significativa. Pocas semanas después de ese evento, el 7 de enero de 1890, Deodoro da Fonseca, junto con Aristides da Silveira Lobo (Ministro del Interior), Ruy Barbosa (Hacienda), Benjamin Constant Botelho de Magalhães (Guerra), Eduardo Wandenkolk (Marina), M. Ferraz de Campos Salles (Justicia), Demetrio Nunes Ribeiro (Agricultura) y Quintino Bocayuva (Relaciones Exteriores), publicó el Decreto 119-A. Sus seis artículos alteraron el *status quo* de Brasil al salvaguardar la libertad religiosa en diferentes frentes, a saber:

- 5) Prohibía a los gobiernos establecer o prohibir religiones y crear distinciones entre ciudadanos o en los servicios públicos con base en creencias u opiniones filosóficas/religiosas;
- 6) Garantizaba a todas las religiones el derecho a ejercer libremente sus cultos, la libertad de regirse conforme a su fe y el derecho a la no injerencia en sus actos públicos o privados relacionados al culto;
- 7) Extendía la libertad religiosa a individuos, así como a iglesias, asociaciones e instituciones religiosas, reconociendo su derecho a organizarse y vivir colectivamente conforme a su fe, sin intervención estatal;
- 8) Extinguía el *padroado*;
- 9) Reconocía la personalidad jurídica de iglesias y demás confesiones religiosas, pudiendo adquirir y administrar bienes, manteniendo la posesión de sus bienes y edificios a la fecha

¹⁴ Según señala: “La svolta è capitale: le parole del magistero parlavano di cose del mondo, non di cose dello spirito. La salvezza non era (dolo) quella dell'anima (che riguarda i buoni cristiani), ma il bene della civitas, in nome del quale ci si poteva rivolgere a tutti, incominciando dai governanti, senza presumere in loro la comunanza nella fede della Chiesa cattolica. Alla vocazione tradizionale di traghettatrice desse anima in cielo si aggiungeva, diventando preminente, quella di nocchiera dei popoli nelle mondane traversie” (ZAGREBELSKY, 2010, p. 41).

del Decreto y exigiendo respeto a las leyes sobre propiedad de manos muertas¹⁵;

10) Reconocía que el gobierno federal seguiría financiando a los servidores del culto católico actuales a la fecha del Decreto, subvencionaría por un año las cátedras de los seminarios y facultaba a los estados a decidir si mantener el sustento de futuros ministros religiosos.

Poco más de un año después de la publicación del Decreto 119-A, la Constitución de 1891 proclamaba, en su artículo 11, inciso 2º, combinado con el artículo 72, §3º, la garantía de la libertad de culto y separaba la Iglesia del Estado¹⁶. De hecho, los párrafos 2º al 6º del artículo 72 constitucionalizaban el desmantelamiento del paradigma confesional que rigió durante el Imperio brasileño: el §4º instituyó el matrimonio civil como obligatorio, desvinculándolo del matrimonio religioso; el §5º secularizó los cementerios, permitiendo la práctica de rituales de todos los credos; y el §6º hizo laico el sistema de enseñanza pública.

Con la Constitución de 1934 se observa no solo el mantenimiento de las reglas ya establecidas, sino también novedades que otorgaron mayor protección a la libertad religiosa. El artículo 113, incisos 5 y 6, establecía, respectivamente, que las asociaciones religiosas adquirían personalidad jurídica¹⁷, y que se permitía la asistencia

15 Segundo el portal de la Cámara de Diputados, las corporaciones de “mano muerta” eran “Instituciones de carácter permanente, con fines religiosos, de beneficencia, de caridad, tales como hermanadades, cofradías, iglesias, monasterios, capillas, asilos y otros similares. En tales entidades, por su carácter perpetuo, los bienes no podían cambiar de manos, y, por ello, constituyan una riqueza muerta”. Cf.: BRASIL. Cámara de Diputados: legislación informatizada. <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1225-20-agosto-1864-554707-norma-pl.html#:~:text=EMENTA%3A%20Autoriza%20o%20Governo%20a,%20que%20esquer%20outros%20estabelecimentos%20publicos.>

16 Segundo los dispositivos:

Art 11 - É vedado aos Estados, como à União: 2º) estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos;

Art. 72, § 3º - Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum.

17 Art. 113, 5) É inviolável a liberdade de consciencia e de crença, e garantido o livre exercicio dos cultos religiosos, desde que não contravenham á ordem publica e aos bons costume. As associações

religiosa en establecimientos oficiales, como expediciones militares, hospitales y penitenciarías¹⁸. El artículo 146 regulaba el matrimonio religioso con efectos civiles, siempre que se cumplieran los requisitos establecidos por la ley¹⁹.

El punto relacionado con la enseñanza religiosa al inicio de la década de 1930 es interesante y demuestra la disputa entre tres grupos de interés que intentaban ocupar el espacio que, hasta no mucho antes, los católicos dominaban con supremacía. Los tres actores eran: la propia Iglesia, los laicistas y los conservadores. A pesar de la prohibición vigente desde 1891, el Decreto n.º 19.941 de 1931 autorizaba la enseñanza religiosa facultativa en las escuelas públicas (primarias, secundarias y normales), cuya dispensa podía solicitarse al momento de la matrícula. Sepúlveda y Sepúlveda (2017), en un valioso artículo sobre el tema, comentan que el grupo escolanovista, que defendía firmemente la laicidad del Estado, logró incluir el artículo 3º en el Decreto, en el cual se establecía que debía haber al menos veinte alumnos interesados para que la asignatura fuese ofrecida en los establecimientos públicos, una condición creada para dificultar la formación de clases. Obsérvese que el mantenimiento de intereses opuestos demuestra la cautela del gobierno para acomodar ambos intereses políticos de la época y mitigar conflictos —incluso entre los propios docentes, como deja claro el artículo 9º del Decreto, que prohibía a los profesores de otras disciplinas “impugnar las enseñanzas religiosas o, de cualquier

religiosas adquirem personalidade jurídica nos termos da lei civil.

18 Art. 113, 6) Sempre que solicitada será permitida a assistencia religiosa nas expedições militares, nos hospitais, nas penitenciárias e em outros estabelecimentos oficiais, sem onus para os cofres publicos, nem constrangimento ou coacção dos assistidos. Nas expedições militares a assistencia religiosa só poderá ser exercida por sacerdotes brasileiros natos.

19 Art. 146. O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem publica ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos efeitos que o casamento civil, desde que, perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo da oposição, sejam observadas as disposições da lei civil e seja elle inscripto no Registo Civil. O registo será gratuito e obrigatorio. A lei estabelecerá penalidades para a transgressão dos preceitos legaes attinentes á celebração do casamento.

otro modo, ofender los derechos de conciencia de los alumnos que les fueran confiados”.

La Constitución de 1934 acogió, en el artículo 153, la reglamentación de la enseñanza religiosa en las escuelas, tornándola obligatoria para los establecimientos y de asistencia facultativa para los alumnos, y extendiéndola también a la educación profesional²⁰. Tres años después, Getúlio Vargas impuso un nuevo texto constitucional y, curiosamente, el tono legal respecto a la enseñanza religiosa se tornó menos impositivo, sustituyendo el uso del verbo “ser” (“la enseñanza religiosa será de asistencia facultativa” ...) utilizado en 1934 por “poder” (“la enseñanza religiosa podrá ser contemplada como asignatura” ...) en 1937²¹. Según Luiz Antônio Constant Rodrigues da Cunha (2007, p. 215), esta reducción en la importancia se debió a la creación de la enseñanza cívica para atender a los intereses del régimen varguista, una asignatura obligatoria (junto con educación física y trabajos manuales) que también promovía valores morales al igual que la enseñanza religiosa (lo que Cunha denomina “sintonía oscilante”).

Con la caída de Vargas y la restauración de la democracia en Brasil, se promulgó el texto constitucional de 1946, que mantenía las premisas de la libertad religiosa ya adoptadas, permaneciendo la enseñanza religiosa como asignatura dentro del horario escolar de las escuelas oficiales, siendo de matrícula facultativa y de acuerdo con la confesión religiosa del alumno (art. 168, V). Desde el punto de vista constitucional, este marco se mantuvo durante el período militar (por medio de la Enmienda Constitucional n.º 1, de 1967, que reemplazó la Constitución de 1946), diferenciándose solamente por la inclusión de instrumentos autoritarios típicos de las dictaduras.

²⁰ Art. 153. O ensino religioso será de frequência facultativa e ministrado de acordo com os princípios da confissão religiosa do alumno, manifestada pelos paes ou responsavies, e constituirá matéria dos horarios nas escolas publicas primarias, secundarias, profissionaes e normaes.

²¹ Art. 133. O ensino religioso poderá ser contemplado como matéria do curso ordinário das escolas primárias, normais e secundárias. Não poderá, porém, constituir objeto de obrigação dos mestres ou professores, nem de frequência compulsória por parte dos alunos.

En otras palabras, el Estado seguía siendo laico, garantizando el derecho de creencia y culto, pero existían limitaciones a la libertad de expresión y asociación, lo que afectaba indirectamente a los grupos religiosos²².

Como se puede observar, desde el inicio del período republicano hasta la Constitución vigente (1988), se verifica en líneas generales el mantenimiento de la libertad religiosa en Brasil, con algunas variaciones notables conforme a los cambios políticos. El Estado laico, previsto desde 1891, rompió con el modelo monárquico y religioso del período imperial. A lo largo de los textos posteriores, especialmente en 1934 y 1946, los derechos de culto y creencia fueron fortalecidos, garantizando protección contra la discriminación religiosa. Durante el régimen militar, la Constitución de 1967 y su Enmienda de 1969 mantuvieron la libertad religiosa, aunque dentro de un contexto de restricciones a otros derechos fundamentales. A pesar de los desafíos, la separación entre el Estado y la religión permaneció como un principio esencial, garantizando a los ciudadanos el derecho de profesar su fe sin interferencia estatal.

Sabemos, sin embargo, que la ley no refleja por completo la realidad. En un país que se declara cristiano, persiste un racismo estructural profundo, responsable de marginar algunas prácticas religiosas, como efecto de una historia secular de colonización y esclavización, que desvalorizó culturas y tradiciones no alineadas con el cristianismo. Esta contradicción entre la ley y la práctica evidencia la necesidad de un compromiso social más profundo en la promoción del respeto y de la diversidad religiosa. Tal análisis se evidencia con claridad en el tratamiento jurisprudencial que el tema ha recibido.

²² Este detalle puede observarse en el artículo 30, “c”, que no autoriza a las Cámaras del Congreso a publicar pronunciamientos que involucre “ofensas às Instituições Nacionais, propaganda de guerra, de subversão da ordem política ou social, de preconceito de raça, de religião ou de classe, configurarem crimes contra a honra ou contiverem incitamento à prática de crimes de qualquer natureza”

3 LA RECIENTE INTERPRETACIÓN DEL SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE LA LIBERTAD RELIGIOSA

La Constitución de 1988, siguiendo la tradición normativa ya consolidada, garantiza la libertad religiosa como un derecho fundamental en Brasil, reforzando el carácter laico del Estado y asegurando la protección contra la discriminación por motivos de creencia. El artículo 5º, inciso VI, establece la inviolabilidad de la libertad de conciencia y de creencia, asegurando el libre ejercicio de los cultos religiosos y garantizando, en la forma de la ley, la protección a los lugares de culto y a sus liturgias. Cabe mencionar que aún no ha sido promulgada la ley mencionada por el constituyente que regule el libre ejercicio de las creencias y cultos²³.

En efecto, el Estado brasileño no puede establecer ni favorecer ninguna religión, garantizando un ambiente de pluralismo y respeto. La Constitución también reconoce la objeción de conciencia, permitiendo que los ciudadanos mantengan sus derechos cuando prácticas religiosas entren en conflicto con deberes civiles o profesionales.

Al haber ampliado los mecanismos de control abstracto de constitucionalidad, uno de los factores que explican el aumento exponencial de demandas ante el Supremo Tribunal Federal, es natural que temas vinculados a la libertad religiosa ya hayan sido analizados por la Corte. Uno de los temas recurrentes trata sobre la transfusión sanguínea a pacientes Testigos de Jehová, quienes, por sus creencias, deben abstenerse de recibir sangre, conforme a su interpretación bíblica. En el Recurso Extraordinario 979.742 AM, el paciente solicitó judicialmente que el poder público cubriera una cirugía fuera de su domicilio en un hospital acreditado por el Sistema Único de Salud – SUS que realizará el procedimiento necesario sin transfusión de sangre. En su análisis, la Corte fijó la siguiente tesis: “1. Las Testigos de Jehová, cuando son mayores de edad y capaces,

²³ Al respecto, existe un proyecto de ley en la Cámara de Diputados (PL 4188/2020), pero aún no ha sido votado.

tienen el derecho de rechazar procedimientos médicos que impliquen transfusión de sangre, con base en la autonomía individual y en la libertad religiosa. 2. En consecuencia, en respeto al derecho a la vida y a la salud, tienen derecho a los procedimientos alternativos disponibles en el Sistema Único de Salud – SUS, pudiendo, si es necesario, recibir tratamiento fuera de su domicilio.”

En otro caso, el Recurso Extraordinario 611.874, convertido en el Tema 386 del STF, el Supremo analizó la constitucionalidad de realizar etapas de un concurso público en fechas diferentes a las previstas en el edital —como ya ocurre con el Examen Nacional de Enseñanza Media (ENEM)—, siempre que se respeten los principios de razonabilidad e isonomía, y sin que se genere una carga desproporcionada para la administración pública. El Tribunal fijó la siguiente tesis: “En los términos del artículo 5º, VIII, de la Constitución Federal, es posible realizar etapas de concurso público en fechas y horarios distintos a los previstos en el edital, por parte de un candidato que invoque objeción de conciencia por motivo de creencia religiosa, siempre que se respeten la razonabilidad del cambio, la igualdad entre todos los candidatos y que no genere una carga desproporcionada para la Administración Pública, que deberá decidir de manera fundamentada” (Tema 386). Naturalmente, dicha flexibilización de fechas no puede comprometer la imparcialidad ni la transparencia de los certámenes.

El Tema 953 del STF trata de la posibilidad de que personas utilicen vestimenta o accesorios religiosos en fotografías para documentos oficiales. El caso fue analizado en el Recurso Extraordinario 859.376, cuyo ponente fue el Ministro Luís Roberto Barroso, y fue decidido por unanimidad por el Pleno del Tribunal el 17 de abril de 2024. La cuestión central era si la exigencia de quitar vestimenta religiosa para tomarse fotos violaba la libertad de creencia garantizada por la Constitución. El STF entendió que, siempre que el accesorio no impida la adecuada identificación de la persona, su uso debe

permitirse. La tesis fijada fue: “Es constitucional el uso de vestimentas o accesorios relacionados con creencias o religiones en fotos para documentos oficiales, siempre que no impidan la adecuada identificación individual, con el rostro visible.”. En el juicio de la Acción de Incumplimiento de Precepto Fundamental (ADPF) 811, se discutió la restricción temporal de actividades religiosas presenciales en el Estado de São Paulo durante la pandemia de Covid-19. El Tribunal, por mayoría de votos, decidió que la prohibición de cultos, misas y otras ceremonias religiosas colectivas era constitucional, ya que tenía por objetivo proteger la vida de los fieles y contener la propagación del virus. En el sumario se consignó: “Desde el punto de vista de la constitucionalidad formal, la norma impugnada respetó el entendimiento firmado por el STF en el juicio de la Acción Directa de Inconstitucionalidad 6.341, bajo la relatoría del Ministro Marco Aurélio, y con redacción del fallo por el Ministro Edson Fachin, donde se estableció que todas las entidades federativas tienen competencia para legislar y adoptar medidas sanitarias frente a la pandemia de Covid-19. (...) Desde el punto de vista de la constitucionalidad material, las medidas impuestas por el Decreto estatal resultaron de análisis técnicos sobre el riesgo ambiental de contagio según el sector económico y social, así como de acuerdo con la necesidad de preservar la capacidad de atención del sistema de salud pública. La norma se reveló adecuada, necesaria y proporcional en sentido estricto para combatir el grave cuadro de contaminación que precedió su emisión.”.

Entre 2015 y 2018, el STF juzgó cinco acciones que involucraban a la Biblia cristiana. En cuatro de ellas (Acciones Directas de Inconstitucionalidad 5248, 5255, 5256 y 5258), promovidas por la Procuraduría General de la República, se discutieron leyes estatales que imponían la inclusión de ejemplares de la Biblia en bibliotecas y escuelas públicas, en clara violación a los principios de igualdad, libertad religiosa y laicidad del Estado brasileño. En la Acción

Directa de Inconstitucionalidad 5257, un estado federado oficializó la Biblia como libro doctrinario base para fundamentar principios, costumbres y normas de comunidades, iglesias y grupos. Según la decisión: “La oficialización de la Biblia como libro doctrinario base para fundamentar principios, costumbres y normas de comunidades, iglesias y grupos en el Estado de Rondônia implica una discriminación inconstitucional entre creencias, además de violar la neutralidad exigida al Estado por la Constitución Federal. Inconstitucionalidad del art. 1º de la Ley n.º 1.864/08 del Estado de Rondônia.”.

Por último, pero no menos importante, en 2019 la Corte juzgó el Recurso Extraordinario 494.601, que discutía la constitucionalidad de una ley estatal que permitía el sacrificio de animales en rituales religiosos de matriz africana. El Ministerio Público del Estado cuestionó la norma, alegando que violaba la protección ambiental y la competencia legislativa de la Unión. Al reconocer que: “la protección específica de los cultos de religiones de matriz africana es compatible con el principio de igualdad, ya que su estigmatización, fruto de un prejuicio estructural, merece especial atención del Estado”, el Supremo Tribunal Federal, por unanimidad, decidió la constitucionalidad de la ley, estableciendo la tesis: “Es constitucional la ley de protección animal que, con el fin de resguardar la libertad religiosa, permite el sacrificio ritual de animales en cultos de religiones de matriz africana.”.

En alineación con lo dispuesto en la Constitución, el Supremo Tribunal Federal ha desempeñado un papel esencial en la salvaguarda de la libertad religiosa, garantizando que ese derecho se preserve sin comprometer los principios constitucionales del Estado laico. A partir de los fallos mencionados, se percibe la predominancia de temas que involucran religiones cristianas, lo cual refleja la influencia que (aún) ejercen en el contexto nacional. El Tribunal, en sus decisiones recientes, ha reforzado el reconocimiento del derecho a la objeción de conciencia, asegurando que las personas puedan

rechazar determinadas prácticas por motivos religiosos. Otro punto destacado es el combate a la discriminación religiosa, reforzando medidas para evitar persecuciones, especialmente contra minorías religiosas. Estos análisis demuestran un esfuerzo continuo del STF para asegurar que la diversidad religiosa sea preservada dentro de los parámetros democráticos y constitucionales.

CONCLUSIÓN

A través del análisis realizado en este texto, se observa que el constitucionalismo brasileño, desde 1889, ha evolucionado en el sentido de garantizar la libertad religiosa, una necesidad urgente en un contexto sincrético como el brasileño.

Sin embargo, del texto legal a la realidad de los hechos, muchos grupos aún enfrentan discriminación e intolerancia. Basta con acceder a las noticias o leer el “II Informe sobre intolerancia religiosa: Brasil, América Latina y el Caribe”, publicado por el CEAP en 2023, para concluir que, en especial, las religiones de matriz africana sufren un prejuicio histórico, ataques a terreiros y discursos de odio que marginan sus prácticas. Así, a pesar de las garantías legales, las barreras sociales y culturales impiden el pleno ejercicio de la libertad religiosa en la vida cotidiana.

La discriminación religiosa también se manifiesta en la política y en los medios de comunicación, influenciando decisiones gubernamentales y reforzando estereotipos. Algunas creencias reciben más espacio y reconocimiento institucional, mientras que otras son blanco constante de desinformación y prejuicios. El discurso de odio alimentado en las redes sociales intensifica la persecución contra grupos religiosos minoritarios, dificultando el ejercicio pleno de la libertad religiosa. A pesar de los avances legales y del compromiso constitucional, el respeto a la diversidad religiosa aún enfrenta desafíos. Basta recordar que, después de más de 35 años

desde la promulgación de la Constitución de 1988, aún no se ha aprobado la ley que debe reglamentar la garantía del libre ejercicio de las creencias y cultos (art. 5º, VI).

El camino hacia una sociedad verdaderamente inclusiva exige educación, diálogo y el compromiso del poder público y de la sociedad para combatir la intolerancia, garantizando que la libertad religiosa sea una realidad para todas las creencias.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Brasil. *Câmara dos Deputados: legislação informatizada*. <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decreto/1824-1899/decreto-1225-20-agosto-1864-554707-norma-pl.html#:~:text=EMENTA%3A%20Autorisa%20o%20Governo%20a,%20quaesquer%20outros%20estabelecimentos%20publicos>.

Brasil (21/01/2024). *No Dia Nacional de Combate à Intolerância Religiosa, MDHC reforça canal de denúncias e compromisso com promoção da liberdade religiosa*. Ministério dos Direitos Humanos e Cidadania. <https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2024/janeiro/no-dia-nacional-de-combate-a-intolerancia-religiosa-mdhc-reforca-canal-de-denuncias-e-e-compromisso-com-promocao-da-liberdade-religiosa>.

Camurça, M. A. (2009, março/maio). *Entre sincretismos e ‘guerras santas’: dinâmicas e linhas de força do campo religioso brasileiro*. REVISTA USP, São Paulo, n.81, p. 173-185.

Cunha, L. A. C. R (2007). *A Universidade Temporânea: o ensino superior, da Colônia à Era Vargas*. São Paulo: Unesp.

Fachin, Z., Sampar, R. (2025). *Teoria do Estado*. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Frank, M. J. *Religious Freedom*. <https://rootsofliberty.org/religious-freedom-in-the-federalist/>.

Mitidiero, D., Marinoni, L. G., Sarlet, I. W. (2025). *Curso de Direito Constitucional*. 14 ed. São Paulo: Saraiva.

Pansieri, F. (2018). *A Liberdade no Pensamento Ocidental*. Belo Horizonte: Fórum, (4 tomos).

_____; Sampar, R. (2024). *A Fórmula da [in]tolerância*. Capital: Curitiba.

Sepulveda, D., Sepulveda, J. A. S.. *A disciplina Ensino Religioso: história, legislação e práticas*. Revista do Centro de Educação, vol. 42, núm. 1, pp. 177-190, 2017. DOI <https://doi.org/10.5902/1984644422301>.

Silva, J. A. (2017). *Curso de Direito Constitucional*. 40 edição. São Paulo: Malheiros.

Yale Law School. *The Federalist Papers*. https://avalon.law.yale.edu/subject_menus/fed.asp

Zagrebelsky, G. (2010). *Scambiarsi la veste: Stato e chiesa al governo dell'uomo*. Bari: Laterza.

Capítulo 13

Conectando derechos: el papel transformador de la inteligencia artificial en la democratización del acceso a la justicia en Brasil

Rozane da Rosa Cachapuz

José Ricardo Suter

Benjamin Moises Carrasco del Carpio

Introducción

En los últimos años, la Inteligencia Artificial (IA) ha desempeñado un papel cada vez más prominente en la transformación de diversos sectores de la sociedad. En el contexto jurídico, específicamente en Brasil, la IA ha sido reconocida como una herramienta poderosa con potencial para democratizar el acceso a la justicia. Ante este escenario, este artículo busca explorar el papel transformador de la IA en la promoción de la democratización del acceso a la justicia en Brasil.

La inteligencia artificial es una herramienta que puede ser utilizada en todos los componentes del sistema jurídico; en el componente

normativo para la elaboración de reglas categóricas (sentencias); en el campo de los agentes (jueces, fiscales y asistentes) para su control y supervisión; y en la administración de instituciones; en el caso peruano, el Ministerio Público y el Poder Judicial.

Pero antes de continuar, es necesario recordar que existen varios tipos de inteligencia artificial y no solo el tipo generativo, la IA, que desde el surgimiento de ChatGPT parece haber monopolizado el concepto con la amenaza de un futuro despótico con máquinas que deciden sobre la vida o la muerte siguiendo órdenes generadas por algoritmos de capacidad ilimitada; de sistemas de hipervigilancia que anulan el derecho a la privacidad; de herramientas que han vuelto obsoleto el sistema educativo y que amenazan con acabar con la mayoría de las profesiones.

Este artículo no trata sobre la delegación del poder jurisdiccional a una inteligencia artificial generativa, sino sobre el uso y las posibilidades de varias herramientas de inteligencia artificial para mejorar la eficiencia, la equidad y la accesibilidad en la democratización del acceso a la justicia. La decisión justa siempre será una potestad humana exclusiva.

La democratización del acceso a la justicia es un principio fundamental en cualquier sistema jurídico que aspira a promover la igualdad y la justicia para todos los ciudadanos. Sin embargo, tradicionalmente, el acceso a la justicia ha estado marcado por barreras económicas, geográficas y sociales que dificultan la participación plena de los individuos en el sistema legal. En este contexto, la IA surge como una herramienta prometedora que puede ayudar a superar estas barreras, haciendo los servicios jurídicos más accesibles y eficientes para una gama más amplia de personas.

La implementación de sistemas de IA en el poder judicial brasileño presenta una serie de beneficios potenciales, que van desde la automatización de tareas rutinarias hasta el análisis avanzado

de datos legales. Mediante el análisis de grandes volúmenes de información, la IA puede ayudar en la identificación de patrones, en la predicción de resultados judiciales y en la optimización de procesos, contribuyendo así a una administración más eficiente de la justicia.

Sin embargo, es importante reconocer que la introducción de la IA en el sistema jurídico también plantea una serie de cuestiones éticas, legales y sociales que deben ser cuidadosamente consideradas. Preocupaciones relacionadas con la transparencia, el sesgo algorítmico, la privacidad y la equidad son solo algunas de las cuestiones que exigen un enfoque cuidadoso y reflexivo al utilizar la IA para democratizar el acceso a la justicia.

Así, por medio del método hipotético-deductivo a través de un enfoque metodológico que combina la revisión bibliográfica y el análisis crítico, se busca demostrar cómo la IA puede ayudar en la democratización del acceso a la justicia en Brasil.

1 EL ACCESO A LA JUSTICIA Y EL PODER JUDICIAL BRASILEÑO

El tema del acceso a la justicia es objeto de investigación por académicos y especialistas en derecho, pues existe una amplia discusión sobre su eficacia en la garantía de los derechos de los ciudadanos.

José Ricardo Suter (2018, p. 5) enseña que “el acceso a la justicia es un importante precepto constitucional en el Estado Democrático de Derecho y debe ser garantizado a los ciudadanos”.

Durante un largo período, el concepto de acceso a la justicia se limitó a la idea de acceso a los tribunales, lo que reflejaba una confusión entre justicia y jurisdicción. Esencialmente, esto significaba el derecho formal del individuo de iniciar o contestar un proceso legal (Paulino, 2021, p. 18).

En esta línea de razonamiento, es indiscutible que el derecho humano fundamental de acceso a la justicia no se agota ni se cumple con la mera garantía de ser escuchado por un juez o de accionar el aparato jurisdiccional del Estado, sino que su materialización se concreta en la obtención de una decisión justa.

Parece simple, pero cuando se trata de definir qué es una “decisión justa”, no es posible confiar en una definición léxica, que el diccionario poco ayuda; o en una definición circular, que presupone que el término es conocido por todos, pero no lo es; ni en una definición ostensiva. De ahí la necesidad de recurrir a una definición intencional que especifique las cualidades necesarias que el término comprende.

Estas cualidades mínimas necesarias, en el caso de “una decisión justa”, son: su obtención en un período razonable; su previsibilidad; su base en el orden normativo; y su conformidad con los postulados del bloque de convencionalidad de los derechos humanos.

Una decisión justa es un fin y una finalidad. Fin, como el término, la conclusión, la consumación, el resultado, la conclusión del proceso; finalidad, como el propósito, el motivo, la intención. No hay fin sin comienzo y, en el caso de una decisión justa, ese comienzo ocurre con el acceso al sistema de administración de justicia.

De acuerdo con Watanabe (2011, p. 385), es esencial que las personas tengan la oportunidad de buscar un proceso justo, capaz de asegurar sus derechos ante los diversos conflictos existentes:

O princípio de acesso à justiça, inscrito no n. XXXV do art. 5º, da Constituição Federal, não assegura apenas acesso formal aos órgãos judiciários, e sim um acesso qualificado que propicie aos indivíduos o acesso à ordem jurídica justa, no sentido de que cabe a todos que tenham qualquer problema jurídico, não necessariamente um conflito de interesses, uma atenção por parte do Poder Público, em especial do Poder Judiciário.

Por lo tanto, comprender el acceso a la justicia implica también entender los desafíos que llevan a los ciudadanos, con sus respectivas obligaciones y derechos, a buscar la justicia y su interacción con el sistema legal. Así, un sistema ideal de justicia debe ser accesible a todos los ciudadanos, proporcionando los medios adecuados para resolver sus disputas (Cappelletti & Garth, 1988). En ese mismo sentido, los autores aseguran, *verbis*:

A expressão “acesso à justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos (Cappelletti & Garth, 1988, p. 8).

A la par de esto, Pancotti (2002, p. 36) enseña que “garantizar el acceso del ciudadano a la justicia, en fin, no significa la mera admisión al proceso o la facilitación del ingreso en juicio, pues es indispensable que se asegure el acceso al orden jurídico justo”.

Humberto Dalla Bernardina de Pinho (2012) argumenta que el acceso a la justicia no se limita solo a la capacidad de iniciar una acción para reclamar derechos, sino que también debe garantizar que los ciudadanos tengan acceso a una respuesta justa y eficaz, obtenida por medio del sistema judicial, mediante la elección de una resolución adecuada para el conflicto.

En el mismo sentido, Watanabe (1988) diserta que la cuestión del acceso a la justicia no puede ser analizada solo dentro de las restricciones de los recursos disponibles en los tribunales existentes. No se resume simplemente en permitir el acceso a la justicia como una institución gubernamental, sino en posibilitar el acceso a un sistema jurídico justo.

Para Morais (1999), la necesidad de proporcionar garantías y recursos tangibles impulsa la democratización del acceso a la justicia, que es fundamental para resolver conflictos, un principio esencial del Estado Democrático de Derecho. Esto, a su vez, requiere una revisión de los enfoques para lidiar con los conflictos, con el propósito de establecer mecanismos más eficaces de pacificación social.

En esta misma línea de raciocinio, Watanabe (1988) discurre que la sociedad debe poseer un amplio entendimiento de los derechos, ofreciendo oportunidades legales para acceder a la justicia. Enseña que esto implica no solo el acceso a los tribunales existentes, sino también considerar la estructura jurídica y sus diversos elementos, buscando el acceso al orden jurídico adecuado.

Por otro lado, es imperioso destacar que la sociedad contemporánea está inmersa en un constante proceso de evolución, moldeado por una serie de fuerzas sociales, tecnológicas y culturales. En los últimos años, hemos sido testigos de avances significativos en diversos aspectos, desde el desarrollo de nuevas tecnologías hasta cambios en los patrones sociales y de comportamiento.

La globalización y la revolución digital han acortado las distancias entre las personas, ampliando las conexiones y promoviendo un intercambio cultural sin precedentes. Además, cuestiones de igualdad de género, diversidad e inclusión están recibiendo una atención renovada, impulsando movimientos e iniciativas en pro de una sociedad más justa e igualitaria.

En medio de estas transformaciones, la sociedad actual busca constantemente adaptarse y evolucionar, enfrentando los desafíos con creatividad, resiliencia y un compromiso renovado con valores fundamentales de justicia, solidaridad y progreso.

En el contexto brasileño, los efectos de las olas renovadoras, bien explicadas por Cappelletti y Garth (1988), se manifiestan a través de varias reformas legislativas, las cuales, entre otros aspec-

tos positivos, han contribuido a hacer el acceso a la justicia más equitativo y desburocratizado.

Es en este escenario que el derecho y el acceso a la justicia están siendo resignificados. Tânia Lobo Muniz asegura que el derecho debe acompañar los cambios sociales, “modernizando y democratizando los mecanismos de acceso a la justicia, creando soluciones adecuadas y necesarias para el mantenimiento de la paz y del orden en el Estado de Derecho” (Muniz, 2014, p. 58).

En esta senda, se muestra que la democratización del acceso a la justicia es un deber fundamental de la sociedad y del Estado, que debe garantizar el libre acceso a la justicia en todas las instancias, el derecho de defensa, el acceso a la información y el reconocimiento de las particularidades culturales de los individuos involucrados.

Proporcionar una decisión justa es un deber de los magistrados; garantizar el acceso al sistema judicial es una obligación del Estado.

En los últimos años, ha habido una creciente adopción de tecnología por el Poder Judicial brasileño para mejorar la entrega de la justicia, resultando en la introducción del concepto de “Derecho 4.0”, que refleja el avance tecnológico integrado a las prácticas diarias de los profesionales del derecho (Reckziegel & Barcellos, 2021, p. 352).

En este sentido, se sabe que la tecnología ha emergido como una fuerza transformadora en el sistema judicial brasileño. La digitalización y la informatización de los sistemas jurídicos han desempeñado un papel crucial en la mejora de la accesibilidad del sistema legal. La introducción de plataformas en línea para el registro de procesos, consulta de jurisprudencia e incluso la realización de audiencias virtuales ha simplificado y agilizado muchos procedimientos legales. Además, la tecnología ha permitido una mayor transparencia en el proceso judicial, facilitando el acceso del público a las informaciones relacionadas con los casos en curso y a las decisiones judiciales.

Es imperioso destacar que la pandemia de COVID-19 fue un catalizador significativo para acelerar la innovación en el poder judicial, especialmente debido a las restricciones de aislamiento social que transformaron abruptamente el modelo de trabajo de presencial a remoto. Con ello, para garantizar la continuidad de los servicios judiciales, los tribunales intensificaron la digitalización de los procedimientos, adoptando audiencias y juicios por videoconferencia, además de implementar ventanillas virtuales¹.

Ante tales modificaciones e innovaciones, es preciso reconocer los impactos de la tecnología en el acceso a la justicia, creando desafíos significativos, pues no todos los individuos tienen acceso igualitario a la tecnología, lo que puede ampliar las disparidades existentes en el acceso a la justicia. Además, cuestiones relacionadas con la seguridad cibernetica y la protección de datos personales también surgen en este escenario desafiante.

Así, mientras la tecnología ofrece oportunidades prometedoras para mejorar el acceso a la justicia, es crucial que estas innovaciones sean implementadas de forma cuidadosa y equitativa, teniendo en cuenta las necesidades y preocupaciones de todos los usuarios del sistema legal.

De todas formas, en esta línea de raciocinio, resulta evidente que los avances tecnológicos, especialmente en relación con la inteligencia artificial (IA), han desempeñado un papel significativo en la democratización del acceso a la justicia en Brasil, después de todo, al automatizar procesos, analizar grandes volúmenes de datos judiciales y ofrecer insights predictivos, por ejemplo, hace que la IA revolucione la manera en que las personas interactúan con el sistema jurídico brasileño.

¹ La Resolución CNJ nº 372/2021 estableció la implementación de una herramienta de comunicación por videoconferencia para que los usuarios se conecten con los sectores de atención de cada unidad judicial, reproduciendo así la función del tradicional “mostrador” que se encuentra en los edificios forenses.

2 INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y EL PODER JUDICIAL BRASILEÑO

La interacción entre tecnología y sociedad es un fenómeno complejo que moldea diversas esferas de la vida moderna, y Brasil no está inmune a esta dinámica. En los últimos años, el país ha sido testigo de un rápido avance tecnológico, que ha influenciado significativamente la forma en que vivimos, nos comunicamos y nos relacionamos.

La diseminación de internet y de las redes sociales, por ejemplo, trajo cambios profundos en la manera en que las personas interactúan, consumen información y participan en el debate público. Además, la tecnología ha sido una herramienta crucial para impulsar el crecimiento económico y la innovación en diversas áreas, desde la agricultura hasta la industria.

En esta misma línea, los recursos tecnológicos se han mostrado cada vez más importantes para el fortalecimiento del sistema judicial, pues incorporan procedimientos estandarizados y automatizados, así como tecnologías como IA, algoritmos, simulaciones neuronales y una vasta gama de otras soluciones, contribuyendo al desarrollo de una justicia codificada (Gomes & Tavares, 2021, p.97).

La inteligencia artificial, como una rama en ascenso de la ciencia de la computación, está ganando cada vez más importancia en el ámbito brasileño. La IA presenta un potencial revolucionario para el sistema jurídico, especialmente en términos de eficiencia, precisión y accesibilidad. Se sabe que la IA puede ser aplicada de diversas maneras, desde el análisis de extensas bases de datos jurídicos hasta el auxilio en tomas de decisiones judiciales y en la automatización de procedimientos legales (Kagan, 2020).

En este momento, es menester conceptualizar la IA, que en las enseñanzas de Peixoto y Silva (2019, p. 20) “se refiere a la capacidad de reproducción artificial de la capacidad de adquirir y aplicar diferentes habilidades y conocimientos para solucionar un problema dado, resol-

viéndolo, razonando y aprendiendo de las situaciones”, o sea, la habilidad de imitar las capacidades cognitivas humanas en una máquina.

Para Ana Débora Rocha Sale; Carlos Marden Cabral Coutinho y Letícia Vasconcelos Paraiso (2020, p. 4), la inteligencia artificial, *verbis*:

[...] é uma área de estudo da ciência da computação que se objetiva, mediante passos estruturados (algoritmos) de um determinado programa (software), construir mecanismos e/ou dispositivos que simulem a capacidade do ser humano de aprender e resolver problemas, ou seja, de ser inteligente.

Esse tipo de aprendizado es conocido como “aprendizado de máquina” ou *Machine Learning*.

Este tipo de aprendizaje es conocido como “aprendizaje de máquina” o Machine Learning.

Para contribuir, se sabe que los dispositivos que emplean inteligencia artificial operan con base en algoritmos. Para César Augusto Luiz Leonardo y Roberto da Freiria Estevão (2020, p. 7): “um plano de ação pré-definido a ser seguido pelo computador, de maneira que a realização contínua de pequenas tarefas simples possibilitará a realização da tarefa solicitada sem novo dispêndio de trabalho humano”.

En el mismo tenor, Sales et al (2020, p. 4) enseñan que “o algoritmo é o conjunto de passos usados para fazer uma tarefa específica, funciona como um bloco de informações que permitem que um dado equipamento realize suas funções”. Aseguran además que:

As máquinas, assim como os seres humanos, precisam passar por um processo de aprendizagem, para desenvolverem o conhecimento necessário para desenvolver uma função. Na ciência da computação, o chamado Machine Learning é o processo de programação que tem o objetivo de treinar as máquinas para que elas consigam dar uma resposta coerente ao comando realizado. É esse processo

que dá a possibilidade de uma máquina adquirir a inteligência artificial (Sales et al, 2020, p. 5).

El Machine Learning es una subdivisión de la Inteligencia Artificial y puede ser considerado una subcategoría de las Tecnologías Cognitivas. Utiliza una gama de técnicas estadísticas, probabilísticas y de optimización que capacitan a las computadoras para aprender e identificar patrones complejos a partir de datos históricos de los parámetros analizados (Mateus & Mendonça, 2020).

Un ejemplo de aprendizaje supervisado es el sistema de inteligencia artificial implementado en el Tribunal de Justicia de Minas Gerais. Llamado “Radar”, este sistema tiene como función primordial analizar los procesos y categorizarlos con base en su semejanza. Al identificar procesos repetitivos, realiza la indexación automática y los remite al juez responsable de la acción (Sales et al, 2020, p. 5).

En esta misma línea de raciocinio, los criterios de búsqueda abarcan una variedad de aspectos, incluyendo búsquedas por palabra clave, fecha de distribución, órgano juzgador, magistrado, partes involucradas, abogados, entre otros requisitos que los juzgadores puedan demandar. Esto facilitará a los asistentes de los magistrados del Tribunal en la preparación de votos, proporcionando búsquedas listas de decisiones judiciales que pueden ser utilizadas como base para la fundamentación (Medeiros, 2019).

Ala par de esto, urge mencionar las enseñanzas de Bryce Goodman y Seth Flaxman (2017, p. 38, traducción nuestra):

[...] o aprendizado de máquina pode reificar os padrões existentes de discriminação e eles forem encontrados no conjunto de dados de treinamento, então, por design, um classificador irá reproduzi-los. Desta forma, as decisões tendenciosas são apresentadas como o resultado de um algoritmo “objetivo”.

Para ayudar a comprender un poco más sobre la utilización de la IA en este escenario, Sergio Rodas (2020) identifica tres funciones

principales que las máquinas pueden desempeñar en el ámbito del Poder Judicial. La primera de ellas es el análisis de procesos, con el propósito de categorizar aquellos que abordan cuestiones semejantes, simplificando así la resolución de disputas por los profesionales del derecho.

La segunda función involucra la minería de datos de grandes fuentes, donde los algoritmos son capaces de extraer informaciones relevantes de un volumen extenso de datos, como documentos, procesos, artículos técnicos y noticias y finalmente, las máquinas pueden desempeñar un papel en la actividad judicante, es decir, en la toma de decisiones sobre disputas judiciales (Rodas, 2020).

Dierle Nunes y Aurélio Viana (2018) aseguran que la utilización de estos algoritmos y herramientas en el escenario jurídico es considerada una tendencia inevitable, especialmente ante la situación de la prestación de la actividad jurisdiccional en Brasil, marcada por el considerable stock de aproximadamente 100 millones de procesos en trámite. Ante este volumen expresivo, hay una receptividad a cualquier técnica o tecnología que se proponga reducir la cantidad de casos a ser juzgados.

De acuerdo con los autores, lo que despierta la fascinación de los profesionales del derecho y del sistema judicial por las máquinas dotadas de inteligencia artificial es la capacidad de combinar atributos humanos con características inherentes a las máquinas. Esto resulta en un trabajo mucho más eficaz realizado en un corto período (Nunes & Viana, 2018).

En Brasil, se pueden observar algunas iniciativas orientadas a la automatización de las decisiones judiciales. Un único ejemplo de esto es el proyecto llamado Victor, que fue desarrollado en colaboración entre el Supremo Tribunal Federal y la Universidad de Brasilia. Este sistema está en funcionamiento desde 2018 (Sales et al, 2020, p. 12).

César Augusto Luiz Leonardo y Roberto da Freiria Estevão (2020, p. 8) aseguran que: “numa primeira etapa, o objetivo é que o Victor

leia os recursos extraordinários apresentados, faça a vinculação de seu conteúdo com os temas de repercussão geral, tudo isto numa velocidade extraordinariamente superior”.

Enseñan además que en contraposición a lo que fue afirmado por el STF al anunciar la implementación del sistema de inteligencia artificial, el tribunal afirmó que “la máquina no decide, no juzga, eso es actividad humana”. Sin embargo, la identificación de recursos extraordinarios vinculados a determinados temas de repercusión general es de naturaleza decisoria (Leonardo & Estevão, 2020).

