



Universidade
de Itaúna

Revista Confrontos

CONFRONTOS JOURNAL OF LAW



Ano V, Número 8 - Semestral - jan. a jul. 2023 - ISSN 2675-260X

REVISTA CONFRONTOS
CONFRONTOS JOURNAL OF LAW

Itaúna - Minas Gerais - Brasil
Publicação semestral

ANO V, NÚMERO 8 - SEMESTRAL - JAN./ JUL. 2023
ISSN 2675-260X

Itaúna
2023

FORMATO E NORMAS EDITORIAIS

Extensão: O texto deverá ter extensão máxima de 20 a 22 páginas, com espaçamento de 1,5, incluídas referências bibliográficas e notas. **O título (no idioma original e em Inglês) devem conter no máximo 240 caracteres incluindo espaços.**

Imagens: se o artigo contiver imagens fotográficas e/ou desenhos gráficos, esses deverão ser encaminhados em formato original (.jpeg, .png, .tiff) e em arquivos separados (não inseridos no interior do próprio texto), com **resolução mínima de 300 dpi**. No arquivo referente ao texto, deverá ser indicado através da inserção das **legendas (no idioma do artigo e também em Inglês)**, o local aproximado onde devem ser inseridas as figuras, gráficos, tabelas e/ou quadros.

Citações: as citações no interior do texto devem obedecer às seguintes normas:

- a. Um autor: (Leipnitz, 1987);
- b. Dois autores: (Turner e Verhoogen, 1960);
- c. Três ou mais autores: (Amaral *et al.*, 1966);
- d. Trabalhos com o(s) **mesmo autor(es) e mesma data** devem ser distinguidos por letras minúsculas logo após a data. Ex: (Amaral, 2008a) (Amaral, 2008b);

Apresentação das citações:

- a. Citações com **menos de três linhas** deverão ser **incorporadas ao texto entre aspas**;
- b. Citações com **mais de três linhas** deveram ser apresentadas **em parágrafo isolado, com espaçamento simples entre as linhas, corpo de 11 pt e recuo de 4 cm** da margem esquerda do texto.

Notas de rodapé: As notas de rodapé devem ser usadas de forma **parcimoniosa**. Somente são permitidas notas de rodapé explicativas e **não são permitidas notas que contenham apenas referências. Estas deverão estar listadas, ao final do texto, no item 'Referências'**.

Não utilize as expressões ***op. cit;*** ***ibid;*** ***ibidem;*** ***id;*** ***idem;***

Não utilize a expressão *apud*, dê preferência pelo emprego da expressão *in*;

A matéria dos originais deverá conter, na seguinte ordem:

Título do texto: Título no idioma do artigo e em Inglês. Se o artigo for **redigido em Inglês deve apresentar também o título em Português. Com no máximo 240 caracteres com espaço;**

Resumos: no idioma do artigo e em inglês, em um único parágrafo, com até 20 linhas, acompanhado de três palavras-chave. Nos casos em que o **artigo é escrito em inglês**, solicita-se também a apresentação de **resumo e palavras-chave em português**.

Texto completo do artigo: formatado em Times New Roman, 12 pt, espaçamento 1,5;

Referências: as referências bibliográficas e de outra natureza devem ser listadas ao final do texto, em ordem alfabética, em 12 pt, espaçamento simples, como nos modelos abaixo:

Artigos em periódico:

SOBRENOME, Inicial(is) do nome. Ano de publicação. Título do artigo. *Título do periódico*, **volume**(número/fascículo): pág inicial-pág final.

Ex.: JULIO-CAMPUZANO, A. 2009. Estado de Derecho, democracia y justicia constitucional. *Revista de Estudos Constitucionais, Hermenêutica e Teoria do Direito (RECHTD)*. 1(2):8-20.

Artigos relativos a eventos:

SOBRENOME, Inicial(is) do nome. Ano de publicação. Título do trabalho. *In:* Nome do Congresso (Encontro, Simpósio, etc.), nº, cidade, ano. *Anais...* Cidade, Sigla. **volume:**pág inicial-pág final.

Ex.: SALDANHA, J.M.L.; ESPINDOLA, A.A.S.; BOLZAN DE MORAIS, J.L. 2008. A superação do funcionalismo processual e a construção de mudanças processuais 'estruturais' e 'metodológicas': uma (nova) identidade para o sistema processual e procedimental de controle concentrado da constitucionalidade no STF. *In:* XVII CONGRESSO NACIONAL DO CONPEDI, Brasília, 2008. *Anais...* Brasília, Fundação Boiteux. 4310-4333.

Artigos em coletânea:

SOBRENOME, Inicial(is) do nome. Ano de publicação. Título do artigo. *In:* Inicial(is) do nome. SOBRENOME (org.), *Título da coletânea*. Cidade, Editora, p. pág inicial-pág final.

Ex.: GRANDO, A. 2003. Os reality shows. *In:* V. HOEWELL (org.), *Coletânea GT Produção de sentido nas mídias*. Pernambuco, UNICAD, p. 75-81.

Livros:

SOBRENOME, Inicial(is) do nome. Ano de publicação. *Título do livro*. ed., Cidade, Editora, total de páginas p.

Ex.: FERRAJOLI, L. 2003. *A soberania no mundo moderno*. São Paulo, Martins Fontes, 116 p.

Capítulos de livros:

SOBRENOME, Inicial(is) do nome. Ano de publicação. Título do capítulo. *In:* Inicial(is) do nome. SOBRENOME (ed.), *Título do livro*. Cidade, Editora, p. pág inicial-pág final.

Ex.: CANÇADO TRINDADE, A. A. 2000. O sistema interamericano de direitos humanos no limiar do novo século: Recomendações para o fortalecimento de seu mecanismo de proteção. *In:* GOMES, L. F. PIOVESAN, F. (Coord.) *O sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: RT, p. 103-152.

GADAMER, H.G. 1991. Problemas de la razón práctica. *In:* H.G. GADAMER (ed.), *Verdad y metodo II*. Salamanca, Sígueme, p. 293-308.

Dissertações e Teses:

SOBRENOME, Inicial(is) do nome. Ano de publicação. *Título da tese*. Cidade, Sigla do Estado. Tipo de tese (mestrado, doutorado). Universidade, número total de páginas p.