Ante lo narrado hasta aquí, es crucial reconocer que la implementación de la inteligencia artificial en el campo jurídico también trae consigo desafíos y cuestiones éticas importantes, como la transparencia algorítmica y la responsabilidad por decisiones automatizadas.

Así, es esencial que las políticas y regulaciones acompañen este avance tecnológico para garantizar que la IA sea utilizada de forma ética, transparente y equitativa en los tribunales brasileños, de modo a verdaderamente promover la democratización del acceso a la justicia para todos los ciudadanos brasileños.

3 INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y SU IMPACTO EN EL ACCESO A LA JUSTICIA EN BRASIL

Inicialmente, se muestra que en Brasil hubo un notable avance en la gestión de los procesos judiciales a través de la adopción de tecnologías de automatización, haciendo más fácil la visualización y seguimiento de las demandas en todo el país.

Dentro de varias regulaciones recientemente promulgadas, es importante destacar la tendencia de avances tecnológicos que marcaba el inicio de los años 2000, al incluir de forma explícita la posibilidad de que el Poder Judicial utilizara medios electrónicos según fuera necesario. En el mismo período, el Supremo Tribunal Federal estableció una alianza con el Banco Central de Brasil (BACEN) para implementar

la herramienta de búsqueda de bienes conocida como BACENJUD, que actualmente se denomina SISBAJUD (Pessoa & Guimarães, 2022).

Sin embargo, es evidente que durante este período no hubo aplicación directa de la Inteligencia Artificial, siendo que el inicio de los años 2000 sirvió como un preludio para la modernización del Poder Judicial brasileño, que ocurrió entre 2010 y los días actuales. Se destaca el año 2010 como un punto de inflexión en el campo de la tecnología de la información, pues fue cuando el Proceso Judicial Electrónico (PJe) fue implementado por primera vez en la Sala de Natal de la Justicia Federal de Rio Grande do Norte (Pessoa & Guimarães, 2022).

Sin embargo, de acuerdo con un informe coordinado por el Ministro Luis Felipe Salomão del Superior Tribunal de Justicia (STJ), en colaboración con la Fundación Getúlio Vargas, la explosión de iniciativas involucrando Inteligencia Artificial en el ámbito del Judicial ocurrió en 2018. Entre 2018 y junio de 2020 -un intervalo de solo dos años- se identificaron 64 proyectos de aplicación de IA en 47 tribunales brasileños. Esta investigación abarca el Supremo Tribunal Federal (STF), el Superior Tribunal de Justicia (STJ), el Tribunal Superior del Trabajo (TST), los Tribunales Regionales del Trabajo, los Tribunales Regionales Federales y los Tribunales de Justicia (Salomão, 2020).

A continuación, el mismo autor, asegura:

Em junho de 2020, os resultados preliminares indicavam a presença de 72 projetos de IA no Poder Judiciário brasileiro. A continuidade do levantamento dos dados trouxe uma atualização desse número para 64 projetos em 47 Tribunais, além da Plataforma Sinapses do CNJ. A redução se deve ao contato com outros tribunais que nos permitiram reconsiderar algumas iniciativas indicadas como IA para sistemas de TI (Salomão, 2020, p. 26).

En ese ínterin, la resolución nº 332/2020 y la Ordenanza nº 271/2020, que establecen directrices para el uso de la IA en el ámbito del Poder Judicial, abordando cuestiones éticas, transparencia, gobernanza

en la producción y utilización de la tecnología, seguridad y responsabilización de los involucrados en su creación.

Oportunamente, el Consejo Nacional de Justicia (CNJ) creó la plataforma Sinapses con la intención de facilitar la colaboración entre los órganos jurídicos que utilizan el PJe, incentivándolos a desarrollar nuevos softwares que se integren al sistema principal y compartan estas creaciones para ser utilizadas por otros tribunales que opten por adherirse. Esta plataforma opera de forma semejante a una tienda de aplicaciones judiciales, proporcionando un espacio para compartir y distribuir soluciones tecnológicas.

El escenario brasileño en el uso de la IA en los tribunales puede ser retratado en la figura extraída del manuscrito del Ministro Luis Felipe Salomão (2020, p. 65):



La presencia de la IA en los tribunales brasileños es una realidad innegable, cuyo progreso se torna cada vez más evidente. La rápida adopción e implementación de proyectos que involucran IA en los últimos años indican una transformación significativa en el funcionamiento del sistema judicial brasileño. Desde el análisis de procesos hasta la elaboración de decisiones más fundamentadas, la IA demuestra su potencial para optimizar los procesos judiciales, aumentar la eficiencia y promover la justicia de forma más rápida y accesible.

Esta integración de la tecnología en los tribunales representa un camino sin retorno, una vez que los beneficios son claros y tangibles. Al mismo tiempo, esta tendencia también resalta la importancia del acceso a la justicia en un contexto cada vez más digitalizado. La utilización de la IA puede contribuir a reducir las barreras de acceso, tornando el sistema judicial más inclusivo y eficaz para todos los ciudadanos, independientemente de su localización geográfica o recursos financieros.

A la par de esto, urge traer el concepto de acceso a la justicia derivado de la renombrada obra escrita por Mauro Cappelletti y Bryant Garth, titulada “El Acceso a la Justicia” (1978), que aborda una serie de desafíos relacionados con el acceso a los derechos en el sistema judicial, en las cuales los autores identifican reformas implementadas en aquella época con el objetivo de alcanzar un acceso eficaz a la justicia, las cuales fueron referidas como “olas renovadoras”.

Se sabe que el verdadero sentido del acceso a la justicia reside en la garantía de la duración razonable del proceso, asegurando que todos tengan la oportunidad de buscar y obtener efectivamente sus derechos ante el sistema judicial. Es esencial que el justiciable tenga su derecho tutelado en el tiempo que él necesita, además de garantizar un orden jurídico justo y equitativo para todos los miembros de la sociedad.

En este estudio, es imprescindible abordar el acceso a la justicia a la luz de la primera ola propuesta por Cappelletti y Garth, visto que la introducción de la Inteligencia Artificial en los tribunales representa un avance significativo en la democratización del acceso a la justicia para los ciudadanos.

Al adoptar los principios y las reformas propuestas durante esa primera ola, que buscaban eliminar barreras y hacer el sistema judicial más accesible a todos, trayendo consigo una amplia gama de medidas, incluyendo asistencia jurídica gratuita, procedimientos

simplificados y mecanismos de resolución alternativa de disputas. Como resultado, la primera ola del acceso a la justicia pavimentó el camino para una comprensión más abarcadora e inclusiva del papel del sistema judicial en la promoción de la igualdad y de la justicia social (Cappelletti & Garth, 1988).

Así, con el auxilio de la IA, los procesos judiciales pueden ser simplificados, volviéndolos más rápidos y eficientes, lo que posibilita que un mayor número de personas tenga sus derechos tutelados de forma justa y equitativa. Así, al alinear los avances tecnológicos con los principios fundamentales del acceso a la justicia, se puede crear un sistema jurídico más inclusivo y democrático.

En esta misma línea de raciocinio, la IA trae a colación varias perspectivas cuando se aplica al ámbito del Poder Judicial. Por ejemplo, pueden contribuir a la reducción del tiempo de tramitación de los procesos, fortaleciendo así el principio de la eficiencia administrativa. Además, estas tecnologías pueden proporcionar mayor agilidad y eficacia en las herramientas de consulta procesal y jurisprudencial, resultando en economía de tiempo, precisión y coherencia institucional. Otro beneficio es la promoción del tratamiento isonómico de las cuestiones presentadas al Judicial, ampliando así la eficacia de los principios del contradictorio, de la amplia defensa y del libre acceso a la justicia (Campos & Gomes, 2021, p. 76).

Así, revisitando la lección de Cappelletti y Garth (1988, p. 164-165), queda claro que, por más relevante que la innovación sea, es esencial evitar que los progresos comprometan los principios de un proceso justo, y que la implementación de reformas no dificulte el acceso equitativo, no solo formal, de los justiciables a los servicios judiciales.

Un ejemplo de este avance son los Centros Judiciales de Solución de Conflictos y Ciudadanía (CEJUSC's) que realizan actualmente sus sesiones y/o audiencias de forma remota, representando la

confluencia de la tecnología con los enfoques relacionados a la tercera ola. Esta combinación vuelve la conducción de las audiencias de conciliación y mediación más dinámica, práctica y accesible.

De todas formas, no se puede perder de vista que es importante reconocer que el acceso desigual a la tecnología todavía es una realidad en Brasil, con muchos ciudadanos enfrentando dificultades para beneficiarse plenamente de las oportunidades que la era digital ofrece. Por lo tanto, es esencial que se implementen políticas públicas para garantizar que todos los brasileños puedan acceder y utilizar las herramientas tecnológicas de manera equitativa, garantizando así una sociedad más inclusiva y conectada.

Por fin, al integrar la IA de forma ética y responsable en los procesos judiciales, se puede promover una mayor igualdad de acceso a la justicia, garantizando que los beneficios de esta tecnología sean ampliamente distribuidos, independientemente de los recursos financieros o la posición social.

Consideraciones Finales

En suma, la interconexión entre la IA y el acceso a la justicia de manera democrática demuestra el potencial transformador de esta combinación en la promoción de la igualdad y de la eficiencia en el sistema judicial. Al explorar e integrar saberes de diversas áreas, incluyendo el derecho, la tecnología y la ética, es posible concebir soluciones innovadoras que no solo agilizan procesos y reducen costos, sino que también garantizan un acceso más equitativo a los justiciables.

No obstante, es esencial abordar cuestiones como transparencia, responsabilidad y protección de datos al desarrollar e implementar sistemas de IA en el ámbito del poder judicial, a fin de garantizar que estas tecnologías sean utilizadas de forma ética y justa.

En última instancia, la jornada hacia una justicia accesible y democrática por medio de la IA es una tarea compleja, pero viable, que requiere colaboración entre diferentes campos de conocimiento y actores sociales. Al reconocer y superar desafíos como el sesgo algorítmico, el acceso desigual a la tecnología y las preocupaciones con la privacidad, se puede apalancar el potencial de la IA para crear un sistema judicial más inclusivo, transparente y eficaz.

En este sentido, es imperativo continuar explorando nuevas formas de integración de la IA en el acceso a la justicia, siempre con el compromiso de promover los valores fundamentales de la equidad, justicia y respeto a los derechos humanos en la sociedad.

Este artículo no trata de la delegación del poder jurisdiccional a una inteligencia artificial generativa, sino del uso y de las posibilidades de varias herramientas de inteligencia artificial para mejorar la eficiencia, la justicia y la accesibilidad en la democratización del acceso a la justicia. La decisión justa siempre será potestad humana exclusiva.

Referências

Campos, L. C. L., & Gomes, M. S. V. (2024). A quantidade excessiva de processos e a viabilidade do uso das tecnologias para a redução da morosidade processual e para a otimização do acesso à justiça. In *Acesso à justiça, inteligência artificial e tecnologias do processo judicial – I (II Congresso Internacional de Direito e Inteligência Artificial)*. <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/b3vv7r7g/9039026m/3iRa3dvB7JfRUCkg.pdf>

Cappelletti, M., & Garth, B. (1988). *Acesso à justiça* (E. G. Northfleet, Trad.). Porto Alegre: Fabris.

Gomes, M. L., & Tavares, N. A. M. (2021). *Algoritmos, machine learning e a promoção das justiças codificada e equitativa: Vantagens x vícios (bias)*. In *Tecnologia e justiça multiportas*. São Paulo: Editora Foco.

Goodman, B., & Flaxman, S. (2017). European Union regulations on algorithmic decision-making and a “right to explanation”. *AI Magazine*, 38(3), 1–9. <https://arxiv.org/abs/1606.08813>

Kagan, E., et al. (2020). *Previsão de decisões judiciais com machine learning*. In *Anais do Simpósio Brasileiro de Sistemas Multimídia e Web – WebMedia 2020* (pp. 95–98). São Paulo: Sociedade Brasileira de Computação (SBC).

Leonardo, C. A. L., & Estevão, R. F. (2020). Inteligência artificial, motivação das decisões, hermenêutica e interpretação: Alguns questionamentos a respeito da inteligência artificial aplicada ao direito. *Revista Em Tempo*, 20(1). <https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/3305>

Mateus, F. M. Q., & Mendonça, M. C. (n.d.). *Machine learning na melhoria de processos internos: Estudos de caso na indústria de varejo brasileira* [Monografia de graduação, Universidade Federal do Rio de Janeiro]. <http://monografias.poli.ufrj.br/monografias/monopolio31889.pdf>

Medeiros, N. R. F. V. (2019). *Uso da inteligência artificial no processo de tomada de decisões jurisdicionais: Uma análise sob a perspectiva da teoria normativa da participação* [Trabalho de conclusão de curso, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais]. http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_MedeirosNRFV_1.pdf

Morais, J. L. B. (1999). *Mediação e arbitragem: Alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

Muniz, T. L. (2014). O conflito, os modelos de solução, o acesso à justiça e a estrutura oficial de solução de conflitos. In T. L. Muniz & M. E. de Araújo Junior (Orgs.), *Estudos em direito negocial e os mecanismos contemporâneos de resolução de conflitos* (1ª ed.). Birigui, SP: Boreal Editora.

Nunes, D., & Viana, A. (2018). Deslocar função estritamente decisória para máquinas é muito perigoso. *Revista ConJur*. <https://www.conjur.com.br/2018-abr-13/deslocar-funcao-estritamente-decisoria-para-maquinas-muito-perigoso>

com.br/2018-jan-22/opiniao-deslocar-funcao-decisoria-maquinas-perigosos#sdfootnote9anc

Pancotti, J. A. (2002). *Institutos fundamentais de direito processual: Jurisdição, ação, exceção e processo*. São Paulo: LTr.

Paulino, A. P. N. (2021). *Acesso à justiça por meio da mediação extrajudicial familiar: Aplicação em núcleos de prática jurídica* [Dissertação de mestrado, Universidade Estadual de Londrina]. <http://www.bibliotecadigital.uel.br/document/?view=vtls000235153>

Peixoto, F. H., & Silva, R. Z. M. da. (2019). *Inteligência artificial e direito* (1^a ed.). Curitiba: Alteridade Editora.

Pessoa, F. M. G., & Guimarães, A. de A. (2022). Novos paradigmas do acesso à justiça com o uso de inteligência artificial. In V. S. de Araújo, M. L. Gomes (Coords.), & D. Canen (Org.), *Inteligência artificial e aplicabilidade prática no direito* (pp. 149–164). [S.l.]: CNJ.

Pinho, H. D. B. de. (2012). *A mediação e o Código de Processo Civil projetado. Revista de Processo*, 37(207), 215. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Reckziegel, T. R. S., & Barcellos, D. S. F. de. (2021). *A tecnologia como instrumento dos métodos adequados de solução de conflitos na Justiça do Trabalho*. In L. Fux, H. Ávila, & T. N. X. Cabral (Coords.), *Tecnologia e justiça multiportas* (pp. xx–xx). Indaiatuba: Editora Foco.

Rodas, S. (2019, outubro 27). Algoritmos e IA são usados para que robôs decidam pequenas causas. *Revista ConJur*. <https://www.conjur.com.br/2019-out-27/algoritmos-iasao-usados-robos-decidam-pequenas-causas>

Sales, A. D. R., Coutinho, C. M. C., & Paraiso, L. V. (2020). Inteligência artificial e decisão judicial: (Im)possibilidade do uso de máquinas no processo de tomada de decisão. *Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da*

Justiça, 7(1), jul.–dez. <https://www.indexlaw.org/index.php/revistaprocessojurisdicao/article/view/7882>

Salomão, L. F., et al. (2020). Tecnologia aplicada à gestão dos conflitos no âmbito do poder judiciário brasileiro. STJ, *BDJur*, FGV. <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/156490>

Suter, J. R. (2018). *Mediação no direito de família: Gestão democrática de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Watanabe, K. (1988). *Acesso à justiça e sociedade moderna*. In A. P. Grinover, C. R. Dinamarco, & K. Watanabe (Coords.), *Participação e processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

Watanabe, K. (2011). Política pública do Poder Judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. *Revista de Processo (RePro)*, 195, 381–390.

CAPÍTULOS EM PORTUGUÊS

Capítulo 14

Direito ao desenvolvimento e direitos humanos: o superendividamento como desafio à justiça social

Daniel Marinho Corrêa

Rita de Cássia Resquetti Tarifa Espolador

Introdução

Em um mundo marcado por profundas desigualdades e transformações aceleradas, a busca por justiça social exige a articulação de paradigmas capazes de conciliar desenvolvimento econômico, dignidade humana e direitos fundamentais. O direito ao desenvolvimento, longe de ser uma mera aspiração econômica, consolida-se como um direito humano intrínseco, cuja realização depende da garantia de liberdades individuais e coletivas. Essa interdependência, reconhecida em instrumentos internacionais como a Declaração das Nações Unidas sobre o Direito ao Desenvolvimento (1986), revela que o progresso socioeconômico e a expansão das liberdades humanas são faces de uma mesma moeda: sem justiça

social, não há desenvolvimento sustentável; sem desenvolvimento, não há plenitude de direitos.

Direitos civis, políticos, econômicos, sociais e culturais não podem ser hierarquizados ou tratados de forma isolada, pois sua efetividade depende de uma abordagem integrada. Nesse contexto, o direito do consumidor emerge como dimensão essencial da cidadania moderna, refletindo a necessidade de proteger indivíduos em relações de consumo cada vez mais assimétricas e globalizadas. No Brasil, essa proteção ganha contornos urgentes diante de desafios como o superendividamento, fenômeno que expõe as tensões entre autonomia contratual, justiça social e modelos econômicos excludentes.

A promulgação da Lei 14.181/2021, que busca equilibrar liberdade de mercado e garantias fundamentais, ilustra tanto os avanços quanto as contradições desse projeto. Enquanto a legislação introduz mecanismos para repactuação de dívidas e proteção do mínimo existencial, sua implementação esbarra em obstáculos estruturais — da financeirização da vida cotidiana à resistência institucional. Decisões judiciais recentes, que confrontam critérios regulatórios rígidos em nome da dignidade humana, revelam um embate entre legalidade formal e equidade material, questionando até que ponto o Direito pode corrigir assimetrias enraizadas em modelos econômicos.

Este artigo propõe uma reflexão crítica sobre esses desafios, analisando como a integração entre direito ao desenvolvimento e direitos humanos pode pavimentar caminhos para uma justiça social efetiva. Ao explorar temas como a constitucionalização do Direito Privado, a filosofia por trás da proteção consumerista e os limites éticos do crédito, busca-se não apenas diagnosticar problemas, mas apontar possibilidades de transformação sistêmica. Em um cenário de incertezas globais, a resposta brasileira ao superendividamento serve como estudo de caso emblemático — um convite a repensar, com coragem política e rigor teórico, os alicerces de uma sociedade verdadeiramente inclusiva.

1 Direito ao Desenvolvimento e Direitos Humanos: Um Paradigma Integrado para a Justiça Social

A relação entre o direito ao desenvolvimento e os direitos humanos consolidou-se em um contexto histórico mais recente. Em sua essência, o desenvolvimento impulsiona a liberdade — esta entendida como fundamento central dos direitos humanos —, ao mesmo tempo em que a expansão das liberdades sustenta o progresso socioeconômico. Essa interdependência cria um ciclo virtuoso em que ambas as dimensões se fortalecem reciprocamente.

O marco normativo global mais relevante nessa temática é a Declaração das Nações Unidas sobre o Direito ao Desenvolvimento, de 1986. Em seu preâmbulo, o texto busca harmonizar a concepção coletiva do desenvolvimento como meta dos Estados com o direito individual a usufruir de seus benefícios. Nele, destaca-se que o ser humano é o protagonista do processo desenvolvimentista, razão pela qual políticas públicas devem priorizá-lo como agente ativo e destinatário final das transformações. Paralelamente, reforça-se o compromisso dos Estados em criar condições estruturais, institucionais e sociais que assegurem o pleno desenvolvimento de comunidades e indivíduos, garantindo sua participação equitativa nos avanços alcançados. É de se observar o pensamento de Piovesan (2018, p. 65):

Vale dizer, sem a efetividade dos direitos econômicos, sociais e culturais, os direitos civis e políticos se reduzem a meras categorias formais, enquanto, sem a realização dos direitos civis e políticos, ou seja, sem a efetividade da liberdade entendida em seu mais amplo sentido, os direitos econômicos e sociais carecem de verdadeira significação. Não há mais como cogitar da liberdade divorciada da justiça social, como também infrutífero pensar na justiça social divorciada da liberdade. Em suma, todos os direitos humanos constituem um complexo integral, único e indivisível em que os diferentes

direitos estão necessariamente inter-relacionados e interdependentes entre si.

Com a ampliação da noção global dos direitos humanos, estabelece-se a coexistência de um sistema geral e um sistema específico de proteção. O sistema geral tem como finalidade resguardar os direitos de qualquer indivíduo pelo simples fato de sua existência. Já o sistema específico leva em conta as particularidades de determinados grupos, como aqueles em situação de vulnerabilidade, garantindo-lhes proteção diferenciada (Piovesan, 2018).

Ainda, como adverte Friedman (1994), na pós-modernidade, é imperativo manter conceitos jurídicos e sociais em constante revisão, uma vez que os avanços tecnológicos não apenas impulsionam transformações na sociedade, no consumo e na política, mas também exigem a revisão crítica de noções tradicionais – como patrimônio, função social da propriedade, dinâmicas de mercado e até mesmo os próprios fundamentos da utilidade e das trocas econômicas. Essa reavaliação se faz urgente diante de fenômenos emergentes: a cultura, por exemplo, assume relevância econômica inédita, passível inclusive de ser convertida em ativo patrimonial, como evidenciam os debates sobre a patenteabilidade de saberes tradicionais e a monetização de expressões identitárias.

No contexto brasileiro, Silva (2007) redefine a natureza do mercado em uma perspectiva sociológica. Segundo o autor, longe de se restringir a um mero espaço físico de transações, como em sua origem histórica, o mercado consolida-se como fenômeno complexo e intangível. Embora muitas vezes invisível em sua materialidade, sua presença é inegável pela força com que molda realidades – todos experienciam seus impactos concretos. Trata-se, essencialmente, de um tecido social dinâmico, urdido por agentes que nele atuam movidos por interesses divergentes: de um lado, ofertantes de bens, serviços, força de trabalho e capital; de outro, demandantes desses mesmos recursos. É justamente na tensão dialética entre essas

polaridades que o mercado cumpre seu papel, mediando conflitos e viabilizando negócios por meio de transações que transcendem a mera lógica econômica.

No cenário jurídico contemporâneo, consolidou-se a compreensão de que o direito do consumidor constitui um pilar estrutural tanto para a harmonia social no Brasil quanto para a sustentabilidade do mercado globalizado, presente e futuro. Isso porque o mercado, entendido como patrimônio socioeconômico (e não meramente econômico), depende da proteção equilibrada de seus agentes para florescer em sua plenitude.

Nesse contexto, reconhecer os direitos consumeristas como dimensão da cidadania moderna é não apenas legítimo, mas indispensável. Afinal, é nas relações de consumo que se materializam, pragmaticamente, a titularidade e o exercício de direitos fundamentais – da transparência à dignidade. Esse reconhecimento ganha urgência diante das transformações estruturais impulsionadas pela globalização: de um lado, a concentração empresarial em setores estratégicos; de outro, a ascensão de bens imateriais (dados, softwares, serviços digitais) como novo eixo de valor econômico, fruto da revolução tecnológica. Paralelamente, o próprio ato de consumir transcende sua função utilitária original, convertendo-se em ferramenta de construção identitária. Surge, assim, uma cultura do consumo em que a aquisição de produtos e serviços não visa apenas satisfazer necessidades, mas forjar pertencimento, padrões de comportamento coletivo que, quando violados, geram exclusão social (Bauman, 2008).

A dinâmica atual revela que o consumo opera como linguagem simbólica: marcas, estilos de vida e hábitos de compra ditam não apenas escolhas individuais, mas mediam relações interpessoais e constroem afinidades aparentes (Bauman, 2008). Nesse universo, a adesão a determinados padrões consumistas torna-se critério tácito de inclusão em grupos sociais, expondo a contradição de

um sistema que, ao mesmo tempo que celebra a autonomia do consumidor, o submete a mecanismos sutis de coerção normativa.

A complexidade ontológica do consumidor, sujeito dotado de pluralidades identitárias e reconhecido como titular de direitos fundamentais, somada à centralidade do consumo (e, por extensão, de seu agente protagonista), posicionam o direito consumerista como eixo estrutural do ordenamento jurídico brasileiro. Esse protagonismo normativo tem como alicerce o sistema princípio-lógico do Código de Defesa do Consumidor (CDC), cuja coerência interna deriva, sobretudo, do princípio da vulnerabilidade. Este opera como justificativa ético-jurídica para o alto grau de proteção compensatória conferido ao consumidor, mecanismo de correção de assimetrias materiais por meio da intervenção regulatória do Direito (Marques et al., 2010).

Uma questão paradigmática emerge nesse cenário: a qualificação dos direitos do consumidor como direitos humanos, à luz da concepção doutrinária que os vincula à noção de *homo economicus et culturalis*. O princípio da dignidade da pessoa humana¹ surge aqui como norte normativo, conforme destacado por Sarlet (2001). Para o autor, a dignidade constitui elemento unificador de sistemas constitucionais, conferindo legitimidade axiológica a direitos e garantias – todos, em maior ou menor medida, imbricados em sua essência. Nessa perspectiva, a dignidade atua como fundamento de legitimação não apenas dos direitos sociais, econômicos e culturais previstos na Constituição, mas também das demandas consumeristas, ao reconhecer a pessoa humana como valor-fonte do ordenamento jurídico (Sarlet, 2001).

¹ Para o autor a dignidade humano é “qualidade intrínseca e distintiva de cada ser humano que o faz merecedor do mesmo respeito e consideração por parte do Estado e da comunidade, , implicando neste sentido, um complexo de direitos e deveres fundamentais, que assegurem a pessoa tanto contra todo e qualquer ato de cunho degradante e desumano, , como venham a lhe garantir condições existenciais mínimas para uma vida saudável, além de propiciar e promover sua participação ativa e coresponsável nos destinos da própria existência e da vida em comunhão com os demais seres humanos” (Sarlet, 2001).

Essa concepção dinâmica, que situa o indivíduo em sua dimensão histórica e existencial, exige a expansão contínua de proteções jurídicas em todos os âmbitos da vida (Reale, 1998). O direito do consumidor, assim, transcende a mera regulação de transações: materializa-se como instrumento de realização da autodeterminação, garantindo que as escolhas econômicas não colidam com a integridade moral, cultural e social do indivíduo (Miranda, 1998).

O direito do consumidor, elevado à condição de direito humano fundamental, encontra sua justificativa ética e jurídica na necessidade de mitigar assimetrias socioeconômicas estruturantes. Essa intrínseca ligação entre a tutela consumerista e os direitos fundamentais decorre de uma premissa antropológica: o ser humano como entidade híbrida, simultaneamente econômica (produtor, consumidor) e cultural (portador de valores identitários), cuja dignidade exige salvaguardas multidimensionais.

Esse paradigma assenta-se na constitucionalização do Direito Privado, movimento que redefine a função social das relações jurídicas particulares. Se, nos séculos XIX e XX, o Direito Privado operava sob a lógica do individualismo liberal (com normas vistas como meramente dispositivas e subsidiárias à autonomia da vontade), o século XXI testemunha sua transformação em instrumento de realização constitucional (Bodin de Moraes, 1993). A antiga hierarquia que relegava o interesse coletivo a um plano secundário, em favor do *laissez-faire* (Júnior & Costa, 2002), cede espaço a uma ordem pública constitucionalizada, na qual o Direito Privado assume função redistributiva e emancipatória, transcendendo os meros interesses individuais para concretizar valores como solidariedade e justiça social (Sarlet, 2000).

Nesse contexto, a proteção do consumidor emerge não como exceção, mas como expressão direta do princípio da dignidade humana, vetor que irradia sobre todo o ordenamento. Como observado na evolução doutrinária, a constitucionalização impõe que contratos,

propriedade e relações de mercado sejam reinterpretados à luz de valores coletivos, assegurando que o Direito Privado não reproduza desigualdades, mas as corrija. Esse processo reflete uma mudança epistemológica: de mero regulador de conflitos intersubjetivos, o Direito torna-se garantidor de equidade sistêmica, alinhando-se ao projeto democrático de inclusão social.

No atual estágio do constitucionalismo brasileiro, consolidou-se a compreensão de que os direitos fundamentais irradiam efeitos sobre as relações privadas, ainda que de modo mediato e reflexo. A tese da eficácia indireta, segundo a qual a Constituição orienta a interpretação das normas infraconstitucionais, moldando-as aos seus valores, converteu-se em consenso doutrinário. O debate contemporâneo restringe-se à possibilidade de eficácia direta desses direitos, isto é, sua aplicação imediata às relações entre particulares na ausência de regulamentação legal específica (Marques & Miragem, 2012).

A constitucionalização impõe que institutos clássicos do direito privado, contratos, propriedade, família, sejam reinterpretados à luz de princípios como dignidade humana, igualdade material e solidariedade. Nesse cenário, a horizontalização dos direitos fundamentais (aplicação entre particulares) opera como mecanismo de correção de abusos estruturais em relações marcadas por desequilíbrios de poder (por exemplo, empregador-empregado, fornecedor-consumidor). Ainda que a eficácia direta permaneça controversa, sua admissão em casos excepcionais, como na omissão legislativa flagrante, revela o caráter normativo pleno da Constituição, que não se limita a orientar o Estado, mas também a regular condutas privadas lesivas a bens jurídicos essenciais (Corrêa, 2021).

Neste cenário, o superendividamento se destaca como um fenômeno crucial, pois restringe a autonomia financeira de milhões e evidencia como a violação dos direitos do consumidor prejudica o desenvolvimento nacional. Ao analisar casos reais, fica claro

que o direito ao desenvolvimento não é uma mera abstração, mas uma realidade vivida. Quando o insucesso individual, refletido na exclusão econômica e na deterioração da saúde mental, se manifesta, ele desencadeia crises estruturais, como a redução da capacidade produtiva e o aumento da desigualdade.

O superendividamento, embora manifestado como fenômeno individual, desdobra-se em impactos sistêmicos de ordem coletiva. No Brasil, a economia de mercado, liberalizada, porém atravessada por desigualdades históricas, configura-se como estruturalmente dependente do crédito, em contraste com modelos baseados na cultura de poupança. Nesse cenário, a maioria das famílias exaure a totalidade da renda familiar em despesas básicas (habitação, alimentação, serviços essenciais e transporte), sendo forçada a recorrer a empréstimos para acessar bens duráveis (eletrodomésticos, móveis) ou imóveis. Esse padrão reproduz um ciclo vicioso de dependência financeira, em que a aquisição de itens essenciais à reprodução social (berços, fogões) depende de endividamento crônico, muitas vezes lastreado em taxas abusivas. Segundo Marques et al. (2010), em economias baseadas na poupança, por outro lado, o excedente orçamentário permite ao consumidor adotar estratégias de consumo planejado: reserva de recursos para investimentos (poupança, aplicações) e aquisição diferida de bens de maior valor (reformas residenciais, veículos, tecnologia).

A diferença entre esses modelos não é meramente comportamental, mas estrutural: enquanto o primeiro reflete uma dinâmica de sobrevivência imediata, o segundo pressupõe estabilidade econômica suficiente para projetar o futuro. No contexto brasileiro, a financeirização do cotidiano, estimulada por políticas de inclusão bancária precária e oferta massiva de crédito sem educação financeira, converteu o endividamento em mecanismo de pseudo-inclusão social. Essa lógica não apenas aprofunda a vulnerabilidade das famílias,

mas corrói a capacidade de poupança nacional, comprometendo o desenvolvimento de capital produtivo e inovação tecnológica.

2 Autonomia Privada e Superendividamento: O Equilíbrio entre Liberdade Contratual e Proteção ao Consumidor

A relação entre consumo e crédito, embora estruturalmente simbiótica nos sistemas econômicos globais, expõe no Brasil uma dissonância regulatória preocupante. Enquanto países como França, Estados Unidos e membros da União Europeia consolidaram arcabouços jurídicos sofisticados para enfrentar a usura bancária, a falência civil não comercial e a concessão responsável de crédito, o Brasil permaneceu por décadas refém de uma estrutura normativa fragmentada, centrada no art. 52 do Código de Defesa do Consumidor (Marques et al., 2010).

A autonomia privada, conceito nuclear na teoria contratual de Diniz (2002), revela-se paradoxo fundamental nas sociedades contemporâneas: enquanto o ordenamento jurídico celebra a liberdade de pactuação como expressão máxima da autodeterminação individual, a realidade do superendividamento expõe os limites éticos dessa mesma liberdade. Para a eminent civilista, o contrato, embora lei entre as partes, não subsiste como ilha normativa autônoma, mas integra-se ao sistema jurídico como um todo, submetendo-se aos valores constitucionais que informam a dignidade humana. Essa tensão entre liberdade contratual e justiça social ganha contornos dramáticos no contexto brasileiro, onde a Lei 14.181/2021 emerge como tentativa de conciliar o princípio da autonomia da vontade com a proteção do mínimo existencial, núcleo inderrogável dos direitos fundamentais.

Diniz (2002) sustenta que a liberdade de contratar, embora englobe a escolha do conteúdo pactuado e da contraparte, não pode legitimar relações que reduzam o indivíduo à condição de

mero devedor, esvaziando sua capacidade de participação na vida econômica. O superendividamento, nessa perspectiva, configura violação multidimensional: além de comprometer direitos básicos como saúde e moradia, corrói a própria essência da autonomia privada, transformando a livre pactuação em instrumento de opressão. A Lei 14.181/2021 materializa essa crítica ao estabelecer mecanismos de repactuação que preservam o mínimo vital (art. 54-A) e ao vedar cláusulas que obstruam o acesso à Justiça (art. 51, XVII, CDC), reconhecendo que a igualdade formal nas relações contratuais mascara assimetrias materiais insuperáveis sem intervenção estatal.

Essa abordagem dialoga profundamente com a filosofia kantiana. Se para Kant (1980) a dignidade humana reside na capacidade de autodeterminação, tratando o homem sempre como fim, nunca como meio, a regulação do crédito consumerista impõe limites à instrumentalização do devedor. Ao garantir transparência nas ofertas (art. 54-B, CDC) e proibir o assédio creditício, a lei brasileira alinha-se ao “imperativo categórico”, impedindo que a liberdade contratual degenerasse em mecanismo de coação velada. Não por acaso, Diniz (2002) enfatiza que o Direito Civil contemporâneo deve operar como “tecnologia de emancipação”, reinterpretando institutos clássicos à luz da função social dos contratos.

Prevenir e tratar o superendividamento significa garantir que consumidores de boa-fé possam cumprir suas obrigações sem comprometer um mínimo existencial digno, que vai além da mera subsistência (Marques, 2021). A legislação rompeu com a antiga dicotomia entre endividado e superendividado, adotando critérios qualitativos e vinculando-se à proteção de direitos fundamentais, como saúde, moradia e trabalho, em sintonia com normas internacionais, como o Código do Consumidor francês (Marques et al., 2010).

É importante destacar que as questões relacionadas ao superendividamento eram tratadas apenas por meio de ações revisionais, sem a existência de alternativas diversas e amplamente acessíveis para a

resolução judicial ou extrajudicial da situação dos superendividados. Nesse contexto, merece destaque o “Observatório do Crédito e Superendividamento do Consumidor”, iniciativa da Universidade Federal do Rio Grande do Sul em colaboração com o Ministério da Justiça. Entre suas diversas frentes de atuação, o observatório se dedica a analisar os impactos da concessão desmedida e desregulada de crédito ao consumidor, além de desenvolver políticas públicas e medidas de apoio e proteção aos superendividados.

A Lei 14.181/2021 buscou enfrentar esse cenário ao estabelecer o crédito responsável como direito básico, exigindo avaliação prévia da capacidade financeira do consumidor e proibindo cláusulas abusivas, como o assédio a idosos. Contudo, a morosidade processual e a resistência de instituições financeiras em cumprir as novas regras revelam lacunas na execução, enquanto a falta de educação financeira mantém os consumidores vulneráveis a práticas predatórias.

O superendividamento no Brasil não se resume a uma crise individual: é um fenômeno social com repercussões macroeconômicas. A exclusão de milhões de pessoas do mercado consumidor, em decorrência de nomes negativados em serviços de proteção ao crédito, compromete o desenvolvimento nacional e amplia desigualdades. A cultura do consumo imediatista, alimentada por publicidade agressiva e pela financeirização de desejos, como a aquisição de celulares premium via parcelamento, cria necessidades artificiais, especialmente nas classes C e D. Essa dinâmica é agravada pela privatização de serviços essenciais, como saúde e educação, que passaram a depender de crédito para acesso, transformando direitos básicos em mercadorias sujeitas à lógica financeira (Pomin & Siqueira, 2024).

A efetividade da Lei 14.181/2021 depende, portanto, de uma transformação sistêmica que ultrapasse a mera regulação. Reduzir o custo do crédito exige reformas estruturais no Sistema Financeiro Nacional, incluindo a revisão do papel do Banco Central e a democratização do acesso a taxas subsidiadas para populações

vulneráveis. Paralelamente, é essencial fortalecer políticas públicas de educação financeira, integrando-as a currículos escolares e campanhas midiáticas, conforme previsto no art. 4º, IX do CDC.

Como alerta Marques et al. (2010), a verdadeira inclusão social requer que o crédito seja reconhecido como direito fundamental, e não como instrumento de exploração. Nesse sentido, o desafio brasileiro não é apenas legal, mas civilizatório: trata-se de reequilibrar as relações entre mercado e cidadania, garantindo que o consumo, ato de inclusão social por excelência, não se converta em vetor de exclusão. A realização desse objetivo exigirá não apenas coragem política, mas um diálogo transdisciplinar que envolva direito, economia e filosofia, resgatando a promessa constitucional de dignidade humana em um mundo financeirizado.

3 O Mínimo Existencial e o Superendividamento: Entre a Regulamentação Restritiva e a Busca por Justiça Social

Ao substituir a antiga dicotomia entre endividado e superendividado por um critério qualitativo, a legislação vinculou o superendividamento à violação de direitos fundamentais como saúde, moradia e trabalho, alinhando-se aos princípios constitucionais da dignidade humana e da justiça social. No entanto, a implementação da norma enfrentou desafios significativos, especialmente após a edição dos Decretos 11.150/2022 e 11.567/2023, que regulamentaram de forma rígida o valor do mínimo existencial, fixando-o inicialmente em 25% do salário mínimo vigente (R\$ 303,00 em 2022) e, posteriormente, elevando-o para R\$ 600,00.

A fixação de um valor único e taxativo gerou críticas contundentes, tanto pela insuficiência material quanto pela desconsideração das disparidades regionais. Dados do Dieese (2023) revelaram que o custo da cesta básica em São Paulo atingiu R\$ 786,35, enquanto a tarifa de energia elétrica registrou um aumento de 28%, tornando

evidente que o mínimo estabelecido pelos decretos não cobre despesas essenciais em grande parte do país. Além disso, a uniformização ignorou realidades econômicas distintas: no Nordeste, o valor correspondia a 20% da renda média familiar, enquanto no Sudeste equivalia a apenas 10%, aprofundando desigualdades estruturais (Pasqualotto & Martins, 2024).

Essa abordagem conflitou com a filosofia da lei, que previa critérios flexíveis e individualizados, reduzindo o mínimo existencial a um patamar de mera sobrevivência, em detrimento da garantia de uma existência digna, conforme exige o artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal.

Como consequência, a resistência do Poder Judiciário aos critérios dos decretos tornou-se um fenômeno emblemático. Um exemplo ilustrativo dessa tendência pode ser encontrado em recente decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul. No caso em questão, uma consumidora, pensionista, solicitou a repactuação de suas dívidas, argumentando a necessidade de limitação dos descontos incidentes sobre sua folha de pagamento. Em primeira instância, foi concedida uma liminar estabelecendo que os descontos não poderiam ultrapassar 35% de seus proventos. No entanto, a instituição financeira recorrente contestou a decisão, defendendo a aplicação do Decreto vigente à época, que estipulava o mínimo existencial em apenas R\$ 303,00, permitindo que o valor excedente fosse integralmente comprometido com descontos mensais.

A argumentação do banco, contudo, não foi acolhida pela Desembargadora responsável pelo caso. Em sua decisão, a magistrada destacou que os autos evidenciavam a verossimilhança da alegação da consumidora, cuja renda se encontrava substancialmente comprometida devido aos descontos realizados em sua folha de pagamento. Além disso, enfatizou que tais descontos não poderiam comprometer sua subsistência, em respeito aos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da garantia de um mínimo existencial para a

sobrevivência do consumidor em situação de superendividamento. Assim, concluiu que estavam presentes os requisitos necessários para a concessão da tutela de urgência, mantendo a limitação dos descontos nos moldes fixados pela decisão de primeiro grau. Dessa forma, verificou-se que a regulamentação vigente não foi aplicada de maneira estrita, priorizando-se a proteção do mínimo existencial de forma efetiva à consumidora².

Além do caso anteriormente mencionado, vale destacar uma decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que reforça a interpretação de que o magistrado de primeiro grau não está estritamente vinculado aos critérios estabelecidos pelo Decreto que define o mínimo existencial. Na ementa do acórdão, há referência expressa à necessidade de uma análise individualizada do caso concreto, garantindo uma aplicação mais justa e compatível com a realidade do consumidor:

Agravo de instrumento. Superendividamento. Ação de conciliação e de repactuação de dívidas. Procedimento. Adequação ao CDC (LGL\1990\40). Audiência de conciliação obrigatória. Providências necessárias da parte autora. Mínimo existencial. Definição no momento oportuno. [...] Por último, inoportuna fixação do valor do mínimo existencial. Esse ponto deverá ser apreciado por ocasião do plano voluntário na audiência de conciliação ou no plano judicial compulsório. Até o momento, não se verificou situação processual capaz de viabilizar pronunciamento em sede do agravo de instrumento,

² “Agravo de instrumento. Negócios jurídicos bancários. Ação de repactuação de dívidas. Pensionista. Empréstimos consignados. Tutela provisória de urgência. Presentes os requisitos do art. 300 do CPC (LGL\2015\1656). Readequação dos descontos em folha de pagamento. Possibilidade. Correta a limitação em 35% dos proventos líquidos da autora. Alteração advinda com a Lei 14.131/2021 (LGL\2021\4090). Prevalência dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da garantia do mínimo existencial necessário à sobrevivência da consumidora em situação de superendividamento. Precedentes jurisprudenciais desta Corte. Astreintes. Reduzido o valor arbitrado na origem, a fim de evitar enriquecimento ilícito da parte demandante. Recurso parcialmente provido.” (TJRS – 15.^a Câm. Cív. – AgIn 50031465120238217000 – rel. Des. Carmem Maria Azambuja Farias – j. 29.03.2023).

repita-se, pela falta de informações da autora e que deverão ser colhidas (e provadas) ao juízo de primeiro grau ou ao administrador que possa a ser eventualmente nomeado. O magistrado de primeiro grau não estará vinculado de maneira absoluta ao parâmetro do Decreto n. 11.150/2022 (LGL\2022\8909), isto é, a uma renda de 25% do salário mínimo. Esse parâmetro deverá ser analisado a partir das condições do caso concreto e poderá ser elevado, em especial para aquilo que deverá ser garantido ao consumidor para sua subsistência com o núcleo familiar, notadamente despesas com moradia, alimentação, água, luz, vestuário, educação, tributos e outras dívidas (não sujeitas ao processo de repactuação e inevitáveis). Decisão reformada. Agravo parcialmente provido, com observação (TJSP – 12^a Câm. de Direito Privado – AgIn 2270965-19.2022.8.26.0000 – Rel. Des. Alexandre David Malfatti – Foro Central Cível – 17^a Vara Cível – j. 16.03.2023).

Embora essas decisões judiciais estejam alinhadas à efetividade dos direitos fundamentais, geraram tensão institucional ao confrontar a literalidade dos decretos, levantando debates sobre a separação de poderes. Discute-se se a revisão das normas caberia exclusivamente ao Legislativo ou se o Judiciário pode adaptá-las para assegurar justiça concreta, especialmente diante de regulamentações consideradas incompatíveis com a Constituição.

Sob uma perspectiva filosófica, a fixação arbitrária do mínimo existencial reflete uma visão utilitarista, que prioriza a praticidade administrativa em detrimento da dignidade humana, tratando o indivíduo como meio e não como fim, em clara contraposição ao imperativo categórico kantiano (Kant, 1980). Em contraste, as decisões judiciais que ignoram o valor taxativo aproximam-se da ética aristotélica (Aristóteles, 1984), que exige equidade e ajustes conforme as necessidades individuais, e do constitucionalismo

contemporâneo, que entende o mínimo existencial como condição para o exercício pleno da cidadania.

A tensão entre legalismo e justiça distributiva expõe uma contradição profunda: enquanto os decretos vinculam o mínimo existencial a um salário historicamente insuficiente (R\$ 1.412,00 em 2024), a Constituição e a jurisprudência exigem que esse patamar assegure condições materiais para uma vida digna, incluindo acesso à saúde, educação e cultura.

Quatro anos após a promulgação da Lei 14.181/2021, os desafios estruturais persistem. A regulamentação inadequada, com critérios fixos e desconectados da realidade econômica, mostra-se insuficiente para mitigar o superendividamento, que atinge mais de 50% das famílias brasileiras. A judicialização, embora paliativa, evidencia a incapacidade do Estado em harmonizar normas técnicas com direitos fundamentais, transferindo ao Judiciário um papel corretivo que deveria ser exercido pelo Legislativo (Pasqualotto & Martins, 2024).

A efetividade da lei depende, portanto, não apenas de ajustes normativos, mas de coragem política para enfrentar estruturas econômicas excludentes, transformando o crédito em um instrumento de inclusão social, e não em uma armadilha de endividamento crônico. A realização plena dessa ambição exigirá um diálogo interdisciplinar entre Direito, Economia e Filosofia, capaz de resgatar a promessa constitucional de dignidade para todos.

Conclusão

O diálogo entre o direito ao desenvolvimento e os direitos humanos se apresenta, no século XXI, como um imperativo civilizatório. A análise do superendividamento no Brasil demonstra que a justiça social não pode ser reduzida a uma mera abstração normativa: ela exige a reconciliação entre crescimento econômico, equidade e dignidade humana. A Lei 14.181/2021, embora represente um avanço

ao reconhecer o crédito como direito e estabelecer mecanismos de proteção ao mínimo existencial, evidencia os limites de reformas legais isoladas em um contexto de desigualdades estruturais e financeirização da vida.

As decisões judiciais que desafiam critérios regulatórios rígidos, priorizando a realidade concreta dos consumidores em vez de parâmetros administrativos, reforçam a tese de que o Direito deve atuar como um instrumento de emancipação, e não de reprodução de opressões. Alinhada à filosofia kantiana, que considera a dignidade como um fim em si mesma, a jurisprudência brasileira aponta para a necessidade de transcender modelos utilitaristas que tratam o endividamento como uma simples variável econômica, sem considerar seu impacto devastador na autonomia individual e no tecido social.

No entanto, a judicialização do problema, embora necessária, não substitui a urgência de reformas estruturais. Como adverte Claudia Lima Marques, a verdadeira inclusão exige a democratização do acesso ao crédito justo, a educação financeira e a implementação de políticas públicas que enfrentem a concentração de renda e a precarização dos serviços essenciais. O superendividamento, como sintoma de um sistema que transforma direitos em mercadorias, revela a contradição entre um desenvolvimento baseado no consumo e a falência ética de um modelo que exclui milhões das suas benesses.

Nesse cenário, o paradigma integrado entre direitos humanos e desenvolvimento impõe três desafios interligados: a revisão do papel do Estado, que, além de regulador, deve ser um agente promotor de condições materiais para que a liberdade contratual não se transforme em instrumento de coerção; o diálogo transdisciplinar, que articula o Direito, a Economia e a Filosofia, com o objetivo de ressignificar noções como “mercado” e “progresso”, reinserindo-as em uma ética da solidariedade; e a inovação institucional, com a criação de mecanismos de governança que priorizem a participação

cidadã na definição de políticas de crédito e consumo, conforme o espírito da Declaração de 1986.

O caso brasileiro evidencia que a realização plena do direito ao desenvolvimento depende de uma ruptura com lógicas excludentes. Não basta mitigar dívidas; é preciso questionar as causas de seu surgimento. Não basta proteger o mínimo existencial; é necessário garantir que o máximo possível de vidas possam florescer. Como lembra Flávia Piovesan, a indivisibilidade dos direitos humanos exige que liberdades formais e justiça material caminhem juntas, sob o risco de o desenvolvimento se tornar um projeto para poucos, em detrimento de muitos.

A promessa constitucional de dignidade só será cumprida quando o consumo deixar de ser uma arena de exclusão e o crédito, um fardo, para se transformarem em ferramentas de emancipação coletiva. O caminho é árduo, mas a alternativa, a naturalização da desigualdade como preço do progresso, é incompatível com qualquer projeto verdadeiramente humano.

Referências

Aristóteles. (1984). *Ética a Nicômaco* (L. Vallandro & G. Bornheim, Trad.). São Paulo: Abril Cultural.

Bauman, Z. (2008). *Vida para o consumo: A transformação das pessoas em mercadorias* (C. A. Medeiros, Trad.). Rio de Janeiro: Jorge Zahar.

Bodin de Moraes, M. C. (1993). A caminho de um direito civil constitucional. *Revista de Direito Civil, Imobiliário, Agrário e Empresarial*, 17(65), 21–32.

Corrêa, D. M. (2021). *Danos extrapatrimoniais: Interfaces entre prevenção e quantificação*. Londrina, PR: Thoth.

DIEESE. (2023). *Pesquisa nacional da Cesta Básica de Alimentos: Salário-mínimo nominal e necessário*. <https://www.dieese.org.br/analisecestabasica/salarioMinimo.html>

Diniz, M. H. (2002). *Curso de direito civil brasileiro* (19^a ed.). São Paulo: Saraiva.

Friedman, L. (1994). *The republic of choice: Law, authority and culture*. Cambridge, MA: Harvard University Press.

Junior, J. L. M. A., & Costa, J. M. (Orgs.). (2002). *A reconstrução do direito privado: Constituição e codificação – Primórdios do binômio*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Kant, I. (1980). *Fundamentação da metafísica dos costumes*. São Paulo: Abril Cultural.

Marques, C. L. (2021). Notas sobre a Lei 14.181/2021 (LGL\2021\9138): A noção de mínimo existencial e sua aplicação imediata. *Revista de Direito do Consumidor*, 137, 387–405.

Marques, C. L., & Miragem, B. (2012). *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais.

Marques, C. L., Miragem, B., & Lixinski, L. (2010). Desenvolvimento e consumo – Bases para uma análise da proteção do consumidor como direito humano. In F. Piovesan & I. V. P. Soares (Orgs.), *Direito ao desenvolvimento* (pp. [inserir páginas]). Belo Horizonte: Fórum.

Miranda, J. (1998). *Manual de direito constitucional* (T. IV, 2^a ed.). Coimbra: Coimbra Editora.

Pasqualotto, A., & Martins, A. D. (2024). Três anos da Lei do Superendividamento: Repercussões jurídicas e a (im)possibilidade de parametriza-

ção do mínimo existencial. *Revista de Direito do Consumidor*, (156). <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/59266>

Piovesan, F. (2018). *Temas de direitos humanos* (11^a ed.). São Paulo: Saraiva.

Pomin, A. V. C., & Siqueira, D. P. (2024). Quanto vale o mínimo existencial do consumidor em condições de superendividamento? Reflexões à vista dos Decretos Presidenciais 11.150/2022 e 11.567/2023 e da proteção aos direitos da personalidade. *Revista de Direito do Consumidor*, (155). <https://dspace.almg.gov.br/handle/11037/57750>

Reale, M. (1998). *A nova fase do direito moderno* (2^a ed.). São Paulo: Saraiva.

Sarlet, I. W. (2000). Direitos fundamentais e direito privado: Algumas considerações em torno da vinculação dos particulares aos direitos fundamentais. *Revista de Direito do Consumidor*, (36), 54–102.

Sarlet, I. W. (2001). *Dignidade da pessoa humana e direitos fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

Silva, J. A. da. (2007). *Comentário contextual à Constituição* (3^a ed.). São Paulo: Malheiros.

Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul [TJRS]. 15.^a Câmara Cível. Agravo de Instrumento n. 5003146-51.2023.8.21.7000. Rel. Des. Carmem Maria Azambuja Farias. Julgado em 29 de março de 2023.

Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo [TJSP]. 12^a Câmara de Direito Privado. Agravo de Instrumento n. 2270965-19.2022.8.26.0000. Rel. Des. Alexandre David Malfatti. Foro Central Cível – 17^a Vara Cível. Julgado em 16 de março de 2023.

Capítulo 15

Responsabilidade Social Empresarial e Livre Concorrência: um Desafio para o Desenvolvimento

Martha Asuncion Enriquez Prado

Introdução

O estudo tem como objetivo demonstrar as vantagens competitivas de uma empresa gerenciada com Responsabilidade Social Empresarial - RSE e sua estreita relação com a livre concorrência ao estarem pautadas nos mesmos princípios. Ambos preconizam valores universais como a ética, honestidade, diálogo e transparência em suas práticas.

Nos itens 2 e 3 abaixo, aborda-se a conceituação da Responsabilidade Social Empresarial e seus efeitos na economia de um país ou de um bloco económico. Isto porque algumas empresas de produtos ou serviços, mesmo com alto grau de desenvolvimento tecnológico e consumidores fidelizados buscam maior valor agregado ao adotar condutas de RSE em toda a cadeia de elaboração dos produtos ou

prestação de serviços, e oferecer maior segurança e confiabilidade no produto de consumo nos mercados internacionais, ganhando assim a preferência e confiança dos consumidores.

Sem dúvida a prática de condutas de RSE traz impacto positivo para concorrer em ambientes de livre concorrência, por introduzir um *plus* para a empresa e sociedade em geral, e o compromisso dos empresários vai muito além dos resultados financeiros. Cria-se assim uma nova cultura empresarial com benefícios para os trabalhadores, meio ambiente, clientes, fornecedores, *players* envolvidos e a comunidade.

A crescente tendência do desempenho ético nas empresas aliada à pressão social insta adotar condutas de RSE para sua permanência em mercados de acirrada concorrência e consumo responsável, principalmente nos países do ocidente, em que consumidores recusam comprar produtos de empresas que violam normas de direitos humanos, direitos trabalhistas, livre concorrência, direitos do consumidor, desrespeitam o meio ambiente e cometam condutas discriminatórias.

Tangencialmente, o estudo refere-se à ética por se tratar de condutas de RSE e estar necessariamente presente na condução das empresas. Alguns países ou blocos econômicos anfitriões das empresas com negócios internacionais exigem condutas éticas e pautadas em princípios morais, religiosos ou normativos e, constituem barreiras não tarifárias porque dificultam o fluxo do comércio internacional para os países que não estão alinhados com tais exigências.

Nesse contexto pergunta-se: a RSE deve ser obrigatória ou voluntária? A resposta não é tarefa fácil porque as correntes divergem em sua posição, havendo necessidade de conhecer o tipo de sociedade em que a RSE terá impacto, as expectativas dos *grupos de interesse* ou *stakeholders* e a reação das empresas diante dos desafios propostos para alcançar maior grau de desenvolvimento.

No item 4 demonstra-se a pacífica convivência das condutas de RSE com a livre concorrência por estarem imbricadas nos mesmos objetivos. Nesse contexto entende-se que é prioritário criar no empresariado uma cultura com práticas de responsabilidade social empresarial e liberdade de concorrência, através de uma regulação mesmo na escala de “minimus” com normas harmonizadas que inovem ou substituam as normas esparsas muitas delas defasadas. E o Direito é chamado a suprir essa lacuna, garantindo a livre concorrência e incentivando empresários para agirem com RSE em toda a cadeia de suas atividades.

O item 5 elencam-se algumas regulações de RSE e sua aplicação, muitas delas ainda tímidas para incorporar no comportamento empresarial tais condutas e por ser um verdadeiro desafio, além do custo/benefício que representa para a empresa mesmo sabendo que constitui uma variável primordial para conquistar novos mercados competitivos.

A esse respeito alguns especialistas entendem que a RSE precisa ser incorporada voluntariamente no cotidiano da empresa e não necessariamente imposta por uma regulamentação. Porém, entende-se a dificuldade de incorporar, voluntariamente, as práticas de RSE quando não existe uma cultura global sedimentada no empresariado. Nesse contexto tais condutas devem ser impostas através de mecanismos e/ou instrumentos legais, de início no segmento das grandes e médias empresas.

Finalmente, na omissão dos governos e ausência de uma legislação expressa recomenda-se que as empresas adotem a práxis harmonizada a nível internacional pela ISSO 26.000 e ISSO 14.000, que possibilitam às empresas contribuir para o desenvolvimento sustentável, muitas vezes indo além do estrito cumprimento de legislação defasada.

Assim, com base nos usos e costumes ou *standars* mínimos de regulação é possível a prática de condutas de RSE pautadas em princípios morais, éticos e sociais em harmonia com a livre concorrência.

1 CONCEITUACAO DA RESPONSABILIDADE SOCIAL EMPRESARIALE

A Responsabilidade Social Empresarial deve ser entendida como um esquema integral de responsabilidades éticas e de boa governança compartidas entre as partes que participam da atividade empresarial ou *stakeholders*. Trata-se de uma rede de relações na cadeia de valores da empresa que permite identificar o impacto social, económico e meio ambiental, avaliando a fortaleza e debilidades para implementar estratégias no intuito de alcançar um desenvolvimento sustentável na sociedade.

O maior obstáculo encontrado na empresa consiste em transpor o interesse individual para o coletivo, porque a prática de condutas éticas de RSE enfrentam uma verdadeira barreira ao adotar uma gestão socialmente responsável, porque as relações da empresa com os grupos de interesse devem fluir de forma natural para criar o clima de confiança adequado. Isso implica, necessariamente, buscar benefícios para a sociedade, propiciar a realização profissional dos empregados e promover benefícios para os parceiros e o meio ambiente, sem deixar de lado o retorno para os investidores

Foi assim que a mudança de comportamento nos negócios passou do foco tradicional da empresa, voltada ao lucro só no interesse dos acionistas (“*shareholders*”), para os grupos de interesse (“*stakeholders*”). A prestação de contas não somente precisa ser feita só para os acionistas ou à cúpula da empresa, mas também para os grupos de interesse porque as decisões são compartidas entre todos os participantes: empregados, provedores, governos nacionais ou regionais, clientes, consumidores, organizações sociais e outros.

Contudo, a crescente visão global de desenvolvimento das empresas a nível nacional e internacional fez com que a RSE se torne um instrumento que impulsiona a economia e, que o bem comum serve como agente promotor de crescimento capaz até de superar as deficiências do Estado neste tema.

Percebe-se também que em diferentes países, no meio acadêmico houve um crescente interesse pelo estudo da Responsabilidade Social Empresarial - RSE, dadas as vantagens de incorporar práticas éticas em ambientes empresariais com reflexos na economia.

No plano econômico a RSE constitui exemplo concreto de ética aplicada e, sob a perspectiva da teoria econômica tem como propósito constituir uma “empresa socialmente responsável” que muda o paradigma clássico de lucro com incremento continuo de ganhos e benefícios sem considerar outros fatores.

Um conceito bastante difundido de RSE foi elaborado pelo Instituto ETHOS¹, e consiste no exercício planejado e sistemático de ações, estratégias e de canais de relacionamento entre a empresa, seu público de interesse e a própria sociedade. O Instituto define a RSE como “*a relação ética e transparente da empresa com todos os públicos com os quais ela se relaciona. Estabelece metas empresariais que impulsionem o desenvolvimento sustentável da sociedade, preservem os recursos ambientais e culturais para as gerações futuras, respeitem a diversidade e promovam a redução das desigualdades sociais*”.²

O termo RSE também mereceu conceituação do Banco Nacional do Desenvolvimento – BNDES, ao afirmar que RSE: “*está associada ao reconhecimento de que as decisões e os resultados das atividades das companhias alcançam um universo de agentes sociais muito mais amplo do que o composto por seus sócios e acionistas (shareholders)*”.

¹ INSTITUTO ETHOS DE EMPRESAS E RESPONSABILIDADE SOCIAL / UNIETHOS. Guia de Compatibilidade de Ferramentas 2005. São Paulo: Margraf, 2005

² Princípios e compromissos do Instituto Ethos. Vide <http://www3.ethos.org.br/conteudo/sobre-o-instituto/principios-e-compromissos/#.VhVUCKSFPIU>

Dos conceitos aqui mencionados identificam-se alguns elementos fundamentais para alcançar consenso e incorporar a RSE nas empresas: a) ação voluntaria das empresas para que estas respondam a critérios éticos de comportamento e, incorporem uma cultura de ética empresarial adequada à realidade e às exigências dos grupos de interesse ou *stakeholders*, dentro de um marco de diálogo e consenso; b) identidade e sustentabilidade das relações e dos valores de cada integrante da empresa, porque a RSE é um conjunto de responsabilidades compartilhadas entre todos os participantes da complexa rede na atividade empresarial; c) bom relacionamento com os grupos de interesse para que as decisões sejam tomadas por consenso entre todos os participantes ligados à empresa: empregados, fornecedores, governos nacionais e regionais, clientes, consumidores e organizações sociais, entre outros.

Nesse compasso, os debates sobre os benefícios da RSE evoluíram juntamente com a expansão das empresas multinacionais e subsidiárias, mas pelo tamanho e sua complexa estrutura tiveram problemas para operar com outros países e, viram a necessidade de uma regulação a ser imposta de forma obrigatória aos participantes, mesmo que mínima pela via dos contratos ou do setor estatal até criar uma cultura de RSE que assegure a sustentabilidade das empresas nos ambientes competitivos que concorrem.

Empresários de países com economias desenvolvidas têm plena convicção do significado positivo da RSE, possuem uma cultura de ética empresarial sustentada na liberdade, no diálogo e consenso. Cientes que o comportamento socialmente responsável traz benefícios e contribui para o desenvolvimento sustentável e suas responsabilidades vão muito além da estrita geração de dividendos e cumprir as responsabilidades legais e financeiras.

Contrariamente, nos países com economias menos desenvolvidas verifica-se uma forte resistência dos empresários para mudar comportamentos. Em sua maior parte por desconhecer as

vantagens competitivas da RSE, ou pela permissividade da legislação e/ou inoperância em fazer cumprir as poucas normas existentes.

No Brasil, a prática da RSE é estimulada, porém sua aplicabilidade ainda é incipiente porque existe muita reticência no empresariado para incorporar tais práticas, dúvida sobre o alcance delas, suas consequências e dificuldades, além do custo que representa a mudança, muitas vezes por temor de expor e comprometer a imagem daquela empresa já consolidada no entorno da sociedade.

No âmbito internacional, pese à predominante mentalidade de lucratividade empresarial são numerosos os fatores que no plano doutrinário e legislativo permitem relativizar o significado dos ganhos. Entendem que para alcançar o desenvolvimento sustentável da empresa devem incluir os interesses de todos os setores envolvidos, instando os empresários a agir com ética, mantendo o comprometimento de incorporar moralidade, transparência e condutas éticas na atividade e negócios da empresa,

Embora a RSE represente aumento de valor agregado não é tarefa fácil colocar em prática, demanda sacrifícios e/ou concessões dos participantes ou *stakeholders*, principalmente em ambientes empresariais acostumados ao ânimo de lucro porque exige mudanças de comportamentos que alteram hábitos na confortável atuação da empresa.

Na União Europeia, contrariamente à concepção clássica do estrito ânimo de lucro a RSE passou por muitos estágios até introduzir valores de mais valia que representam maior vantagem para o objetivo essencial da atividade empresarial³.

As primeiras tentativas para inserir na empresa condutas de responsabilidade social empresarial surgiram no ano 1993 com Jacques Delors, sendo presidente da Comissão Europeia lançou

³ Um exemplo da presença de outros interesses (credores, trabalhadores, etc.) na empresa, juntamente com o objetivo de maximização dos benefícios, encontra-se na Lei de Sociedades Mercantis do Israel, de 27 de maio de 1999. Consultar: PROCACCIA, U. *The New Israeli Companies Law: Some Theoretical Highlights*, ECFR p. 209-215, 2004.

um apelo ao setor empresarial para combater o desemprego e a exclusão social e em 1999, criou-se a Rede Europeia de Empresas para a Responsabilidade Social Empresarial designada como CSRE.

A regulamentação da RSE será tratada mais adiante com maior detalhe e, somente a título de exemplo verifica-se que na União Europeia diversas Comunicações da Comissão Europeia e Resoluções do Parlamento Europeu foram aprovadas para incrementar a RSE nas empresas do bloco.

Em 2001, no livro verde da União Europeia (COM 2001) se consolida o fomento à responsabilidade social nas empresas em que a Comissão Europeia define a RSE: *“...es la integración voluntaria, por parte de las empresas, de las preocupaciones sociales y medioambientales en sus operaciones comerciales y sus relaciones con sus interlocutores”...* “*Ser socialmente responsable no significa cumplir plenamente las obligaciones jurídicas, sino también ir más allá de su cumplimiento invirtiendo “más” en el capital humano, el entorno y las relaciones con sus interlocutores*”.

A Comunicação (COM 2002) aprovada em 02,07.2002 na União Europeia aponta as principais características da RSE que hoje são de consenso geral:

- comportamento que as empresas adotam voluntariamente para além das prescrições legais, por considerar do seu interesse a longo prazo;
- estar estreitamente associada ao desenvolvimento sustentável porque as empresas integram em suas operações o impacto económico, social e ambiental;
- não se trata de um “acréscimo” opcional às principais atividades da empresa, mas sim de que maneira ela é gerida.

E em 17 de setembro de 2015 foi elaborado um Relatório do Comité Econômico e Social Europeu, denominado Responsabilidade social e societária das empresas como catalisador dos acordos em parceria da UE.

A mais recente regulação da União Europeia sobre RSE está contida na Diretiva 2024/01760⁴, aprovada em junho de 2024, fixa critérios e práticas empresariais que respeitem os direitos humanos, as condições justas de trabalho, os impactos ambientais e sociais e os impactos econômicos gerados pela empresa. Estabelece normas que definem a RSE como o conjunto de ações que as empresas devem adotar, além das obrigações legais impostas com o objetivo de contribuir para o desenvolvimento sustentável.

Nesse contexto, embora a aplicação da RSE tenha avançado significativamente a nível internacional, principalmente no setor privado, seja voluntariamente pela prática de condutas éticas ou pela regulamentação, ainda são tímidas as iniciativas orientadas para alcançar uma administração pluralista na empresa e com resultados de interesse público.

2 EFEITOS DA RESPONSABILIDADE SOCIAL EMPRESARIAL NA ECONOMIA

No contexto das empresas socialmente responsáveis a Economia, como ciência social, está imbricada com os princípios morais da sociedade em que se desenvolve. De um lado as relações econômicas influenciam na moral que predomina na sociedade e de outro lado a Economia pode apresentar problemas no campo da moral e da ética. Daí a proximidade entre elas e seu estudo.

Para CORTINA Adela (2000, p.), a ética do capitalismo constitui a combinação entre a moral e a economia a través da eficiência na coordenação dos fins individuais como a liberdade de consumo, de produção e de ação e justiça distributiva. Entende que o capitalismo vai acompanhado da moral, surgindo uma concepção moral do capitalismo que foi mudando na medida em que este evoluiu.

⁴ Diretiva aprovada em 13.06.2024 que altera a Diretiva 2019/1937 e o Regulamento 2023/2859, no âmbito da União Europeia consulta no site: <https://eur-lex.europa.eu/>

Com muita propriedade SEN, Amirthya (2001, p. 38-39) entende que a ética como ciência do comportamento moral está muito próxima da Economia, tanto em sua origem como em seu desenvolvimento, já que a razão econômica pela qual a pessoa se comporta racionalmente para maximizar seu próprio interesse é consequência de uma interpretação errada das teorias de Adam Smith. Conclui dizendo que a Economia também está relacionada com a Ética, porque esta ganhou muito com os métodos utilizados pela economia, não havendo distanciamento entre as duas como pode parecer.

Outros autores como KOSLOWSKI, P (1986) consideraram necessária uma ética do capitalismo, porque havendo liberdade os valores morais também melhoram a eficiência e compensam as deficiências do mercado buscando uma integração social.

Este tipo de gestão empresarial passou a ser denominada de RSE que não pode ser confundida com filantropia⁵, ética da empresa, marketing motivado ou atividades periféricas de relações públicas da empresa. Seu significado é mais profundo que enseja uma nova cultura empresarial.

Nessa trilha, são cada vez mais os países e empresas que adotam a RSE como conduta, atraindo para si significativos ganhos econômicos e um valor agregado de princípios morais. Ganha a empresa, ganham os *stakeholders*, ganha a sociedade em geral e ainda contribui para a preservação do meio ambiente.

⁵ Grifo nosso: Filantropia é uma ação social externa da empresa, que tem como beneficiária principal a comunidade em suas diversas formas (conselhos comunitários, organizações não-governamentais, associações comunitárias etc.) e outras organizações. Diferentemente, das ações pontuais de filantropia, a responsabilidade social empresarial está focada na cadeia de negócios da empresa e engloba preocupações com um público maior (acionistas, funcionários, prestadores de serviço, fornecedores, consumidores, comunidade, governo e meio ambiente), exigindo que a empresa procure entender e incorpore condutas éticas nos negócios.

GARCIA-MARZÁ, Domingo (2004, p.194) entende que a RSE cria valor agregado porque considera outros interesses vinculados à própria empresa, aos *stakeholders* e respeita o meio ambiente.

No que tange ao consenso em aceitar normas impostas pela cúpula ou donos da empresa, em detrimento de outros setores ou mesmo de acionistas, GARCIA-MARZÁ, Domingo (2004, p.193), afirma:

... é possível que os interesses da sociedade e da empresa coincidam ao redor dessa motivação econômica fundamental. O interesse particular mantém a primazia como objetivo essencial da empresa. A legitimidade se limita ao valor econômico agregado.

Não há como mudar essa concepção da empresa, se a perspectiva se realiza do lado oposto, entendendo a empresa como um antagonismo radical de interesses, permitido e sustentado pelo sistema jurídico.

O mesmo autor entende que o engajamento e envolvimento nos interesses da empresa depende muito do grau de confiança:

... A confiança é diretamente proporcional a esse grau de acordo ou de consenso, com o qual se aceita a posição da empresa com relação ao cumprimento das expectativas oferecidas.

De forma mais enfática MORGAN, Gareth (1990 p.176) entende que: “a organização (empresa) é vista como um guarda-chuva de ambições comuns, se esforçando para sua consecução, de modo a ser uma equipe integrada”.

Custa superar a ideia de empresa com estruturas ao serviço exclusivo do interesse econômico dos proprietários ou sócios, ao invés de ter uma visão transpessoal da realidade empresarial. Todavia, essa realidade vem mudando lentamente com novo foco na gestão empresarial, reformulando esquemas tradicionais que propiciam um gerenciamento organizacional socialmente responsável com parâmetros éticos, que fazem da empresa o motor para o desenvolvimento sustentável.

Em países como Brasil e outros, ainda são tímidas as iniciativas orientadas a alcançar uma empresa pluralista, que além de perseguir o lucro tenha também a função social como objetivo e não seja meramente individualista.

Muitas vezes a Responsabilidade Social Empresarial é confundida com filantropia, ética na empresa, marketing motivado ou atividades periféricas de relações públicas da empresa, mas a RSE não se trata de modismo ou ações pontuais e passageiras, ela representa condutas com efeitos de longo prazo que geram uma cultura duradoura de desenvolvimento sustentável, com benefícios para o ambiente empresarial e a sociedade como um todo.

Dessa maneira, a transformação do capitalismo e da economia de mercado tem sido substanciais para estabelecer um clima de confiança e possibilidade realizar negócios que conquistem a credibilidade dos clientes e garantam a permanência da empresa no mercado. As empresas não podem mais estar ancoradas unicamente em critérios econômicos, devem levar em conta os fatores éticos, sociais e ambientais que antes não eram considerados.

3 REGULAÇÃO DA RESPONSABILIDADE SOCIAL EMPRESARIAL E SUA APLICABILIDADE

Na atualidade as empresas e os grupos de interesse ou *stakeholders* estão sujeitos a um escrutino maior pelos concorrentes e consumidores, pelo que o termo RSE - responsabilidade social empresarial abrange muitas áreas do conhecimento, como na Economia, exposto amplamente no item 3 deste estudo e, outras áreas de Administração, Marketing, Direito e por estarem imbricadas. Daí a diversidade de conceituações que a expressão merece.

Na ótica da Administração e do Marketing, a RSE representa a conduta pela qual uma empresa deve olhar além dos próprios interesses para dar uma contribuição à sociedade. Nessa perspectiva

a RSE determina obrigações da empresa na medida em que não afetem os interesses de outros.

Sob a abordagem da ética, a responsabilidade social de uma empresa é a obrigação da administração para tomar decisões e ações éticas que irão contribuir ao bem-estar social e aos interesses da empresa como organização (ALESSIO, apud DAFT, 2008, p.67).

A relação da RSE com o Direito está intimamente ligada porque alguns ordenamentos jurídicos paulatinamente vêm tomando posição sobre sua regulamentação e obrigatoriedade para pôr em prática tais condutas, com exceção da União Europeia e algum outro país que possua normas expressas.

Essa deficiência foi diminuindo paulatinamente nas últimas décadas pela contribuição dada por organizações internacionais, como as Nações Unidas (ONU), a Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE), a Organização Internacional do Trabalho (OIT) e outros organismos, através da elaboração de declarações, princípios, recomendações, guias e instrumentos com normas de conduta empresariais. Embora tais instrumentos não sejam legalmente exigíveis e somente recomendações.

No entanto, as empresas multinacionais dos Estados membros da OCDE e de outros países têm aderido aos princípios, recomendações e guias para não incorrer na violação de direitos humanos, direitos do trabalhador, meio ambiente, consumidor, ciência e tecnologia, concorrência, tributação e outras áreas.

A incursão das grandes empresas no mundo globalizado na medida que foram conquistando novos mercados influenciaram, positivamente, para o desenvolvimento das condutas de RSE organizando debates em foros especializados e, exigindo das instituições e governos a adoção de políticas sociais.

Um aspecto importante levantado nesses debates foi a carência e deficiência de regulamentação e/ou instrumentos para

fiscalizar e controlar condutas de RSE na empresa, seja na matriz (empresa mãe) ou subsidiárias dentro e fora do país em que atuam. Pelo que alguns instrumentos internacionais de RSE publicados por organismos internacionais foram acolhidos e aplicados com êxito, como o guia *Lineamentos para Empresas Multinacionais* da OCDE⁶, o *Pacto Mundial da ONU* de 1999 e, a *Declaração de 1998* da OIT sobre princípios fundamentais no direito do trabalho.

As Organizações não Governamentais (ONGs) a nível internacional também contribuíram para incorporar práticas de RSE nas empresas. Talvez, a iniciativa mais antiga dessa colaboração seja o compêndio: Os *Princípios Globais de Sullivan*⁷, criado pelo reverendo Leon Sullivan em 1977, com recomendações para investidores abrirem empresas e negócios na África do Sul durante o período do *apartheid*. E, as empresas seguem tais princípios, sobre tudo, no tocante aos direitos humanos, igualdade de oportunidades, ética comercial e proteção do meio ambiente.

Algumas ONGs conhecidas internacionalmente desempenharam um papel importante na publicidade, pressionando a prática de condutas de RSE, como *Greenpeace* no que tange ao meio ambiente; *Amnistía Internacional* e *Pax Christi*, sobre respeito aos direitos humanos. Outro exemplo de boas práticas são os *Principios de la Caux Round Table (Principles for Business)*⁸ elaborados em 1994, por líderes empresariais de Europa, Japão, e América do Norte. Estes princípios entre outros demonstram o impacto social dos negócios, nas comunidades que respeitam o meio ambiente e rejeitam as práticas corruptas.

Normas estabelecidas em países pontuais, ou Jurisprudência de tribunais internacionais como do Tribunal de Justiça da União Europeia ou de países membros têm se aplicado a casos que correm

⁶ Este documento enfatiza que sua aplicação é voluntária e não é legalmente exigível.

⁷ <http://www.responsible.net/rs/global-sullivan-principles-social-responsibility>

⁸ <https://www.cauxroundtable.org/>.

na justiça. Citam-se alguns casos que contribuíram para sedimentar as condutas de RSE como o caso *the Alien Tort Claims Act (ATCA) de 1789*⁹, nos Estados Unidos, que vem sendo usada em muitos casos para demandar multinacionais por violação do direito internacional em terceiros países. No Reino Unido, as multinacionais podem ser responsabilizadas legalmente por violações aos direitos humanos no estrangeiro, onde o acesso à justiça é restrito¹⁰.

A União Europeia é um exemplo a seguir no que tange à regulação, embora não se possa comparar com outros blocos ou países pela própria estrutura de seu ordenamento jurídico supranacional que possui mecanismos céleres, possibilitando introduzir normas ou comunicações a serem cumpridas nos Estados membros do bloco, independentemente dos ordenamentos nacionais recepcionar tais normas, pelo efeito direto disposto nos tratados fundacionais ENRIQUEZ PRADO Martha (1999 p.21)¹¹

Nesse contexto, foram inúmeras as iniciativas da União Europeia para consolidar as condutas de RSE nas relações com os agentes envolvidos, iniciando pelas grandes e medias empresas que conseguiram cumprir com os objetivos sociais e ambientais para seguir com os demais segmentos.

Em 2001, no livro verde da União Europeia (COM 2001) a Comissão Europeia consolida e define o fomento à responsabilidade social, com as condutas de RSE a serem cumpridas pelas empresas do bloco.

⁹ Por esta lei podem ser processadas as empresas americanas e estrangeiras nos Estados Unidos por infrações ou por cumplicidade nas infrações de normas sociais ou de direitos humanos internacionalmente reconhecidos e, tenham sido cometidas fora dos Estados Unidos.

¹⁰ Jurisprudência da Câmara dos Lordes do Reino Unido, nos casos que envolveram o Rio Tinto, na Namíbia e Thor Chemicals y Cape em Sudáfrica.

¹¹ “Não obstante, para alcançar o mercado único na União Europeia foi fundamental a criação de uma estrutura básica da futura comunidade, mantendo um sistema que possibilitesse um desenvolvimento estável, um intercambio comercial equilibrado e uma concorrência leal entre os Estados membros” In, ENRIQUEZ PRADO, Martha Asunción. Direito da concorrência e posição dominante na União Europeia e MERCOSUL. Tese doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 1999.

Em 2 de julho de 2002 a Comissão Europeia aprovou a Comunicação (COM 2002)¹², apontando as principais características da RSE, já foram explanadas no item 2 deste estudo.

Em 25 de Outubro de 2011, na Comunicação (COM 2011)¹³ a Comissão Europeia publicou a nova política de Responsabilidade Social Empresarial, nela confirma as práticas estabelecidas no Livro Verde (COM 2001) e define de forma mais concisa a RSE considerando “a responsabilidade das empresas pelo seu impacto na sociedade.” Esta definição se encontra acorde com os princípios reconhecidos internacionalmente nas Directrizes da OCDE, na ISSO 26000¹⁴ e princípios orientadores das Nações Unidas para as empresas que devem respeitar os Direitos Humanos.

Considerando a globalização do comercio, os programas de RSE da União Europeia não só contribuem para o desenvolvimento sustentável do bloco, mas também para os demais blocos e países em que as empresas desenvolvem suas atividades e responsabilidades, porque também geram um impacto positivo na gestão e competitividade fora da UE.

Nas mais recentes mudanças sobre as obrigações para empresas na União Europeia estão contidas na Diretiva (UE) 2022/2464 do Parlamento Europeu e do Conselho de 14.12.2022, e visa aumentar a transparência e a responsabilização, conhecida pela sigla CSRD (Corporate Sustainability Reporting Directive) em português Diretiva de relatórios de sustentabilidade corporativa, a mesma que obriga às empresas a divulgarem informações detalhadas sobre o impacto ambiental social e de governança (ESG) de suas atividades.

¹² <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=URISERV:n26034>

¹³ Comunicação da Comissão Europeia - Bruxelas, COM (2011) de 25 de outubro de 2011, disponível no sitio [www.europarl.europa.eu/.../com \(2011\)0681_/com](http://www.europarl.europa.eu/.../com (2011)0681_/com)

¹⁴ Guia internacional voluntária sobre responsabilidade social, com relação aos Direitos Humanos, trabalho, meio ambiente e conduta ética

Essa Diretiva entrou em vigor em 2024, prevendo um período de adaptação até 2028 quando as empresas deverão ajustar-se às novas exigências de forma gradual. Tais normas também facilitam o acesso das empresas a financiamentos sustentáveis permitindo-lhes alinhar estratégias com expectativas globais sobre responsabilidade empresarial, seguindo um cronograma de aplicação¹⁵.

A mais recente Diretiva da União Europeia 2024/01760 representa uma oportunidade e ao mesmo tempo um desafio para as empresas que poderão encontrar caminhos viáveis para sua inovação, colaboração e capacitação, garantindo sua competitividade e sustentabilidade no cenário global cada vez mais desafiador.

3.1 APlicabilidade da Responsabilidade Social Empresarial - RSE na Esfera Internacional e Brasil

O crescimento do movimento em favor da RSE a nível internacional deve ser visto no contexto de uma sociedade civil organizada que muitas vezes é pressionada por boicotes de consumidores e campanhas e publicidade negativa amplamente divulgadas na mídia e redes sociais, prejudicando empresas que são socialmente responsáveis em suas práticas de conduta empresarial, como a campanha deflagrada contra a empresa espanhola de vestuário Zara que pagava salários ínfimos (mão de obra escrava), violando direitos dos trabalhadores. Ou o caso da *Nike* que produz tênis e roupa esportiva em países de mão de obra barata (Vietnam, Indonésia e China), com fornecedores independentes que foram acusados de utilizar crianças obrigando-as a trabalhar além do máximo legal permitido, violando direitos da criança e o Código de Conduta de *Nike*. No entanto, a empresa americana não foi legalmente responsável por critérios tradicionais que não configuravam sua autoria direta.

¹⁵ Até 2024 Grandes entidades de interesse público com mais de 500 funcionários e empresas mãe fora da União Europeia; Até 2025 outros grandes empreendimentos; até 2026 empresas cotadas em mercados mobiliários e empresas asseguradoras; até 2028 empresas não europeias com faturamento acima de 150 milhões de euros. In, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT>

Por outro lado, os exemplos de conduta dessas e outras empresas, também, são fatores que motivam a prática da RSE, já que consumidores conscientes podem boicotar as empresas que infringem leis não adquirindo seus produtos. Os investidores também demonstram maior interesse em apoiar empresas que praticam condutas responsáveis, solicitam informações sobre como as empresas lidam com os riscos no trabalho e assuntos sociais e ambientais.

Na América latina é recente a inclusão da RSE, como fonte geradora de “valores agregados”. Os empresários assumiram um conjunto de compromissos sociais e ambientais que melhoraram as relações da empresa com a comunidade local, o ambiente de trabalho e o meio ambiente.

No Brasil, as primeiras exigências de uma conduta ética nas empresas, surgiram nos contratos privados de empresas brasileiras com multinacionais estrangeiras. Sendo as empresas norte-americanas as pioneiras em inserir cláusulas relativas ao comportamento ético entre parceiros comerciais.

Nos contratos de representação comercial ou de distribuição de mercadorias, as empresas representadas, com sede nos Estados Unidos incluíam cláusulas exigindo que o representante ou distribuidor no Brasil cumpra com as obrigações observadas na Lei e princípios éticos aplicáveis ao contrato.

O lugar conquistado pelo Brasil no mapa dos investidores internacionais, a partir de 1994 até poucos anos atrás, gerou um período de associações via “joint ventures,” entre empresas estrangeiras detentoras de tecnologia e capital com empresas brasileiras, carentes de tecnologia, porém com conhecimento do mercado nacional.

Nos contratos de “joint ventures” são inseridas cláusulas contratuais de comportamento ético, refletindo em acordos societários, estatutos e contratos sociais. As novas empresas sujeitavam-se às normas internacionais de conduta ética e a violação das mesmas

configurava inadimplência contratual, com sérias consequências comerciais, incluindo a ruptura do contrato e o pagamento de multas.

Na legislação brasileira, o artigo 170 da Constituição de 1988, no capítulo dos princípios gerais da atividade econômica, representa a maior garantia para as empresas que desejam inserir a prática de RSE em sua governança. Assegura o interesse público como dever do Estado, defende a liberdade de iniciativa, a livre concorrência e protege o consumidor e o meio ambiente.

Embora a preocupação com o tema da RSE seja recente no Brasil, algumas leis se aproximam transversalmente, visando coibir práticas antiéticas na atividade empresarial e nas relações da empresa com a sociedade em geral como a Lei 12.529/2011, de defesa da concorrência, a Lei Complementar nº 101/2000, de Responsabilidade Fiscal, a Lei nº 9.078/1990, de defesa do consumidor e entre outras a Lei Anticorrupção nº 12.846/2013, que dispõe sobre a responsabilização administrativa e civil das pessoas jurídicas pela prática de atos contra a administração pública, nacional ou estrangeira.

A nível dos estados salienta o pioneirismo do Estado do Rio Grande do Sul que em 18 de janeiro de 2000, aprovou a Lei nº 11.440, instituindo uma certificação conferida pela Assembleia Legislativa Estadual para empresas socialmente responsáveis, com base nos Balanços Sociais. Outorga três tipos de reconhecimento: Certificado de Responsabilidade Social, Troféu Responsabilidade Social – Destaque RS e o Diploma Mérito Social¹⁶.