Ex.: LUCAS, D.C. 2008. *Direitos Humanos e Interculturalidade: um Diálogo entre a Igualdade e a Diferença*. São Leopoldo, RS. Tese de Doutorado. Universidade do Vale do Rio dos Sinos – UNISINOS, 266 p.

Citações de Sites e textos eletrônicos:

Caso seja possível identificar os autores de textos eletrônicos, a referência deve ser feita do seguinte modo:

SOBRENOME, Inicial(is) do nome. Ano de publicação. Título do texto. Disponível em: <http://>. Acesso em: dd/mm/aaaa.

Ex.: LENKER, A.; RHODES, N. 2007. Foreign Language Immersion Programs: Features and Trends Over 35 Years. Disponível em: <http://www.cal.org/resources/digest/flimmersion.html>. Acesso em: 28/04/2007.

* Neste caso, no corpo do texto, a referência é identificada por (Lenker e Rhodes, 2007).

Se não for possível identificar os autores de textos eletrônicos, deve-se fazer a referência do seguinte modo:

FONTE/SITE. Ano de publicação. Título do texto. Disponível em: <http://>. Acesso em: dd/mm/aaaa.

Ex.: GLOBO ONLINE, O. 2006. Brasil será o país com mais sedes do Instituto Cervantes. Disponível em: <http://oglobo.globo.com/cultura/mat/2006/10/25/286393283.asp>. Acesso em: 05/04/2008.

* No corpo do texto a citação será (O Globo Online, 2006).

Jornais e revistas, órgãos e instituições:

Todos os textos de jornais e revistas devem constar nas referências bibliográficas. Caso haja autor explícito, a referência é feita pelo seu sobrenome:

SOBRENOME, Inicial(is) do nome. Ano de publicação. Título do texto. Fonte (Órgão, Instituição, etc.). Sessão (Coluna, etc.). Cidade, dia mês (abreviado).

Ex.: MICELLI, S. 1987. Um intelectual do sentido. Folha de S. Paulo. Caderno Mais! São Paulo, 7 fev.

* No corpo do texto, indica-se (Micelli, 1987).

Revista Confrontos

CONFRONTOS JOURNAL OF LAW

Caso não haja um autor e o texto seja de responsabilidade do órgão, faz-se a referência assim:

Fonte (Órgão, Instituição, etc.). Ano de publicação. Título do texto. Cidade, dia mês (abreviado), p. número da página.

Ex.: CORREIO DO POVO. 1945. Os métodos objetivos de verificação que empregamos no RS. Porto Alegre, 5 out., p. 14.

* No corpo do texto, indica-se (Correio do Povo, 1945).

SUMÁRIO

Editorial ano V, n. 8, Semestral, jan.-jul., 2023

Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais

Deilton Ribeiro Brasil 10-12

1. THE PRACTICE OF INTERNATIONAL JUDICIAL BODIES IN LATIN AMERICA REGARDING THE PROPERTY RIGHTS OVER LAND AND NATURAL RESOURCES FOR LOCAL COMMUNITIES AND INDIGENOUS PEOPLES

A PRÁTICA DOS ÓRGÃOS JUDICIAIS INTERNACIONAIS NA AMÉRICA LATINA QUANTO AOS DIREITOS DE PROPRIEDADE SOBRE TERRAS E RECURSOS NATURAIS PARA COMUNIDADES LOCAIS E POVOS INDÍGENAS

Elena Evgenyevna Gulyaeva 13-28

2. EL COVID-19 EN MÉXICO Y SUS EFECTOS EN SECTORES VULNERABLES

COVID-19 IN MEXICO AND ITS EFFECTS ON VULNERABLE SECTORS

Brenda Rosales Báez

Alex Munguía Salazar

Sofía González de la Calleja 29-49

3. A PERDA DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA URBANA FACE ABANDONO: UMA ANÁLISE À LUZ DO DIREITO FUNDAMENTAL DE MORADIA

THE LOSS OF URBAN REAL ESTATE PROPERTY DUE TO ABANDONMENT: AN ANALYSIS IN THE LIGHT OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HOUSING

Marcelo Sampaio Siqueira

Natércia Sampaio Siqueira 50-69

4. TERRORISMO: DIREITO PENAL DO INIMIGO OU DIREITO PENAL DO CIDADÃO? UMA ANÁLISE À LUZ DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, SOB A ÓTICA EUROPEIA E, EM ESPECIAL, A PORTUGUESA

TERRORISM: ENEMY CRIMINAL LAW OR CITIZEN CRIMINAL LAW? AN ANALYSIS IN LIGHT OF THE FUNDAMENTAL PRINCIPLES OF RULE OF LAW, FROM A EUROPEAN PERSPECTIVE, WITH SPECIAL FOCUS ON THE PORTUGUESE

Karina Cordeiro Teixeira 70-100

5. O FENÔMENO DE BACHARELISMO À LUZ DO SÉCULO XXI E AS MUDANÇAS NO PERFIL DO ESTUDANTE UNIVERSITÁRIO BRASILEIRO

THE BACHELOR PHENOMENON IN THE CONTEXT OF THE 21ST CENTURY AND CHANGES IN THE PROFILE OF BRAZILIAN UNIVERSITY STUDENTS

Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho

Ruan Patrick Teixeira da Costa

Nelcy Renata Silva de Souza 101-116

6. LAS FRONTERAS DESVIRTUADAS: LOS DESAFÍOS DEL DERECHO EN UN MUNDO GLOBALIZADO

THE UNDERMINED BORDERS: THE CHALLENGES OF LAW IN A GLOBALIZED WORLD

Emilia Maria Santana Ramos 117-142

EDITORIAL

A presente edição ano V, n. 8, semestral, jan./jul. 2023 da Revista Confrontos - Journal of Law vem à público com chamada permanente, com o apoio da Reitoria e do PPGD – Mestrado e Doutorado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna (UIT) com o objetivo de se constituir em um canal de produção científico-acadêmica, que almeja o seu aperfeiçoamento para atingir um estrato de excelência junto à comunidade jurídica. Trata-se de um resultado de um esforço conjunto do corpo docente e administrativo sob a gestão acadêmica da Prof. Dr. Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais.

A Revista Confrontos - Journal of Law conta com conselho editorial e quadro de pareceristas *ad hoc* compostos por professores doutores e mestres, vinculados a instituições de ensino superior de qualidade, reconhecidas no meio acadêmico e distribuídas por diversos estados do Brasil e do exterior. Possui também os indexadores (Sumários.org, Funadesp, Diadorim, CiteFactor e LivRe). Na última quadrienal da CAPES 2017-2020 recebeu a estratificação Qualis C.

Todos os artigos submetidos à Revista Confrontos - Journal of Law em em sua 8ª edição foram avaliados, em primeiro lugar, pelos editores adjuntos, que examina a adequação do artigo, aspectos formais e metodológicos elementares, entre outros, considerando, ainda, o espaço disponível para publicação. Após essa etapa, cada texto foi enviado a, no mínimo, dois pareceristas, para análise de forma e conteúdo obedecendo o sistema do *double blind peer review*.

O primeiro artigo intitulado “The practice of international judicial bodies in Latin America regarding the property rights over land and natural resources for local communities and indigenous peoples” de autoria de Elena Evgenyevna Gulyaeva que tem como objetivo abordar a lacuna existente na pesquisa do direito internacional referente à avaliação dos mecanismos de proteção dos direitos humanos, concentrando-se principalmente nos princípios europeus

enquanto há uma desconsideração das práticas de proteção dos direitos humanos interamericanos. A autora, tece comentários sobre a importância da prática do sistema interamericano e busca explorar seus avanços, especialmente no que diz respeito à proteção dos direitos coletivos das comunidades indígenas.

O segundo artigo “El Covid-19 en Mexico y sus efectos en sectores vulnerables” dos autores Brenda Rosales Báez, Alex Munguía Salazar e Sofía González de la Calleja que estudam os principais sujeitos sociais afetados pela doença da Covid-19 de diferentes setores que sofreram segregação, racismo, maus-tratos, violência, difamação, como no caso das mulheres e idosos, bem como em setores de pessoas em situação de que não tiveram acesso a medidas de higiene, segurança médica ou assistência social.

O terceiro artigo “A perda da propriedade imobiliária urbana face abandono: uma análise à luz do Direito Fundamental de moradia” de Marcelo Sampaio Siqueira e Natércia Sampaio Siqueira se preocupam em fazer uma análise do abandono da propriedade à luz do artigo 1.276 do Código Civil de 2002 que deve ser restritiva como elemento de uma interpretação mais justa, seja no sentido de buscar a simplificação dos requisitos para caracterização da perda da propriedade e a disposição desses bens para fins de regularização fundiária. Como resultados alcançados verificou-se que o abandono da propriedade imobiliária, antes da aquisição da propriedade pelo Município, mas durante a fase arrecadatória, pode receber destinação provisória atendendo não só ao princípio da função social da cidade, mas também aos preceitos do artigo 6º da Constituição Federal e artigos 10 e 65 da Lei 13.465/2017.

O quarto artigo com o título “Terrorismo: direito penal do inimigo ou direito penal do cidadão? Uma análise à luz dos princípios fundamentais do estado democrático de direito, sob a ótica europeia e, em especial, a portuguesa” da lavra de Karina Cordeiro Teixeira tem como foco central a legitimidade e a compatibilidade do Direito Penal do inimigo, que propõe um tratamento diferenciado e mais "endurecido" para os criminosos considerados permanentemente perigosos, com a ordem do Estado Democrático de Direito. A

autora realiza uma percuciente análise da legislação europeia, especialmente a de Portugal, relacionados ao combate ao terrorismo, bem como o posicionamento da doutrina jurídico-penal portuguesa sobre o tema.

O quinto artigo com o verbete “O fenômeno de bacharelismo à luz do século XXI e as mudanças no perfil do estudante universitário brasileiro” de Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho, Ruan Patrick Teixeira da Costa e Nelcy Renata Silva de Souza que fazem um estudo sobre o fenômeno do bacharelismo trazido ao mundo acadêmico por Sérgio Buarque de Holanda na década de 1930, por meio do Livro “Raízes do Brasil”. Os autores ainda tecem considerações sobre a queda da qualidade do ensino superior e a inserção dos graduados no mercado de trabalho, em especial nos cursos de Direito.

O sexto artigo “Las fronteras desvirtuadas: los desafíos del Derecho en un mundo globalizado” de Emilia Maria Santana Ramos aborda sobre os novos desafios da realidade hodierna no que se refere ao fenômeno migratório no continente Europeu em decorrência da fragilidade das fronteiras assim como o reconhecimento de seus direitos sociais como resposta ao ideário dos Direitos Humanos.

Por fim, Revista Confrontos - Journal of Law agradece à toda equipe que auxiliou na realização da presente edição e deseja a todos os leitores uma boa e profícua leitura.

Itaúna-MG, 07 de julho de 2023

Prof. Dr. Márcio Eduardo Senra Nogueira Pedrosa Morais

Orcid: 0000-0001-6413-6677

Editor Adjunto

Prof. Dr. Deilton Ribeiro Brasil

Orcid: 0000-0001-7268-8009

Editor Adjunto

**THE PRACTICE OF INTERNATIONAL JUDICIAL BODIES IN LATIN AMERICA
REGARDING THE PROPERTY RIGHTS OVER LAND AND NATURAL
RESOURCES FOR LOCAL COMMUNITIES AND INDIGENOUS PEOPLES**

**A PRÁTICA DOS ÓRGÃOS JUDICIAIS INTERNACIONAIS NA AMÉRICA LATINA
QUANTO AOS DIREITOS DE PROPRIEDADE SOBRE TERRAS E RECURSOS
NATURAIS PARA COMUNIDADES LOCAIS E POVOS INDÍGENAS**

Elena Evgenyevna Gulyaeva¹
Orcid: 0000-0001-8376-7212

ABSTRACT:

This research aims to address the existing gap in international law research concerning the evaluation of human rights protection mechanisms, focusing primarily on European principles while there is no attention to the Inter-American human rights protective practices. The objective is to shed light on the academic and practical importance of the Inter-American system and explore its advancements, particularly regarding the protection of indigenous communities' collective entitlements to utilize natural resources. The research employs a comparative analysis approach, examining the differences between the Inter-American and European human rights protection mechanisms and the treatment of indigenous land rights. It involves a comprehensive review of relevant legal literature, including international treaties, declarations, and case law, to identify emerging special rights for indigenous peoples and the obligations of states in providing a safe and favorable environment. This research underscores the need to recognize and address the collective nature of the rights of indigenous peoples, presenting a challenge in implementing human rights instruments primarily designed to protect individual rights. It calls for adaptation and restructuring of human rights frameworks to accommodate the unique circumstances and interactions with indigenous communities.