Estas iniciativas permitem avaliar o importante papel das empresas na promoção de mudanças favoráveis à SER, propiciam

¹⁶ O Balanço Social é definido como o instrumento utilizado para mensurar a atuação social das empresas, a qualidade da relação com os empregados, o cumprimento de cláusulas sociais, a participação dos empregados nos resultados econômicos, as possibilidades de desenvolvimento pessoal, bem como a forma de interação das empresas e demais entidades com a comunidade e sua relação com meio ambiente. Cabe ressaltar que, a comissão organizadora e seus colaboradores poderão cassar a certificação ou troféu com base em alguma denúncia grave que altere substancialmente alguns dos indicadores ou pré-requisitos.

e criam uma cultura ética de transparência e valores que trazem benefícios tanto para os *shareholders* como aos *stakeholders*, contribuindo assim para uma sociedade mais justa para as futuras gerações.

4 RESPONSABILIDADE SOCIAL EMPRESARIAL E A LIVRE CONCORRENCIA

O intuito neste estudo é demonstrar que existe uma integração entre a RSE e a livre concorrência porque ambas se apoiam nos mesmos princípios que preconizam e, atuam no mesmo ambiente empresarial, principalmente, quanto ao fim social com benefícios para os consumidores.

Nesse sentido, tanto a RSE como a livre concorrência demandam um comportamento ético e responsável da empresa com clientes, provedores e concorrentes, melhor qualidade e variedade do produto no mercado e serviços prestados aos consumidores, respeito ao meio ambiente, aos direitos humanos sempre na busca do bem-estar dos cidadãos em geral.

De outro lado, é inegável que a livre concorrência não só facilita o desenvolvimento econômico, através da expansão e elevação do nível de vida dos cidadãos, do incentivo à eficiência e inovação na empresa, como também oferece aos consumidores melhores produtos e serviços a preços mais baixos, cumprindo seu objetivo social.

As normas de defesa da concorrência em blocos de integração como a União Europeia¹⁷ e outros países possibilitam que a empresa concorra no mercado em igualdade de condições, seja no âmbito nacional ou internacional garantindo que as empresas concorram livremente.

Na União Europeia, para atingir o mercado único e um desenvolvimento econômico estável foi fundamental criar uma

¹⁷ MANGAS MARTIN, ARACELI. *Union Europea y Mercosur: marco institucional y jurídico*. Rivista di Diritto dell'integrazione e unificazione del Diritto in Europa e in America Latina. V. 4/1997. Roma. Mucchi Editore, 1997, p.9-10

estrutura básica com um sistema que possibilite o intercâmbio comercial equilibrado e uma concorrência leal entre os Estados membros ENRIQUEZ PRADO, Martha (1999 p.60)¹⁸.

Nos últimos anos intensificou-se o crescimento dos mercados internacionais com suas respectivas demandas. Em consequência houve necessidade de estabelecer normas que garantam um ambiente concorrencial adequado e, a prática de condutas de RSE nos países que realizam intercâmbios comerciais ou recebem investimentos.

Deu-se também maior importância ao estudo acadêmico, propiciando grandes debates sobre o alcance e os efeitos das condutas da RSE e a importância de colocar em prática tais condutas, conciliadas com a livre concorrência e com as métricas de avaliação do desempenho das empresas como: a ESG – (Environmental, Social and Governance), compliance e outras condutas exigidas no comércio internacional e nacional.

Hoje a tendência mundial dos investidores no mercado financeiro leva a valorizar empresas socialmente responsáveis com desenvolvimento sustentável e são conhecidas pela sigla SRI (Social Responsible Investment), que identifica as empresas com índices de ações que gerem valor para o acionista a longo prazo e sejam sustentáveis por estarem mais preparadas para enfrentar os riscos econômicos, sociais e ambientais.

Hans Van Der Groeben, em 1961, afirmava que a política de concorrência orienta a economia no contexto do bloco e tem por missão “criar uma ordem econômica que favoreça ao máximo o bem-estar e a liberdade econômica, e, portanto, esteja também ao serviço do consumidor”¹⁹.

¹⁸ “Para dar cumprimento efetivo aos princípios gerais comunitários de livre concorrência, o Conselho outorgou à Comissão poderes que garantem a aplicação, uniforme e de forma imediata, das normas da concorrência no mercado comum” In, ENRIQUEZ PRADO, Martha Asunción. Direito da concorrência e posição dominante na União Europeia e MERCOSUL. Tese doutorado Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 1999.

¹⁹ GROEBEN, Hans van der. *“La politique de Concurrence dans la CEE”*, suplemento do Boletim da CEE n 7, e 8, julho, agosto 1961.

As normas de livre concorrência servem também como instrumento de proteção, evitando o abuso de posição dominante de algumas empresas e condutas que violem a livre concorrência, como: carteis, preços predatórios, divisão de mercados e outras condutas que afetam o mercado com prejuízos para a sociedade em geral.

De outro lado, a importância da RSE também cresceu nas últimas décadas pelos efeitos positivos da própria imagem da empresa perante os consumidores que se tornaram mais conscientes na escolha dos produtos, e os investidores cada vez são mais exigentes querendo investir somente em países que ofereçam segurança e livre concorrência.

Verifica-se que para conquistar maiores mercados e melhores condições de competitividade a empresa é instada a praticar condutas éticas para permanecer no mercado, além de aprimorar sua tecnologia, buscar qualidade do produto e oferecer condições favoráveis para o consumidor impulsionando assim a economia (D'Andreis, A. 2015, p. 197)²⁰.

Para Romano Prodi²¹, a política de responsabilidade social implica uma política que alcance necessariamente três pilares: social (Pessoas), ambiental (Planeta) e económico (Lucro). Embora na União Europeia as competências no âmbito social são limitadas porque as políticas sociais e emprego recaem nos governos nacionais.

Não obstante, a União vem tomando medidas que garantem e orientam as políticas de emprego nos Estados membros, potencializando a mão de obra qualificada e compartilhando as

²⁰ Significa que la empresa debe ser responsable ante la sociedad, que su actuación debe ser coherente con los valores fundamentales, con las normas y con los principios desarrollados en la misión y visión de la empresa, para así alcanzar una mayor acogida en la sociedad, y permitir una mejor adaptación a los distintos entornos en condiciones que suponen respetar los derechos reconocidos por la sociedad y los valores que esta comparte. In, D'Andreis, A. *Competencia desleal: reflexiones desde la ética y la responsabilidad social empresarial.* (2015) *Advocatus*, 25, p-195-207. 2015. <https://doi.org/10.18041/0124-0102/advocatus.25.969>

²¹ Presidente da Comissão Europeia, durante o período (1999 – 2004).

melhores práticas na inclusão social, pobreza, aposentadorias e outras políticas²².

As novas regras na União Europeia oferecem às empresas a oportunidade de melhorar sua competitividade migrando para uma economia verde que traz consigo muitos desafios, mas também grandes oportunidades de inovação e crescimento.

Nessa trilha as empresas vêm investindo no permanente aperfeiçoamento das relações com setores dos quais dependem como: clientes, fornecedores, empregados, parceiros, colaboradores e concorrentes, reduzindo custos, oferecendo produtos de qualidade, melhores serviços para os consumidores e respeito ao meio ambiente.

Da relação harmônica com todos os grupos de interesse surge o clima de confiança adequado para incorporar, naturalmente, uma cultura empresarial ética com valores universais como honestidade, transparência, comunicação e diálogo entre todos. E, nesse ambiente propício, que tais valores farão parte da cultura da empresa, possibilitando tomar decisões de consenso com os *stakeholders*, sem deixar de lado os *shareholders* ou acionistas.

O conjunto de valores da RSE representa para a empresa uma ferramenta que avalia as vantagens competitivas e um mecanismo de apoio para desenvolver ações que lhe permitam identificar o impacto econômico, social e ambiental. Serve, ainda, para identificar os pontos fortes e pontos fracos, possíveis ameaças aos setores e, desenhar e aplicar as estratégias necessárias que permitam alcançar o desenvolvimento sustentável.

Portanto, no universo das atividades comerciais a RSE passou a ser um fator de competitividade para as empresas e negócios da

²² : O Conselho, por maioria simples, previa consulta ao Parlamento Europeu cria um Comité de Emprego de caráter consultivo para fomentar a coordenação entre os Estados membros em matéria de políticas de emprego e de mercado laboral. In. Primer Ejercicio del Proceso Selectivo para ingreso en la Escala de Titulados Superiores del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, O.A., M.P. (INSST). V. febrero 2023.

iniciativa privada ou em setores administrados pelo governo, porque agrega valor a fatores que no passado identificavam uma empresa competitiva somente pelo preço e a qualidade dos produtos ou serviços.

Assim, vê-se que a RSE está imbricada com a livre concorrência porque ambas perseguem o mesmo objetivo e têm como pilar essencial o bom desempenho empresarial, alcançando assim maior crescimento e estabilidade para participar no mercado econômico do país ou do bloco.

E, nesse contexto, a coexistência de um arcabouço legal (SALOMÃO FILHO, Calixto 2002 p.29) ²³ que proteja a livre concorrência e a prática de condutas de RSE é fundamental para o momento atual em que o comércio internacional se intensifica. Uma regulação serve de maior garantia para as empresas que buscam segurança para seus investimentos e atividades comerciais.

Portanto, é perfeitamente conciliável a aplicação dos princípios da RSE com as normas do Direito da Concorrência, porque em sua gênese ambas buscam o bem-estar social e a livre concorrência, garantindo um ambiente de igualdade entre as empresas para o desempenho de suas atividades. Todavia, entende-se que nos países que carecem de uma cultura de Responsabilidade Social no empresariado há necessidade de uma regulamentação para sua efetividade e cumprimento.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A Responsabilidade Social Empresarial - RSE constitui um conjunto de condutas e princípios pautados em critérios éticos de comportamento que criam uma cultura empresarial adequada à realidade e às exigências de todos os *stakeholders* ou grupos da

²³ "No Brasil há uma clara definição constitucional de quando e como usar a regulação e há, também, uma clara definição constitucional de que não há qualquer exclusão e, sim, uma complementariedade entre regulamentação e concorrência" In, SALOMÃO FILHO, Calixto. Regulação e Concorrência (estudos e pareceres). Malheiros Editores Ltda. 2002.

empresa. Fato relevante e positivo do aspecto social e percebido pela sociedade em geral. Do contrário, as empresas tornam-se frágeis, sem competitividade e sujeitas aos riscos de uma imagem e reputação negativas.

Todavia, um significativo número de empresas dissocia o aspecto social do aspecto comercial e do lucro, porque a RSE representa investimento que gera gasto e reduz benefícios no orçamento. Isto, porque obriga a deixar a forma tradicional de administrar, focada somente no lucro dos sócios e acionistas e passa a valorizar a tomada de decisões compartilhadas em prol de todos os participantes da empresa, assegurando maiores ganhos e sua aderência no mercado.

No tocante à integração e aplicação dos princípios e condutas da RSE e a livre concorrência entende-se que são perfeitamente conciliáveis porque ambas buscam o bem-estar social. A livre concorrência assegura um ambiente de igualdade entre as empresas para o livre desempenho de suas atividades em prol da sociedade. De outro lado, o compromisso da empresa que incorpora a RSE em suas atividades busca, também, o bem-estar da sociedade através de condutas empresariais éticas que respeitam o meio ambiente e direitos humanos. Critérios fundamentais para avaliar o desempenho, capacidade, competitividade e a boa governança empresarial e garantir vida longa da empresa no mercado.

Portanto, a RSE e livre concorrência estão imbricadas, ambas perseguem o mesmo objetivo, em sua gênese, e têm como pilar essencial o bom desempenho empresarial, combatendo a corrupção e os desvios morais e éticos, na busca de maior crescimento da empresa e sua estabilidade para participar no mercado econômico do país ou de um bloco.

A regulamentação para o cumprimento da RSE, na União Europeia, para alguns autores é tida como uma ferramenta prote-

cionista e mecanismo de reserva de mercado ao criar uma barreira comercial para produtos em desenvolvimento que não cumprem com os padrões exigidos. Outros a consideram uma resposta necessária ao desafio global de hoje, com mudanças climáticas e necessidade de proteger o meio ambiente e os direitos humanos. E, ainda, os que entendem que tais normas constituem um incentivo para que as empresas de países em desenvolvimento adotem as condutas de RSE por serem sustentáveis e eficientes, promovem a transparência e a responsabilidade com benefícios econômicos e ambientais a nível global.

Finalmente, entende-se que nos países em que o empresariado carece de uma cultura de Responsabilidade Social é prioritária a necessidade de uma regulamentação que incorpore condutas de RSE e seu efetivo cumprimento. Sobretudo, porque os benefícios empresariais podem ser alcançados seja pela via dos contratos e usos da atividade empresarial; através de um novo marco normativo que respeite a realidade local ou inserindo-as na própria legislação de livre concorrência que já existe na maioria de países.

REFERÊNCIAS

ALESSIO, Rosemeri. Responsabilidade social das empresas no Brasil: reprodução de postura ou novos rumos? 1^a reimpressão. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2008

CORTINA, Adela. Ética de la empresa, 1^a ed, Colección Estructuras y Procesos Serie Filosofía. Ed. Trotta. Madrid. 2000

D'Andreis, A. *Competencia desleal: reflexiones desde la ética y la responsabilidad social empresarial.* (2015) *Advocatus*, 25, p-195-207. 2015. <https://doi.org/10.18041/0124-0102/advocatus.25.969>

ENRIQUEZ PRADO, Martha Asunción. Direito da concorrência e posição dominante na União Europeia e MERCOSUL. Tese doutorado. Pontifícia Universidade Católica de São Paulo. 1999

GARCÍA-MARZÁ, Domingo. *Ética empresarial: Del diálogo a la confianza*, Madrid, Ed. Trotta. 2004.

GROEBEN, Hans van der. “*La politique de Concurrence dans la CEE*”, suplemento do Boletim da CEE n 7, e 8, julho, agosto 1961

INSTITUTO ETHOS DE EMPRESAS E RESPONSABILIDADE SOCIAL / UNIETHOS. Guia de Compatibilidade de Ferramentas 2005. São Paulo: Margraf, 2005

KOSLOWSKY, P. La ética del capitalismo 1^a Ed. Rialp, Madrid. 1997

MANGAS MARTIN, Araceli. *Unión Europea y Mercosur: marco institucional y jurídico*. Rivista di Diritto dell'integrazione e unificazione del Diritto in Europa e in Americalatina. V. 4/1997. Roma. Mucchi Editore, 1997

MORGAN, Gareth. *Imágenes de la organización*. Ed. RA-Ma. Madrid 1990

PROCACCIA, Uriel. *The New Israeli Companies Law: Some Theoretical Highlights*, ECFR 2004.

SANTOS LORENZO, Salome. *La Responsabilidad Social Corporativa y el Fomento de la libre competencia en el mercado: una simbiosis necesaria*. Revista Española de Relaciones Internacionales. Num. 3. P. 134. 2011

SEN, Amartya. Sobre a ética e economia. 1^a Ed. Alianza Editorial Ensayo. Madrid. 2001

Sites consultados

<http://www3.ethos.org.br/conteudo/sobre-o-instituto/principios-e-compromisso/>

<http://www.responsible.net/rs/global-sullivan-principles-social-responsibility>

<http://www3.ethos.org.br/conteudo/sobre-o-instituto/principios-e-compromisso/#.VhVUCKSFPIU>

<https://www.cauxroundtable.org/>

<https://infoeuropa.eurocid.pt/registo/000013622>

<http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=URISERV:n26034>

[www.europarl.europa.eu/...com\(2011\)0681/_/com](http://europarl.europa.eu/...com(2011)0681/_/com)

<https://www.cauxroundtable.org/>

<https://eur-lex.europa.eu/>

[>legal-content > PT> TXT](https://eur-lex.europa.eu)

<http://www.responsible.net/rs/global-sullivan-principles-social-responsibility>

REVISTAS

- Bruselas: Libro Verde: Fomenta un marco europeo para la responsabilidad social de las empresas Documento COM (2001) 366 Final, pp. 38. 18 de Julio de 2001.

- Guia internacional voluntária sobre responsabilidade social, com relação aos Direitos Humanos, trabalho, meio ambiente e conduta ética
- Jurisprudência da Câmara dos Lordes do Reino Unido, nos casos que envolveram o Rio Tinto, na Namibia e Thor Chemicals y Cape em Sudáfrica.
- Primer Ejercicio del Proceso Selectivo para ingreso en la Escala de Titulados Superiores del Instituto Nacional de Seguridad e Higiene en el Trabajo, O.A., M.P. (INSST). V. febrero 2023.

Capítulo 16

A função social da propriedade imobiliária urbana na constituição brasileira

Miguel Etinger de Araujo Junior

INTRODUÇÃO

As Constituições do mundo ocidental atual são resultado de um processo que se inicia com a transformação do sistema medieval para os Estados Unitários, no transcorrer dos Séculos XVI e XVIII, ocasião em que as constantes guerras no continente europeu, o individualismo excessivo associado ao privilégio de certas camadas sociais, a degradação da vida coletiva, e ainda o interesse por segurança nas transações comerciais, levam à necessidade de se criar um mecanismo (que em alguns locais viria a ser chamado de Constituição) voltados a criar algum tipo de ordem que pudesse trazer estabilidade aos interesses em jogo.

Essa ordem tem sido apontada por alguns estudiosos no campo das Ciências Sociais e de tantos outros ramos do conhecimento, ora

como sistema garantidor de direitos, ora como estrutura burocrática, ou ainda como sistema de manutenção de privilégios de uma classe social dominante.

Com efeito, analisar as Constituições de determinada Nação não prescinde de sua contextualização política, econômica, social etc.

Não é esta a intenção deste artigo, mais por opção do que por conhecimento, o qual pretende apresentar uma breve análise do estágio atual da regulamentação constitucional do direito de propriedade imobiliária urbana e sua necessária densificação infraconstitucional, no sistema jurídico brasileiro.

No âmbito de integração e internacionalização das atividades acadêmicas, o artigo procura demonstrar os principais aspectos jurídicos deste direito, com vistas a permitir uma análise comparativa com outros sistemas.

Para tanto, serão analisados os principais textos normativos dedicados ao tema, desde o Estatuto da Terra, datado do ano de 1850, até os dias atuais (julho de 2024), ressaltando-se a importância da legislação de âmbito local (municipal) na definição do que seja, efetivamente, a função social de uma propriedade imobiliária, conforme determinado pelo artigo 182 da atual Constituição da República Federativa do Brasil, do ano de 1988 – CF/88.

Esta análise pressupõe uma contextualização das Constituições brasileiras em relação ao seu contexto político, social e econômico.

1 BREVE ANÁLISE DA (IN)EFICÁCIA DAS CONSTITUIÇÕES BRASILEIRAS

As Constituições brasileiras têm acompanhado o processo de forma do uso da terra com base na ideia de função social, ainda que não expressamente prevista em seus textos, mais por uma questão de formalidade do que de efetividade.

Explica-se. Desde a Constituição do Império, outorgada por D. Pedro I em 1824, até a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, vários direitos foram formalmente inseridos em seus textos, sem que estes efetivamente fossem efetivados, ou mesmo respeitados, como explica Silva (2011).

Segundo o autor, o percorrer das Constituições demonstram que alguns direitos sociais positivados não chegaram a ter efetividade. Na Constituição de 1891 não havia nenhuma previsão de atendimento a estes direitos pelo Estado, que se substituía à Igreja Católica em diversas funções. Sequer os direitos liberais eram efetivados, por falta de condições econômicas das classes sociais mais pobres.

A Constituição de 1934 trouxe avanços na questão social, destacando-se a possibilidade de desapropriação de propriedades imobiliárias por motivos sociais, mediante pagamento em dinheiro. Esta Constituição vigeu somente até o ano de 1937, sem conseguir efetivar os direitos sociais positivados em seu texto. Segundo Silva (2011) por dois motivos principais: o antagonismo entre seu caráter liberal e o intervencionismo do Estado, e (ii) o receio de eventuais revoluções e levantes populares, o que favoreceu a posterior ditadura de Getúlio Vargas.

A Constituição de 1937 foi fruto de um autogolpe dado por Getúlio Vargas, que continha elementos extremamente autoritários, e praticamente eliminava a participação popular, inclusive a não realização de um plebiscito para lhe referendar, no prazo de 6 (seis) anos, o que nunca ocorreu.

No âmbito pós Segunda Guerra Mundial, em 1946 é promulgada uma nova Constituição, que retornava aos mandamentos liberais de outras Cartas passadas, não acompanhando o cenário mundial de bem-estar social. Houve vários avanços sociais e técnico-jurídicos, como aponta Silva (2011), mas que também não chegaram a ganhar

maior legitimidade na sociedade, por conta da relação da sociedade com os ideais do início do Século, de caráter liberal e individualista.

Esta mesma camada da sociedade, acostumada com privilégios econômicos, e refratária a avanços sociais, promove o golpe militar de 1964, que deu início a mais de 20 (anos) de ditadura, promovendo os mais violentos atentados oficiais contra as liberdades individuais e coletivas, inclusive com assassinato de diversas pessoas.

Nesse período promovem-se os chamados Atos Institucionais - AI, que na prática tinham o poder de alterar os comandos constitucionais, o que efetivamente ocorreu a partir de 1964. Sob o aspecto formal, há a promulgação da Constituição de 1967, sem qualquer participação popular, e com diversos retrocessos no campo constitucional. Há de mencionar os dispositivos voltados à intervenção estatal na propriedade privada para fins de reforma agrária, o que efetivamente não ocorreu.

Em 1968 o governo militar decreta o Ato Institucional nº 5, com a extinção de diversos direitos políticos, sociais, com intervenção no Judiciário e tantos outros dispositivos de caráter autoritário. No ano de 1969, foi aprovada a Emenda Constitucional nº 1, que se constituía, efetivamente, em nova Constituição, mas que tinha seus comandos limitados pelo AI 5, que ainda se mantinha em vigor (Silva, 2011).

Este período sombrio da sociedade brasileira se encerra¹ com a promulgação da Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, vigente até os dias atuais. Fruto de intensa participação popular, desde a instalação da Assembleia Constituinte no ano de 1987, por força da Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985 (1985), a atual Constituição avançou em diversos aspectos

¹ Esse período se encerra formalmente com a instituição de uma nova ordem jurídica constitucional, agora elaborada de forma democrática. No entanto, setores retrógrados e antidemocráticos da sociedade brasileira permanecem ativos, como se pode depreender de manifestações em prol da volta dos militares ao poder (!!!) nos últimos anos, agora de forma mais acintosa.

sociais, coletivos e individuais, como é o caso da função social da propriedade imobiliária, urbana e rural.

No entanto, importante ressaltar mais uma vez o assento formal da função social nas Constituições, desde 1934, como observa Fernandes (2006):

Em última análise, toda e qualquer lei urbanística ou ambiental implica em materializar o princípio da função social da propriedade que é, sem dúvida, o princípio fundamental do Direito Urbanístico e do Direito Ambiental. Trata-se de princípio que já vinha sendo repetido por todas as constituições brasileiras desde a de 1934, sem que tivesse sido claramente definido em termos conceituais ou devidamente operacionalizado através da criação de mecanismos e instrumentos constitucionais e legais que permitissem e garantissem o seu cumprimento (p. 39-40).

Tais mecanismos e instrumentos serão analisados adiante ao se comentar sobre a função social da propriedade.

2 EVOLUÇÃO DO DIREITO DE PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA À LUZ DAS CONSTITUIÇÕES

A disputa pela terra tem atravessado os séculos na história da humanidade, promovendo apogeu e declínio de sociedades, testemunhando diferentes formas de se relacionar com um pedaço de chão, e, consequentemente, direcionando a forma como as sociedades regulamentam a sua utilização, seja individual ou coletivamente.

E por que se disputa a terra?

As respostas são múltiplas: domínio de espaço do qual se retira o alimento; apropriação de riquezas naturais; garantia do território; lucro.

Essas disputas nem sempre acontecem de forma violenta, com a força física, apesar dos combates nunca terem cessado ao longo dos anos, como demonstram os conflitos entre a Rússia e a Ucrânia e as incursões de Israel nos territórios palestinos na Faixa de Gaza. Inúmeros combates de menor escala continuam sendo perpetrados, o que demonstra o desafio do Direito enquanto elemento que se propõe a pacificar a convivência social.

No âmbito do espaço territorial do que hoje se reconhece como o Brasil, há uma ruptura de cultura com a chegada dos portugueses no ano de 1500. De uma relação de subsistência, passa-se a uma relação de exploração para acumulação de riqueza.

Os sistemas jurídicos implementados pelos portugueses na relação com a terra, visavam a conquista e manutenção de novas terras, que pudessem levar riquezas à Coroa.

Assim, desde o sistema de sesmarias, no Século XVI, quando a Coroa portuguesa cedia grandes extensões de terra aos particulares para dela usufruírem. Ao ser empossado nestas terras, ter-lhe-ia que dar uma destinação adequada, determinada por aquele que lhe outorgara a posse, os exploradores portugueses.

Este regime enfrentou diversas dificuldades para ser efetivamente cumprido, na medida em que houve apropriação de terras por quem não tinha a “autorização legal” para nela trabalhar. Este cenário foi perpetrado tanto pelos grandes latifundiários, quanto por pequenos posseiros.

Em função de forte pressão dos possuidores de grandes extensões de terra, foi aprovada a chamada Lei de Terras – Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850 (1850), que passou a estabelecer a obtenção de lotes por meio de compra e venda, e não mais por meio de cessão a quem neles produzisse, conforme dispunha seu artigo 1º: “Ficam proibidas as aquisições de terras devolutas por outro título que não seja o de compra”. Ou seja, “a medida transformou as áreas

devolutas em mercadoria comercializável pelo Estado" (Mendes, 2009, p.6)²

Consolidado este modelo de apropriação da terra por meio de compra e venda, o desenvolvimento das cidades tem se pautado por esta lógica de valor de troca, em detrimento do valor de uso.

Retomando ao momento posterior à proclamação da República no ano de 1889 e a promulgação da Constituição de 1891, note-se que o direito de propriedade imobiliária seguia as diretrizes oriundas da Revolução Francesa, quando se procurou proteger os direitos da burguesia que assumia o poder, contra os privilégios do poder monárquico que acabara de ser destituído.

A conotação absoluta que se deu ao direito de propriedade, em especial no Código de Napoleão e na Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão, foi reflexo da situação política e econômica da época.

Buscava-se construir um ordenamento jurídico que impedisse o retorno de privilégios monárquicos e medievais, bem como dar garantias à nova classe burguesa que tomava o poder.

Como bem observa Gustavo Tepedino (2001, p. 201), a codificação, como todos sabem, destinava-se a proteger uma certa ordem social, erguida sob a égide do individualismo e tendo como pilares nas relações privadas, a autonomia da vontade e a propriedade privada.

Este cenário influencia a formulação do antigo Código Civil brasileiro promulgado em 1916, com forte influência do Código Napoleônico, de matiz liberal. Os dispositivos do Código que se referiam diretamente à propriedade imobiliária (artigos 530-591) tem pouca ou nenhuma conexão com o desenvolvimento cidade (no caso da propriedade imobiliária urbana), portanto, com sua própria função social.

² Acerca dos interesses em jogo à época, bem com os discursos nas casas legislativas, vide Motta (1998)

Alguns juristas ressaltam a preocupação do Código Civil de 1916 com algumas necessidades sociais conforme relata Amaral (2009):

O Código Civil de 1916 garantia o direito de propriedade, mas não de modo absoluto, pois seu individualismo subordinava-se às necessidades sociais, como indicam as restrições que o próprio código previa, em matéria de usucapião, desapropriação por utilidade pública e direitos de vizinhança. Estes compreendiam regras sobre o uso nocivo da propriedade, sobre o regime das águas e sobre as limitações ao direito de construir. É precisamente nessas disposições já que se vislumbrava o que se viria a ser, meio século depois, matéria de direito ambiental (p. 39).

Por seu turno, Fernandes (2006) traz uma visão mais próxima da realidade, ao afirmar:

... o princípio da função social da propriedade ainda é em grande medida uma figura de retórica nas práticas efetivas de desenvolvimento urbano e gestão de cidades, já que há muito a ação dos setores privados – e mesmo de setores do poder público – ligados ao processo de desenvolvimento urbano tem se pautado por outra noção, qual seja, a do direito de propriedade individual irrestrito. A base jurídica dessa noção tem sido dada pelo Código Civil de 1916 – aprovado quando apenas cerca de 10% de brasileiros viviam em cidades, no contexto de um país ainda fundamentalmente agrário – e que ainda se encontra em vigor.

...

Expressando a ideologia do legalismo liberal, o Código Civil [de 1916] defende a noção da propriedade individual de maneira quase que absoluta. Ao longo do processo de urbanização intensiva no país, e em que pesem as mudanças drásticas ocorridas na sociedade brasileira nesse período, a ação do poder público no controle do desenvolvimento urbano tem

encontrado obstáculos nos princípios civilistas, que ainda orientam grande parte da doutrina jurídica e das interpretações dos tribunais (p. 40-41).

Este modelo jurídico de excessivo individualismo, no qual a aquisição da terra (para moradia ou para produção) se dava por meio de compra-e-venda, demonstra sua incapacidade de se assegurar um desenvolvimento socioeconômico equilibrado na sociedade brasileira, pelo contrário, gerou (e tem gerado) enormes desigualdades entre a camada mais rica e a camada mais pobre da população brasileira.

Procurando avançar para um sistema jurídico regulador da propriedade privada que pudesse, efetivamente, trazer mais equidade na sociedade brasileira é que vem sendo aperfeiçoada a denominada “constitucionalização do direito privado”.

A *summa divisio* a que se submetiam o direito público e o direito privado vem se relativizando, de forma a permitir uma maior interação entre ambos.

Os direitos dos particulares devem não só servir como forma de enriquecimento pessoal, mas devem se coadunar principalmente com a garantia do princípio da dignidade humana.

Este princípio condiciona as relações privadas, de forma que não se admite mais como legítimo o exercício do direito de propriedade que viole a dignidade humana.

É neste sentido que Moraes (2000) afirma:

É, com efeito, este o princípio ético-jurídico capaz de atribuir unidade valorativa e social. Tal é, justamente, a medida de aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana: a ponderação, a ser feita em cada caso, entre liberdade e solidariedade, termos que *stricto sensu*, são considerados contrapostos. De fato, a imposição de solidariedade, se excessiva, anula a liberdade; a liberdade desmedida é incompatível com a solidariedade. Todavia, quando ponderados, seus conteúdos se tornam complementares: regulamenta-se

a liberdade em prol da solidariedade social, isto é, da relação de cada um com o interesse geral, o que, reduzindo a desigualdade, possibilita o livre desenvolvimento da personalidade de cada um dos membros da comunidade (p. 50).

Esta é a ideia de socialização do direito privado trazida por Giorgiani (1998), que leciona:

Não se deveria duvidar, por outro lado, seja dito incidentalmente, que a atividade econômica privada já transcende as fronteiras das relações entre os indivíduos, e penetrou no centro do corpo social através das dilatadas dimensões da empresa econômica e através da possibilidade de satisfazer um número e uma variedade de necessidades antes nem mesmo imagináveis. Esta “socialização” já impregnou intimamente todos os institutos do Direito Privado, e não somente a propriedade, que mais freqüentemente chamou a atenção da doutrina (p. 42).

Neste cenário que se coloca a visão atual acerca do direito de propriedade nas cidades, ou seja, a propriedade urbana. Deve ela se sujeitar às normas de ordem pública e interesse social.

Nesta toada insere-se a Constituição da República Federativa do Brasil, do ano de 1988, vigente até os dias atuais³, com um forte giro estrutural, ao prever expressamente que o direito de propriedade só se legitima se ela cumprir sua função social (Constituição, 1988)⁴, cujos contornos do sistema jurídico serão analisado no tópico seguinte.

³ Em que pese sua estrutura permanecer preservada, é de se destacar seu processo de alteração pelo constituinte derivado, por meio de suas 132 (cento e trinta e duas) Emendas Constitucionais até o mês de julho de 2024, ao longo de quase 36 (trinta e seis) anos de vigência.

⁴ CF/88.

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:

...

- é garantido o direito de propriedade;
- a propriedade atenderá a sua função social;

Esta análise, no entanto, deve ser feita com base no entendimento que aqui se filia.

A terra urbana hoje em dia encontra-se bastante valorizada, na medida em que se mostrou ao capital como alternativa segura de investimento, fugindo dos cílicos riscos financeiros globais. Esta perspectiva de aumento de capital se mostra tanto mais atraente na proporção inversa de uma regulação adequada por parte do poder público na ocupação do solo urbano. Quanto maior liberdade para construir (gerando maior impacto ambiental negativo), maior a perspectiva de lucro.

Smolka (1987) explicita que:

Assim, a imposição do capital incorporador à matriz de estruturação urbana, produzindo certa divisão funcional do espaço, adequando o uso do solo aos diferentes segmentos sociais, etc., reflete menos uma delegação de poderes do que a subordinação do planejamento urbano aos imperativos da valorização capitalista.

Como corolário à colocação acima, fica evidente que a importância do capital incorporador varia na razão inversa da existência de controle do uso do solo e rendas fundiárias urbanas, daí seu caráter histórico e institucional específico (p. 76).

Uma análise dos textos legais sem essa lente que ora se coloca, resulta em mera descrição da letra da lei, desconsiderando que toda produção legislativa se dá com base no confronto de ideias, por vezes divergentes.

3 CONTORNOS DA FUNÇÃO SOCIAL DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA URBANA

A expressão função social indica a adequação de algo ou alguém em relação à sociedade, fazendo com que essa própria sociedade

legitime o domínio sobre algo ou a atividade que alguém está realizando.

Em sociedades de extremo individualismo, as coisas devem servir ao seu dono, sem que haja uma preocupação mais acentuada sobre o impacto de sua utilização em relação ao meio ambiente, aí incluindo as outras pessoas. Este cenário vem permeando a história da sociedade até os dias atuais, e trata-se de uma opção de determinado grupo social no tempo e no espaço.

No entanto, quando esta utilização individualista de determinados bens começa a causar impacto negativo em outras, pessoas, é razoável, ou melhor, é imperativo, que estas pessoas exijam uma mudança de conduta daquele que lhe está causando algum prejuízo.

Em relação ao uso indiscriminado da terra urbana, a cidade de Paris, na França, no século XIX é emblemática. Fruto das ideias liberais da Revolução Francesa, a utilização do espaço urbano pelos proprietários de terra levou a situação insustentável sob o ponto de vista sanitário, paisagístico, de mobilidade etc. Esgotos a céu aberto, proliferação de doenças, dentre outros fatores inapropriados ao conceito de dignidade humana, foram consequência da ausência de regulamentação do Estado no processo de ocupação urbana.

A utilização das propriedades imobiliárias naquela região não estava trazendo nenhum benefício para a coletividade, pelo contrário, eram notórios os prejuízos para cada indivíduo, para a coletividade e para o ambiente natural.

É certo que o processo que se sucede, com as reformas do Barão de Haussmann (Choay, 1999, p. 73), levaram a uma higienização do centro de Paris, mas com um custo social relevante, que foi a expulsão das camadas mais pobres daquela localidade, sem que houvesse uma contrapartida por parte do Estado.

Ademais, como observa Reyes (2019), Haussmann “asumió que su misión consistía en resolver el problema del excedente de capital

y mano de obra mediante la urbanización” (p. 34-35), promovendo uma serie de demolições de casarios antigos e abertura de grandes vías de circulação. Assim, “Haussmann había encontrado una solución al problema clásico de capturar la plusvalía para financiar las obras” (p. 34-35).

Para a autora (Reyes, 2019), Haussmann “había vuelto la ciudad más atractiva para los observadores externos, no había supuesto ningún milagro urbanístico, sino una intervención enorme y de gran violencia simbólica, social, espacial y material provocando una mutación profunda pero aislada de la vivienda burguesa, y no una modernización general del hábitat parisino” (p. 34-35).

Pois bem. Fechando estes parênteses necessário para uma compreensão do processo de ocupação urbana, analisa-se a juridicização do conceito de função social da propriedade no Brasil, cujos contornos se pretende demonstrar neste estudo.

Uma importante referência neste processo é a Constituição de Weimar (1919), ao prever expressamente as condicionantes de legitimidade da propriedade em seu artigo 153: “A propriedade obriga. Seu uso deve, ao mesmo tempo, servir ao bem-estar social”⁵.

À essa época, vigorava no Brasil o Código Civil de 1916, com os contornos mencionados anteriormente sobre a propriedade privada.

Dando um salto histórico para a década de 1960, um importante evento que ocorreu foi o Seminário do Quitandinha (ou Encontro do Quitandinha), fruto de um processo de reflexão sobre o futuro das cidades brasileiras, na busca por uma melhor qualidade de vida coletiva e individual.

Realizado no antigo cassino do Hotel Quitandinha, no município de Petrópolis, Estado do Rio de Janeiro, foi promovido pelo IAB –

⁵ Esta mesma previsão se encontra vigente, agora no artigo 14 (2), da Lei Fundamental da República Federal da Alemanha, do ano de 1949: “A propriedade obriga. Seu uso deve servir, ao mesmo tempo, ao bem comum”. Disponível em: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80208000.pdf> e https://www.gesetze-im-internet.de/gg/art_14.html

Instituto dos Arquitetos do Brasil e IPASE – Instituto de Previdência e Assistência dos Servidores do Estado, no contexto de “grande mobilização popular pelas reformas de base, nos últimos meses do período democrático, que antecedeu o golpe civil-militar de 1964” (Koury, 2013, para. 1). Procurava-se discutir a questão urbana e habitacional no Brasil, à época (e até hoje), carente de políticas habitacionais que pudessem atender as demandas da população.

As ideias principais desses movimentos foram incorporadas na emenda popular apresentada à Assembleia Constituinte que resultou na Constituição Federal de 1988 (Bassul, 2002). São elas:

Direito à Cidade e à Cidadania, entendido como uma nova lógica que universalize o acesso aos equipamentos e serviços urbanos, a condições de vida urbana digna e ao usufruto de um espaço culturalmente rico e diversificado e, sobretudo, em uma dimensão política de participação ampla dos habitantes das cidades na condução de seus destinos.

Gestão Democrática da Cidade, entendida como forma de planejar, produzir, operar, e governar as cidades submetidas ao controle e participação social, destacando-se como prioritária a participação popular.

Função Social da Cidade e da Propriedade, entendida como a prevalência do interesse comum sobre o direito individual de propriedade, o que implica o uso socialmente justo e ambientalmente equilibrado do espaço urbano (p. 2-3).

A Constituição Federal de 1988 (1988) traz um giro paradigmático em relação à ideia de função social da propriedade, seja no âmbito urbano, ao determinar os critérios de legitimidade ao seu possuidor, ou em âmbito rural, conforme se verifica dos dispositivos abaixo:

Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo

ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes

§ 1º O plano diretor, aprovado pela Câmara Municipal, obrigatório para cidades com mais de vinte mil habitantes, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana.

§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

§ 3º As desapropriações de imóveis urbanos serão feitas com prévia e justa indenização em dinheiro.

§ 4º É facultado ao Poder Público municipal, mediante lei específica para área incluída no plano diretor, exigir, nos termos da lei federal, do proprietário do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado, que promova seu adequado aproveitamento, sob pena, sucessivamente, de:

parcelamento ou edificação compulsórios;

>imposto sobre a propriedade predial e territorial urbana progressivo no tempo;

desapropriação com pagamento mediante títulos da dívida pública de emissão previamente aprovada pelo Senado Federal, com prazo de resgate de até dez anos, em parcelas anuais, iguais e sucessivas, assegurados o valor real da indenização e os juros legais.

Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:

aproveitamento racional e adequado;

utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente;

observância das disposições que regulam as relações de trabalho;

exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores.

Acerca destes requisitos para o cumprimento da função social da propriedade urbana e rural (artigos 182 e 186, CF/88), há setores da sociedade brasileira que pretendem reduzir seu conteúdo mínimo, como é o caso da PEC – Projeto de Emenda Constitucional nº 80/2019, de autoria do Senador Flávio Bolsonaro. Trata-se de um claro retrocesso visando liberar as propriedades imobiliárias urbanas e rurais para uma utilização sem controle da sociedade. Um texto vago, que praticamente inviabiliza uma função social. Vejamos neste quadro comparativo:

Figura 1 - Comparativo dos artigos 182 e 186 da Constituição Federal de 1988 e da PEC 80/2019

TEXTO ATUAL CF/88	PEC 80/2019
<p>Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.</p>	<p>Art. 182. A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.</p>
<p>§ 2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.</p>	<p>§2º A propriedade urbana cumpre sua função social quando é utilizada sem ofensa a direitos de terceiros e atende ao menos uma das seguintes exigências fundamentais expressas no plano diretor da cidade:</p> <ul style="list-style-type: none"> – Parcelamento ou edificação adequados; – Aproveitamento compatível com sua finalidade; – Preservação do meio ambiente ou do patrimônio histórico, artístico, cultural ou paisagístico. <p>§ 5º O descumprimento da função social somente será declarado por ato do Poder Executivo, mediante autorização prévia do Poder Legislativo, ou por decisão judicial.</p>
<p>Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural atende, simultaneamente, segundo critérios e graus de exigência</p> <p>estabelecidos em lei, aos seguintes requisitos:</p> <ul style="list-style-type: none"> - aproveitamento racional e adequado; - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. 	<p>Art. 186. A função social é cumprida quando a propriedade rural é utilizada sem ofensa a direitos de terceiros e atende, segundo critérios e graus de exigência estabelecidos em lei, ao menos um dos seguintes requisitos:</p> <ul style="list-style-type: none"> - aproveitamento racional e adequado; - utilização adequada dos recursos naturais disponíveis e preservação do meio ambiente; - observância das disposições que regulam as relações de trabalho; - exploração que favoreça o bem-estar dos proprietários e dos trabalhadores. <p>§ 1º O descumprimento da função social de que trata o caput somente será declarado por ato do Poder Executivo, mediante autorização prévia do Poder Legislativo, ou por decisão judicial.</p>

Pois bem. Com base no texto original e ainda vigente da Constituição Federal de 1988, em especial quanto à previsão de elaboração

de uma norma que estabeleça as diretrizes gerais fixadas para o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes, previsto no artigo 182, somente 13 (treze) anos depois foi promulgada a Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001, autointitulada Estatuto da Cidade. Na medida em que esta lei procura conformar o direito de propriedade para adequação à ideia de função social determinada pela Carta Constitucional, a demora na sua promulgação indica (ou comprova) a resistência de setores da sociedade interessados em uma maior liberdade sobre o que fazer com a terra urbana, privilegiando seus interesses particulares, em detrimento do interesse coletivo⁶.

A expressão conformação do direito de propriedade se apresenta melhor do que “limitação ao direito de propriedade”, na medida em que a legislação irá determinar o conteúdo deste direito, não havendo que se falar em posteriores limitações, o que ensejaria eventual compensação em função da diminuição do conteúdo econômico da propriedade.