KEYWORDS: International law research; Human rights protection mechanisms; Indigenous communities; Comparative analysis; Indigenous land rights.

Received on: 02.05.2023

Accepted on: 30.06.2023

¹ PhD in International Law, Assistant Professor at the Department of International Law, Diplomatic Academy of the Ministry of Foreign Affairs of Russia. E-mail: gulya-eva@yandex.ru

Introduction

The current domestic field of international law research focuses on the evaluation of human rights protection mechanisms through the lens of European principles, wholly neglecting the Inter-American human rights protective practices, which are undoubtedly of both academic and practical importance. It is worth noting that the Inter-American system has made more significant strides in certain areas compared to its European counterpart, especially regarding the protection of indigenous communities' collective entitlements to utilize natural resources. However, there still exists a regular incidence of discrimination against the land rights of indigenous peoples and local communities in Latin American countries, leading to environmental degradation. As such, representatives of *autochthonic*² populations in Latin American states frequently lodge appeals with judicial tribunals concerning breaches of their legitimate rights and interests.

The legal literature notes that a new group of special rights of indigenous peoples to a favorable ecological environment and priority access to natural resources is currently emerging. At the same time, in the implementation of the principle of equality and self-determination of peoples, enshrined in the UN Charter, it directly depends on the provision by the state of safe and favorable environment. This provision was reflected in the preamble to the Stockholm Declaration of 1972: «*The protection and improvement of the human environment is a major issue which affects the well-being of peoples and economic development throughout the world; it is the urgent desire of the peoples of the whole world and the duty of all Governments*»³.

A distinctive feature of indigenous peoples around the world is the connection of their way of life with their environment - they are one of the elements of the natural environment in the places of their traditional settlement and any negative changes in this environment can lead to the disappearance of representatives of indigenous

² Autochthonous people - local, indigenous in origin.

³ Declaration of the United Nations Conference on the Human Environment (Stockholm Declaration, 1972).

peoples due to their dependence on ecosystems. From the point of view of nature management, indigenous peoples use natural resources in such a reasonable and rational way that it fits into the ecosystem as its natural element. As a result, ensuring and protecting the environmental rights of the indigenous people directly affects the level, duration and quality of their life.

In addition, in scientific studies it is noted that the degradation of the surrounding ecological environment leads to violations of human rights. Consequently, environmental protection contributes not only to the achievement of the goals of the UN Sustainable Development Goals of 2030, but also to the protection of human rights.

Ensuring the preservation of the cultural rights of indigenous peoples and local communities corresponds directly to the protection of their land ownership and natural resources, as outlined in global pacts. Article 1 of the UNESCO Universal Declaration on Cultural Diversity validates that *the culture unveils itself in a diverse array of patterns across distinct eras and locations. The inherent attributes of each group and community comprising humanity led to a demonstration of cultural diversity through their distinctive and multifaceted characteristics*⁴.

Furthermore, the Declaration on the Rights of Indigenous Peoples of 2007⁵ (hereinafter referred to as the UN Declaration of 2007) establishes that the culture of such peoples cannot be destroyed⁶, and also enshrines the right to preserve and

⁴ UN website. URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/cultural_diversity.shtml

⁵ UN website. URL: <https://www.un.org/development/desa/indigenous-peoples-ru/what-we-do/international-day-of-the-worlds-indigenous-peoples.html>

⁶ The website of the University of Minnesota. URL: <http://hrlibrary.umn.edu/russian/instree/Rdeclra.html> (accessed on September 15, 2022). It should be noted that according to Article 7 of the Draft Declaration of the United Nations on the Rights of Indigenous Peoples of 1994, the phrase "cultural genocide" is mentioned. This term was not explained. When referring to the full text of the article, we can notice the following:

"Indigenous peoples have the collective and individual right not to be subjected to ethnocide and cultural genocide, including prevention and redress:

- (1) Any action which has the aim or effect of depriving them of their integrity as distinct peoples, or of their cultural values or ethnic identities;
- (2) Any action which has the aim or effect of dispossessing them of their lands, territories or resources;
- (3) Any form of population transfer which has the aim or effect of violating or undermining any of their rights;
- (4) Any form of assimilation or integration by other cultures or ways of life imposed on them by legislative, administrative or other measures;

revitalize their cultural traditions and customs⁷. Article 15 of the Declaration states that indigenous peoples have the right to the dignity and diversity of their culture, traditions, history, and aspirations, which must be properly reflected in the sphere of education and public information.

It is essential to acknowledge the collective nature of the rights of Indigenous peoples, which poses certain challenges when implementing and applying human rights instruments in international law designed to protect individual rights. Adapting and restructuring human rights, in a manner attuned to interactions with indigenous communities, is undoubtedly necessary to address this issue.

Property rights to land of indigenous peoples and local communities in Latin America under the UN Declaration on the rights of Indigenous peoples

Traditionally, land holds a conventional central significance in the lives of indigenous peoples. The UN Declaration of 2007 defines “land” as encompassing the entire surroundings of areas inhabited or utilized by indigenous peoples. The entitlement to own, utilize, and dispose of traditional land has crucial implications for the welfare of indigenous peoples in various aspects. Primarily, land serves as the principal economic asset, inheritance tool, and symbol of social standing. Moreover, land holds a sacred position in Indigenous cultures and is essential for the spiritual growth of their tribes. However, discrepancies exist concerning both legal and customary arrangements for appointing titles and rights to land and natural resources, regardless of whether they are formally or informally established.

The UN Declaration was ratified in 2007. Currently, out of all the states that voted for it, the majority were against it, namely - 143 against 4 (with 11 countries abstaining). Remarkably, the Declaration was under preparation for twenty years, yet four nations, including the United States, Canada, Australia, and New Zealand - countries with a considerable populace of Indigenous peoples and communities -

(5) Any form of propaganda directed against them."