Neste sentido, leciona Fernandes (2006) ao comentar sobre a necessidade de consolidação do paradigma determinado pela Constituição Federal:

O maior deslocamento exigido diz respeito à necessidade de se compreender que o princípio da função social da propriedade não pode ser reduzido às restrições administrativas externas ao exercício do direito de propriedade, como muitos juristas têm afirmado: o princípio constitucional é essencial para a própria caracterização e conformação do direito de propriedade [ênfase adicionada], qualificando – por dentro – as formas de uso, gozo e disposição dos bens imobiliários. Nesse sentido, o direito de propriedade imobiliária deixa de ter

⁶ A ideia original do Estatuto da Cidade remonta ao Projeto de Lei nº 775, do ano de 1983, de autoria do Poder Executivo. A ideia só foi retomada no Legislativo com o projeto de lei nº 5.788 originalmente proposto em 1990 pelo Senador Pompeu de Souza.

um conteúdo econômico predeterminado – cuja medida seria dada pelos interesses individuais do proprietário –, e passa a ter o conteúdo econômico a ser determinado pelo poder público – através das leis, planos e projetos urbanísticos – uma vez também considerados os outros interesses sociais, ambientais e culturais quanto à utilização do solo e dos bens imobiliários (p. 45).

Sobre o Estatuto da Cidade, ele tem sido considerado uma das leis mais avançadas no cenário mundial, em função de sua abordagem sistêmica, compreensão das realidades locais (em que pese ser uma lei nacional), disponibilização de instrumentos jurídico-urbanísticos, e previsão de gestão democrática. Demonstrando, assim, conformação com os princípios da Reforma Urbana, já pensados no Seminário do Quitandinha, conforme mencionado.

Ao estabelecer “normas de ordem pública e interesse social que regulam o uso da propriedade urbana em prol do bem coletivo, da segurança e do bem-estar dos cidadãos, bem como do equilíbrio ambiental” (art. 1º, parágrafo único), permite aos entes federativos, principalmente os Municípios, a quem cabe determinar por meio da lei do Plano Diretor definir quando uma propriedade imobiliária urbana cumpre (ou não) sua função social.

Cabe destacar algumas diretrizes que deverão ser observadas para alcançar os objetivos da lei (Constituição da República Federativa do Brasil, 1988).

Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais:

I – garantia do direito a cidades sustentáveis, entendido como o direito à terra urbana, à moradia, ao saneamento ambiental, à infra-estrutura urbana, ao transporte e aos serviços públicos, ao trabalho e ao lazer, para as presentes e futuras gerações;

II – gestão democrática por meio da participação da população e de associações representativas dos vários segmentos da comunidade na formulação, execução e acompanhamento de planos, programas e projetos de desenvolvimento urbano;

[...]

IX – justa distribuição dos benefícios e ônus decorrentes do processo de urbanização;

[...]

XI – recuperação dos investimentos do Poder Público de que tenha resultado a valorização de imóveis urbanos;

XII – proteção, preservação e recuperação do meio ambiente natural e construído, do patrimônio cultural, histórico, artístico, paisagístico e arqueológico;

De forma mais concreta para a realização da função social, a Seção II do Estatuto da Cidade (2001) prevê que os municípios poderão determinar “o parcelamento, a edificação ou a utilização compulsórios do solo urbano não edificado, subutilizado ou não utilizado” (art. 5º, caput).

Neste sentido é que se apresenta a densificação do arcabouço legislativo, ao delegar aos Municípios a importante missão de determinar, em suas leis do Plano Diretor, quando efetivamente as propriedades imobiliárias urbanas não estarão cumprindo sua função social, e quais medidas serão tomadas para que haja seu cumprimento. Se não atendidas as determinações de parcelamento, edificação ou utilização compulsórios – PEUC, haverá a majoração do tributo municipal sobre o terreno e construção (IPTU – Imposto Predial e Territorial Urbano) até a alíquota máxima de 15%, pelo prazo máximo de 05 (cinco) anos. Se mesmo assim não for cumprida a determinação de PEUC, o Município poderá promover a chamada desapropriação sanção, com pagamento de títulos: Art. 8º Decorridos cinco anos de cobrança do IPTU progressivo sem que o proprietário tenha cumprido a obrigação de parcelamento, edificação ou utilização,

o Município poderá proceder à desapropriação do imóvel, com pagamento em títulos da dívida pública. (Estatuto da Cidade, 2001).

Cabe registrar, mais uma vez, o papel central dos Planos Diretores municipais no estabelecimento dos critérios para o cumprimento da função social da propriedade imobiliária urbana. E, destacar, também, que este processo permanece lento, sem nenhuma desapropriação realizada no país inteiro, 36 (trinta e seis) anos após a promulgação da Constituição Federal⁷.

O próprio IPTU progressivo no tempo, fase anterior à desapropriação, ainda é aplicado por poucos municípios brasileiros até o momento (Denaldi et al., 2017)⁸.

“Pressões no campo político e mercadológico” são os fatores principais apontados por Bazzoli (2022, p. 100) para a não aplicação dos instrumentos do Estatuto da Cidade, “especialmente os relacionados às penalizações pelo descumprimento da função social da propriedade e os relativos ao fomento da regularização fundiária urbana”.

Obrigatório para municípios com mais de 20.000 (vinte mil habitantes), o Plano Diretor, aprovado pela Câmara Municipal, é o instrumento básico da política de desenvolvimento e de expansão urbana (CF/88, art. 182, § 1º). Sua obrigatoriedade de elaboração foi alargada por força do artigo 41 Estatuto da Cidade (2001)⁹.

⁷ Cabe registrar que no ano de 2024, o Município de São Paulo realizou desapropriação após a aplicação do IPTU progressivo para imóveis que não cumpriam sua função social. No entanto, o pagamento não se deu por meio de títulos da dívida pública, mas será feito por meio de hasta pública, inovação do atual Plano Diretor de São Paulo. Vide Decreto regulamentador: https://diariooficial.prefeitura.sp.gov.br/md_publi_visualizar.php?wxvhcolizQQRXNODF2DhzguLPRdqdZVUq-h_ZSTsk3rJyLtmuwtLsdMjNNJq9uWgjPEzGBCXLzTzdqUqTWWkc-3353Mj6RdXr1I5OeGecutErcUoUzRHDil9Pd4Zc

⁸ Sobre a aplicação do PEUC e IPTU progressivo no tempo, vide pesquisa realizada até o ano de 2014, em (Denaldi et al., 2017) [<https://www.scielo.br/j/urbe/a/53jR6hSRpxT378PTHk7pGbx/?format=pdf&lang=pt>]

⁹ Estatuto da Cidade.

Art. 41. O plano diretor é obrigatório para cidades:

- com mais de vinte mil habitantes;
- integrantes de regiões metropolitanas e aglomerações urbanas;

Ao longo dos 23 (vinte e três) anos de vigência do Estatuto da Cidade, a grande maioria dos municípios obrigados a elaborar seu Plano Diretor já cumpriu com essa tarefa.

No entanto, sua efetividade ainda é posta em xeque, na medida em que seus instrumentos não adquiriram plena eficácia nos locais onde estão vigentes. Os motivos são diversos: (i) falta de interesse político, (ii) falta de pessoal técnico qualificado para colocar em prática, (iii) planos mal elaborados, (iv) ausência de recursos financeiros, dentre outros.

Além da previsão expressa acerca da função social inserida no Estatuto da Cidade, outras normas jurídicas brasileiras apontam a necessidade de adequação da propriedade ao interesse coletivo.

A própria Constituição Federal de 1988, em diversos momento trata da propriedade, procurando conformá-la com sua função social. São exemplos os artigos 170, II e III; 5º XXIII; 182¹⁰ etc.

No âmbito infraconstitucional, diversas matérias apontam neste sentido, podendo serem citadas como exemplo: (i) desapropriação, (ii) proteção ambiental, (iii) mudanças climáticas.

-
- onde o Poder Público municipal pretenda utilizar os instrumentos previstos no § 4º do art. 182 da Constituição Federal;
 - integrantes de áreas de especial interesse turístico;
 - inseridas na área de influência de empreendimentos ou atividades com significativo impacto ambiental de âmbito regional ou nacional.
 - incluídas no cadastro nacional de Municípios com áreas suscetíveis à ocorrência de deslizamentos de grande impacto, inundações bruscas ou processos geológicos ou hidrológicos correlatos. (Incluído pela Lei nº 12.608, de 2012)

10 BRASIL. Constituição Federal (1988).

Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

II – propriedade privada

III – função social da propriedade

Art. 5º - ...

XXII – a propriedade atenderá a sua função social.

Art. 182 – A política de desenvolvimento urbano, executada pelo Poder Público municipal, conforme diretrizes gerais fixadas em lei, tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento das funções sociais da cidade e garantir o bem-estar de seus habitantes.

§ 2º – A propriedade urbana cumpre sua função social quando atende às exigências fundamentais de ordenação da cidade expressas no plano diretor.

O instituto da desapropriação tem longa história no sistema jurídico brasileiro, como o Decreto-lei 3.365/1941 (1941), que regula as hipóteses de utilidade pública¹¹.

No campo de proteção ambiental, cabe destacar o Código Florestal, Lei nº 12.651/2012 (2012), em especial as APPs – Áreas de Preservação Permanentes (Lei nº 12.651, 2012).

Art. 3º Para os efeitos desta Lei, entende-se por:

[...]

II - Área de Preservação Permanente - APP: área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas;

Trata-se de área onde não se pode edificar, ou é possível realizar intervenções de maneira controlada.

Em relação às mudanças climáticas, tema que tardivamente tem chamado a atenção de legisladores e administradores, a forma de realização das atividades produtivas, dentre as quais a utilização da

¹¹ Art. 5º Consideram-se casos de utilidade pública:

[...]

o socorro público em caso de calamidade;

a salubridade pública;

a criação e melhoramento de centros de população, seu abastecimento regular de meios de subsistência;

o aproveitamento industrial das minas e das jazidas minerais, das águas e da energia hidráulica; a assistência pública, as obras de higiene e de coração, casas de saúde, clínicas, estações de clima e fontes medicinais;

[...]

a abertura, conservação e melhoramento de vias ou logradouros públicos; a execução de planos de urbanização; o parcelamento do solo, com ou sem edificação, para sua melhor utilização econômica, higiênica ou estética; a construção ou ampliação de distritos industriais; (Redação dada pela Lei nº 9.785, de 1999)

o funcionamento dos meios de transporte coletivo;

a preservação e conservação dos monumentos históricos e artísticos, isolados ou integrados em conjuntos urbanos ou rurais, bem como as medidas necessárias a manter-lhes e realçar-lhes os aspectos mais valiosos ou característicos e, ainda, a proteção de paisagens e locais particularmente dotados pela natureza;

[...]

propriedade imobiliária urbana, devem seguir algumas diretrizes, como as previstas na Lei nº 12.187/2019, que Institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima – PNMC (Lei nº 12.187, 2019):

Art. 4º. A Política Nacional sobre Mudança do Clima - PNMC visará:

VI - à preservação, à conservação e à recuperação dos recursos ambientais, com particular atenção aos grandes biomas naturais tidos como Patrimônio Nacional;

VII - à consolidação e à expansão das áreas legalmente protegidas e ao incentivo aos reflorestamentos e à recomposição da cobertura vegetal em áreas degradadas.

Demais legislações e atos infralegais integram o sistema jurídico brasileiro no que se refere à função social da propriedade imobiliária urbana, não havendo que se falar em déficit legislativo nesta matéria, cabendo principalmente aos Municípios tornar efetivo o comando constitucional.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

A disputa acerca do conteúdo do direito de propriedade é tema que perpassa gerações, sendo este conteúdo variável de acordo com que cada sociedade da época entende como adequada.

Desde liberdades quase absolutas para se fazer o que quiser com bens móveis e imóveis, até um forte controle sobre o exercício desta propriedade em relação à coletividade.

Neste trabalho, procurou-se analisar o estado atual do comando constitucional acerca do direito de propriedade imobiliária urbana, passando pelos momentos históricos em que houve alguma regulação sobre a propriedade imobiliária em geral, e apontando que, apesar de haver previsões de compatibilização do interesse individual com o interesse coletivo, o Estado Brasileiro em muitos momentos

se mostrou titubeante, para não dizer conivente, na execução de alguma função social desta propriedade.

Após um lamentável período de ditadura militar que durou mais de 20 (vinte) anos – 1964/1985, o contexto social e política da época permitiu que fossem retomados os ideais pela reforma urbana, que dentre outras pautas, reivindicava um compromisso social por parte dos proprietários de bens imóveis.

A função social, é, portanto, uma legitimadora de qualquer propriedade, conforme determina a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.

Ser proprietário de qualquer bem só será legitimado e tutelado pela sociedade brasileira se ela estiver cumprindo com sua função social, se ela estiver contribuindo com o bem-estar da coletividade.

Esta formadora do conteúdo da propriedade, no caso ora em tela, da propriedade imobiliária urbana, terá sua densificação legislativa por meio das normas jurídicas, principalmente dos Municípios, que definirão, em seu Planos Diretores, quando estas propriedades não estão cumprindo o comando constitucional, portanto, passíveis de sanção, como determina a própria Constituição.

Um conjunto de normas jurídicas se alinha com esta determinação, fazendo com que o palco para sua efetiva implementação se dê no confronto de ideias no momento se se aplicar as normativas previstas. Se por um lado ainda há setores que pugnam pela maior liberdade possível na utilização da propriedade imobiliária, tendo com ela uma relação meramente de troca, por outro, setores entendem que deve prevalecer seu valor de uso. A terra é o que ela pode proporcionar de bem para a coletividade.

Como bem relembra Bassul (2002), ao transcrever Rousseau (1754/2001) nos seguintes termos:

O primeiro que, tendo cercado um terreno, se lembrou de dizer: Isto é meu, e encontrou pessoas

bastante simples para o acreditar, foi o verdadeiro fundador da sociedade civil. Quantos crimes, guerras, assassinios, misérias e horrores não teria poupado ao gênero humano aquele que, arrancando as estacas ou tapando os buracos, tivesse gritado aos seus semelhantes: “Livrareis-vos de escutar esse impostor; estareis perdidos se esquecerdes que os frutos são de todos, e a terra de ninguém!” (p. 91).

A Constituição está aí. Cabe efetivá-la. Para todos.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Amaral, F. (2009) A propriedade no Brasil Colônia, Império e no Código Civil De 1916. In WACHOWICZ, M & MATIAS, J. L. N.. Estudos de Direito de Propriedade e Meio Ambiente. Fundação Boiteux.

Assembleia Nacional Constituinte. (1987-1988). [https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/fundo-assembleia-nacional-constituinte/1-area-de-identificacao](https://www2.camara.leg.br/atividade-legislativa/legislacao/Constituicoes_Brasileiras/constituicao-cidada/publicacoes/fundo-assembleia-nacional-constituinte/1-area-de-identificacao)

Bassul, J. R. (2002). Reforma urbana e Estatuto da Cidade. EURE (Santiago), 28(84), 133-144. [<https://dx.doi.org/10.4067/S0250-71612002008400008>] (<https://dx.doi.org/10.4067/S0250-71612002008400008>)

Bazzoli, J. A. (2022). Os 20 anos do Estatuto da Cidade. Revista Brasileira de Direito Urbanístico|RBDU. 8(14), 83-102. [<https://biblioteca.ibdu.org.br/index.php/direitourbanistico/article/view/286>] (<https://biblioteca.ibdu.org.br/index.php/direitourbanistico/article/view/286>)

Choay, F. (1999). Le règne de l'urbain et la mort de la ville. La Ville, art et architecture en Europe, 1870-1993. E. B. KAVAKAMA Trad. Proj História 18. 67-89

Constituição da República Federativa do Brasil, de 5 de outubro de 1988. (1988). Assembleia Constituinte. [https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm](https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm)

Constituição de Weimer, de 11 de agosto de 1919. (1919). Assembleia Nacional. <https://www.verfassungen.de/de19-33/verf19-i.htm>

Decreto nº 63.488, de 11 de junho de 2024. (2024). Regulamenta a desapropriação por hasta pública no Município de São Paulo, nos termos dos artigos 99-A e seguintes da Lei nº 16.050, de 31 de julho de 2014 – Plano Diretor Estratégico, artigos 67 e seguintes da Lei nº 17.734, de 11 de janeiro de 2022, que dispõe sobre os procedimentos aplicáveis à Regularização Fundiária e artigos 47 e seguintes da Lei nº 17.844, de 14 de setembro de 2022, que aprova o Projeto de Intervenção Urbana Setor Central – PIU-SCE. Câmara Municipal de São Paulo. [https://diariooficial.prefeitura.sp.gov.br/md_epubli_visualizar.php?wxvhcolizQQRXNODF2DhzguL-PRdqdzVkUq-h_ZStsk3r2JyLtmuwtal5dMjNNJq9uWgjPEzGBCXLzT-zdqUqTWWkc-3353MJ6RdXr1I5OeGecutErcUoUzRHdil9Pd4Zc](https://diariooficial.prefeitura.sp.gov.br/md_epubli_visualizar.php?wxvhcolizQQRXNODF2DhzguL-PRdqdzVkUq-h_ZStsk3r2JyLtmuwtal5dMjNNJq9uWgjPEzGBCXLzT-zdqUqTWWkc-3353MJ6RdXr1I5OeGecutErcUoUzRHdil9Pd4Zc)

Denaldi, R., Brajato, D., Souza, C. V. C. & Frota, H. B. (2017). A aplicação do Parcelamento, Edificação ou Utilização Compulsórios (PEUC). urbe. Revista Brasileira de Gestão Urbana (Brazilian Journal of Urban Management), 9(2), 172-186. [<https://www.scielo.br/j/urbe/a/53jR6hSRpx-T378PTHk7pGbx/?format=pdf&lang=pt>](<https://www.scielo.br/j/urbe/a/53jR6hSRpxT378PTHk7pGbx/?format=pdf&lang=pt>)

Emenda Constitucional nº 26, de 27 de novembro de 1985. (1985). Congresso Nacional. [https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/]

emendas/emc_anterior1988/emc26-85.htm][https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc_anterior1988/emc26-85.htm]

Fernandes, E. (2006). Do código civil ao estatuto da cidade: algumas notas sobre a trajetória do direito urbanístico no Brasil. In FERNANDES, E. Questões anteriores ao Direito Urbanístico. PUC Minas Virtual.

Giorgianni, M. (1998). O direito privado e as suas atuais fronteiras. M. C. Cicco Trad. RT/Fasc. Civ., 747. 35-55. [<https://hdl.handle.net/20.500.12178/113769>] (<https://hdl.handle.net/20.500.12178/113769>)

Koury, A. P. (2013). A política urbana e a questão social: Quitandinha, o que restou? Arquitectos. Vitruvius 14(159.03). [<https://vitruvius.com.br/revistas/read/arquitectos/14.159/4846>] (<https://vitruvius.com.br/revistas/read/arquitectos/14.159/4846>)

Lei nº 601, de 18 de setembro de 1850. (1850). Dispõe sobre as terras devolutas do Império. Assembléa Geral. [https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lo601-1850.htm] (https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/lo601-1850.htm)

Lei nº 10.257, de 10 de julho de 2001. (2001). Regulamenta os arts. 182 e 183 da Constituição Federal, estabelece diretrizes gerais da política urbana e dá outras providências. Congresso Nacional. [https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm] (https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/leis_2001/l10257.htm)

Mendes, J. S. R. (2009). Desígnios da Lei de Terras: imigração, escravismo e propriedade fundiária no Brasil Império. CADERNO CRH, 22(55), 173-184. [<https://www.scielo.br/j/ccrh/a/fvpY6tWSVqx5FcHNL4Dcxft/#>] (<https://www.scielo.br/j/ccrh/a/fvpY6tWSVqx5FcHNL4Dcxft/#>)

Moraes, M. C. B. (2000). Constituição e direito civil: tendências. RT, 89(779), 46-63.

Motta, M. M. (1998). Sesmeiros e Posseiros nas Malhas da Lei (um Estudo sobre os Debates Parlamentares acerca do Projeto de Lei de Terras – 1843/1850). *Raízes: Revista De Ciências Sociais E Econômicas*, (18), 102–110. <https://doi.org/10.37370/raizes.1998.v.147>.

Smolka, M. O. (1987). O capital incorporador e seus movimentos de valorização. *Cadernos PUR/UFRJ*, II(1), 41-78. [https://ippur.com.br/wp-content/uploads/2016/05/CI_Ano_II_n1_jan-abr_1987.compressed.pdf] (https://ippur.com.br/wp-content/uploads/2016/05/CI_Ano_II_n1_jan-abr_1987.compressed.pdf)

Reyes, M. I. P. (2019). Revisitando a Haussmann: reformas urbanas que promueven, más que impiden, la guerra de las calles. *Revista Diseño Urbano & Paisaje - DU&P*, 35, 34-35. [https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/176419/Revisitando_a_Haussmann.pdf.pdf?sequence=1&isAllowed=y](https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/176419/Revisitando_a_Haussmann.pdf.pdf?sequence=1&isAllowed=y)

ROUSSEAU, J. J. (2001). Discurso sobre A Origem da desigualdade. M. L. de MOURA Trad. Ed. Ridendo Castigat Mores. (Trabalho original publicado em 1754). <http://www.ebooksbrasil.org/adobeebook/desigualdade.pdf>

Silva, J. C. J. (2011). Análise histórica das Constituições brasileiras. *Ponto-e-vírgula*, 10, 217-244. <https://revistas.pucsp.br/pontoevirgula/article/viewFile/13910/10234%3E>

Tepedino, G. (2001). Temas de direito civil. Renovar.

Capítulo 17

Lobby a Partir de uma Perspectiva Jurídica no Peru e Brasil

Patrícia Gasparro Sevilha

Marcos Antonio Striquer Soares

James Carlos Fernández Salguero

INTRODUÇÃO

Nas sociedades democráticas busca-se proteger o pluralismo, isto é, garantir que diferentes visões de mundo e diversos centros de interesse coexistam de maneira harmônica e organizada. Este equilíbrio tão desejado necessita considerar a complexidade desses interesses e, mais ainda, proporcionar os meios e canais mais transparentes, éticos e de amplo alcance possíveis, para que a pressão privada exercida sobre os centros decisórios seja legítima, combatendo e evitando a cooptação do Estado por segmentos clientelistas e por práticas corruptas.

O lobby, prática de influenciar decisões políticas por meio de interações com autoridades e legisladores, é um tema de grande

relevância, sobretudo nas democracias emergentes da América Latina. Embora, de modo geral, a opinião pública tenha uma percepção bastante equivocada sobre o lobby, já que muitas vezes o equipara à corrupção ou, no outro extremo da compreensão, o considera uma fórmula mágica para combater a corrupção, na verdade pode ser um mecanismo importante para dar visibilidade às demandas privadas, trazendo-as à luz do conhecimento público, fomentando uma maior participação de segmentos interessados e especializados junto às autoridades públicas que possam intervir em políticas públicas ou na elaboração de leis que afetam essas mesmas demandas.

Deste modo, o lobby pode ser visto como um bom termômetro para o desenvolvimento democrático de um país. Essa proposição se justifica porque, para o exercício do lobby, não se necessita apenas de previsão normativa (que pode tornar-se letra morta dependendo de sua coercibilidade e viabilidade), mas também se requer um quadro completo de governança que lhe dê executabilidade e efetividade, favorecendo o fortalecimento de uma cultura de transparência e responsabilidade social. Não obstante, o lobby ainda permite que a sociedade civil como um todo seja ouvida, não lhe conferindo o tradicional papel secundário de representados, mas atribuindo-lhe um papel de agente ativo na formulação de opiniões e na tomada de decisões pelo Estado.

Por essa razão, este estudo propõe uma análise do cenário do lobby a partir da legislação peruana (Lei nº 28024), a primeira legislação desse tipo em toda a América do Sul, destacando sua importância, os desafios em sua elaboração e os impactos no processo político. Além disso, busca apontar possíveis lacunas normativas e falhas na implementação dos mecanismos previstos nela. Com essa análise pretende-se que a experiência da legislação sobre gestão de interesses no Peru permita ao ordenamento brasileiro construir uma normativa eficiente e eficaz sobre o lobby.

Este estudo se justifica pela importância de compreender como o lobby influencia o processo político, especialmente em um contexto de desafios democráticos e corrupção. A análise dessas práticas pode contribuir para o fortalecimento das instituições democráticas e para a promoção da transparência e integridade no ambiente político da região.

Para alcançar os objetivos propostos, será realizada uma revisão bibliográfica exaustiva sobre o tema do lobby no Peru, analisando estudos acadêmicos, relatórios de organizações internacionais e fontes da mídia.

Espera-se que este estudo proporcione reflexões pontuais sobre o papel do lobby na região latino-americana e, mais especificamente, como a experiência peruana pode fornecer diretrizes para a construção de uma legislação sobre este tema em solo brasileiro, destacando a importância da regulamentação e da transparência nesse processo. Os resultados obtidos poderão contribuir para o debate público e para a implementação de uma legislação específica sobre o lobby no Brasil, fomentando a participação de grupos cujos interesses legítimos possam resultar em políticas que promovam uma cultura de integridade e responsabilidade no ambiente político brasileiro.

1 O QUE É O LOBBYING?

O termo “lobby” frequentemente carrega uma conotação negativa amplamente difundida pelos meios de comunicação e pela falta de compreensão do público em geral sobre suas práticas e propósitos. Segundo Laboutková e Vymětal (2018, p. 166), os meios de comunicação desempenham um papel significativo na perpetuação dessa percepção negativa, contribuindo para uma visão distorcida das atividades de lobby. Essa distorção, como aponta Galer (2016, p. 2), é alimentada pelo uso pejorativo da palavra “lobby” na mídia e no

debate político, muitas vezes associada erroneamente à corrupção ou a atividades ilícitas.

Um ponto importante a ser compreendido é que o lobby é um mecanismo legítimo de representação de interesses perante o poder público. Como destaca Sierralta Ríos (2005, p. 344), diferentes regiões do mundo possuem suas próprias denominações para esse fenômeno, mas, essencialmente, trata-se da influência exercida por grupos de interesse sobre as decisões governamentais. Entretanto, a falta de uma regulamentação adequada pode gerar desconfiança e alimentar a percepção negativa sobre o lobby.

O lobby implica uma representação especializada e técnica, em contraste com a representação mais geral proporcionada pelos políticos eleitos. O lobista, apesar de representar interesses específicos, possui conhecimento especializado e técnico, muitas vezes essencial para influenciar a elaboração de leis e regulamentos administrativos (Graziano, 1996, p. 5).

A necessidade de regulamentar o lobby é reconhecida internacionalmente como uma medida importante para promover a transparência e a integridade no processo político. Contudo, na América Latina, como observa Galer (2016, p. 10-11), o enfoque principal frequentemente recai sobre o combate à corrupção, buscando restaurar a confiança na governança e no sistema político. No contexto brasileiro, o debate sobre a regulamentação do lobby ganha relevância, especialmente considerando o histórico de corrupção e a necessidade de fortalecer as instituições democráticas.

Esparcia Castillo (2011, p. 31) destaca as tentativas de regulamentação nos Estados Unidos, como o Federal Regulation of Lobbying Act e o Lobbying Disclosure Act, que visam aumentar a transparência e responsabilizar os grupos de pressão por suas atividades. Entretanto, como ressalta Galer (2016, p. 10), em democracias emergentes como o Brasil, a ausência de uma estrutura formal de lobby e de um marco

regulatório eficaz frequentemente resulta em atividades informais e redes obscuras de influência. O legado autoritário do país também influencia essa dinâmica, com grupos de poder extraoficiais exercendo influência desproporcional sobre as decisões políticas.

Desse modo, é importante reconhecer que a gestão profissional e transparente dos interesses, quando devidamente regulamentada, pode contribuir para a formulação de políticas públicas mais eficazes (Galer, 2016, p. 10). No entanto, para atingir esse objetivo, é necessário superar os desafios históricos e institucionais que moldam o cenário político latino-americano, garantindo que o lobby seja percebido e praticado como uma atividade legítima e benéfica para a democracia.

A regulamentação do lobby deve buscar um equilíbrio entre a promoção da transparência e a proteção dos direitos de representação dos diversos interesses da sociedade, buscando fortalecer as instituições democráticas e reconstruir a confiança dos cidadãos no processo político.

1.1 Ato envolvidos no lobby e disputas de interesses

A atividade de lobby é um recurso de grande valor no contexto do sistema democrático, pois oferece um espaço para a resolução de conflitos entre diferentes e legítimos pontos de vista, estabelecendo um sistema de “freios e contrapesos” que possibilita a competição entre grupos de interesse. Além disso, fornece informações, análises e opiniões a legisladores e líderes governamentais, permitindo uma tomada de decisão informada e equilibrada.

De modo geral, há uma ampla gama de possíveis atores envolvidos no lobby, que, resumidamente, são: i) Empresas e corporações, que buscam influenciar políticas e regulamentos que afetam seus interesses comerciais e financeiros; ii) Grupos de interesse, ou seja, organizações que representam uma determinada causa, setor da economia ou grupo social, buscando promover seus interesses

perante os tomadores de decisão; iii) Lobistas profissionais, que podem ser indivíduos ou empresas especializadas na representação de interesses de terceiros junto a autoridades públicas, utilizando estratégias e conhecimentos específicos para influenciar políticas e decisões governamentais; iv) Funcionários públicos, que são os alvos das atividades de lobby, recebendo informações e pressões de diferentes grupos e interesses; e v) Políticos e legisladores, que são influenciados pelas atividades de lobby ao tomarem decisões e elaborarem leis que podem beneficiar ou prejudicar determinados grupos ou setores.

De acordo com a Lei 28024 do Peru (artigo 8), no processo de lobby há dois participantes principais: o lobista, que é o agente ativo ou “gestor de interesses”, e a pessoa ou entidade sujeita à influência do lobby, referida na legislação como “funcionário com capacidade de decisão pública”. No primeiro caso, qualquer pessoa física ou jurídica pode desempenhar esse papel sem necessidade de requisitos específicos, bastando estar registrada conforme exigido. Esses gestores podem ser divididos em duas categorias: aqueles que representam seus próprios interesses e aqueles que atuam em nome de terceiros, denominados “gestores profissionais” (Sierralta Ríos, 2005, p. 393).

Galer (2016, p. 24) identifica sistematicamente e com base na legislação peruana três tipos de atores no modelo de lobby peruano: i) atores primários, que são as partes diretamente envolvidas na gestão de interesses; ii) atores secundários, que são aqueles que apenas participam exercendo influência sobre um ou ambos os atores primários; e iii) atores de supervisão, monitoramento, regulação ou fiscalização.

Quanto à gestão da disputa de interesses, é importante destacar que o contexto em que se desenvolve não é um ambiente de caos total nem ilimitado, como ensina Mujica (2014, p. 44-45), mas sim um espaço onde ocorrem disputas políticas e de interesses varia-

dos, definido por limitações específicas que influenciam tanto as competências entre diferentes grupos como as responsabilidades dos gestores desses interesses (Mujica, 2014, p. 44-45). Essas restrições são determinadas por vários fatores (Mujica, 2014, p. 44-45), como: i) A cobertura da mídia sobre questões públicas, que pode diluir o lobby político e econômico quando certos temas ganham destaque nos meios de comunicação; ii) As prioridades do Governo, que podem restringir a influência do lobby privado em favor dos interesses especializados de diferentes setores governamentais; iii) Os interesses da sociedade civil, que incluem uma variedade de organizações não governamentais (locais e internacionais), agências de cooperação internacional, instituições religiosas, sindicatos, associações profissionais e meios de comunicação, todos com suas agendas específicas, visto que esses grupos possuem conhecimento especializado em certos temas e contam com recursos para manter esses temas em evidência tanto na mídia quanto nas discussões políticas; e iv) As ambições de corporações e empresas privadas, que também buscam influenciar as decisões políticas e regulatórias a seu favor.

Todos esses elementos juntos criam um quadro de disputa e influência onde diferentes atores competem e colaboram para moldar políticas e decisões dentro de um sistema que está estruturado por limites claros de atuação e influência.

1.2 El fenómeno corruptivo

La corrupción política es un fenómeno multifacético que permea las estructuras de poder en diversas sociedades alrededor del mundo. Chris Edwards (2006, p. 1) oferece uma definição ampla de corrupção política como uma prática que ocorre quando legisladores e burocratas utilizam seu poder discricionário sobre orçamentos, regulações, aquisições e tributação para beneficiar a si mesmos e a

interesses privados, enquanto subvertem o bem-estar geral. Estes agentes públicos são motivados por subornos, contribuições de campanha, oportunidades de investimento favoráveis, promessas de emprego para si mesmos e membros da família e outras formas de compensação.

No entanto, a perspectiva que limita as discussões sobre corrupção apenas aos assuntos de interesse público é desafiada por vários estudiosos e instituições. Esses críticos argumentam que a corrupção não deve ser vista exclusivamente no contexto público, mas também no privado, segundo Poeschl e Ribeiro (2010, p. 421). Respondendo a essa crítica, uma definição mais inclusiva foi formulada por Robert Klitgaard, que propõe que a corrupção pode ser entendida como a soma de monopólio e discricionariedade menos a responsabilidade (Afonso, 2015, p. 1320).

Klitgaard (1998, p. 4) enfatiza através de sua fórmula ($C = M + D - A$) que, independentemente do setor - seja público, privado ou sem fins lucrativos - a corrupção (C) tende a surgir quando um indivíduo ou organização detém o monopólio (M) sobre um recurso ou serviço determinado, possui liberdade para tomar decisões (D) e não está sujeito a mecanismos eficazes de prestação de contas – accountability (A) (Klitgaard, 1998, p. 4).

No contexto de transições para democracias pluralistas, as instituições estatais frequentemente são submetidas a uma intensa exposição pública, o que favorece mais revelações de corrupção generalizada dentro do governo. Isso foi especialmente evidente durante a transição do comunismo para a democracia na Europa Oriental no início da década de 1990 (Hrebenar, McBeth e Morgan, 2008). Da mesma forma, na América Latina durante as etapas iniciais da transição democrática, houve uma percepção generalizada de que os sistemas democráticos eram mais corruptos do que os regimes autoritários anteriores (Santos Costa, 2012, p. 380). Nesse período, até o aumento da representação de interesses no governo,

indicativo da consolidação democrática, foi interpretado como um sinal de acesso privilegiado e corrupção disseminada (Greenwood e Thomas, 1998).

Galer (2016, p. 9-10) categoriza a corrupção política em diferentes tipos, cada um com suas próprias características distintivas: i) Corrupção ligada ao poder executivo: envolve o desvio ilegal de recursos públicos por governadores, líderes regionais, presidentes e ditadores; ii) Corrupção centrada nas Forças Armadas: frequentemente relacionada à compra de armamentos e equipamentos militares; iii) Corrupção derivada da gestão da dívida pública: tanto interna quanto externa, envolvendo manipulação ilegal de recursos destinados ao pagamento da dívida do Estado; iv) Subornos de empresários privados a funcionários públicos: ocorrem em troca de contratos, aquisições, obras públicas, fornecimento de serviços públicos, entre outros; e v) Corrupção de funcionários públicos vinculada a atividades ilícitas: como narcotráfico, contrabando, desmatamento ilegal e outras formas de crime organizado.

Essa diversidade de formas de corrupção política destaca a complexidade do fenômeno e a necessidade de abordagens integrais para combatê-lo. Além disso, revela as diferentes maneiras pelas quais agentes públicos e privados podem se envolver em práticas corruptas, prejudicando gravemente o desenvolvimento socioeconômico e político de uma nação.

Diante desse panorama, torna-se evidente que a luta contra a corrupção política requer não apenas medidas repressivas, mas também a promoção da transparência, da prestação de contas e da participação cívica. Para isso, as instituições democráticas devem ser fortalecidas, especialmente com o fomento de uma cultura de integridade e ética no serviço público e no setor privado.

Dessa forma, acreditar que a solução para combater a corrupção reside apenas na regulamentação do lobby, além de ser uma crença

ingênuas, revela uma inversão no fenômeno de causa e efeito, já que a gestão de interesses não seria a causa da diminuição da corrupção, mas um efeito de um conjunto de medidas necessárias para que o lobby se consolide como um meio de maior participação democrática e maior transparência na condução dos interesses.

A corrupção, precisamente por ser um fenômeno complexo e clandestino, apresenta diversos desafios quando se trata de medição e análise. Esses desafios são amplamente reconhecidos e contribuem para a dificuldade de compreender plenamente a extensão e a natureza da corrupção em diferentes contextos sociais, econômicos e culturais.

Um dos principais obstáculos na medição da corrupção é a dificuldade em identificar fontes confiáveis e imparciais. Como aponta Galer (2016, p. 19), a corrupção frequentemente ocorre de forma oculta, o que dificulta aos pesquisadores e analistas acessar dados precisos e completos sobre o fenômeno. Isso compromete a capacidade de quantificar e analisar adequadamente a corrupção em uma determinada sociedade.

Além disso, surge o problema da distinção entre corrupção efetiva e corrupção percebida. A corrupção percebida é comumente avaliada por meio de pesquisas de opinião pública, mas sua correlação com a corrupção real é imperfeita e evasiva. As percepções da população nem sempre correspondem à realidade da corrupção em uma sociedade, o que complica ainda mais os esforços para medir e compreender plenamente o fenômeno (Galer, 2016, p. 19-21).

Outro desafio significativo é o questionamento relativista em relação à análise da corrupção. Este questionamento sugere que o que se considera corrupto ou percebido como corrupto pode variar dependendo dos contextos históricos, sociais e culturais. Nesse sentido, o determinismo cultural também é questionado, argumentando que a realidade ou herança cultural não determina

necessariamente os níveis de corrupção em uma sociedade (Galer, 2016, p. 19-21).

No panorama de combate à corrupção, ainda deve-se considerar que medidas muito austeras podem trazer um verdadeiro efeito rebote, fomentando novas formas de escapar ao controle e à fiscalização, aumentando, assim, as razões pelas quais a lei não é cumprida.

Essas questões levantam desafios importantes para os pesquisadores, governos e organizações internacionais que buscam entender e combater a corrupção. A falta de consenso sobre como definir e medir a corrupção dificulta a formulação de políticas eficazes e a implementação de medidas preventivas, gerando uma maior pressão da sociedade civil por medidas eficazes e eficientes. Tal pressão acaba sendo atendida sob a forma de legislações de pouca executabilidade, seja porque pecam pelo excesso burocrático, porque não há uma fiscalização efetiva ou, finalmente, porque a base de uma cultura de integridade não acompanhou essa nova lei.

No entanto, é importante destacar que, embora seja um problema complexo, a corrupção pode diminuir muito se forem adotados enfoques multidisciplinares e contextualizados na análise da corrupção. Isso significa reconhecer a complexidade do fenômeno e levar em conta fatores históricos, sociais, econômicos e culturais que moldam as percepções e práticas de corrupção em diferentes contextos.

Além disso, o núcleo da questão é a necessidade de promover a transparência, fortalecer as instituições democráticas e fomentar uma cultura de integridade e prestação de contas em todos os níveis da sociedade. A educação cívica e a conscientização pública também desempenham um papel importante na luta contra a corrupção, capacitando os cidadãos para exigir responsabilidade e ética de seus líderes e instituições.

2 A REGULAÇÃO DO LOBBY

2.1 Estândares mínimos para um marco regulatório: Diretrizes da OCDE

A regulamentação eficaz das atividades de lobby é fundamental para promover a transparência, a integridade e a responsabilidade no processo político. A Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE, 2009) estabelece padrões mínimos para um marco regulatório que busca atender às demandas da sociedade civil, alinhadas ao contexto sociopolítico e administrativo, e consistentes com marcos regulatórios mais amplos.

O primeiro aspecto a considerar é o desenvolvimento de padrões e regras que levem em conta adequadamente as demandas da sociedade civil. Esses padrões devem estar alinhados ao contexto específico de cada país, considerando suas características sociopolíticas e administrativas. Além disso, o alcance do marco regulatório deve estar claramente definido, identificando os atores e atividades abrangidos, a fim de garantir sua eficácia e aplicação (OCDE, 2009, p. 22).

Um segundo ponto relevante é a necessidade de estabelecer padrões e procedimentos para a divulgação de informações-chave relacionadas à gestão de interesses. Isso inclui a divulgação da intenção por trás das atividades de lobby, os beneficiários envolvidos e os objetivos buscados. A transparência nesse processo é essencial para promover a prestação de contas e garantir que as práticas de lobby sejam realizadas de forma ética e responsável (OCDE, 2009, p. 23).

Além disso, devem ser criados padrões de conduta que possam ser implementados e que promovam uma cultura de integridade no lobby. Isso implica estabelecer diretrizes claras de comportamento para os profissionais de lobby, garantindo que suas atividades

sejam realizadas de acordo com princípios éticos e legais (OCDE, 2009, p. 23-24).

Por fim, é importante potencializar a eficácia da legislação ou regulamentação por meio de diversas estratégias e práticas que apoiem a implementação e garantam o cumprimento das normas regulatórias. Isso pode incluir o desenvolvimento de mecanismos de supervisão e fiscalização, bem como a promoção da cooperação entre as partes interessadas para assegurar o cumprimento das regras estabelecidas (OCDE, 2009, p. 30).

De forma sintética, conclui-se que os padrões mínimos para um marco regulatório eficaz do lobby devem incluir a consideração das demandas da sociedade civil, a transparência na divulgação de informações, a promoção de uma cultura de integridade e a implementação eficaz da legislação ou regulamentação. Ao seguir essas diretrizes da OCDE, os países podem fortalecer suas instituições democráticas e garantir um ambiente político mais transparente e responsável.

Mesmo procurando atender a todos os padrões fornecidos pela OCDE, a regulamentação da gestão de interesses precisa ser continuamente analisada para corrigir eventuais descompassos e distorções. Veja, por exemplo, os Estados Unidos, que têm lutado por mais de meio século para desenvolver um sistema eficaz de regulamentação da profissão de lobby que não sobrecarregue excessivamente o direito constitucional de petição ao governo (Holman & Luneburg, 2012, p. 76). Mesmo os países com maior tradição nesse tipo de regulamentação enfrentam dificuldades consideráveis. Ignorar essas variantes no processo de regulamentação de um país pode condenar ao fracasso uma tentativa de tal magnitude, daí a importância de preparar o marco de integridade e responsabilidade necessários.

2.2 Desafios na implementação de regulações sobre lobby na América Latina

A implementação eficaz de regras e regulamentos para governar o lobby enfrenta uma série de desafios, tanto específicos da região como inerentes à natureza do processo de regulamentação. Um dos principais, especialmente na América Latina, é a dificuldade em alcançar um amplo consenso sobre as medidas específicas a serem adotadas. Embora haja um reconhecimento geral da necessidade de regulamentar as atividades de lobby, é complicado chegar a um acordo sobre os detalhes e normas específicas a serem implementados devido à sensibilidade política do problema, sobretudo em relação aos dados que devem ser divulgados para proporcionar a transparência necessária ao lobby (OCDE, 2009, p. 57-58). Além disso, a falta de compreensão sobre as tensões entre os papéis positivos e negativos dos grupos de interesse em uma democracia liberal contribui para a complexidade do processo.