⁷ UN website. URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/indigenous_rights.shtml

decided to oppose it. Practically all Latin American countries voted “in favor”, except for Colombia, which abstained⁸. The Declaration serves as a universal guide to the fundamental entitlements and values of indigenous communities, which must be upheld by governments in whose regions these communities live. The cultural and spiritual uniqueness of indigenous peoples is inseparably linked to their traditional territory. Convention 169 (hereinafter Convention 169)⁹ of the International Labor Organization mandates the acknowledgment of the distinct cultural and spiritual importance embedded in indigenous peoples’ relationships with their lands and territories, which play a crucial function in transmitting their customs and convictions to coming generations. Put differently, their ancestral lands embody their legacy for posterity.

Article 25 of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, adopted in 2007, affirms that “Indigenous peoples have the right to maintain and strengthen their distinctive spiritual relationship with their lands, territories, waters, coastal seas, and other resources, which they have traditionally owned or otherwise occupied and used, as well as their obligations to future generations in this regard”.¹⁰

The foundation of all land rights and the position of indigenous peoples is the spiritual connection between the autochthonous population and the lands of their ancestors. Therefore, both the UN Declaration of 2007 and the inter-American legal system contain provisions confirming the special connection between indigenous peoples and spirituality with their traditional lands.

The Inter-American Court of Human Rights ruled in the case of “*Saramaka Peoples v. Suriname*”¹¹ that indigenous peoples have the right to maintain their “spiritual connection with the territory they have traditionally used and occupied.” This spiritual basis for property rights over the land of indigenous peoples has been repeatedly recognized in the jurisprudence of the Inter-American Court of Human

⁸ United Nations website. UN General Assembly Resolution A/61/PV.107. URL: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N07/504/29/PDF/N0750429.pdf?OpenElement>

⁹ UN website. URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/iol169.shtml

¹⁰ UN website. URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/indigenous_rights.shtml

¹¹ Judgment of Inter-American Court of Human Rights on November 28, 2007.

Revista Confrontos

CONFRONTOS JOURNAL OF LAW

Rights (hereinafter Inter-American Court) and the Inter-American Commission on Human Rights. For example, in the case of *“Plan de Sánchez Massacre v. Guatemala”*¹², the Inter-American Court recognized that “Local community members express their harmony with the environment through their spiritual connections with the land and the way they utilize its resources...”. Similarly, in the case of *“Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua”*¹³, the Inter-American Court stated that indigenous groups, by virtue of their existence, have the right to freely live on their territory; close connections between indigenous peoples and the land must be recognized and understood as a fundamental basis for their culture, spiritual life, integrity, and economic survival. Indigenous communities view their relationship with the land as more than just ownership and production. Rather, it encompasses both material and spiritual aspects that they must fully embrace in order to preserve their cultural heritage and transmit it to future generations. Thus, in the case of *“Saramaka People v. Suriname”*, the Inter-American Court recognized that ancestral lands of indigenous peoples and peoples leading a tribal way of life are a primary source of their cultural distinctiveness and part of the “social, ancestral, and spiritual essence” of indigenous peoples. Therefore, the Inter-American Court notes that in accordance with the UN Declaration of 2007 and international human rights standards concerning indigenous peoples, it is necessary to protect the rights of such peoples to the territory of their ancestors to ensure not only their physical survival but also their cultural survival. Recognizing the profound cultural significance of ancestral lands for indigenous communities, it is imperative to enable their continued habitation and establish or restore collective ownership over these territories.

The provisions of the 2007 UN Declaration¹⁴ are important in this regard, as they state that “all peoples contribute to the diversity and richness of civilizations and cultures, which constitute the common heritage of humanity”. In addition, member states must recognize the urgent need to respect and encourage the inherent rights of indigenous peoples based on their political, economic, and social structures, as

¹² Case of Plan de Sánchez Massacre v. Guatemala. Judgment of April 29, 2004.

¹³ Case of the Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua. Judgment of August 31, 2001.

¹⁴ UN website. URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/indigenous_rights.shtml

well as their culture, spiritual traditions, history, and philosophy, especially their right to their lands, territories, and resources. It is also important to note that respect for the knowledge, culture, and traditional practices of indigenous peoples contributes to sustainable and equitable development and proper care of the environment. As stated in Article 2 of the 2007 UN Declaration, “indigenous individuals and peoples are free and equal to all other peoples and individuals among them and have the right to be free from any discrimination in the exercise of their rights, in particular from discrimination based on their indigenous origin or identity”. Article 31 of the 2007 UN Declaration further establishes that “indigenous peoples have the right to maintain, control, protect, and develop their cultural heritage, traditional knowledge and traditional cultural expressions, as well as the manifestations of their scientific, technological and cultural knowledge, including human and genetic resources, seeds, medicines, knowledge of the properties of fauna and flora, folklore traditions, literary works, drawings, sports and traditional games and fine and performing arts.” Indigenous peoples are accorded a special legal regime for the protection of their rights and freedoms, as seen in the text of the 2007 UN Declaration.

When studying the characteristics of indigenous peoples’ rights in Latin America, it is advisable to consider international practice in implementing both the right to land and the right to use natural resources located on its territory. Most often, when such a right is considered, it refers to territories where, in the process of colonization, the basic rights of indigenous peoples have been infringed.

A peculiarity of the exercise of land ownership by indigenous peoples is the fact that land and territories in this case have fundamental religious significance for these peoples, as it allows them to preserve their culture, traditions, identity, and other factors, including economic ones, as land is seen as an economic asset. According to James Anaya, Special Rapporteur on the situation of human rights and fundamental freedoms of indigenous people, “the roots of their ancestors go back to the lands on which they live”¹⁵ or used to live. Professor James Anaya also defines indigenous peoples as “living descendants of the inhabitants of pre-invasion lands,

¹⁵ James Anaya. *Indigenous peoples in international law*. Oxford University Press. 1996. 408 p.

Revista Confrontos

CONFRONTOS JOURNAL OF LAW

now dominated by others¹⁶”, who are culturally distinct from others and absorbed by societies of settlers generated by the forces of empire and conquest. It is important to emphasize, according to him, that “they constitute non-dominant sectors of society and are determined to maintain, develop and transmit to future generations their ancestral territories and ethnic identity as the basis of their continued existence as peoples in accordance with their own cultural patterns, social institutions and legal systems.”¹⁷

Some indigenous peoples use the available natural resources within their households as the basis for their own micro-economic systems, through which they ensure their own survival. In this regard, it is extremely important to ensure the effective implementation of the right of indigenous peoples to the lands that belong to them¹⁸.

As per Article 26, sections 1 and 2 of the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, it is stated that “Indigenous communities are entitled to possess, utilize, enhance, and regulate the lands, territories, and resources they hold via traditional ownership or other customary settlement or practices, in addition to any other means of acquisition.”¹⁹.

During the colonization of the Latin American continent, there were indigenous peoples living there who ruled their lands. They unwittingly introduced the concept of “collective rights” into jurisprudence, meaning that these lands belonged not to one individual, but to the entire people inhabiting the territory. This communal land ownership system reflects their “collective understanding of property and ownership concepts”.

As a result, indigenous peoples have long been subjected to discrimination regarding their right to property on ancestral lands and territories by certain states,

¹⁶ . Anaya, R. Williams «The protection of indigenous peoples rights over lands and natural resources under the Inter-American human rights system». Сайт University of Colorado. URL: <https://scholar.law.colorado.edu/faculty-articles/846/>

¹⁷ J. Anaya, R. Williams «The protection of indigenous peoples rights over lands and natural resources under the Inter-American human rights system». Сайт University of Colorado. URL: <https://scholar.law.colorado.edu/faculty-articles/846/>

¹⁸ The Indian world facing the challenges of the twentieth century. Collection of articles. M.: RAS ILLI, 2011. 204 p.

¹⁹ UN website. URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/indigenous_rights.shtml

leading to forced land expropriation. Subsequently, representatives of indigenous peoples have attempted to either regain their land through legal means by appealing to the courts, or to obtain other land in exchange for forcibly expropriated territories, or receive material reparation²⁰.

Where even traditional lands are not forcibly seized, and indigenous peoples still remain owners of their lands, their legal status is negatively affected by the lack of an official title and the inability of the state to demarcate territories. Naturally, representatives of drug cartels enslave and exploit natural resources on these lands.

For example, one can cite the case of violation of collective rights of indigenous peoples by the government of Ecuador. The government granted an official permit for oil exploration on the cultural territory of the *Sarayaku* tribe. As a result, the inhabitants were subjected to beatings and murder through the installation of explosive traps, which in addition to causing life-threatening injuries, destroyed significant cultural landmarks of the tribe.

Indigenous elders are the first ones who find themselves in great danger in such situations, e.g., in Guatemala, the head of the local community was murdered.

According to Article 26, paragraph 3 of the 2007 UN Declaration of: “States shall provide legal recognition and protection of lands, territories and resources. Such recognition shall be with due respect to the customs, traditions and land tenure systems of the indigenous peoples concerned”²¹.

The government of any state is legally obliged to demarcate the lands of indigenous communities, in consultation with representatives of local communities. For instance, Convention No. 169²² of the International Labor Organization (ILO) stipulates that a state is required to undertake the identification of cultural territories in order to legally grant property rights to land.

²⁰ Case of the Sawhoyamaya Indigenous Community v. Paraguay. Judgment. March 29, 2006. Inter-American Court of Human Rights of (Merits, Reparations and Costs) // URL: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_146_ing.pdf

²¹ UN website. URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/indigenous_rights.shtml

²² UN website. URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/iol169.shtml

Revista Confrontos

CONFRONTOS JOURNAL OF LAW

In the case of “*Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua (the Awas Tingni Case)*”²³, the Inter-American Court of Human Rights ordered Nicaragua to demarcate and grant property rights to the lands of the *Awas Tingni* people on the Atlantic coast of Nicaragua. The representatives of the *Awas Tingni* people lodged a complaint with the Inter-American Court of Human Rights to prevent the government from granting concessions for logging on lands that had long belonged to the *Awas Tingni* people. This territory had been inhabited by this people since time immemorial, although the Constitution of Nicaragua recognized the right of indigenous peoples to communal ownership of land. In its decision, the Inter-American Court ordered Nicaragua to officially recognize the *Awas Tingni* people's right to their traditional lands, and to enact legislative and administrative measures necessary for the delimitation, demarcation, and allocation of land rights. In subsequent cases, the Inter-American Court ordered Paraguay to return and demarcate ancestral lands of tribes²⁴.

According to Article 28(1) of the United Nations Declaration on the Rights of Indigenous Peoples (UNDRIP) 2007: “Indigenous peoples have the right to redress, through restitution or, when this is not possible, just, fair and equitable compensation, for the lands, territories and resources which they have traditionally owned or otherwise occupied or used, and which have been confiscated, taken, occupied, used or damaged without their free, prior and informed consent”²⁵.

Under this provision of the Declaration, lands lost by indigenous peoples, or spiritual and cultural territories abandoned against their will, legally belong to these peoples, even if these lands have no title. The Inter-American Court has ruled that “if it is not possible to return their ancestral lands to them, the government is obliged to grant an area of equivalent fertility, of the same size and quality as the one that has

²³ Case of the Mayagna (Sumo) Awas Tingni Community v. Nicaragua. Judgment. August 31, 2001. Inter-American Court of Human Rights (Merits, Reparations and Costs) // URL: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_79_ing.pdf

²⁴ Case of the Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay Judgment. June 17, 2005. Inter-American Court of Human Rights (Merits, Reparations and Costs) // URL: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_ing.pdf

²⁵ UN website. URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/declarations/indigenous_rights.shtml

been lost”²⁶. Therefore, it can be emphasized that according to the UN Declaration on the Rights of Indigenous Peoples, the state bears legal responsibility for returning traditional lands to indigenous peoples.