A associação frequente do lobby com a corrupção, como mencionado, gera uma percepção de que os interesses especiais são inerentemente ilegítimos, dificultando ainda mais os esforços para regulamentar sua atividade. Superar essa visão estigmatizada é um ponto importante a ser considerado, já que o lobby é uma parte intrínseca do funcionamento de uma democracia moderna, fornecendo informações valiosas e perspectivas para os debates de políticas públicas.

Além disso, o processo de regulamentação do lobby frequentemente implica uma tensão entre a busca por uma padronização global de suas práticas e o respeito aos pactos sociais locais enraizados nos sistemas políticos há décadas (OCDE, 2009, p. 43). Essa tensão reflete as complexidades culturais e históricas envolvidas na regulamentação do lobby e destaca a necessidade de abordagens flexíveis e contextualizadas.

Outro desafio enfrentado na América Latina é a falta de definição clara de escopos sobre o que se espera com a regulamentação do lobby, já que sua função foi reduzida unicamente a um instrumento de combate à corrupção, o que pode trazer frustrações em termos de obtenção de resultados no curto e médio prazo. Embora o principal objetivo da regulamentação do lobby na região seja combater a corrupção, é necessário um tempo considerável para avaliar adequadamente o impacto dessas medidas (Santos & Teixeira, 2012, p. 384). No entanto, a regulamentação do lobby por si só não é suficiente para combater eficazmente a corrupção e deve ser parte de uma abordagem mais ampla e abrangente para promover a integridade e a transparência no governo. Se esses enfoques não forem implementados em conjunto com a regulamentação do lobby, seu sucesso pode ser restringido.

Um exemplo ilustrativo das dificuldades na implementação da regulamentação do lobby é o caso do consumo de bebidas alcoólicas. Apesar das oscilações na política regulatória ao longo do tempo, os países convergiram em medidas práticas e exequíveis para regular o consumo de álcool, como a idade mínima para consumo, a proibição de dirigir sob influência de álcool e as restrições à publicidade voltada para menores de idade. Este exemplo destaca a importância da convergência gradual em políticas regulatórias complexas que frequentemente exigem tempo para se desenvolverem e serem aceitas pela sociedade (Galer, 2016, p. 20).

Outro desafio significativo na implementação da regulamentação do lobby é a complexidade dos modelos de gestão de interesses, que frequentemente envolvem múltiplas camadas de intermediários e obscurecem as relações entre grupos de interesse e tomadores de decisões. As estratégias de lobby que usam associações civis sem fins lucrativos e empresas como intermediárias dificultam a identificação clara das relações de influência, comprometendo assim a transparência necessária (Galer, 2016, p. 36).

Outra dificuldade frequentemente observada na regulamentação do lobby é a falta de delimitações conceituais claras, mais especificamente, quem seria considerado como interessado, qual seria o escopo das reuniões e contatos com membros do Estado, entre outros aspectos.

Por fim, existe a dificuldade de separar a ideia de uma gestão de interesses eficiente e eficaz do controle burocrático exacerbado. O modelo gerencial de Estado demanda uma maturidade institucional que nem sempre é verificada em países cujas tratativas para a regulamentação do lobby ainda são incipientes, de modo que acaba se fazendo uma correlação entre controle e fiscalização com o excesso burocrático. A consequência lógica de um sistema que prioriza excessivamente este modelo de controle é a dificuldade em fiscalizar o cumprimento de muitas obrigações acessórias e, até mesmo, obrigações principais, como o registro de lobistas, levando ao descumprimento reiterado da norma e ao seu esvaziamento.

2.3 Para que regular o lobby?

A regulação do lobby é amplamente reconhecida como um componente essencial para a boa governança. Esse processo de regulamentação abrange uma variedade de disposições destinadas a promover o acesso equitativo de grupos e interesses historicamente excluídos, além de abordar os preconceitos inerentes aos sistemas de lobby, como benefícios financeiros e outras vantagens de recursos corporativos. Ao mesmo tempo, busca-se aumentar a transparência no processo político (Santos & Costa, 2012, p. 385).

Na América Latina, o foco predominante em relação à regulação do lobby está fortemente centrado no combate à corrupção, com o objetivo de restaurar a confiança no governo e no sistema político como um todo. Esse foco no combate à corrupção reflete os desafios específicos enfrentados pela região, onde a corrupção é frequentemente

percebida como um problema sistêmico que mina a legitimidade das instituições públicas e prejudica a confiança dos cidadãos na eficácia do governo (Santos & Costa, 2012, p. 385).

Assim, as iniciativas de regulação do lobby na América Latina são motivadas pela necessidade de fortalecer as instituições democráticas e restaurar a confiança dos cidadãos no Estado de Direito. Isso implica não apenas a implementação de medidas específicas para regulamentar as atividades de lobby, mas também a promoção de uma cultura de transparência e responsabilidade no governo.

Entretanto, é importante reconhecer que a regulação do lobby, por si só, não é uma solução completa para o problema da corrupção. Embora seja um passo importante na direção certa, é necessário adotar uma abordagem multifacetada que aborde as causas subjacentes da corrupção, promovendo, consequentemente, uma cultura de integridade e ética no setor público.

Além disso, para que as iniciativas de regulação do lobby sejam implementadas de maneira eficaz e abrangente, é necessário considerar as nuances políticas, culturais e sociais de cada país que pretende regulamentá-lo. Isso exige um compromisso contínuo com a consulta pública, a participação da sociedade civil e a cooperação internacional para compartilhar melhores práticas e experiências, demandando, para tanto, uma transformação cultural na visão cívica, atribuindo-lhe um papel muito mais ativo.

Essa nova visão de maior protagonismo dos grupos de interesse e dos diversos atores que os compõem demanda um desenvolvimento político, institucional e normativo. Apenas o aparato de integridade que o lobby precisa para seu bom funcionamento já seria razão suficiente para justificar sua regulação, mas, se a esse benefício somarmos o fator de abertura de canais entre a sociedade civil e os representantes, observa-se que os benefícios em termos democráticos são demasiado vastos para serem ignorados.

3 O REGRAMENTO DA GESTÃO DE INTERESSES NO PERÚ E OS APRENDIZADOS OBTIDOS

3.1 Como funciona a lei de gestão de interesses no Peru

A Lei 28024, que regula a gestão de interesses no Peru, estabelece uma série de disposições e procedimentos destinados a promover a transparência e a integridade nas interações entre os atores do setor público e privado. Seu funcionamento detalhado pode ser compreendido através de suas diferentes cláusulas e regulamentações específicas.

Uma das características fundamentais da lei é o reconhecimento da distinção entre gestores de interesses que atuam em nome próprio e aqueles que representam terceiros. Essa distinção é importante para determinar o alcance das atividades e o nível de reporte exigido pela legislação. A lei estabelece padrões específicos para as interações entre gestores profissionais e representantes do Estado, exigindo documentação e relatórios detalhados sobre essas interações.

Os registros dessas interações devem ser devidamente assinados pelo funcionário público e pelo gestor de interesses, com cópias enviadas para registro e controle. Além disso, o descumprimento das disposições da lei pode resultar em uma série de sanções que variam desde advertências até multas significativas e suspensão de licenças. O poder sancionador é atribuído à máxima autoridade da entidade na qual trabalha o funcionário público e, em segunda instância, ao Tribunal Administrativo Especial, que possui uma composição de representantes dos três poderes.

3.2 Críticas à legislação peruana de gestão de interesses

A Lei 28024 que regula o lobby no Peru foi alvo de várias críticas desde sua promulgação. Em um contexto marcado pela percepção generalizada de corrupção e influência indevida, a lei surgiu como

uma medida extrema para lidar com essas questões, mas sua implementação enfrentou uma série de desafios.

Uma das críticas mais recorrentes à lei é a falta de fiscalização eficaz. Muitos argumentam que a ausência de um monitoramento adequado dificulta a aplicação efetiva das disposições da lei, resultando em uma falta de transparência e responsabilidade nas atividades de lobby. Além disso, há lacunas na regulamentação que permitem brechas para a influência indevida e a corrupção, especialmente na definição de lobista e na identificação de atividades de lobby.

Outra crítica comum refere-se às sanções previstas na lei, consideradas insuficientes para dissuadir comportamentos antiéticos ou ilegais por parte dos lobistas. Isso pode enfraquecer a eficácia da legislação como um todo e minar a confiança do público nas instituições governamentais.

A falta de transparência real também é uma preocupação. Embora a lei busque promover a transparência nas atividades de lobby, alguns argumentam que ela não garante uma divulgação completa e precisa dessas atividades, alimentando a desconfiança e especulações sobre possíveis influências indevidas.

Além disso, há preocupações sobre a influência excessiva de grupos de interesse poderosos em detrimento do interesse público mais amplo. Se os requisitos de divulgação são facilmente contornados ou se há falta de equilíbrio na representação de diferentes interesses, a legislação pode favorecer interesses particulares em detrimento do bem comum.

Outro desafio adicional é o excesso de burocracia associado à implementação da lei. Os procedimentos exigidos, como a assinatura de declarações e o envio de documentos, podem ser complicados e demorados, dificultando o cumprimento das exigências legais e desencorajando a participação de lobistas e funcionários públicos.

Mujica ainda destaca que o lobby, mais especificamente no Parlamento peruano, está marcado por dois problemas centrais: a ausência de mecanismos de controle sobre muitas áreas da agenda política (gerando diversas fissuras); e a ausência do ator racional central (partidos políticos) como barreira e filtro para as diversas formas de pressão e interesses em negociação. Assim, os interesses são gerados por meio de redes sociais pessoais, que são um dos suportes dos mecanismos de gestão de interesses e pressão política.

O lobby não pode ser uma estrutura paralela ao sistema político, mas sim penetrar ocasionalmente para pressionar por uma questão específica. Ele funciona como uma forma do sistema em que potencialmente todos os responsáveis podem ser gestores de interesses. Diferentemente do modelo dos lobistas americanos ou dos parlamentos europeus, não existe uma especialização temática, mas sim uma confluência conjuntural de necessidades de pressão e gestão de interesses e atores do cenário político com possibilidades de gerar pressão.

Apesar dessas críticas e desafios, a Lei 28024 também contém disposições destinadas a evitar conflitos de interesse e garantir uma regulamentação mais transparente e responsável do lobby. Por exemplo, há proibições específicas para que jornalistas e executivos de meios de comunicação atuem como lobistas registrados, visando evitar possíveis influências indevidas.

A regulamentação do lobby no Peru enfrenta uma série de desafios, desde a falta de fiscalização eficaz até lacunas na legislação e preocupações sobre transparência e influência indevida. Para superar esses desafios e garantir uma regulamentação eficaz da gestão de interesses, é necessário um compromisso contínuo com a revisão e o aprimoramento da legislação, bem como com a promoção de uma cultura de integridade e responsabilidade no setor público e privado.

3.3 Diretrizes de criação, execução e monitoramento da regulação do lobby no Brasil a partir do aprendizado com o Perú

A regulamentação do lobby, seja no Peru ou no Brasil, é um tema complexo e desafiador que requer uma abordagem cuidadosa e ampla. Nesse contexto, para alcançar algum sucesso, devem ser estabelecidas diretrizes claras para a criação, execução e monitoramento eficazes dessas regulações.

Primeiramente, é essencial que os sistemas pluralistas definam claramente seus objetivos em relação à regulamentação do lobby. Expectativas irrealistas podem levar ao fracasso percebido dessas disposições, portanto, é necessário estabelecer metas realistas e alcançáveis.

Considerando a dificuldade no Peru para a criação de um Tribunal Administrativo Especial para fiscalização e sanção, um caminho possível de implementação mais efetiva no Brasil seria substituí-lo por uma abordagem de sanção administrativa para servidores públicos que não cumpram com a comunicação de interações com lobistas. O registro dessas reuniões deve ser acessível ao público por meio de um portal web, seguindo o modelo da Lei de Transparência e Acesso à Informação Pública (Lei Federal nº 12.527/2011).

Recomenda-se incorporar na nova lei disposições que se comuniquem com outras legislações especiais como a Lei de Acesso à Informação, a Lei Geral de Proteção de Dados, a Lei de Improbidade Administrativa, a Lei Anticorrupção, a Lei de Combate à Lavagem de Dinheiro, a Lei de Responsabilidade Fiscal, o Estatuto do Servidor Público Federal, a Lei Eleitoral, entre outras. Isso permitirá um melhor delineamento do alcance da decisão pública a partir do qual se ativa a obrigação de reporte, garantindo um enfoque mais preciso e eficaz na divulgação de informações relevantes para o público.

A definição conceitual na norma é igualmente importante, pois o alcance da regulamentação do lobby pode ser amplo ou específico, dependendo de como se definem grupos de interesse, lobistas e

atividades de lobby. Uma definição equilibrada é fundamental para evitar excessos burocráticos e garantir a eficácia da regulamentação.

A existência de disposições de boa governança é crucial para promover uma cultura de ética nas atividades de lobby. Isso inclui transparência, responsabilidade e prestação de contas por parte de todos os envolvidos no processo de formulação de políticas. Atualmente, no Brasil, as disposições de governança no âmbito federal estão no Decreto nº 9.203/2017, o qual pode ser uma importante diretriz na elaboração de outras normas e até para códigos de conduta e conformidade de outras esferas da Administração Pública.

O envolvimento da sociedade civil é essencial para garantir a legitimidade e eficácia da regulamentação do lobby. Contudo, essa participação deve ser consciente de que uma regulamentação dessa natureza não pode atender aos chamados imediatos de controle de corrupção e seus escândalos. A regulamentação do lobby deve ser parte de uma estratégia mais ampla de combate à corrupção e ao tráfico de influências. Isso inclui o fortalecimento das instituições responsáveis pela aplicação da lei e pela promoção da integridade no setor público e privado.

Além da regulamentação inicial, é necessária a disposição para que a regulamentação do lobby seja vista como um processo contínuo de revisão e aperfeiçoamento. À medida que surgirem novos desafios e questões, é importante adaptar as regulações para garantir que permaneçam relevantes e eficazes ao longo do tempo.

A transparência e o acesso à informação são pilares fundamentais da regulamentação do lobby, demandando do governo meios que permitam aos cidadãos exercer o direito de saber quem está influenciando as políticas públicas e com quais interesses. A seleção dos dados que devem ser publicizados deve ser igualmente criteriosa, de modo a não resultar em excesso de informações sem sentido, correndo

até mesmo o risco de exposição de segredos industriais e autorais, nem insuficiente, ocultando do público informações relevantes.

Por fim, recomenda-se uniformizar a aplicação prática da lei para evitar interpretações equivocadas e isenções indevidas, trazendo insegurança jurídica em relação à regulamentação. O princípio da transparência no diálogo público-privado deve ser aplicado de maneira homogênea a qualquer profissão envolvida na representação de interesses perante os servidores públicos.

A experiência pioneira da legislação peruana aponta que as melhorias democráticas necessariamente passam pela regulamentação da gestão de interesses e que a arquitetura que o ordenamento jurídico confere pode render mais ou menos os resultados pretendidos dependendo de certas precauções que a prática já sinaliza. Ajustes, reajustes e uma constante construção sobre o direito de ser ouvido, de peticionar e de influenciar os tomadores de decisões não podem mais ficar nos bastidores reservados a elites. Além de antirrepublicano, é um forte indicativo da ocorrência de patologias políticas como o clientelismo, o fisiologismo e o coronelismo, verdadeiras ervas daninhas que devem ser extirpadas do campo democrático.

CONCLUSÃO

O lobby, especialmente na América Latina, é um tema complexo que se insere em uma série de variáveis (sociais, culturais, históricas, políticas, econômicas, jurídicas, etc.), contudo desempenha um papel significativo no processo político da região. Ao longo deste estudo, pudemos analisar a importância do lobby, os desafios enfrentados na sua regulamentação e os impactos que essa prática pode ter na formulação de políticas públicas.

O lobby é uma ferramenta legítima de representação de interesses, mas que exige transparência, integridade e responsabilidade para garantir sua legitimidade e eficácia. Não deve ser reduzido à concepção

equivocada de corrupção institucionalizada, nem desacreditado como o único salvador dos males corruptivos.

Embora o lobby seja uma prática intrínseca ao funcionamento democrático, a falta de regras claras e transparentes pode abrir espaço para abusos, corrupção e influências indevidas. A correta mensuração de quanto se vai regulamentar é tão importante quanto a decisão de regulamentar em si. O governo brasileiro deve trabalhar em parceria com a sociedade civil e organizações internacionais para desenvolver mecanismos eficazes de regulamentação do lobby, promovendo uma cultura de integridade e fortalecendo as instituições democráticas. Para o sucesso desse empreendimento, nosso país vizinho, Peru, já iniciou esse caminho e fornece elementos importantes para uma reflexão sobre o tema.

Frequentemente associado à corrupção e interesses obscuros, o lobby enfrenta desafios de legitimidade e aceitação por parte da sociedade, o que torna essencial um esforço conjunto para educar a população sobre a importância do lobby como um canal legítimo de representação de interesses e como instrumento para enriquecer o debate democrático. Uma base educacional cívica não apenas permitiria a compreensão correta do lobby, como também conscientizaria os cidadãos sobre seus papéis mais ativos na arena de debates.

Além disso, a análise dos desafios na implementação de regulamentações sobre lobby na região destacou a complexidade do processo: a dificuldade em alcançar consensos amplos, a falta de entendimento sobre os papéis dos grupos de interesse e a ausência de evidências claras sobre os impactos das regulamentações são questões que exigem atenção e aprofundamento. É necessário um esforço contínuo para superar esses obstáculos e desenvolver abordagens que se adaptem e promovam a transparência e a integridade no processo político conforme necessário.

Quanto aos resultados obtidos, este estudo buscou contribuir para o fomento ao debate sobre a regulamentação do lobby e suas implicações. A análise das práticas de lobby no Peru, juntamente com a revisão de estudos acadêmicos, buscou gerar um panorama que pudesse servir como base para futuras pesquisas, políticas públicas e iniciativas de regulamentação do lobby que visem fortalecer a governança democrática, mais especificamente no Brasil, a partir das lições aprendidas com a legislação peruana.

REFERÊNCIAS

- AFONSO, A. J.. Recuo ao cientificismo, paradoxos da transparência e corrupção em educação. **Educação e Pesquisa**, v. 41, n. spe, p. 1313–1326, dez. 2015.
- CASTILLO ESPARCIA, A. **Lobby and communication**. Lobbying as a communicative strategy. Zamora: Editorial Comunicación Social, 2011.
- EDWARDS C. 2006. **Reducing Federal Corruption. Tax and Budget Bulletin**. Cato Institute, Number 34. Washington D.C., USA.
- GALER, Nicolás Fernando Rodríguez. **Regulación de lobby en el Perú**: trayectoria pendular hacia una ley de gestión de intereses de segunda generación. 2016. 154 f. Trabalho de Investigación presentado para optar al Grado Académico de Magíster en Gestión Pública, Universidad del Pacífico, Lima, Perú, 2016.
- GRAZIANO, L.. O Lobby e o Interesse Público. **Revista Brasileira de Ciências Sociais**, v. 12, n. 35, fev. 1997.
- GREENWOOD J, THOMAS CS. An evaluation of lobby regulations and its lessons: the United States and Other liberal democracies. Entry 14.6. In.?THOMAS CS (ed.). **Research Guide to U.S. and International Interest Groups**. Praeger Publishers: Westport, Conn, 2004, p. 381–89.

HOLMAN, C., LUNEBURG, W. Lobbying and transparency: A comparative analysis of regulatory reform. **Int Groups Adv** 1, 75–104, mar. 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.1057/iga.2012.4>. Acesso em 21 mar. 2024.

HREBENAR RJ, MCBETH CH, MORGAN BB. 2008. Interests and lobbying in Lithuania; a spectrum of developments. **Journal of Public Affairs**, v. 8, n. 1-2, p. 51-65, fev. mai. 2008.

KLITGAARD, Robert. International cooperation against corruption. **Finance & Development**, v. 35, n. 1, p. 3-6, 1998. Disponível em: <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/1998/03/pdf/klitgaard.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2024.

LABOUTKOVÁ, Š., & VYMĚTAL, P. Key elements of transparent lobbying: Relevance of wider approach. **Pagrindiniai Skaidraus Lobizmo Elementai**: Platesnio požiūrio Svarba., 17(2), 165–176, 2018. Disponível em: <https://doi.org/10.13165/VPA-18-17-2-01>. Acesso em 20 mar. 2024.

MUJICA, J. El lobby en un escenario de agendas fragmentadas. Consideraciones sobre los mecanismos de gestión de intereses en el Parlamento peruano. **Revista de Ciencia Política y Gobierno**, v. 1, n. 1, p. 37-54, 20 abr. 2014.

ORGANIZAÇÃO PARA A COOPERAÇÃO E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO (OCDE). Lobbyists, Governments and Public Trust. Volume 1: Increasing Transparency Through Legislation. Paris: OCDE, 2009. 190 p.

POESCHL, Gabrielle; RIBEIRO, Raquel. Ancoragens e variações nas representações sociais da corrupção. **Análise Social**, Lisboa, v. 45, n. 196, p. 419-445, 2010.

SANTOS, Luiz Alberto dos; COSTA, Paulo Mauricio Teixeira da. The contribution of lobby regulation initiatives in addressing political corruption in Latin America. **Journal of Public Affairs**, [s.l.], v. 14, n. 3-4,

p. 379-391, 06 jan. 2012. Disponível em: <https://doi.org/10.1002/pa.432>. Acesso em: 22 mar. 2024.

SIERRALTA RIOS, A. El Lobby y las relaciones comerciales Internacionales. **International Law**: Revista Colombiana de Derecho Internacional, [S. l.], v. 3, n. 6, 2005. Disponível em: <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view/14044>. Acesso em: 24 mar. 2024.

Capítulo 18

Litígios Climáticos no Brasil em face da Responsabilidade Extracontratual Empresarial: (Des)Compromisso Democrático

Philippe Antônio Azeido Monteiro

Marlene Kempfer

Introdução

Amudança climática desponta como um dos maiores desafios globais atuais, exigindo transformações profundas nas esferas pública e privada e desafia o modelo tradicional de atuação empresarial, focado na maximização de lucros. O debate tem escopo nos impactos crescentes da crise climática: eventos extremos como secas, inundações e queimadas intensificam-se, evidenciando o custo social e ambiental da inação. Ao mesmo tempo, a ciência climática confirma que as atividades humanas, sobretudo a atividade industrial tradicional, a queima de combustíveis fósseis e o desmatamento, são grandes influências no aquecimento global, o

que suscita de responsabilizações diferenciadas e reforça a exigência de accountability (Heede, 2014).

Mecanismos de responsabilização jurídica tornam-se ferramentas cruciais para ajustar o comportamento dos atores econômicos às necessidades planetárias e à justiça intergeracional. A expressão responsabilidade extracontratual empresarial refere-se aqui ao dever jurídico das empresas de reparar danos causados a terceiros independentemente de vínculo contratual – notadamente no caso de danos difusos ao meio ambiente e ao clima. Assim, os litígios climáticos emergem como instrumento da sociedade para responsabilizar atores – incluindo empresas – pelos impactos adversos ao equilíbrio climático. Trata-se de ações judiciais movidas por cidadãos, organizações não governamentais ou entes públicos visando compelir agentes públicos e privados ao cumprimento de deveres climáticos ou à reparação de danos ambientais.

Coloca-se em pauta, portanto, o papel da empresa contemporânea: será que as empresas respeitam o pacto democrática social? A função social da empresa, princípio oriundo do ordenamento jurídico brasileiro, impõe que a atividade econômica empresarial atenda ao interesse coletivo, e não apenas aos interesses particulares de seus sócios. Tal princípio conecta-se à ideia de um compromisso democrático das empresas, isto é, a subordinação aos valores e objetivos coletivamente determinados pela sociedade por meio do processo político – dentre os quais a proteção do meio ambiente e das presentes e futuras gerações ocupa lugar de destaque. Responsabilizar empresas por danos climáticos também envolve, em última instância, questionar o equilíbrio entre o poder econômico e o poder democrático na definição dos rumos do desenvolvimento.

Analisa-se criticamente a interface entre esses conceitos, estruturando-se em cinco partes. Primeiro, discorre-se sobre a função social da empresa e seu embasamento jurídico-filosófico, abordando a evolução do conceito e sua relação com a responsabilidade

socioambiental corporativa. Investiga-se o “(des)compromisso democrático” empresarial, examinando até que ponto as corporações têm observado (ou violado) os pactos sociais e ambientais de nossa época. Na terceira parte, explora-se o fenômeno dos litígios climáticos no Brasil, apresentando sua ascensão, características e exemplos relevantes, especialmente no tocante à responsabilização extracontratual de empresas por danos climáticos. Na sequência, discutem-se os desafios enfrentados e propostas de aprimoramento normativo e institucional para efetivar a responsabilização climática empresarial, articulando conceitos de ética, governança e sustentabilidade. Por fim, na conclusão, sintetizam-se os principais argumentos, ressaltando a necessidade de um alinhamento efetivo entre atuação empresarial, proteção climática e compromisso democrático no contexto brasileiro.

1 Função Social da Empresa

A Função Social está diretamente relacionada ao integral cumprimento da legislação, em todos os níveis (municipal, estadual, nacional e internacional), e possui vinculação direta com o pacto democrático. O cumprimento dos dispositivos normativos é o mínimo esperado de qualquer organização ou agente que opere no mercado. Do ponto de vista jurídico, o conceito de empresa surgiu condicionado ao cumprimento de uma Função Social, ao fazer com que a atividade empresarial atenda não apenas ao interesse individual, mas também a interesses metaindividuais, atuando em prol da coletividade (Tomasevicius Filho, 2014, p.1-4).

A Função Social da empresa constitui o poder-dever aos administradores da empresa de harmonizarem as atividades da organização, segundo os interesses da sociedade, mediante a obediência dos deveres positivos e negativos expressos na lei (Tomasevicius Filho, 2010, p.6).

A Função Social da propriedade empresarial impõe ao gestor da organização o dever de exercício da propriedade em benefício da sociedade e não, apenas, de não o exercer em prejuízo dos outros. Essa é a distinção entre propriedade estática e propriedade dinâmica. Significa que a Função Social da propriedade atua como fonte de imposição de comportamentos positivos ao detentor do poder que deflui da propriedade (Grau, 2012, p.232-247).

Desde a Constituição Federal de 1988, a ordem econômica nacional assenta-se em fundamentos como a valorização do trabalho humano, a livre iniciativa e a função social da propriedade (art. 170, CF/88), tudo isso deve ser compatibilizado com a defesa do meio ambiente. No âmbito do direito privado, o Código Civil de 2002 reforçou essa diretriz ao consagrar a função social do contrato (art. 421) e da propriedade (art. 1.228, §1º), evidenciando a guinada do modelo jurídico tradicional para uma perspectiva mais solidária e inclusiva nas relações econômicas.

A função social da empresa implica, em termos práticos, que a busca por resultados econômicos não pode se dissociar do respeito a direitos de terceiros e do dever de não causar danos à coletividade. Mais do que isso, impõe-se uma atuação empresarial ativa em benefício da sociedade. Em outras palavras, cumprir a função social significa integrar objetivos de desenvolvimento sustentável, justiça social e preservação ambiental à gestão do negócio.

Sob a perspectiva ética, essa orientação jurídica reflete a expectativa de que as empresas ajam como “cidadãs corporativas” responsáveis. Adela Cortina (1994) observa que as empresas somente adquirem legitimidade social quando prestam serviços e produzem riqueza de modo condizente com as exigências da sociedade de seu tempo; se ignoram o que é eticamente exigido pela comunidade, perdem credibilidade e legitimidade (Cortina, 1994).

O reconhecimento da função social da empresa, portanto, alinha-se a uma visão de governança corporativa democrática, em que valores de transparência, equidade e accountability orientam a condução dos negócios. No âmbito prático, observa-se também a difusão de ferramentas de autorregulação corporativa, a exemplo dos Indicadores Ethos de Responsabilidade Social Empresarial e das métricas de desempenho ESG (ambiental, social e governança). Tais instrumentos voluntários buscam mensurar e publicizar o grau de compromisso das empresas com sua função social, incentivando a internalização de custos socioambientais que antes eram ignorados nos balanços financeiros. Embora não tenham força cogente, essas iniciativas corroboram a expectativa de que a ética e a sustentabilidade integrem a estratégia empresarial.

No contexto brasileiro, instrumentos legais já positivam deveres socioambientais às empresas. A Lei nº 6.938/1981 (Política Nacional do Meio Ambiente) e a própria Constituição (art. 225, §3º) consagram o princípio do “poluidor-pagador” e a responsabilidade objetiva por danos ambientais, reforçando que a liberdade de iniciativa econômica encontra limites nos custos sociais da degradação ambiental.

Desse modo, a função social da empresa dialoga diretamente com a noção de desenvolvimento sustentável, pressupondo uma conciliação entre eficiência econômica, justiça social e proteção ecológica. Novas tendências de mercado, como as empresas benéficas (benefit corporations) e os investimentos sustentáveis, indicam que uma parcela do setor privado busca voluntariamente alinhar lucro e propósito, incorporando metas socioambientais em seu objeto social e prestação de contas. Isso reforça a percepção de que o êxito empresarial, no século XXI, será cada vez mais medido também pelo legado socioambiental positivo que a empresa deixa.

2 Compromisso Democrático

As empresas são atores que exercem papéis de cidadania em múltiplos níveis – civil, social e político –, devendo, portanto, assumir responsabilidades que vão além do âmbito estritamente econômico. Isso significa que, ao se inserir na esfera pública, a empresa deve colaborar ativamente para a formação de políticas e a proteção de direitos, carregando uma espécie de dever cívico.

Adela Cortina (2002) propõe o conceito de Ética Mínima, enfatizando que há condutas básicas que devem ser seguidas, independentemente de normativas formais. Empresas devem observar deveres essenciais de não causar dano ao meio ambiente e às pessoas, ainda que tais deveres não estejam explicitamente positivados em lei.

Esse patamar mínimo, contudo, mostra-se imprescindível em face da urgência climática. Afinal, é justamente na ausência de condutas empresariais responsáveis que surgem litígios climáticos onerosos e danosos para toda a sociedade.

Se a função social representa o conteúdo jurídico-material das obrigações empresariais perante a sociedade, o compromisso democrático diz respeito ao vínculo normativo e ético que vinculam as empresas aos pactos firmados no seio de uma sociedade livre e plural.

A Constituição Federal de 1988 elevou a patamares normativos princípios como a soberania popular, o pluralismo e os valores sociais do trabalho e da livre iniciativa (art. 1º, incisos II e IV), de modo que a exploração econômica não pode se dissociar do respeito a tais balizas. Em uma democracia constitucional, espera-se que o poder econômico se submeta aos mesmos valores fundamentais que regem os poderes público e social – dignidade da pessoa humana, cidadania, livre concorrência leal, preservação ambiental e outros princípios consagrados na ordem jurídica.

O compromisso democrático empresarial envolve, assim, o dever de respeitar e promover esses valores, incorporando-os em suas

políticas internas e em sua atuação externa. Na ausência desse compromisso genuíno, evidencia-se um descompromisso ou déficit democrático na conduta empresarial, manifestado na evasão de normas, na influência indevida sobre reguladores ou na adesão a meros discursos sem ações efetivas em prol do bem comum.

A democracia só se consolida quando consegue submeter todos os poderes de fato ao império do direito e dos direitos fundamentais – incluindo o poder econômico das corporações – de modo que a atuação empresarial contrária a esses parâmetros representa um déficit que corrói a própria qualidade democrática (Oliviero, Steffen & Mayerle, 2016). Em outras palavras, quando empresas atuam à margem das obrigações pactuadas pela sociedade, eles colocam em risco não apenas o meio ambiente ou os direitos de determinados grupos, mas minam os pilares do Estado Democrático de Direito.

Muitas iniciativas empresariais propagandeadas como estando a serviço do interesse público mascaram, em verdade, uma ofensiva contra os princípios do pluralismo democrático, em benefício de uma ideologia de mercado irrestrito. Alguns agentes econômicos realizam ataque frontal ao pluralismo democrático para promover a plataforma ideológica do libertarismo corporativo (Korten, 1996). Essa constatação expõe a contradição entre o discurso empresarial e seus efeitos reais: sob a retórica de liberdade de mercado, corporações transnacionais por vezes impõem agendas que fragilizam a proteção ambiental, os direitos trabalhistas e outras conquistas sociais, desequilibrando a balança do processo democrático em seu favor.

A captura de instituições e a manipulação da opinião pública são mecanismos associados a esse descompromisso democrático empresarial. Exemplos históricos incluem desde o famoso memorando de Lewis Powell em 1971 – que delineou uma estratégia de uso dos tribunais, *think tanks* e mídia para frear regulações ambientais e trabalhistas nos EUA – até práticas contemporâneas de greenwashing e lobbies agressivos que buscam postergar medi-

das regulatórias contra a crise climática. Tais práticas indicam a resistência de certos setores empresariais em internalizar custos socioambientais, preferindo transferi-los à sociedade e às futuras gerações. A corporação, quando desvinculada de freios éticos e legais, tende a comportar-se como uma “psicopata” institucional, preocupada unicamente em maximizar seus lucros e indiferente aos danos causados pelo caminho (Bakan, 2004).

Não por acaso, iniciativas internacionais como os Princípios Orientadores da ONU sobre Empresas e Direitos Humanos enfatizam o dever das empresas de respeitar direitos fundamentais – incluindo direitos difusos relativos ao meio ambiente – sob pena de comprometer valores democráticos universais (Ruggie, 2011).

Por outro lado, o compromisso democrático empresarial pode ser entendido de forma positiva: trata-se do engajamento voluntário e proativo das corporações com agendas públicas de interesse coletivo. Isso se expressa, por exemplo, na incorporação de critérios ESG (ambientais, sociais e de governança) na estratégia corporativa, na adesão a pactos globais de sustentabilidade (como o Pacto Global da ONU e as metas do Acordo de Paris) e na abertura de canais de diálogo com a sociedade civil e comunidades afetadas. Adela Cortina, ao discorrer sobre ética empresarial nas sociedades plurais, defende que o nível ético exigido nas democracias é essencialmente dialógico, pressupondo abertura à participação e à deliberação (Cortina, 1994). Empresas verdadeiramente comprometidas com a democracia incorporam mecanismos de transparência e participação em sua governança – por exemplo, divulgando de forma clara os impactos socioambientais de suas operações e permitindo a fiscalização por órgãos públicos e pela sociedade. Essa postura fortalece a confiança pública e integra as empresas no esforço coletivo de construção de um desenvolvimento sustentável e justo.

Portanto, a necessidade de um compromisso efetivo com o bem comum e a sustentabilidade, refletindo uma compreensão aprofundada do papel social e político das empresas.

3 Litígios Climáticos

Litígios climáticos englobam ações judiciais que versam sobre mudanças climáticas, seja requerendo que governos cumpram obrigações de redução de emissões e adaptação, seja buscando responsabilizar empresas altamente emissoras por danos climáticos ou pela contribuição ao agravamento do efeito estufa.

Trata-se de um fenômeno recente e em rápida expansão (Setzer & Higham, 2022), impulsionado pela maior conscientização pública, pela robustez da ciência do clima e pelo marco do Acordo de Paris de 2015. Esse crescimento reflete a intensificação da emergência climática e a insuficiência de respostas tanto do setor público quanto do setor privado, o que leva atores a buscarem no Judiciário a tutela do clima e a concretização de compromissos assumidos internacionalmente.

Vale notar que, diferentemente da litigância ambiental tradicional, muitas vezes liderada exclusivamente pelo Ministério Público, a seara climática vem apresentando um protagonismo compartilhado. Conforme dados de 2024, o Ministério Público figurava como autor em cerca de 46 processos climáticos (aproximadamente 38% do total), ao passo que órgãos da administração pública (como IBAMA, autarquias e empresas estatais) ajuizaram 38 casos (31%) e ONGs, 32 casos (26%) (Bertão, 2024). Esse engajamento plural reflete o fortalecimento da sociedade civil organizada e a conscientização institucional quanto à urgência climática.

Os litígios climáticos no Brasil têm assumido diferentes formas. Uma parcela significativa consiste em ações voltadas contra o Poder Público – por exemplo, cobrando do governo federal a implementação de políticas climáticas previstas em lei ou em acordos internacionais.

Caso emblemático foi a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental nº 708 (ADPF 708), julgada pelo Supremo Tribunal Federal em 2022, na qual organizações da sociedade civil obtiveram o reconhecimento de que a inércia na execução do Fundo Clima violava preceitos constitucionais. Outro precedente marcante foi estabelecido na ADPF 760, em que o STF determinou a retomada de políticas de combate ao desmatamento (Plano de Ação para a Amazônia), reconhecendo a omissão estatal na proteção do clima como violadora da Constituição. Nesse precedente histórico, a Suprema Corte afirmou que o Acordo de Paris possui status de tratado de direitos humanos e enfatizou o dever do Estado de adotar ações efetivas contra as mudanças climáticas, em respeito às gerações presentes e futuras.

Por outro lado, começam a despontar litígios climáticos direcionados a atores privados, buscando atribuir responsabilidade extracontratual (civil) a empresas por contribuições significativas à mudança do clima ou por omissões ligadas ao tema. Aqui se insere, por exemplo, a Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público Federal contra grandes desmatadores da Amazônia, pleiteando indenização pelos danos climáticos decorrentes do desmatamento ilegal e das queimadas, iniciativa conhecida como “Operação Smoke”, na qual se quantificou, em toneladas de CO₂ emitido, o impacto das atividades ilícitas para embasar pedidos indenizatórios. Ainda que tais casos estejam em estágios iniciais, sinalizam uma tendência de utilizar a tutela coletiva ambiental já consolidada, como a ação civil pública e a ação popular, como via para imputar às empresas o custeio da dívida climática gerada por suas operações.

Dois casos emblemáticos ilustram essa tendência recente. O primeiro, conhecido como caso Urgenda, foi julgado na Holanda entre 2015 e 2019. Inicialmente, o Tribunal determinou, em 2015, que o governo holandês deveria reduzir as emissões de gases de efeito estufa em pelo menos 25% até 2020, em comparação aos

níveis de 1990. O fundamento jurídico da decisão apoiou-se na violação dos direitos humanos à vida e ao bem-estar previstos na Convenção Europeia dos Direitos Humanos. Essa sentença foi confirmada pela Suprema Corte holandesa. (Urgenda Foundation v. State of the Netherlands, 2019). O segundo caso notável ocorreu em 2021. O Tribunal ordenou à Shell uma redução de 45% em suas emissões de carbono até 2030, tomando por base os níveis de 2019. O tribunal fundamentou sua sentença nas obrigações da Shell de respeitar os direitos humanos e atuar em conformidade com os objetivos climáticos definidos pelo Acordo de Paris (Milieodefensie et al. v. Royal Dutch Shell plc., 2021). Esses precedentes sinalizam claramente uma mudança de paradigma no cenário internacional quanto à responsabilização jurídica por danos climáticos, destacando a importância da vinculação entre atividade econômica, direitos humanos e compromissos democráticos com a sustentabilidade global (Setzer & Higham, 2022).

A base jurídica para essas ações reside em princípios e normas existentes no ordenamento. A responsabilidade civil ambiental no Brasil é objetiva, isto é, independe de culpa, bastando demonstrar o nexo de causalidade entre a conduta do réu e o dano ocorrido, nos termos da Lei da Política Nacional do Meio Ambiente e da Constituição Federal (art. 225, §3º). Nos litígios climáticos, porém, o estabelecimento do nexo causal enfrenta desafios inéditos: como ligar especificamente as emissões de determinada empresa (ou o desmatamento realizado por um agente) a eventos adversos concretos, como secas, inundações ou perda de biodiversidade. A natureza difusa e global das mudanças climáticas dificulta a atribuição individual de responsabilidade, exigindo abordagens inovadoras dos juristas e peritos.

No contexto brasileiro, o direito do consumidor desponta como via potencial para litígios climáticos: argumenta-se que publicidade enganosa ou ocultação de informações sobre impactos ambientais de

produtos (*greenwashing*) pode ser enquadrada como prática infratativa, dado que o Código de Defesa do Consumidor exige transparência sobre riscos associados (arts. 6º e 31 da Lei 8.078/1990).

Essa evolução jurisprudencial revela a incorporação gradual do conceito de dano climático no arcabouço legal: mesmo sem alterações legislativas específicas, os tribunais passaram a reconhecer as emissões de gases de efeito estufa e mudanças climáticas como uma dimensão do dano ambiental a ser reparado, em sintonia com os princípios constitucionais ambientais.

4 Desafios e Propostas

A emergência dos litígios climáticos levanta uma série de desafios jurídicos e institucionais a serem enfrentados para que essa via contribua efetivamente no combate à crise do clima e no aperfeiçoamento do Estado de Direito ambiental. Dentre os principais desafios, pode-se citar: (i) a complexidade probatória – estabelecer o nexo causal específico entre condutas empresariais e danos climáticos concretos é tarefa árdua, dada a multiplicidade de fontes emissoras e a natureza global dos impactos; (ii) a morosidade dos processos e o fator tempo – os trâmites judiciais podem se arrastar por anos, ao passo que a emergência climática requer ações contundentes em prazo curto; e (iii) a ausência de regramento específico e uniforme sobre mudanças climáticas, o que obriga juízes e partes a construírem soluções com base em normas ambientais gerais, trazendo certo grau de incerteza.

A falta de metodologias uniformes para quantificação de danos climáticos também resulta em insegurança jurídica. Diferentes perícias podem empregar métricas diversas levando a resultados díspares e dificultando a previsibilidade das decisões judiciais. Mesmo quando obtém êxito no mérito, a litigância climática enfrenta o desafio da efetividade: cumprir ordens judiciais que impõem,

por exemplo, redução de emissões ou reparação de ecossistemas degradados demanda vontade política e monitoramento constante. Sem mecanismos eficazes de supervisão e sanção pelo descumprimento, há risco de vitórias judiciais inócuas.

No campo normativo, há espaço para regulações que reforçem o alinhamento entre a atividade empresarial e a proteção do clima, reduzindo a necessidade de recorrer ao Judiciário. Entre as propostas, destaca-se:

(a) a implementação de obrigações de devida diligência climática – exigir que empresas identifiquem, previnam e mitiguem riscos climáticos em suas cadeias produtivas e operações, sob pena de sanções. Países europeus vêm avançando nesse sentido com legislações de *due diligence* socioambiental, e o Brasil poderia trilhar caminho semelhante, criando marcos que tornem mandatória a consideração do impacto climático na gestão empresarial;

(b) a criação de critérios e taxonomias verdes para classificar empreendimentos conforme sua compatibilidade com objetivos climáticos. Inspirada em iniciativas da União Europeia, uma taxonomia nacional poderia orientar políticas de crédito e investimento, privilegiando projetos de baixo carbono e desestimulando financiamentos a atividades intensivas em emissões;

(c) no âmbito da autorregulação e dos mercados, é crucial fortalecer os mecanismos de transparência corporativa. Investidores e consumidores, dotados de melhor informação, podem exercer pressão econômica para que as empresas adotem metas robustas de redução de emissões e planos de transição energética. O consumo seletivo consciente transforma os cidadãos em agentes ativos, premiando com sua preferência empresas que cumprem seus deveres ético-jurídicos e boicotando aquelas renitentes (Cortina, 2005). Trata-se de uma estratégia de mercado que se soma às estratégias jurídicas: enquanto as ações judiciais cobram responsabilidade

após o dano, o engajamento do consumidor e do investidor atua preventivamente, induzindo mudanças de conduta *ex ante*. Ambos os caminhos, jurídico e mercadológico, podem se retroalimentar num círculo virtuoso, fomentando uma cultura empresarial orientada pela sustentabilidade e pela accountability;

(d) por fim, é crucial promover a cooperação intersetorial e internacional no enfrentamento dos danos climáticos.

Uma governança climática eficaz exige coordenação entre Estado, setor privado e sociedade civil. No plano doméstico, órgãos ambientais, econômicos e de justiça devem atuar conjuntamente para criar incentivos à inovação limpa e à redução de emissões, por exemplo, mediante “taxas de carbono” ou subsídios verdes, assim como sanções proporcionais a atividades altamente poluentes. Internacionalmente, o compartilhamento de informações e boas práticas entre diferentes países e o diálogo entre cortes podem acelerar a consolidação de precedentes favoráveis à causa climática.

Conclusão

Os litígios climáticos representam não apenas um fenômeno jurídico emergente, mas sobretudo um reflexo claro e preocupante de um modelo empresarial que ainda insiste em negligenciar sua responsabilidade ética e democrática. Ao ignorar as obrigações socioambientais determinadas democraticamente pelo parlamento nacional, estadual e municipal, muitas empresas atuam na contramão da vontade expressa pela sociedade brasileira, demonstrando um preocupante descompromisso democrático. Essas organizações frequentemente desconsideram os danos ambientais que suas atividades produzem, afastando-se não apenas das exigências legais, mas também dos valores éticos fundamentais para o convívio social e sustentável.

Para enfrentar adequadamente os desafios impostos pelas mudanças climáticas, torna-se essencial uma profunda mudança de paradigma no comportamento corporativo. Essa transformação implica que as empresas assumam verdadeiramente uma postura cidadã, engajando-se ativamente em ações preventivas e proativas, que incluem o respeito aos direitos humanos e a proteção ambiental como elementos centrais de sua gestão. Apenas por meio desse engajamento genuíno e consciente será possível reduzir a ocorrência desses litígios e, principalmente, evitar os danos irreversíveis associados às mudanças climáticas.

Nesse sentido, o papel das empresas deve transcender o mero cumprimento formal de normas jurídicas, incorporando uma postura proativa de responsabilidade social e ambiental que reflete uma efetiva adesão aos princípios democráticos. Isso implica uma atuação ética capaz de assegurar legitimidade perante a sociedade e evitar os riscos reputacionais decorrentes do descompromisso democrático. Além disso, o fortalecimento da governança corporativa, pautada na transparência e no diálogo com as partes interessadas, torna-se elemento fundamental para a consolidação desse novo modelo empresarial.

O cenário atual de múltiplos litígios climáticos no Brasil evidencia um conflito profundo entre práticas empresariais tradicionais e as demandas contemporâneas por responsabilidade socioambiental. Para superar esse conflito, é imprescindível que as empresas se comprometam ativamente com a mitigação das mudanças climáticas, alinhando suas ações às decisões democraticamente tomadas pela sociedade. Somente assim será possível garantir não apenas a sustentabilidade econômica e ambiental, mas sobretudo preservar o próprio tecido democrático que legitima e sustenta as atividades empresariais.

Referências

- Bakan, J. (2004). *The Corporation: The Pathological Pursuit of Profit and Power*. New York: Free Press.
- Bertão, N. (2024, 19 de dezembro). Litigância climática: Brasil chega a 120 casos em 2024. Um Só Planeta – O Globo.
- BIICL – British Institute of International and Comparative Law. (2021). *Perspectivas Globais sobre Táticas de Litígios Climáticos Corporativos: Relatório Nacional do Brasil*. Londres: BIICL.
- Brasil. (1981). Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente.
- Brasil. (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988.
- Cortina, A. (1994). *Ética de la empresa: Claves para una nueva cultura empresarial*. Madrid: Editorial Trotta.
- Cortina, A. (2005). *Cidadãos do mundo: para uma teoria da cidadania*. São Paulo: Edições Loyola.
- Freeman, R. E. (1984). *Strategic Management: A Stakeholder Approach*. Boston: Pitman.
- Grau, E. R. (2012). *A Ordem Econômica na Constituição de 1988* (15. ed.). São Paulo: Malheiros.
- Heede, R. (2014). Tracing anthropogenic carbon dioxide and methane emissions to fossil fuel and cement producers, 1854–2010. *Climatic Change*, 122(1-2), 229–241.
- Korten, D. C. (1996). *Quando as corporações regem o mundo* (Trad. A. T. Giova). São Paulo: Futura.

Oliviero, M., Steffen, P. F., & Mayerle, D. (2016). A democracia contemporânea e os sinais do seu desgaste: um estudo com aportes na doutrina de Luigi Ferrajoli para o delineamento de um possível caminho a seguir. Resenha Eleitoral.

Ruggie, J. (2011). Guiding Principles on Business and Human Rights: Implementing the United Nations “Protect, Respect and Remedy” Framework. Nova York: Organização das Nações Unidas.

Setzer, J., & Higham, C. (2022). Global Trends in Climate Change Litigation: 2022 Snapshot. London: Grantham Research Institute, LSE.

Tomasevicius Filho, E. (2010). A função da empresa. In *Doutrinas Essenciais de Direito Empresarial* (Vol. 2, pp. 43–67). São Paulo: Revista dos Tribunais.

Tomasevicius Filho, E. (2014). Empreendedorismo e função social da empresa. *Revista dos Tribunais*, 946, 129–156.

Capítulo 19

Bendito seja Deus: a proteção da liberdade religiosa nas constituições brasileiras

Rene Sampar

João Luiz Martins Esteves

Antón Lois Fernández Álvarez

Introdução

Embora permeado pelo sincretismo, que denota a peculiaridade histórica nacional, o Brasil (ainda) é um país profundamente cristão. Dados apresentados em 2025 pelo Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE, sobre o Censo realizado no ano de 2022, revelam que mais de 80% da população brasileira se declara cristã, sendo 56,7% católicos e 26,9% evangélicos. Apesar de ter crescido o grupo dos “sem religião”, que agora são 9,3% da população, dos praticantes da umbanda e candomblé (1%), tradições indígenas (0,1%) e outras religiosidades (4%), é inegável a influência que cristãos possuem no contexto nacional.

Este fato nos ajuda a compreender a força que este contingente possui na gestão de temas que formam a agenda política no país. Também, reforça a importância de uma Constituição que resguarda a liberdade religiosa, como ocorre com o texto de 1988, e ainda uma estrutura de vigilância a esta prerrogativa, seja por parte do governo e também do Judiciário. Neste caso, é notável a atuação do Supremo Tribunal Federal que, ao exercer o seu papel contramajoritário, tem-se revelado instituição ímpar na garantia da liberdade religiosa no Brasil.

O presente artigo tem como problema de pesquisa localizar a evolução deste direito em nosso constitucionalismo, de modo a se vislumbrar os momentos históricos pelos quais podemos identificar avanços e retrocessos nesta prerrogativa (em um olhar garantista, no qual se privilegia a defesa do direito em prol do cidadão). Para tanto, tangenciaremos com a liberdade de expressão e sua localização no constitucionalismo que nos foi legado, em 1988. Em seguida, a proposta é examinar os (com)textos constitucionais brasileiros, a fim de encontrar nuances próprias de cada tempo e vislumbrar as razões que levaram às mudanças eventuais, desde o período imperial no qual o país era um Estado confessional católico até os nossos tempos. E, por fim, examinar a atuação do STF na garantia da liberdade religiosa.

A conclusão do texto é que, do ponto de vista normativo, é perceptível a manutenção da liberdade religiosa, ao menos desde 1889, com todos os seus predicados. No entanto, não podemos olvidar que se trata de um país cristão, e que as instituições têm se mantido atentas aos privilégios ou abusos que este contingente tende a atrair para si, ou mesmo, devem estar vigilantes a todas as formas de intolerância e discriminação que ainda permeiam o cotidiano nacional.

1 AS LIBERDADES E A CONSTITUIÇÃO

O reconhecimento e garantia da liberdade é capítulo elementar na história do Direito e das instituições estatais. Trata-se de pressuposto relevante na construção do ordenamento jurídico de qualquer país, pois o tema representa a estrutura sobre a qual se fundamentam os princípios de justiça e a busca pela dignidade humana. Desde os primeiros registros jurídicos até as normas mais contemporâneas, a discussão sobre o significado – jurídico, político, cultural e social – de ser “livre”, tanto no viés individual como coletivo, impulsionou transformações jurídicas significativas.

Como influência do pensamento iluminista e liberal, cuja preocupação era conter o autoritarismo e uso abusivo das prerrogativas de poder¹, os legisladores dedicaram espaço de destaque à liberdade nos textos constitucionais modernos. Incorporando-a como valor essencial, o Direito passou a proteger o indivíduo contra abusos do poder estatal. Para além de tal visão negativa, a liberdade também guiou movimentos sociais responsáveis por criticar e relativizar o significado da igualdade perante a lei, ao denunciar a necessidade de alguma intervenção pública para garantir que todos pudessem receber o mínimo existencial. Assim, ela não apenas moldou normas jurídicas, mas também inspirou a evolução de sistemas democráticos.

Conceito polissêmico e de alta densidade interpretativa, o significado conferido ao termo varia de acordo com a matriz ideológica e cultural de cada pensador e em cada período histórico distinto. De Aristóteles a Agostinho de Hipona, ou de Hobbes a Marx, por certo, houve profunda contribuição histórica para moldar as noções básicas que nos foram legadas. Assim, quais teriam sido as influências

¹ A exemplo de Jean Bodin, Thomas Hobbes, Jean-Jacques Rousseau, John Locke e Montesquieu. A este respeito: FACHIN, Zulmar; SAMPAR, René. Teoria do Estado. 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2025. PANSIERI, Flávio. A Liberdade no Pensamento Ocidental. Belo Horizonte: Fórum, 2018 (4 tomos).

que nortearam a ideia de liberdade absorvida pelo legislador na elaboração da Constituição brasileira de 1988?

Conectado à tradição jurídica ocidental, no ordenamento jurídico brasileiro, a liberdade tem caráter precípuo para a garantia da dignidade da pessoa humana e construção de uma sociedade democrática. Deste modo, podemos lhe encontrar, explícita ou de modo implícito, desde o preâmbulo da Constituição aos seus fundamentos e objetivos, demandando-se responsabilidade de autoridades públicas e cidadãos quanto à sua manifestação: trata-se de um direito, mas também de um dever, ao refletir a harmonia necessária entre autonomia pessoal e ordem social, pois seu uso e âmbitos de proteção se vinculam diretamente à convivência social e ao equilíbrio entre os direitos individuais e coletivos. Assim, a liberdade religiosa estabelece um espaço no qual o indivíduo pode se desenvolver como pessoa, independente de valores impostos por crenças. Trata-se da noção de laicidade. Segundo Gustavo Zagrebelsky:

Laicità significa spazio pubblico a disposizione di tutti per esercitare, in condizioni di libertà e uguaglianza, i diritti di libertà morale (di coscienza, di pensieri, di religione e di culto, ecc.) e per costruire a partire da questa la propria esistenza: uno spazio voluto dagli uomini indipendentemente da Dio, *etsi Deus non daretur* (ZAGREBELSKY, 2010, p. 09).

No início do constitucionalismo², tendo-o como movimento que privilegia a limitação do poder pelo Estado e a garantia de direitos, as principais discussões sobre a liberdade já se fazem presentes no *Federalist Papers*, e envolvem preocupações que ainda são atuais, a exemplo da liberdade como garantia em face de tiranias³ (No.

² Consideramos a tendência doutrinária em indicar os Estados Unidos da América como o berço do constitucionalismo na modernidade, não obstante, a Inglaterra já perseguisse este ideal há séculos.

³ Neste número, Madison apresenta seu conhecido significado de facções: "By a faction, I understand a number of citizens, whether amounting to a majority or a minority of the whole, who are united and actuated by some common impulse of passion, or of interest, adverse to the rights of other citizens, or to the permanent and aggregate interests of the community." YALE Law School. *The Federalist Papers*. Disponível em: <https://avalon.law.yale.edu/18th_century/fed10.asp>.

10) e sua necessária proteção pelo Direito (No. 84), liberdade de expressão e imprensa (No. 84), política (No. 39), econômica e direito de propriedade (No. 12), além do princípio da separação de poderes (No. 51) que oferece guarida institucional elementar para todo um conjunto de direitos, especialmente o sistema de liberdades⁴. A liberdade religiosa não adquiriu um número específico, pois a percepção era de que este tema fosse de competência da legislação estadual, enquanto o intento dos *founding fathers* seria o de defender o projeto constitucional federal⁵.

Embora a natureza jurídica da liberdade seja apreensível, sabemos, de fato, que a Constituição fala em liberdades, no plural, pois variadas são as suas vertentes. Com José Afonso da Silva (2017), podemos indicar, ao menos, a liberdade de expressão; de consciência e de crença; de associação; de reunião; de locomoção; para o exercício de qualquer trabalho, ofício ou profissão; de informação e comunicação; de criação intelectual, artística, científica e de imprensa, vedada a censura; dentre outras.

Em nossa Constituição, a liberdade religiosa, tema principal desta pesquisa, é espécie da liberdade de expressão. Trata-se de gênero que congrega a liberdade de *opinião*, no qual cada indivíduo tem o direito de formar e expressar suas próprias ideias e pensamentos sem sofrer repressão ou censura; de *comunicação*, ou seja, o direito

4 Nas palavras de Hamilton (ou Madison): “In order to lay a due foundation for that separate and distinct exercise of the different powers of government, which to a certain extent is admitted on all hands to be essential to the preservation of liberty, it is evident that each department should have a will of its own; and consequently should be so constituted that the members of each should have as little agency as possible in the appointment of the members of the others.” YALE Law School. *The Federalist Papers*. Disponível em: <https://avalon.law.yale.edu/18th_century/feds51.asp>.

5 É o que o Matthew J. Franck nos indica: “Moreover, the *Federalist Papers* are a series of essays intended to defend the proposed Constitution, and to advance the cause of its ratification by the states. The three authors have no interest in picking unnecessary fights by pointing to the things the Framers left *out* of the Constitution. They are concerned with defending what *is* in the Constitution, and the way in which it fundamentally reforms—for the better—the relationship of the states to the nation, and the relationship of the people to both of those levels of government. Cf.: FRANK, Matthew J. Religious Freedom. Disponível em: <<https://rootsofliberty.org/religious-freedom-in-the-federalist/>>.

de compartilhar informações por quaisquer meios, garantindo que as pessoas possam trocar ideias livremente; *religiosa*, que é a prerrogativa de professar (ou não) qualquer religião e mudar de crença sem sofrer discriminação ou coerção estatal; de *expressão intelectual, artística e científica*, protegendo os indivíduos de criar e divulgar suas produções intelectuais, obras de arte e pesquisas científicas sem restrições indevidas; de *expressão cultural*, que confere o direito aos povos e comunidades de manterem e expressarem suas tradições, costumes e manifestações culturais, promovendo a diversidade; e de *transmissão e recepção de conhecimento*, que assegura que qualquer pessoa tenha acesso à educação, aprendizado e informação, além do direito de compartilhar conhecimento sem barreiras arbitrárias.

A liberdade religiosa, deste modo, é o direito fundamental à escolha, prática, mudança ou abandono de religião ou crença, sem estar sujeito a qualquer coerção, discriminação ou punição por parte do Estado, da sociedade ou de grupos. Segundo Mitidier, Marinoni e Sarlet (2025, p. 478):

A liberdade religiosa engloba tanto direitos individuais como direitos coletivos de liberdade religiosa, pois, além dos direitos individuais de ter, não ter, deixar de ter, escolher uma religião (entre outras manifestações de caráter individual), existem direitos coletivos, cuja titularidade é das Igrejas e organizações religiosas, direitos que dizem com a auto-organização, a autodeterminação, direito de prestar ensino e assistência religiosa, entre outros,⁴²⁶ aspectos que, por sua vez, são relacionados ao problema da titularidade e dos destinatários do direito fundamental.

A liberdade de expressão demanda a tolerância e a pluralidade, visto ser necessário que se permita a cada indivíduo pensar e se exprimir segundo a potência de seu intelecto e, para tanto, fazê-lo em um espaço público dialógico. Esta relação ocorre, pois, no decorrer construtivo do Estado moderno: a liberdade religiosa constitui um

de seus primeiros temas de discussão, tendo em vista a influência secular da religião cristã sobre a política e o Direito na Europa, e a necessidade de secularização das instituições, pois “não cabe ao magistrado civil o cuidado das almas”⁶.

Esta fratura na epistemologia cristã foi aberta pelo heliocentrismo e ampliada com a Reforma Protestante, no qual se retira da Igreja o papel de intérprete única das manifestações divinas. Por de tais acontecimentos, que reduzem o *jus divinum*, e como anteparo das liberdades constitucionais que surgiram séculos adiante, tem-se a necessária tolerância, admitida como princípio que permite a “harmonia na diferença”, ao ser “pressuposto da vida em sociedade”. Embora não expressa, a tolerância é elementar à democracia, que “não pressupõe o consenso, mas o conviver no dissenso ao reconhecer o outro como um igual” (PANSIERI; SAMPAR, 2024, p. 23 e 85).

Logo, tolerância, liberdade e democracia são conceitos interdependentes em nossa sociedade:

O resultado da tolerância é a salvaguarda da diversidade. Logo: i) não há tolerância em ambientes autoritários e, por conseguinte, ii) a intolerância é sempre antidemocrática, pois demole a construção social que nutre a diversidade e valoriza a pluralidade, tornando-se ainda mais destrutiva quando levada a cabo, não apenas por indivíduos, mas por grupos intolerantes (PANSIERI; SAMPAR, 2024, p. 25 e 26).

Assim, a liberdade religiosa é uma manifestação essencial da liberdade de expressão, permitindo que indivíduos professem, pratiquem e compartilhem suas crenças sem medo de repressão. Ela garante o direito de adorar, questionar dogmas e até mesmo não seguir nenhuma religião, fortalecendo o pluralismo e a diversidade

⁶ Afirmação de John Locke, um dos maiores defensores da necessidade de separação entre Estado e religião. O autor nos lembra que as igrejas são associações voluntárias de indivíduos, cujo pressuposto é a “salvação de almas”, enquanto o Estado, como associação política, deve cuidar das questões terrenas.

LOCKE, John. *Carta Acerca da Tolerância*. São Paulo: Abril, 1973, p. 11.

cultural. Assim como a liberdade de expressão protege opiniões e ideias, a religiosa protege ritos, tradições e convicções pessoais, promovendo o diálogo e a coexistência pacífica entre diferentes práticas e filosofias de vida. Ambas são pilares fundamentais de sociedades democráticas, assegurando o respeito à individualidade e ao pensamento crítico.

2 SINCRETISMO E A LIBERDADE RELIGIOSA NO BRASIL

A construção normativa da liberdade religiosa no Brasil é resultado de um centenário processo histórico e cultural que envolve o reconhecimento da diversidade de crenças como um valor fundamental para a convivência democrática. Essa liberdade não se limita à proteção de práticas individuais de fé, mas se estende à garantia de que comunidades religiosas possam existir, se organizar e manifestar publicamente suas convicções.

O direito à liberdade religiosa se estrutura como um pilar essencial da dignidade humana, pois reconhece que a espiritualidade e a busca por sentido transcendem o âmbito privado e influenciam diretamente a identidade e a vida social dos indivíduos. Ao longo do tempo, a sociedade passou a compreender que a neutralidade do Estado diante das religiões não significa indiferença, mas sim um compromisso ativo com a promoção do pluralismo e com a prevenção de qualquer forma de discriminação ou coerção.

A liberdade religiosa, portanto, não é apenas uma concessão do Estado, mas uma expressão do reconhecimento da autonomia moral dos indivíduos e da riqueza cultural de uma sociedade plural. Ela exige constante vigilância e diálogo, especialmente em contextos de conflito, para que continue sendo um instrumento de paz, e não de exclusão. Ao proteger essa liberdade, o sistema jurídico reafirma seu compromisso com a justiça, a tolerância e a convivência respeitosa entre diferentes visões de mundo.

Assim, o ordenamento jurídico busca assegurar que nenhuma religião seja privilegiada ou marginalizada, criando um ambiente em que diferentes tradições possam coexistir em harmonia. Contudo, nem sempre foi assim. Aliás, sabemos que mesmo em nossos dias, a intolerância religiosa segue de maneira incisiva⁷, embora, em nossos dias, percebemos um esforço das autoridades no sentido de informar e criar canais de denúncia no afã de se garantir a plenitude da liberdade religiosa. O dia 21 de janeiro, no Brasil, é dedicado ao combate à intolerância religiosa (dia nacional instituído pela Lei nº 11.635/2007).

Tal realidade de intolerância destoa do traço da construção religiosa no Brasil, que, segundo Camurça, deve-se ao entrelaçar do catolicismo com as crenças africanas e indígenas, em um primeiro momento, e com a compatibilização de todas as outras crenças que aqui aportaram, forjando uma “matriz religiosa brasileira”. Tal sincretismo é responsável por permitir que conhecidas ialorixás do candomblé se reconhecessem como católicas, ou mesmo na recepção do espiritismo científico de Kardec como autêntica religião quando chega ao Brasil⁸. Portanto, é constituinte da formação religiosa no Brasil algum diálogo entre diferentes formas de crença.

Do ponto de vista normativo, esta realidade dialógica é bem distinta se analisado o nosso primeiro texto constitucional. A Constituição

⁷ Segundo informações oficiais do governo brasileiro, foram 2.124 violações de direitos humanos relacionadas à intolerância religiosa durante todo o ano de 2023, a maioria delas desferidas em face das religiões de matriz africana. Em comparação, no ano de 2020, foram 353 denúncias na Ouvidoria Nacional dos Direitos Humanos – Disque 100. Cf.: BRASIL. *No Dia Nacional de Combate à Intolerância Religiosa, MDHC reforça canal de denúncias e compromisso com promoção da liberdade religiosa*. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2024/janeiro/no-dia-nacional-de-combate-a-intolerancia-religiosa-mdhc-reforca-canal-de-denuncias-e-compromisso-com-promocao-da-liberdade-religiosa>>.

⁸ Conforme aponta Marcelo Camurça (2009, p. 174-175): “A força tendencial dessa modalidade intercomunicante de religiosidade, além de marcar as religiões tradicionais – católica, africana e indígena – com uma “porosidade” e “contaminação” umas em relação às outras (Sanchis, 1997; 1988), forjou em solo brasileiro religiões tipicamente brasileiras pela articulação de elementos retirados dessas mesmas religiões tradicionais, como a umbanda e, mais recentemente, o Santo Daime (Guimarães, 1996, p. 126).”

de 1824, em seu artigo 5º, caracterizava o império brasileiro como confessional, ao instituir a oficialidade da religião Católica⁹. Neste caso, o Imperador tinha autoridade sobre a nomeação de bispos e o controle de assuntos eclesiásticos, o chamado *padroado*:

Art. 5º: A Religião Catholica Apostolica Romana continuará a ser a Religião do Imperio. Todas as outras Religiões serão permitidas com seu culto domestico, ou particular em casas para isso destinadas, sem fórmula alguma exterior do Templo.

Conforme se denota, outras religiões podiam ser praticadas, mas apenas em caráter privado, sem ostentação pública de seus cultos (conduta tipificada no art. 276 do Código Criminal de 1830). Essa tolerância restrita era especialmente voltada aos estrangeiros, como os protestantes britânicos, cujos direitos foram parcialmente garantidos pelo Tratado de Comércio e Navegação, de 1810 (que reforçou a liberdade religiosa que já fora objeto de tratado com mesmo objeto celebrado em 1654 entre Portugal e a Inglaterra). No entanto, religiões de matriz africana e indígenas continuaram sendo marginalizadas e perseguidas: basta pensar no art. 278 do Código Criminal que tipificava a conduta de disseminação de “doutrinas que directamente destruam as verdades fundamentaes da existencia de Deus, e da immortalidade da alma”, em clara proteção ao monoteísmo cristão.

Desde a Proclamação da República em 1889, o Brasil iniciou um processo de separação entre Estado e religião, que buscou criar as condições para garantir a laicidade e o direito ao livre exercício

⁹ A observância do catolicismo estava, inclusive, no juramento que o Imperador e a Família Real tinham de observar o mesmo se estendia aos Conselheiros de Estado):

Art. 103. o Imperador antes do ser aclamado prestará nas mãos do Presidente do Senado, reunidas as duas Camaras, o seguinte Juramento - Juro manter a Religião Catholica Apostolica Romana, a integridade, e indivisibilidade do Imperio; observar, e fazer observar a Constituição Politica da Nação Brazileira, e mais Leis do Imperio, e prover ao bem geral do Brazil, quanto em mim couber. Art. 106. o Herdeiro presumptivo, em completando quatorze annos de idade, prestará nas mãos do Presidente do Senado, reunidas as duas Camaras, o seguinte Juramento - Juro manter a Religião Catholica Apostolica Romana, observar a Constituição Politica da Nação Brazileira, e ser obediente ás Leis, e ao Imperador.

de cultos religiosos. Por certo, ao longo do século XX, conforme veremos, os avanços e retrocessos na garantia desta liberdade, e a luta em face das discriminações, servem de guia elementar dos grupos de poder que buscaram exercer a sua influência no tema, ainda que a laicidade já estivesse prevista. Talvez o mais forte deles é o da Igreja Católica, que perdeu o status de religião oficial, mas seguiu com algum protagonismo, seja exercendo pressão em prol de seus interesses, ou buscando se adaptar às mudanças do tempo. A isto, Zagrebelsky aponta a doutrina social da Igreja – materializada em encíclicas e cartas apostólicas, como *Nostis et nobiscum* (1849), *Rerum Novarum* (1891), *Mater et Magistra* (1961), *Pacem in Terris* (1963), *Laudato Si'* (2015) e *Fratelli Tutti* (2020), as duas últimas bem recentes –, responsável pela reconfiguração da posição católica no quadrante político, ao lhe retirar da condição de superioridade para estar ao lado das pessoas: uma proposta “non per anima, ma per le società”¹⁰.

Porém, não restam dúvidas que a Proclamação da República, em 1889, é um marco por alterar a matéria de modo significativo. Poucas semanas após este evento, em 07 janeiro de 1890, Deodoro da Fonseca, ladeado por Aristides da Silveira Lobo (Ministro do Interior), Ruy Barbosa (Fazenda), Benjamin Constant Botelho de Magalhães (Guerra), Eduardo Wandenkolk (Marinha), M. Ferraz de Campos Salles (Justiça), Demetrio Nunes Ribeiro (Agricultura) e Quintino Bocayuva (Relações Exteriores), fez publicar o Decreto 119-A. Seus seis artigos alteraram o *status quo* do Brasil ao salvaguardar a liberdade religiosa em diferentes frentes, quais sejam:

- 1) Proibia os governos de estabelecer ou proibir religiões e criar distinções entre cidadãos ou nos serviços públicos com base em crenças ou opiniões filosóficas/religiosas.

¹⁰ Conforme o autor: “La svolta è capitale: le parole del magistero parlavano di cose del mondo, non di cose dello spirito. La salvezza non era (dolo) quella del’ anima (che riguarda i buoni cristiani), ma il bene della *civitas*, in nome del quale ci si poteva rivolgere a tutti, incominciando dai governanti, senza presumere in loro la comunanza nella fede della Chiesa cattolica. Alla vocazione tradizionale di traghettatrice desse anima in cielo si aggiungeva, diventando preminente, quella di nocchiera dei popoli nelle mondane traversie” (ZAGREBELSKY, 2010, p. 41).

- 2) Garantia a todas as religiões o direito de exercer livremente seus cultos, a liberdade de se regerem conforme sua fé e o direito a não-interferência em seus atos públicos ou privados relacionados ao culto.
- 3) Estendia a liberdade religiosa a indivíduos e também a igrejas, associações e instituições religiosas, e reconhecia o direito de se organizarem e viverem coletivamente conforme sua fé, sem intervenção estatal.
- 4) Extinguia o padroado.
- 5) Reconhecia a personalidade jurídica de igrejas e demais confissões religiosas, podendo adquirir e administrar bens, mantendo a posse por seus bens e edifícios à data do Decreto e ainda exigindo o respeito às leis sobre propriedade de mão-morta¹¹.
- 6) Reconhecia que o governo federal continuaria sustentando os serventuários do culto católico atuais ao Decreto, subvencionaria por um ano as cadeiras dos seminários e facultava aos estados decidirem se manteriam o sustento de futuros ministros religiosos.

Pouco mais de um ano após a publicação do Decreto 119-A, a Constituição de 1891 proclamava, em seu artigo 11, 2º, cumulado com art. 72, o § 3º, a garantia da liberdade de culto e separava a Igreja do Estado¹². Aliás, os §§ 2º ao 6º do artigo 72 constitucionalizavam o

11 Segundo o portal da Câmara dos Deputados, as corporações de “mão-morta” eram “Instituições de caráter permanente, com fim religioso, de beneficência, de caridade, tais como irmãndades, confrarias, igrejas, mosteiros, capelas, asilos e outros semelhantes. Em tais entidades, por seu caráter perpétuo, os bens não podiam mudar de mãos, e, por isso, constituíam riqueza morta”. Cf.: BRASIL. Câmara dos Deputados: legislação informatizada. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decreto/1824-1899/decreto-1225-20-agosto-1864-554707-norma-pl.html#:~:text=EMENTA%3A%20Autoriza%20o%20Governo%20a,e%20que%20os%20outros%20estabelecimentos%20p%C3%BCblicos.>

12 Segundo os dispositivos:

Art 11 - É vedado aos Estados, como à União: 2º) estabelecer, subvencionar ou embaraçar o exercício de cultos religiosos;

Art. 72, § 3º - Todos os indivíduos e confissões religiosas podem exercer pública e livremente o seu culto, associando-se para esse fim e adquirindo bens, observadas as disposições do direito comum.

desmonte do paradigma confessional que vigorou durante o Império brasileiro: o § 4º instituiu o casamento civil como obrigatório, desvinculando-se do casamento religioso; o § 5º indicava secularizou os cemitérios, permitindo a prática de rituais de todos os cultos; e o § 6º tornava leigo o ensino público.

Com a Constituição de 1934, percebe-se não apenas a manutenção das regras estabelecidas, como também novidades que conferiram maior proteção à liberdade religiosa. O art. 113, “5” e “6”, estabeleceu, respectivamente, que as associações religiosas adquiriram personalidade jurídica¹³, e autorizaram a assistência religiosa em estabelecimentos oficiais, como expedições militares, hospitais e penitenciárias¹⁴. Já o art. 146 regulou o casamento religioso com fins civis, desde que observados os requisitos descritos¹⁵.

O ponto que envolve o ensino religioso nesse início de década 1930 é interessante, e demonstra o duelo entre três grupos de interesse para assumir o espaço no qual os católicos reinaram sublimes em passado não distante. São três os atores envolvidos: a própria Igreja, os laicistas e os conservadores. Ocorre que, apesar de proibição estabelecida desde 1891, o Decreto n. 19.941 de 1931 autorizava o ensino religioso facultativo nas escolas públicas (cursos primários, secundários e normal), cuja dispensa poderia ser requerida na matrícula. Sepulveda e Sepulveda (2017), em valioso artigo sobre o

13 Art. 113, 5) É inviolável a liberdade de consciencia e de crença, e garantido o livre exercicio dos cultos religiosos, desde que não contravenham á ordem publica e aos bons costume. As associações religiosas adquirem personalidade jurídica nos termos da lei civil.

14 Art. 113, 6) Sempre que solicitada será permittida a assistencia religiosa nas expedições militares, nos hospitais, nas penitenciárias e em outros estabelecimentos officiaes, sem onus para os cofres publicos, nem constrangimento ou coacção dos assistidos. Nas expedições militares a assistencia religiosa só poderá ser exercida por sacerdotes brasileiros natos.

15 Art. 146. O casamento será civil e gratuita a sua celebração. O casamento perante ministro de qualquer confissão religiosa, cujo rito não contrarie a ordem publica ou os bons costumes, produzirá, todavia, os mesmos effeitos que o casamento civil, desde que, perante a autoridade civil, na habilitação dos nubentes, na verificação dos impedimentos e no processo da oposição, sejam observadas as disposições da lei civil e seja elle inscripto no Registo Civil. O registo será gratuito e obrigatorio. A lei estabelecerá penalidades para a transgressão dos preceitos legaes attinentes á celebração do casamento.

tema, comentam que o grupo escolanovista, que advogava fortemente pela laicidade do Estado, fez constar o artigo 3º do Decreto, no qual estabelecia a necessidade de, no mínimo, vinte alunos estarem dispostos a acompanhar a disciplina para que ela fosse ofertada em estabelecimentos públicos de ensino, uma condição criada para dificultar a formação de turmas. Veja que a manutenção de interesses opostos demonstra a cautela do governo em acomodar ambos os interesses políticos da época e mitigar conflitos – inclusive entre os próprios professores, como deixa claro o artigo 9º do Decreto, que proibia professores de outras disciplinas de “impugnar os ensinamentos religiosos ou, de qualquer outro modo, ofender os direitos de consciência dos alunos que lhes são confiados”.

A Constituição de 1934 acolheu, no art. 153, a regulamentação do ensino religioso nas escolas, tornando-o obrigatório para as escolas e de frequência facultativa aos alunos, e o estendeu também ao ensino profissional¹⁶. Três anos mais tarde, Getúlio Vargas outorga novo texto constitucional e, curiosamente, o tom da letra da lei acerca do ensino religioso se torna menos imponente, retirando o uso do verbo “ser” (“o ensino religioso *será* de frequência facultativa” ...) utilizado em 1934 para o “poder” (“o ensino religioso *poderá* ser contemplado como matéria” ...) em 1937¹⁷. Segundo Luiz Antônio Constant Rodrigues da Cunha (2007, p. 215), esta redução de importância se deveu à criação do ensino cívico para atender aos interesses varguistas, disciplina obrigatória (junto com educação física e trabalhos manuais) e que também atendia a valores morais assim como o ensino religioso (o que Cunha denomina de “sintonia oscilante”).

¹⁶ Art. 153. O ensino religioso *será* de frequência facultativa e ministrado de acordo com os princípios da confissão religiosa do alumno, manifestada pelos pais ou responsáveis, e constituirá matéria dos horários nas escolas públicas primárias, secundárias, profissionais e normais.

¹⁷ Art. 133. O ensino religioso *poderá* ser contemplado como matéria do curso ordinário das escolas primárias, normais e secundárias. Não *poderá*, porém, constituir objeto de obrigação dos mestres ou professores, nem de frequência compulsória por parte dos alunos.

Com a queda de Vargas, e a restauração da democracia no Brasil, foi promulgado o texto constitucional de 1946, que mantinha as nuances da liberdade religiosa já absorvidas, permanecendo o ensino religioso como disciplina dos horários das escolas oficiais, sendo de matrícula facultativa e de acordo com a confissão religiosa do aluno (art. 168, V). A matéria, do ponto de vista constitucional, manteve-se nestes moldes durante o período militar (Emenda Constitucional 1, de 1967, que se sobreponha à Constituição de 1946), diferenciando-se apenas com a inclusão dos instrumentos autoritários típicos de ditaduras. Em outras palavras, o Estado continuou sendo laico, garantindo o direito de crença e culto, mas havia limitações à liberdade de expressão e associação, o que impactava indiretamente grupos religiosos¹⁸.

Conforme se denota, do início do período republicano até a Constituição atual (1988), verifica-se a manutenção da liberdade religiosa no Brasil, de modo geral, com algumas nuances perceptíveis ante a mudanças políticas. O Estado laico, previsto desde 1891, rompeu com o modelo monárquico e religioso do período imperial. Ao longo dos textos seguintes, especialmente em 1934 e 1946, os direitos de culto e crença foram fortalecidos, assegurando proteção contra discriminação religiosa. Já durante o regime militar, a Constituição de 1967 e sua Emenda 1 de 1969 mantiveram a liberdade religiosa, mas dentro de um contexto de restrições a outros direitos fundamentais. Apesar dos desafios, a separação entre Estado e religião permaneceu como princípio essencial, garantindo aos cidadãos o direito de professar sua fé sem interferência estatal.

Sabemos, contudo, que a lei não reflete a realidade. Sendo um país que se declara cristão, permanece na sociedade um profundo

¹⁸ Este detalhe pode ser observado no art. 30, “c”, que não autoriza que as Casas do Congresso publiquem pronunciamentos que envolverem “ofensas às Instituições Nacionais, propaganda de guerra, de subversão da ordem política ou social, de preconceito de raça, de religião ou de classe, configurarem crimes contra a honra ou contiverem incitamento à prática de crimes de qualquer natureza”

racismo estrutural, responsável por marginalizar algumas práticas religiosas, como efeito de um histórico secular de colonização e escravização, que desvalorizou culturas e tradições não alinhadas ao cristianismo. Essa contradição entre a lei e a prática evidencia a necessidade de um compromisso social mais profundo na promoção do respeito e da diversidade religiosa. Tal análise resta clara pelo tratamento dado pela jurisprudência ao tema.

3 A RECENTE COMPREENSÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL SOBRE A LIBERDADE RELIGIOSA

A Constituição de 1988, seguindo a tradição normativa já consolidada, garante a liberdade religiosa como um direito fundamental no Brasil, reforçando o caráter laico do Estado e garantindo a proteção contra discriminação por motivos de crença. O artigo 5º, inciso VI, assegura a inviolabilidade da liberdade de consciência e de crença, assegurando o livre exercício dos cultos religiosos e garantida, na forma da lei, a proteção aos locais de culto e a suas liturgias. Oportuno mencionar que não foi editada a lei mencionada pelo legislador constituinte cujo jaez é a regulamentação do livre exercício das crenças e cultos¹⁹.

Com efeito, o Estado brasileiro não pode estabelecer ou favorecer nenhuma religião, garantindo um ambiente de pluralismo e respeito. A Constituição também reconhece a objeção de consciência, permitindo que cidadãos tenham seus direitos preservados caso práticas religiosas entrem em conflito com deveres civis ou profissionais.

Sendo uma Constituição que ampliou o acesso aos mecanismos do controle abstrato de constitucionalidade, uma das justificativas para o aumento exponencial de demandas no Supremo Tribunal Federal, por certo, discussões que envolvam a liberdade religiosa já

¹⁹ A este respeito há um projeto de lei na Câmara dos Deputados (PL 4188/2020), mas ainda não votado.

estiveram em análise pela Corte. Um tema sempre relevante e que mereceu análise do Tribunal é o que trata da transfusão sanguínea a pacientes Testemunhas de Jeová, que por sua crença, devem se abster de sangue, em interpretação bíblica própria de sua fé. No Recurso Extraordinário 979.742 AM, o paciente judicializou o custeio pelo poder público de realização de cirurgia fora de seu domicílio de origem, em hospital credenciado pelo Sistema Único de Saúde – SUS que realiza o procedimento necessário sem transfusão de sangue. Em análise, a Corte fixou a seguinte tese de julgamento: “1. Testemunhas de Jeová, quando maiores e capazes, têm o direito de recusar procedimento médico que envolva transfusão de sangue, com base na autonomia individual e na liberdade religiosa. 2. Como consequência, em respeito ao direito à vida e à saúde, fazem jus aos procedimentos alternativos disponíveis no Sistema Único de Saúde – SUS, podendo, se necessário, recorrer a tratamento fora de seu domicílio.”

Em outro caso, o do Recurso Extraordinário 611.874, convertido no Tema 386 do STF, o Supremo analisou a constitucionalidade da realização de etapas do concurso em datas diferentes das previstas no edital – algo que já ocorre com o Enem – Exame Nacional do Ensino Médio –, desde que sejam respeitados os princípios da razoabilidade e isonomia, sem gerar ônus desproporcional à administração pública. Com efeito, o Tribunal fixou a tese de que “nos termos do artigo 5º, VIII, da Constituição Federal é possível a realização de etapas de concurso público em datas e horários distintos dos previstos em edital, por candidato que invoca escusa de consciência por motivo de crença religiosa, desde que presentes a razoabilidade da alteração, a preservação da igualdade entre todos os candidatos e que não acarrete ônus desproporcional à Administração Pública, que deverá decidir de maneira fundamentada” (Tema 386). Por óbvio, tal flexibilização das datas não pode comprometer a imparcialidade e transparência dos certames.

O Tema 953 do STF trata da possibilidade de pessoas utilizarem vestimentas ou acessórios religiosos em fotografias de documentos oficiais. O caso foi analisado no Recurso Extraordinário 859.376, tendo como relator o Ministro Luís Roberto Barroso, e foi decidido por unanimidade pelo Tribunal Pleno em 17 de abril de 2024. A questão central era se a exigência de retirada de vestimentas religiosas para fotos de documentos violava a liberdade de crença garantida pela Constituição. O STF entendeu que, desde que o acessório não impeça a adequada identificação da pessoa, seu uso deve ser permitido. A tese fixada pelo Supremo foi: “É constitucional a utilização de vestimentas ou acessórios relacionados à crença ou religião nas fotos de documentos oficiais, desde que não impeçam a adequada identificação individual, com rosto visível”.

Já no julgamento da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 811 discutiu a restrição temporária de atividades religiosas presenciais no Estado de São Paulo durante a pandemia de Covid-19. O Tribunal, por maioria de votos, decidiu que a proibição de cultos, missas e outras cerimônias religiosas coletivas era constitucional, pois visava proteger a vida dos fiéis e conter a disseminação do vírus. Na ementa, consignou: “sob o prisma da constitucionalidade formal, a edição da norma impugnada respeitou o entendimento firmado pelo STF no julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade 6.341, de relatoria do eminentíssimo Ministro Marco Aurélio, redator do acórdão Ministro Edson Fachin, em que se assentou que todos os entes federados têm competência para legislar e adotar medidas sanitárias voltadas ao enfrentamento da pandemia de Covid-19. Precedentes. Sob o prisma da constitucionalidade material, as medidas impostas pelo Decreto estadual resultaram de análises técnicas relativas ao risco ambiental de contágio pela Covid-19 conforme o setor econômico e social, bem como de acordo com a necessidade de preservar a capacidade de atendimento da rede de serviço de saúde pública. A norma revelou-se adequada, necessária

e proporcional em sentido estrito para o combate do grave quadro de contaminação que antecedeu a sua edição”.