An example of a violation of this provision is the case of the *Yakye Axa tribe versus Paraguay*²⁷. This tribe has long inhabited the territory of modern-day Paraguay, developing their culture and land. The tribesmen were engaged in the activities necessary for their subsistence, namely hunting, fishing and agriculture. Nonetheless, the Paraguayan government infringed upon the land rights of this ethnic community by deciding to relinquish their ancestral lands to British business owners without consulting the Indigenous people's representatives and, in return, receiving monetary compensation. As a result, this territory was divided among individuals who had no connection to the Yakye Axa tribe. Consequently, the tribe's customary activities were restricted. Indigenous people therefore turned to the state judiciary to initiate a process to reclaim the ancestral territory. However, despite the lawful prescription providing for the right to property on the land of one's ancestors, the government did not take appropriate measures, citing the subpoints of this law, namely: a) the government can only return cultural territory if it belongs to its own state (in this case, the territory was owned by British entrepreneurs); b) the owners of the territory harm the environment and use the land irrationally; c) the owners do not object to giving the territory to the state for material payment. Accordingly, it is logical to add that British physical and legal entities were not ready for any of these conditions. The next stage in this case was the tribe's appeal to the Inter-American Human Rights System, where after lengthy hearings and necessary testimony, the

²⁶ Case of the Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay Judgment. June 17, 2005. Inter-American Court of Human Rights (Merits, Reparations and Costs) // URL: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_ing.pdf

²⁷ Case of the Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay Judgment. June 17, 2005. Inter-American Court of Human Rights (Merits, Reparations and Costs) // URL: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_ing.pdf

Revista Confrontos

CONFRONTOS JOURNAL OF LAW

Inter-American Court ordered the Paraguayan government to return traditional lands to this tribe or allocate another territory equivalent to these lands²⁸.

From the very beginning, the perception of the land claims of indigenous peoples by colonizers during the transfer of their ancestral lands has varied depending upon the region's situation and the adherence of colonizers to international agreements recognizing the indigenous peoples' land rights, along with the existence of regional programs to uphold these rights in the territories.

In international practice, this right has been referred to as "aboriginal title"²⁹, which guarantees land rights to indigenous peoples even after colonizers have taken sovereignty over their territories. However, to this day, the recognition of the rights of indigenous peoples at the legislative level remains a serious problem due to the mismatch between the "ideal" legislative framework for protecting ethnic minorities and the actual non-compliance with its basic provisions. This situation, in addition to conflicts in these territories, leads to more serious consequences such as genocide of indigenous peoples, their actual extermination, and the overall degradation (deterioration) of the environment³⁰.

When evaluating the procedure for establishing legal connections related to land registration in Latin America, it's crucial to acknowledge that its legal foundation lies within the customary laws of the indigenous communities and other groups that occupied these territories prior to the arrival of Spanish colonizers. Before the Europeans arrival in their lands, the indigenous peoples of Latin America did not have an organized traditional system regarding natural resources usage, and social interactions were predominantly governed by local traditions and customs, as well as the directives of their spiritual leaders - shamans and priests, who determined the fundamental application of land laws.

²⁸ Case of the Yakye Axa Indigenous Community v. Paraguay Judgment. June 17, 2005. Inter-American Court of Human Rights (Merits, Reparations and Costs) // URL: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_125_ing.pdf

²⁹ In some cases, it is referred to as "indigenous title".

³⁰ Wallerstein I. Bolivia, Bush and Latin America / I. Wallerstein // Political Change in Latin America: History and Modernity. Collected articles. 2007. P. 48-51.

Revista Confrontos

CONFRONTOS JOURNAL OF LAW

Nonetheless, the situation for indigenous peoples regarding land ownership took a drastic turn after the Spanish colonizers arrived in Latin America. Several communities were uprooted from their ancestral lands and relocated to undesirable regions, leaving them on the brink of extinction. This state of affairs persisted for centuries, only in modern times, and with the democratization of Latin American nations, the land dispute of the Indigenous peoples became central again, leading to discussions within Latin American governments. Despite the increasing interest and several legislative initiatives taken to address the issue, Indigenous peoples in Latin America continue to be the most impoverished stratum of society, with restricted access to public resources³¹.

As of today, the legal status of indigenous peoples in Latin America is, on the one hand, fully enshrined in the existing legal acts of these states, and, on the other hand, not implemented, given the impossibility and unwillingness of the current authorities to apply it fully to members of an ethnic minority.

It should be recalled that the ILO has developed two international agreements dedicated solely to indigenous and tribal peoples. In 1957, countries in Latin America and the Caribbean ratified the Convention on the Rights of Indigenous and Tribal Peoples (No. 07)³², which established the basic rights of indigenous peoples, including their right to land. The adoption of this convention marked the first time, since colonization, that the territorial entitlements of the Indigenous peoples to land were officially acknowledged. In Convention 169³³ land recognition is claimed as the “principal means of establishing the identity and authenticity of indigenous peoples in Latin America³⁴”.

Using Brazil and Mexico as examples, let’s look at land law in selected Latin American countries. In Brazil, indigenous lands are primarily occupied by various

³¹ Bezbach V.V. Private land ownership in Latin American countries (legal regulation). Moscow: Zerzalo, 1997. 208 p.

³² UN website. URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/iol169.shtml

³³ Convention 169 is the only international treaty open for ratification that specifically addresses the rights of indigenous peoples. UN website. URL: https://www.un.org/ru/documents/decl_conv/conventions/iol169.shtml

³⁴ Ananidze F. R. The situation of indigenous peoples in North and Latin America // Vestnik RUDN. Series: Juridical Sciences. 2000. №2. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/polozhenie-korenyh-narodov-v-severnoy-i-latinskoy-amerike>

indigenous groups. This is due to the constitutional acknowledgment of their inalienable right to inhabit their traditionally owned land. However, despite the apparent prosperity in this area, acquiring indigenous lands entails navigating bureaucratic intricacies that can delay or prevent the process. These nuances mainly revolve around the court-mandated demarcation of territories, which can take several years to resolve.

To date, more than 700 territories³⁵ designated as “indigenous lands” have been legally established in Brazil. These territories account for around 13% of the country's total territory, which pushes government officials and the public to criticize the existing legislation on returning land to indigenous peoples, who make up less than 1% of Brazil's total population. Critics believe that such a policy significantly undermines the already weak economy of the country³⁶.