Entre 2015 e 2018, o STF julgou cinco ações que envolviam a Bíblia cristã. Em quatro ações com o mesmo objeto (Ações Diretas de Inconstitucionalidade 5248, 5255, 5256 e 5258), ajuizadas pela Procuradoria-Geral da República, analisou-se leis estaduais que impunham a inclusão de exemplares da Bíblia cristã no acervo das bibliotecas e escolas públicas, em clara violação aos princípios da isonomia, liberdade religiosa e laicidade do Estado brasileiro. Já na Ação Direta de Inconstitucionalidade 5257, determinado estado da federação oficializou a Bíblia como livro-base de fonte doutrinária para fundamentar princípios, usos e costumes de comunidades, igrejas e grupos. Segundo a decisão, “A oficialização da Bíblia como livro-base de fonte doutrinária para fundamentar princípios, usos e costumes de comunidades, igrejas e grupos no Estado de Rondônia implica inconstitucional *discrimen* entre crenças, além de caracterizar violação da neutralidade exigida do Estado pela Constituição Federal. Inconstitucionalidade do art. 1º da Lei nº 1.864/08 do Estado de Rondônia”.

Por fim, mas não menos importante, em 2019, a Corte julgou o Recurso Extraordinário 494.601, que discutiu a constitucionalidade de lei estadual que permitia o sacrifício de animais em rituais religiosos de matriz africana. O Ministério Público do Estado questionou a norma, alegando que ela violava a proteção ambiental e a competência legislativa da União. Ao reconhecer em sua decisão que “a proteção específica dos cultos de religiões de matriz africana é compatível com o princípio da igualdade, uma vez que sua estigmatização, fruto de um preconceito estrutural, está a merecer especial atenção do Estado”, o Supremo Tribunal Federal, por unanimidade, decidiu pela constitucionalidade da lei, fixando a tese: “É constitucional a lei de proteção animal que, a fim de resguardar a liberdade reli-

giosa, permite o sacrifício ritual de animais em cultos de religiões de matriz africana”.

Alinhado, portanto, aos dizeres constitucionais, o Supremo Tribunal Federal tem desempenhado um papel essencial na salvaguarda da liberdade religiosa, garantindo que esse direito seja protegido sem comprometer os princípios constitucionais do Estado laico. Pelos julgados indicados, é possível verificar a predominância de temas que envolvem as religiões cristãs, até mesmo pela influência que (ainda) exercem no contexto nacional. O Tribunal, em seus julgamentos recentes, reforçou o entendimento do direito de objeção de consciência, assegurando que indivíduos possam recusar certas práticas por motivos religiosos. Outro ponto que merece atenção é a contra discriminação religiosa, reforçando medidas para evitar perseguições, especialmente contra minorias religiosas. Essas análises demonstram um esforço contínuo do STF para assegurar que a diversidade religiosa seja preservada dentro dos parâmetros democráticos e constitucionais.

Conclusão

Pela análise realizada neste texto, percebemos que o constitucionalismo nacional, desde 1889, caminhou no sentido de garantir a liberdade religiosa, necessidade que se faz premente em um contexto sincrético como é o brasileiro.

Da letra da lei para a realidade dos fatos, contudo, muitos grupos ainda enfrentam discriminação e intolerância. Basta acessar as notícias ou realizar leitura do “II Relatório sobre intolerância religiosa: Brasil, América Latina e Caribe”, publicado pelo CEAP, em 2023, para concluir que, em especial, religiões de matriz africana sofrem com preconceito histórico, ataques a terreiros e discursos de ódio que marginalizam suas práticas. Assim, apesar das garantias legais,

barreiras sociais e culturais impedem a plena liberdade religiosa na vida cotidiana.

A discriminação religiosa também se manifesta na política e na mídia, influenciando decisões governamentais e reforçando estereótipos. Algumas crenças recebem mais espaço e reconhecimento institucional, enquanto outras são constantemente alvo de desinformação e preconceito. O discurso de ódio alimentado nas redes sociais intensifica a perseguição contra grupos religiosos minoritários, tornando difícil o exercício pleno da liberdade religiosa. Apesar dos avanços legais e do compromisso constitucional, o respeito à diversidade religiosa ainda enfrenta desafios. Basta lembrar que, passados mais de 35 anos da promulgação da Constituição, em 1988, não foi editada a lei que deve regulamentar a garantia do livre exercício das crenças e cultos (art. 5º, VI).

O caminho para uma sociedade verdadeiramente inclusiva exige educação, diálogo e o compromisso com o combate à intolerância pelas autoridades e sociedade, garantindo que a liberdade religiosa seja uma realidade para todas as crenças.

Referências

BRASIL. Câmara dos Deputados: legislação informatizada. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-1225-20-agosto-1864-554707-norma-pl.html#:~:text=EMENTA%3A%20Autorisa%20o%20Governo%20a,e%20quaesquer%20outros%20estabelecimentos%20publicos>.

BRASIL. No Dia Nacional de Combate à Intolerância Religiosa, MDHC reforça canal de denúncias e compromisso com promoção da liberdade religiosa. Disponível em: <<https://www.gov.br/mdh/pt-br/assuntos/noticias/2024/janeiro/no-dia-nacional-de-combate-a-intolerancia-religiosa-mdhc-reforca-canal-de-denuncias-e-compromisso-com-promocao-da-liberdade-religiosa>>.

CAMURÇA, Marcelo Ayres. **Entre sincretismos e ‘guerras santas’: dinâmicas e linhas de força do campo religioso brasileiro.** REVISTA USP, São Paulo, n.81, p. 173-185, março/maio 2009

CUNHA, Luiz Antônio Constant Rodrigues da. **A Universidade Temporânea: o ensino superior, da Colônia à Era Vargas.** São Paulo: Unesp, 2007.

FACHIN, Zulmar; SAMPAR, Rene. **Teoria do Estado.** 8 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2025.

FRANK, Matthew J. **Religious Freedom.** Disponível em: <<https://roots-of-liberty.org/religious-freedom-in-the-federalist/>>.

MITIDIERO, Daniel; MARINONI, Luiz Guilherme; SARLET, Ingo Wolgant. **Curso de Direito Constitucional.** 14 ed. São Paulo: Saraiva, 2025.

PANSIERI, Flávio. **A Liberdade no Pensamento Ocidental.** Belo Horizonte: Fórum, 2018 (4 tomos).

_____; SAMPAR, Rene. **A Fórmula da [in]tolerância.** Capital: Curitiba, 2024.

SEPULVEDA, Denize; SEPULVEDA, José Antonio Sepulveda. **A disciplina Ensino Religioso: história, legislação e práticas.** Revista do Centro de Educação, vol. 42, núm. 1, pp. 177-190, 2017. DOI <https://doi.org/10.5902/1984644422301>.

SILVA, José Afonso. **Curso de Direito Constitucional.** 40 edição. São Paulo: Malheiros, 2017.

YALE Law School. **The Federalist Papers.** Disponível em: https://avalon.law.yale.edu/subject_menus/fed.asp

ZAGREBELSKY, Gustavo. **Scambiarsi la veste: Stato e chiesa al governo dell'uomo.** Bari: Laterza, 2010.

Capítulo 20

Conectando direitos: o papel transformador da inteligência artificial na democratização do acesso à justiça no Brasil

Rozane da Rosa Cachapuz

José Ricardo Suter

Benjamin Moises Carrasco del Carpio

INTRODUÇÃO

Nos últimos anos, a Inteligência Artificial (IA) tem desempenhado um papel cada vez mais proeminente na transformação de diversos setores da sociedade. No contexto jurídico, especificamente no Brasil, a IA tem sido reconhecida como uma ferramenta poderosa com potencial para democratizar o acesso à justiça. Diante desse cenário, este artigo busca explorar o papel transformador da IA na promoção da democratização do acesso à justiça no Brasil.

A inteligência artificial é uma ferramenta que pode ser utilizada em todos os componentes do sistema jurídico; no componente

normativo para a elaboração de regras categóricas (sentenças); no campo dos agentes (juízes, promotores e assistentes) para seu controle e supervisão; e na administração de instituições; no caso peruano, o Ministério Público e o Poder Judiciário.

Mas antes de prosseguir, é necessário lembrar que existem vários tipos de inteligência artificial e não apenas o tipo gerativo, a IA, que desde o surgimento do chatGPT parece ter monopolizado o conceito com a ameaça de um futuro despótico com máquinas que decidem sobre a vida ou a morte seguindo ordens geradas por algoritmos de capacidade ilimitada; de sistemas de hiper vigilância que anulam o direito à privacidade; de ferramentas que tornaram o sistema educacional obsoleto e que ameaçam acabar com a maioria das profissões.

Este artigo não trata da delegação do poder jurisdicional a uma inteligência artificial geradora, mas do uso e das possibilidades de várias ferramentas de inteligência artificial para melhorar a eficiência, a equidade e a acessibilidade na democratização do acesso à justiça. A decisão justa sempre será o poder humano exclusivo.

A democratização do acesso à justiça é um princípio fundamental em qualquer sistema jurídico que aspira a promover igualdade e justiça para todos os cidadãos. No entanto, tradicionalmente, o acesso à justiça tem sido marcado por barreiras econômicas, geográficas e sociais que dificultam a participação plena dos indivíduos no sistema legal. Nesse contexto, a IA surge como uma ferramenta promissora que pode ajudar a superar essas barreiras, tornando os serviços jurídicos mais acessíveis e eficientes para uma gama mais ampla de pessoas.

A implementação de sistemas de IA no poder judiciário brasileiro apresenta uma série de benefícios potenciais, que vão desde a automação de tarefas rotineiras até a análise avançada de dados legais. Por meio da análise de grandes volumes de informações, a IA

pode ajudar na identificação de padrões, na previsão de resultados judiciais e na otimização de processos, contribuindo assim para uma administração mais eficiente da justiça.

No entanto, é importante reconhecer que a introdução da IA no sistema jurídico também levanta uma série de questões éticas, legais e sociais que precisam ser cuidadosamente consideradas. Preocupações relacionadas à transparência, viés algorítmico, privacidade e equidade são apenas algumas das questões que exigem uma abordagem cuidadosa e reflexiva ao utilizar a IA para democratizar o acesso à justiça.

Assim, por meio do método hipotético-dedutivo através de uma abordagem metodológica que combina revisão bibliográfica e análise crítica, se busca demonstrar como a IA pode auxiliar na democratização o acesso à justiça no Brasil.

1 O ACESSO À JUSTIÇA E O PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

O tema do acesso à justiça é objeto de investigação por acadêmicos e especialistas em direito, pois há ampla discussão sobre sua eficácia na garantia dos direitos dos cidadãos.

José Ricardo Suter (2018, p. 5) ensina que “o acesso à justiça é um importante preceito constitucional no Estado Democrático de Direito e deve ser garantido aos cidadãos”.

Durante um longo período, o conceito de acesso à justiça limitou-se à ideia de acesso aos tribunais, o que refletia uma confusão entre justiça e jurisdição. Essencialmente, isso significava o direito formal do indivíduo de iniciar ou contestar um processo legal (Paulino, 2021, p. 18).

Nessa linha de raciocínio, é indiscutível que o direito humano fundamental de acesso à justiça não se esgota ou se cumpre com a mera garantia de ser ouvido por um juiz ou de acionar o aparato

jurisdicional do Estado, mas sim que sua materialização se concretiza na obtenção de uma decisão justa.

Parece simples, mas quando se trata de definir o que é uma “decisão justa”, não é possível confiar em uma definição léxica, que o dicionário pouco ajuda; ou em uma definição circular, que pressupõe que o termo é conhecido por todos, mas não é; nem em uma definição ostensiva. Daí a necessidade de recorrer a uma definição intencional que especifique as qualidades necessárias que o termo comprehende.

Essas qualidades mínimas necessárias, no caso de “uma decisão justa”, são: sua obtenção em um período razoável; sua previsibilidade; sua base na ordem normativa; e sua conformidade com os postulados do bloco de convencionalidade dos direitos humanos.

Uma decisão justa é um fim e uma finalidade. Fim, como o término, a conclusão, a consumação, o resultado, a conclusão do processo; finalidade, como o propósito, o motivo, a intenção. Não há fim sem começo e, no caso de uma decisão justa, esse começo ocorre com o acesso ao sistema de administração da justiça.

De acordo com Watanabe (2011, p. 385), é essencial que as pessoas tenham a oportunidade de buscar um processo justo, capaz de assegurar seus direitos diante dos diversos conflitos existentes:

O princípio de acesso à justiça, inscrito no n. XXXV do art. 5º, da Constituição Federal, não assegura apenas acesso formal aos órgãos judiciários, e sim um acesso qualificado que propicie aos indivíduos o acesso à ordem jurídica justa, no sentido de que cabe a todos que tenham qualquer problema jurídico, não necessariamente um conflito de interesses, uma atenção por parte do Poder Público, em especial do Poder Judiciário.

Portanto, compreender o acesso à justiça implica também entender os desafios que levam os cidadãos, com suas respectivas obrigações

e direitos, a buscar a justiça e sua interação com o sistema legal. Assim, um sistema ideal de justiça deve ser acessível a todos os cidadãos, proporcionando os meios adequados para resolver suas disputas (Cappelletti & Garth, 1988).

Nesse mesmo sentido, os autores asseguram, *verbis*:

A expressão “acesso à justiça” é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo ele deve produzir resultados que sejam individual e socialmente justos (Cappelletti & Garth, 1988, p. 8).

A par disso, Pancotti (2002, p. 36) ensina que “garantir o acesso do cidadão à justiça, enfim, não significa a mera admissão ao processo ou a facilitação de ingresso em juízo, pois é indispensável que seja assegurado acesso à ordem jurídica justa”.

Humberto Dalla Bernardina de Pinho (2012) argumenta que o acesso à justiça não se limita apenas à capacidade de entrar com uma ação para reivindicar direitos, mas também deve garantir que os cidadãos tenham acesso a uma resposta justa e eficaz, obtida por meio do sistema judicial, mediante a escolha de uma resolução adequada para o conflito.

No mesmo sentido, Watanabe (1988) disserta que a questão do acesso à justiça não pode ser analisada apenas dentro das restrições dos recursos disponíveis nos tribunais existentes. Não se resume simplesmente a permitir o acesso à justiça como uma instituição governamental, mas sim a possibilitar o acesso a um sistema jurídico justo.

Para Morais (1999), a necessidade de fornecer garantias e recursos tangíveis impulsiona a democratização do acesso à justiça, que é

fundamental para resolver conflitos, um princípio essencial do Estado Democrático de Direito. Isso, por sua vez, requer uma revisão das abordagens para lidar com os conflitos, com o propósito de estabelecer mecanismos mais eficazes de pacificação social.

Nessa mesma linha de raciocínio, Watanabe (1988) discorre que a sociedade deve possuir um amplo entendimento dos direitos, oferecendo oportunidades legais para acessar a justiça. Ensina que isso implica não apenas o acesso aos tribunais existentes, mas também considerar a estrutura jurídica e seus diversos elementos, visando o acesso à ordem jurídica adequada.

Por outro giro, imperioso destacar que a sociedade contemporânea está imersa em um constante processo de evolução, moldado por uma série de forças sociais, tecnológicas e culturais. Nos últimos anos, testemunhamos avanços significativos em diversos aspectos, desde o desenvolvimento de novas tecnologias até mudanças nos padrões sociais e comportamentais. A globalização e a revolução digital têm encurtado as distâncias entre as pessoas, ampliando as conexões e promovendo um intercâmbio cultural sem precedentes. Além disso, questões de igualdade de gênero, diversidade e inclusão estão recebendo uma atenção renovada, impulsionando movimentos e iniciativas em prol de uma sociedade mais justa e igualitária.

Em meio a essas transformações, a sociedade atual busca constantemente adaptar-se e evoluir, enfrentando os desafios com criatividade, resiliência e um compromisso renovado com valores fundamentais de justiça, solidariedade e progresso.

No contexto brasileiro, os efeitos das ondas renovatórias, bem explicadas por Cappelletti e Garth (1988), se manifestam através de várias reformas legislativas, as quais, entre outros aspectos positivos, têm contribuído para tornar o acesso à justiça mais equitativo e desburocratizado.

É nesse cenário que o direito e acesso à justiça está sendo ressignificado. Tânia Lobo Muniz assegura que o direito deve acompanhar as mudanças sociais, “modernizando e democratizando os mecanismos de acesso à justiça, criando soluções adequadas e necessárias à manutenção da paz e da ordem no Estado de Direito” (Muniz, 2014, p. 58).

Nessa senda, mostra-se que a democratização do acesso à justiça é um dever fundamental da sociedade e do Estado, que deve garantir o livre acesso à justiça em todas as instâncias, o direito de defesa, o acesso à informação e o reconhecimento das particularidades culturais dos indivíduos envolvidos.

Proporcionar uma decisão justa é um dever dos magistrados; garantir o acesso ao sistema judiciário é uma obrigação do Estado.

Nos últimos anos, tem havido uma crescente adoção de tecnologia pelo Poder Judiciário brasileiro para aprimorar a entrega da justiça, resultando na introdução do conceito de “Direito 4.0”, que reflete o avanço tecnológico integrado às práticas diárias dos profissionais do direito (Reckziegel & Barcellos, 2021, p. 352).

Nesse sentido, sabe-se a tecnologia emergiu como uma força transformadora no sistema judiciário brasileiro. A digitalização e a informatização dos sistemas jurídicos têm desempenhado um papel crucial na melhoria da acessibilidade do sistema legal. A introdução de plataformas on-line para o registro de processos, consulta de jurisprudência e até mesmo a realização de audiências virtuais tem simplificado e agilizado muitos procedimentos legais. Além disso, a tecnologia tem permitido uma maior transparência no processo judicial, facilitando o acesso do público às informações relacionadas aos casos em andamento e às decisões judiciais.

Imperioso destacar que a pandemia da COVID-19 foi um catalisador significativo para acelerar a inovação no poder judiciário, especialmente devido às restrições de isolamento social que transformaram

abruptamente o modelo de trabalho de presencial para remoto. Com isso, para garantir a continuidade dos serviços judiciais, os tribunais intensificaram a digitalização dos procedimentos, adotando audiências e julgamentos via videoconferência, além de implementar balcões virtuais¹.

Diante tais modificações e inovações, é preciso reconhecer os impactos da tecnologia no acesso à justiça, criando desafios significativos, pois nem todos os indivíduos têm acesso igualitário à tecnologia, o que pode ampliar as disparidades existentes no acesso à justiça. Além disso, questões relacionadas à segurança cibernética e proteção de dados pessoais também surgem nesse cenário desafiador.

Assim, enquanto a tecnologia oferece oportunidades promissoras para melhorar o acesso à justiça, é crucial que essas inovações sejam implementadas de forma cuidadosa e equitativa, levando em consideração as necessidades e preocupações de todos os usuários do sistema legal.

De toda sorte, nessa linha de raciocínio, resta evidente que os avanços tecnológicos, especialmente em relação a inteligência artificial (IA), tem desempenhado um papel significativo na democratização do acesso à justiça no Brasil, afinal, ao automatizar processos, analisar grandes volumes de dados judiciais e oferecer insights preditivos, por exemplo, faz com que a IA revolucione a maneira como as pessoas interagem com o sistema jurídico brasileiro.

2 INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E O PODER JUDICIÁRIO BRASILEIRO

A interação entre tecnologia e sociedade é um fenômeno complexo que molda diversas esferas da vida moderna, e o Brasil não está imune a essa dinâmica. Nos últimos anos, o país tem testemunhado um

¹ A Resolução CNJ nº 372/2021 estabeleceu a implementação de uma ferramenta de comunicação por videoconferência para os usuários se conectarem aos setores de atendimento de cada unidade judiciária, reproduzindo assim a função do tradicional “balcão” encontrado nos prédios forenses.

rápido avanço tecnológico, que tem influenciado significativamente a forma como vivemos, nos comunicamos e nos relacionamos.

A disseminação da internet e das redes sociais, por exemplo, trouxe mudanças profundas na maneira como as pessoas interagem, consomem informações e participam do debate público. Além disso, a tecnologia tem sido uma ferramenta crucial para impulsionar o crescimento econômico e a inovação em diversas áreas, desde a agricultura até a indústria.

Nessa mesma linha, os recursos tecnológicos têm se mostrado cada vez mais importantes para o fortalecimento do sistema judiciário, pois incorporam procedimentos padronizados e automatizados, bem como tecnologias como IA, algoritmos, simulações neurais e uma vasta gama de outras soluções, contribuindo para o desenvolvimento de uma justiça codificada (Gomes & Tavares, 2021, p.97).

A inteligência artificial, como um ramo em ascensão da ciência da computação, está ganhando cada vez mais importância no âmbito brasileiro. A IA apresenta um potencial revolucionário para o sistema jurídico, especialmente em termos de eficiência, precisão e acessibilidade. Sabe-se que a IA pode ser aplicada de diversas maneiras, desde a análise de extensas bases de dados jurídicos até o auxílio em tomadas de decisões judiciais e na automatização de procedimentos legais (Kagan, 2020).

Neste momento, mister se faz conceituar a IA, que nos ensinamentos de Peixoto e Silva (2019, p. 20) “se refere à capacidade de reprodução artificial da capacidade de adquirir e aplicar diferentes habilidades e conhecimentos para solucionar dado problema, resolvendo-o, raciocinando e aprendendo com as situações”, ou seja, habilidade de imitar as capacidades cognitivas humanas em uma máquina.

Para Ana Débora Rocha Sale; Carlos Marden Cabral Coutinho e Letícia Vasconcelos Paraiso (2020, p. 4), a inteligência artificial, *verbis*:

[...] é uma área de estudo da ciência da computação que se objetiva, mediante passos estruturados (algoritmos) de um determinado programa (software), construir mecanismos e/ou dispositivos que simulem a capacidade do ser humano de aprender e resolver problemas, ou seja, de ser inteligente.

Esse tipo de aprendizado é conhecido como “aprendizado de máquina” ou *Machine Learning*.

A contribuir, sabe-se que dispositivos que empregam inteligência artificial operam com base em algoritmos. Para César Augusto Luiz Leonardo e Roberto da Freiria Estevão (2020, p. 7): “um plano de ação pré-definido a ser seguido pelo computador, de maneira que a realização contínua de pequenas tarefas simples possibilitará a realização da tarefa solicitada sem novo dispêndio de trabalho humano”.

Nesse mesmo teor, Sales et al (2020, p. 4) ensinam que “o algoritmo é o conjunto de passos usados para fazer uma tarefa específica, funciona como um bloco de informações que permitem que um dado equipamento realize suas funções”. Asseguram ainda:

As máquinas, assim como os seres humanos, precisam passar por um processo de aprendizagem, para desenvolverem o conhecimento necessário para desenvolver uma função. Na ciência da computação, o chamado Machine Learning é o processo de programação que tem o objetivo de treinar as máquinas para que elas consigam dar uma resposta coerente ao comando realizado. É esse processo que dá a possibilidade de uma máquina adquirir a inteligência artificial (Sales et al, 2020, p. 5).

O *Machine Learning* é uma subdivisão da Inteligência Artificial e pode ser considerado uma subcategoria das Tecnologias Cognitivas. Ele utiliza uma gama de técnicas estatísticas, probabilísticas e de otimização que capacitam os computadores a aprender e identificar

padrões complexos a partir de dados históricos dos parâmetros analisados (Mateus & Mendonça, 2020).

Um exemplo de aprendizado supervisionado é o sistema de inteligência artificial implementado no Tribunal de Justiça de Minas Gerais. Chamado de “Radar”, esse sistema tem como função primordial analisar os processos e categorizá-los com base em sua semelhança. Ao identificar processos repetitivos, realiza a indexação automática e encaminha-os ao juiz responsável pela ação (Sales et al, 2020, p. 5).

Nessa mesma linha de raciocínio, os critérios de pesquisa abrangem uma variedade de aspectos, incluindo buscas por palavra-chave, data de distribuição, órgão julgador, magistrado, partes envolvidas, advogados, entre outros requisitos que os julgadores possam demandar. Isso facilitará os assistentes dos desembargadores do Tribunal na preparação de votos, fornecendo pesquisas prontas de decisões judiciais que podem ser utilizadas como base para fundamentação (Medeiros, 2019).

A par disso, urge mencionar os ensinamentos de Bryce Goodman e Seth Flaxman (2017, p. 38, tradução nossa):

[...] o aprendizado de máquina pode reificar os padrões existentes de discriminação e eles forem encontrados no conjunto de dados de treinamento, então, por design, um classificador irá reproduzi-los. Desta forma, as decisões tendenciosas são apresentadas como o resultado de um algoritmo “objetivo”.

Para auxiliar a compreender um pouco mais sobre a utilização da IA nesse cenário, Sergio Rodas (2020) identifica três funções principais que as máquinas podem desempenhar no âmbito do Poder Judiciário. A primeira delas é a análise de processos, com o propósito de categorizar aqueles que abordam questões semelhantes, simplificando assim a resolução de disputas pelos profissionais do direito.

A segunda função envolve a mineração de dados de grandes fontes, onde os algoritmos são capazes de extrair informações relevantes de um volume extenso de dados, como documentos, processos, artigos técnicos e notícias e finalmente, as máquinas podem desempenhar um papel na atividade judicante, isto é, na tomada de decisões sobre disputas judiciais (Rodas, 2020).

Dierle Nunes e Aurélio Viana (2018) asseguram que a utilização desses algoritmos e ferramentas no cenário jurídico é considerada uma tendência inevitável, especialmente diante da situação da prestação da atividade jurisdicional no Brasil, marcada pelo considerável estoque de aproximadamente 100 milhões de processos em andamento. Diante desse volume expressivo, há uma receptividade a qualquer técnica ou tecnologia que se proponha a reduzir a quantidade de casos a serem julgados.

De acordo com os autores, o que desperta o fascínio dos profissionais do direito e do sistema judiciário pelas máquinas dotadas de inteligência artificial é a capacidade de combinar atributos humanos com características inerentes às máquinas. Isso resulta em um trabalho muito mais eficaz realizado em um curto período (Nunes & Viana, 2018).

No Brasil, se pode observar algumas iniciativas voltadas para a automatização das decisões judiciais. Um único exemplo disso é o projeto chamado Victor, que foi desenvolvido em colaboração entre o Supremo Tribunal Federal e a Universidade de Brasília. Esse sistema está em funcionamento desde 2018 (Sales et al, 2020, p. 12).

César Augusto Luiz Leonardo e Roberto da Freiria Estevão (2020, p. 8) asseguram que “numa primeira etapa, o objetivo é que o Victor leia os recursos extraordinários apresentados, faça a vinculação de seu conteúdo com os temas de repercussão geral, tudo isto numa velocidade extraordinariamente superior”.

Ensinam ainda que em contraposição ao que foi afirmado pelo STF ao anunciar a implementação do sistema de inteligência artificial, o tribunal afirmou que “a máquina não decide, não julga, isso é atividade humana”. No entanto, a identificação de recursos extraordinários vinculados a determinados temas de repercussão geral é de natureza decisória (Leonardo & Estevão, 2020).

Diante do narrado até aqui, é crucial reconhecer que a implementação da inteligência artificial no campo jurídico também traz consigo desafios e questões éticas importantes, como a transparência algorítmica e a responsabilidade por decisões automatizadas.

Assim, é essencial que as políticas e regulamentações acompanhem esse avanço tecnológico para garantir que a IA seja utilizada de forma ética, transparente e equitativa nos tribunais brasileiros, de modo a verdadeiramente promover a democratização do acesso à justiça para todos os cidadãos brasileiros.

3 INTELIGÊNCIA ARTIFICIAL E SEU IMPACTO NO ACESSO À JUSTIÇA NO BRASIL

Inicialmente, mostra-se que no Brasil houve um notável avanço na gestão dos processos judiciais através da adoção de tecnologias de automação, tornando mais fácil a visualização e acompanhamento das demandas em todo o país.

Dentre várias regulamentações recentemente promulgadas, é importante destacar a tendência de avanços tecnológicos que marcava o início dos anos 2000, ao incluir de forma explícita a possibilidade de o Poder Judiciário utilizar meios eletrônicos conforme necessário. No mesmo período, o Supremo Tribunal Federal estabeleceu uma parceria com o Banco Central do Brasil (BACEN) para implementar a ferramenta de busca de bens conhecida como BACENJUD, que atualmente é denominada SISBAJUD (Pessoa & Guimarães, 2022).

No entanto, é evidente que durante esse período não houve aplicação direta da Inteligência Artificial, sendo que o início dos anos 2000 serviu como um prelúdio para a modernização do Poder Judiciário brasileiro, que ocorreu entre 2010 e os dias atuais. Destaca-se o ano de 2010 como um ponto de virada no campo da tecnologia da informação, pois foi quando o Processo Judicial Eletrônico (PJe) foi implementado pela primeira vez na Vara de Natal da Justiça Federal do Rio Grande do Norte (Pessoa & Guimarães, 2022).

No entanto, de acordo com um relatório coordenado pelo Ministro Luis Felipe Salomão do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em colaboração com a Fundação Getúlio Vargas, a explosão de iniciativas envolvendo Inteligência Artificial no âmbito do Judiciário ocorreu em 2018. Entre 2018 e junho de 2020 - um intervalo de apenas dois anos - foram identificados 64 projetos de aplicação de IA em 47 tribunais brasileiros. Essa pesquisa abrange o Supremo Tribunal Federal (STF), o Superior Tribunal de Justiça (STJ), o Tribunal Superior do Trabalho (TST), os Tribunais Regionais do Trabalho, os Tribunais Regionais Federais e os Tribunais de Justiça (Salomão, 2020).

Na sequência, o mesmo autor, assegura:

Em junho de 2020, os resultados preliminares indicavam a presença de 72 projetos de IA no Poder Judiciário brasileiro. A continuidade do levantamento dos dados trouxe uma atualização desse número para 64 projetos em 47 Tribunais, além da Plataforma Sinapses do CNJ. A redução se deve ao contato com outros tribunais que nos permitiram reconsiderar algumas iniciativas indicadas como IA para sistemas de TI (Salomão, 2020, p. 26).

Nesse interim, a resolução nº 332/2020 e a Portaria nº 271/2020, que estabelecem diretrizes para o uso da IA no âmbito do Poder Judiciário, abordando questões éticas, transparência, governança na produção e utilização da tecnologia, segurança e responsabilização dos envolvidos em sua criação.

Por oportuno, o Conselho Nacional de Justiça (CNJ) criou a plataforma Sinapses com o intuito de facilitar a colaboração entre os órgãos jurídicos que utilizam o PJe, incentivando-os a desenvolver novos softwares que se integrem ao sistema principal e compartilhem essas criações para serem utilizadas por outros tribunais que optarem por aderir. Essa plataforma opera de forma semelhante a uma loja de aplicativos judiciais, fornecendo um espaço para compartilhamento e distribuição de soluções tecnológicas.

O cenário brasileiro no uso da IA nos tribunais podem ser retratados na figura extraída do manuscrito do Ministro Luis Felipe Salomão (2020, p. 65):

A presença da IA nos tribunais brasileiros é uma realidade inegável, cujo progresso se torna cada vez mais evidente. A rápida adoção e implementação de projetos envolvendo IA nos últimos anos indicam uma transformação significativa no funcionamento do sistema judiciário brasileiro. Desde a análise de processos até a elaboração de decisões mais fundamentadas, a IA demonstra seu potencial para otimizar os processos judiciais, aumentar a eficiência e promover a justiça de forma mais rápida e acessível.

Essa integração da tecnologia nos tribunais representa um caminho sem retorno, uma vez que os benefícios são claros e tangíveis. Ao mesmo tempo, essa tendência também ressalta a importância do acesso à justiça em um contexto cada vez mais digitalizado. A utilização da IA pode contribuir para reduzir as barreiras de acesso, tornando o sistema judicial mais inclusivo e eficaz para todos os cidadãos, independentemente de sua localização geográfica ou recursos financeiros.

A par disso, urge trazer o conceito de acesso à justiça derivado da renomada obra escrita por Mauro Cappelletti e Bryant Garth, intitulada “O Acesso à Justiça” (1978), que aborda uma série de desafios relacionados ao acesso aos direitos no sistema judiciário,

nas quais os autores identificam reformas implementadas naquela época com o objetivo de alcançar um acesso eficaz à justiça, as quais foram referidas como “ondas renovatórias”.

Sabe-se que o verdadeiro sentido do acesso à justiça reside na garantia da duração razoável do processo, assegurando que todos tenham a oportunidade de buscar e obter efetivamente seus direitos perante o sistema judiciário. É essencial que o jurisdicionado tenha seu direito tutelado no tempo que ele precisa, além de garantir uma ordem jurídica justa e equitativa para todos os membros da sociedade.

Neste estudo, é imprescindível abordar o acesso à justiça à luz da primeira onda proposta por Cappelletti e Garth, visto que a introdução da Inteligência Artificial nos tribunais representa um avanço significativo na democratização do acesso à justiça para os cidadãos. Ao adotar os princípios e as reformas propostas durante essa primeira onda, que visavam eliminar barreiras e tornar o sistema judiciário mais acessível a todos, trazendo consigo uma ampla gama de medidas, incluindo assistência jurídica gratuita, procedimentos simplificados e mecanismos de resolução alternativa de disputas. Como resultado, a primeira onda do acesso à justiça pavimentou o caminho para uma compreensão mais abrangente e inclusiva do papel do sistema judiciário na promoção da igualdade e da justiça social (Cappelletti & Garth, 1988).

Assim, com o auxílio da IA, os processos judiciais podem ser simplificados, tornando-os mais rápidos e eficientes, o que possibilita que um maior número de pessoas tenha seus direitos tutelados de forma justa e equitativa. Assim, ao alinhar os avanços tecnológicos com os princípios fundamentais do acesso à justiça, se pode criar um sistema jurídico mais inclusivo e democrático.

Nessa mesma linha de raciocínio, a IA traz à tona várias perspectivas quando aplicadas ao âmbito do Poder Judiciário. Por exemplo, elas podem contribuir para a redução do tempo de tramitação dos

processos, fortalecendo assim o princípio da eficiência administrativa. Além disso, essas tecnologias podem proporcionar maior agilidade e eficácia nas ferramentas de consulta processual e jurisprudencial, resultando em economia de tempo, precisão e coerência institucional. Outro benefício é a promoção do tratamento isonômico das questões apresentadas ao Judiciário, ampliando assim a eficácia dos princípios do contraditório, da ampla defesa e do livre acesso à justiça (Campos & Gomes, 2021, p. 76).

Assim, revisitando a lição de Cappelletti e Garth (1988, p. 164-165), fica claro que, por mais relevante que a inovação seja, é essencial evitar que os progressos comprometam os princípios de um processo justo, e que a implementação de reformas não dificulte o acesso equitativo, não apenas formal, dos jurisdicionados aos serviços judiciais.

Um exemplo desse avanço são os Centros Judiciais de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC's) que realizam atualmente suas sessões e/ou audiências de forma remota, representando a confluência da tecnologia com as abordagens relacionadas à terceira onda. Essa combinação torna a condução das audiências de conciliação e mediação mais dinâmica, prática e acessível.

De toda sorte, não se pode perder de vista que é importante reconhecer que o acesso desigual à tecnologia ainda é uma realidade no Brasil, com muitos cidadãos enfrentando dificuldades para se beneficiar plenamente das oportunidades que a era digital oferece. Portanto, é essencial que políticas públicas sejam implementadas para garantir que todos os brasileiros possam acessar e utilizar as ferramentas tecnológicas de maneira equitativa, garantindo assim uma sociedade mais inclusiva e conectada.

Por fim, ao integrar a IA de forma ética e responsável nos processos judiciais, se pode promover uma maior igualdade de acesso à justiça, garantindo que os benefícios dessa tecnologia

sejam amplamente distribuídos, independentemente de recursos financeiros ou posição social.

CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em suma, a interconexão entre a IA e o acesso à justiça de maneira democrática demonstra o potencial transformador dessa combinação na promoção da igualdade e da eficiência no sistema judiciário. Ao explorar e integrar saberes de diversas áreas, incluindo o direito, a tecnologia e a ética, é possível conceber soluções inovadoras que não apenas agilizam processos e reduzem custos, mas também garantem um acesso mais equitativo aos jurisdicionados. Contudo, é essencial abordar questões como transparência, responsabilidade e proteção de dados ao desenvolver e implementar sistemas de IA no âmbito do poder judiciário, a fim de garantir que essas tecnologias sejam utilizadas de forma ética e justa.

Em última análise, a jornada rumo a uma justiça acessível e democrática por meio da IA é uma tarefa complexa, mas viável, que requer colaboração entre diferentes campos de conhecimento e atores sociais. Ao reconhecer e superar desafios como viés algorítmico, acesso desigual à tecnologia e preocupações com privacidade, se pode alavancar o potencial da IA para criar um sistema judiciário mais inclusivo, transparente e eficaz. Nesse sentido, é imperativo continuar explorando novas formas de integração da IA no acesso à justiça, sempre com o compromisso de promover os valores fundamentais da equidade, justiça e respeito aos direitos humanos na sociedade.

Este artigo não trata da delegação do poder jurisdicional a uma inteligência artificial geradora, mas do uso e das possibilidades de várias ferramentas de inteligência artificial para melhorar a eficiência, a justiça e a acessibilidade na democratização do acesso à justiça. A decisão justa sempre será o poder humano exclusivo.

Referências

- Campos, L. C. L., & Gomes, M. S. V. (2024). A quantidade excessiva de processos e a viabilidade do uso das tecnologias para a redução da morosidade processual e para a otimização do acesso à justiça. In *Acesso à justiça, inteligência artificial e tecnologias do processo judicial – I (II Congresso Internacional de Direito e Inteligência Artificial)*. <http://site.conpedi.org.br/publicacoes/b3vv7r7g/9039026m/3iRa3dvB7JfRUCkg.pdf>
- Cappelletti, M., & Garth, B. (1988). *Acesso à justiça* (E. G. Northfleet, Trad.). Porto Alegre: Fabris.
- Gomes, M. L., & Tavares, N. A. M. (2021). *Algoritmos, machine learning e a promoção das justiças codificada e equitativa: Vantagens x vícios (bias)*. In *Tecnologia e justiça multiportas*. São Paulo: Editora Foco.
- Goodman, B., & Flaxman, S. (2017). European Union regulations on algorithmic decision-making and a “right to explanation”. *AI Magazine*, 38(3), 1–9. <https://arxiv.org/abs/1606.08813>
- Kagan, E., et al. (2020). *Previsão de decisões judiciais com machine learning*. In *Anais do Simpósio Brasileiro de Sistemas Multimídia e Web – WebMedia 2020* (pp. 95–98). São Paulo: Sociedade Brasileira de Computação (SBC).
- Leonardo, C. A. L., & Estevão, R. F. (2020). Inteligência artificial, motivação das decisões, hermenêutica e interpretação: Alguns questionamentos a respeito da inteligência artificial aplicada ao direito. *Revista Em Tempo*, 20(1). <https://revista.univem.edu.br/emtempo/article/view/3305>
- Mateus, F. M. Q., & Mendonça, M. C. (n.d.). *Machine learning na melhoria de processos internos: Estudos de caso na indústria de varejo brasileira* [Monografia de graduação, Universidade Federal do Rio de Janeiro]. <http://monografias.poli.ufrj.br/monografias/monopolio31889.pdf>

Medeiros, N. R. F. V. (2019). *Uso da inteligência artificial no processo de tomada de decisões jurisdicionais: Uma análise sob a perspectiva da teoria normativa da participação* [Trabalho de conclusão de curso, Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais]. http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/Direito_MedeirosNRFV_1.pdf

Morais, J. L. B. (1999). *Mediação e arbitragem: Alternativas à jurisdição*. Porto Alegre: Livraria do Advogado.

Muniz, T. L. (2014). O conflito, os modelos de solução, o acesso à justiça e a estrutura oficial de solução de conflitos. In T. L. Muniz & M. E. de Araújo Junior (Orgs.), *Estudos em direito negocial e os mecanismos contemporâneos de resolução de conflitos* (1^a ed.). Birigui, SP: Boreal Editora.

Nunes, D., & Viana, A. (2018). Deslocar função estritamente decisória para máquinas é muito perigoso. *Revista ConJur*. <https://www.conjur.com.br/2018-jan-22/opiniao-deslocar-funcao-decisoria-maquinas-perigoso#sdfootnote9anc>

Pancotti, J. A. (2002). *Institutos fundamentais de direito processual: Jurisdição, ação, exceção e processo*. São Paulo: LTr.

Paulino, A. P. N. (2021). *Acesso à justiça por meio da mediação extrajudicial familiar: Aplicação em núcleos de prática jurídica* [Dissertação de mestrado, Universidade Estadual de Londrina]. <http://www.bibliotecadigital.uel.br/document/?view=vtls000235153>

Peixoto, F. H., & Silva, R. Z. M. da. (2019). *Inteligência artificial e direito* (1^a ed.). Curitiba: Alteridade Editora.

Pessoa, F. M. G., & Guimarães, A. de A. (2022). Novos paradigmas do acesso à justiça com o uso de inteligência artificial. In V. S. de Araújo, M. L. Gomes (Coords.), & D. Canen (Org.), *Inteligência artificial e aplicabilidade prática no direito* (pp. 149–164). [S.l.]: CNJ.

Pinho, H. D. B. de. (2012). *A mediação e o Código de Processo Civil projetado*. *Revista de Processo*, 37(207), 215. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Reckziegel, T. R. S., & Barcellos, D. S. F. de. (2021). *A tecnologia como instrumento dos métodos adequados de solução de conflitos na Justiça do Trabalho*. In L. Fux, H. Ávila, & T. N. X. Cabral (Coords.), *Tecnologia e justiça multiportas* (pp. xx–xx). Indaiatuba: Editora Foco.

Rodas, S. (2019, outubro 27). Algoritmos e IA são usados para que robôs decidam pequenas causas. *Revista ConJur*. <https://www.conjur.com.br/2019-out-27/algoritmos-iasao-usados-robos-decidam-pequenas-causas>

Sales, A. D. R., Coutinho, C. M. C., & Paraiso, L. V. (2020). Inteligência artificial e decisão judicial: (Im)possibilidade do uso de máquinas no processo de tomada de decisão. *Revista de Processo, Jurisdição e Efetividade da Justiça*, 7(1), jul.–dez. <https://www.indexlaw.org/index.php/revistaprocessojurisdicao/article/view/7882>

Salomão, L. F., et al. (2020). Tecnologia aplicada à gestão dos conflitos no âmbito do poder judiciário brasileiro. STJ, *BDJur, FGV*. <https://bdjur.stj.jus.br/jspui/handle/2011/156490>

Suter, J. R. (2018). *Mediação no direito de família: Gestão democrática de conflitos*. Rio de Janeiro: Lumen Juris.

Watanabe, K. (1988). *Acesso à justiça e sociedade moderna*. In A. P. Grinover, C. R. Dinamarco, & K. Watanabe (Coords.), *Participação e processo*. São Paulo: Revista dos Tribunais.

Watanabe, K. (2011). Política pública do Poder Judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. *Revista de Processo (RePro)*, 195, 381–390.