Examining the exertion of Indigenous peoples' property rights to land in Mexico, initially, Mexican legislation incorporated provisions for an ejido system custom-designed for Indigenous peoples. In practice, this system entailed joint investment by foreign corporations and offered Indigenous peoples a designated plot of land for residential and work purposes. Furthermore, it was prohibited to transfer or lease communal land, along with other forms of transactions enabling third-party intervention in communal labor endeavors. Agricultural land was ineligible to become a subject of a contract that relates to indirect exploitation or the utilization of hired labor. Any cultivated land allotted for individual use would not be transferred into the possession of community members.

Subsequently, Mexican governing bodies approved directives for the management and operation of communal settlements, authorized the decisions of general assemblies, retained the power to revoke their decisions, and maintained a record of loan agreements. Such terms facilitated governmental bodies' domination,

³⁵ As of 2020, 120 territories totaling 1,084,049 ha were in the formal identification process; 43 had been officially identified (2,179,316 ha); 74 had been officially declared (7,305,639 ha); and 487 had already been officially approved (106,858,319 ha). This means that a total of 723 areas were either under assessment or legally designated as Indigenous Territories, totaling 117,427,323 ha. See Mumford, E. *Dangerous Decisions: Problem Solving in Tomorrow's World*. Springer. 1999. P. 230

³⁶ Goldman R. K. *History and Action: The Inter-American Human Rights System and the Role of the Inter-American Commission on Human Rights* // *Human Rights Quarterly*. 2009. № 31. P. 856–887.

which resulted in the exercise of authoritarianism. For instance, the Mexican Agrarian Reform Act of 1992 granted public ownership with considerable economic and legal independence and initiative, until its transfer into private ownership³⁷.

In addition, in 1992, as a prerequisite for Mexico's entry into the North American Free Trade Agreement (NAFTA) with the United States and Canada, Articles 4 and 27 of the Mexican Constitution³⁸ were amended to allow for the privatization of communal *ejidos*. The constitutional amendments thus violated the fundamental legal guarantees of indigenous peoples and local communities with regard to land ownership rights, the former ejidorios are officially recognized as illegal squatters and their communities as informal settlements.

Conclusion

It should be noted that the issue of property rights to land and natural resources for indigenous peoples and local communities in the judicial practice of Latin American states is significant in scientific interest. The Inter-American Court of Human Right' extensive jurisprudence serves as the foundation for its application in regional human rights protective systems. The right to property of indigenous peoples and local communities must be acknowledged as a "collective right" requiring special legal safeguards. A set of legal criteria that courts can implement, particularly in significant cases involving Indigenous peoples, at both national and international levels, must be established. The protection of property rights to land and natural resources for Indigenous peoples and local communities is intrinsically linked to the realization of their cultural rights safeguarded in international protocols.

Emphasis must be placed on the collective and individual rights of indigenous peoples, protecting them against ethnocide and cultural genocide, including

³⁷ Heifetz V.L., Khadorich L.V. Achievements and problems of the inter-American system of human rights protection in the new regional context // Vestnik (Herald) of Saint Petersburg University. Political Science. International Relations. 2015. №3. URL: <https://cyberleninka.ru/article/n/dostizheniya-i-problemy-mezhamerikanskoy-sistemy-zaschity-prav-cheloveka-v-novom-regionalnom-kontekste>

³⁸ URL: https://www.constituteproject.org/constitution/Mexico_2015.pdf?lang=en

Revista Confrontos

CONFRONTOS JOURNAL OF LAW

provisions for measures to counteract any actions aimed at or resulting in the loss of their lands, territories, or resources. With this in mind, compelled expropriation of indigenous peoples' and local communities' lands must be deemed a severe violation of collective rights upheld by international human rights law.

EL COVID-19 EN MÉXICO Y SUS EFECTOS EN SECTORES VULNERABLES COVID-19 IN MEXICO AND ITS EFFECTS ON VULNERABLE SECTORS

Brenda Rosales Báez¹
orcid.org/000-0003-3781-1141

Alex Munguía Salazar²
orcid.org/0000-0001-9030-2149

Sofía González de la Calleja³
orcid.org/0000-0001-6981-5089

RESUMEN:

No son nuevas víctimas, pero sí nuevas modalidades de violencia y afectaciones que se vivieron en el confinamiento que provocó el Covid-19 en México. Este artículo aborda los principales sujetos sociales afectados por la enfermedad covid-19 de distintos sectores que sufrieron segregación, racismo, maltrato, violencia, denostación como en caso de las mujeres y ancianos, así como en sectores de personas en situación de calle que no solo son víctimas sociales de un sistema económico, sino que además la epidemia los tomó en desventaja ya que por su situación no tuvieron medidas de higiene ni seguridad médica o asistencia social a su alcance.

PALABRAS CLAVE: Grupo vulnerable; Víctimas; Confinamiento; Covid-19.

Recibido el: 20.04.2023

Aceptado en: 30.06.2023

Introducción

Y decían que no existía, que no era verdad, que era un invento del gobierno, una cortina de humo, que la pandemia era una estrategia política y económica, que al igual que en otros momentos la incredibilidad de enfermedades como la viruela, lepra,

¹ Profesora de la Licenciatura en Derecho en la Facultad de Derecho de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. brenda.rosalesb@correo.buap.mx

² Profesor Investigador del Posgrado en Derecho y de la Licenciatura en Ciencia Política de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. Miembro del sistema nacional de investigadores nivel 2. alex.munguia@correo.buap.mx

³ Profesora de la Licenciatura en Derecho en la Facultad de Derecho de la Benemérita Universidad Autónoma de Puebla. sofia.gonzalezdlc@correo.buap.mx

cólera, ébola, el sida, la influenza no son para tanto, pero la realidad es que el Covid-19 nos superó, provocó un daño social, cultural, político, devastó la economía mundial y estuvo presente en todo el planeta.

Este artículo aborda a los principales sujetos sociales afectados por la enfermedad covid-19 de distintos sectores y consideramos que no son los únicos pero si los que en su momento más se pudieron identificar por padecer no solo segregación, racismo, maltrato, violencia, denostación como en caso de las mujeres y ancianos, así como el sector de la gente en situación de calle que no solo fueron víctimas sociales de un sistema económico, sino que además la epidemia los tomó en desventaja, ya que su situación no les permitió tener medidas de higiene ni medios de seguridad médica o asistencia social a su alcance y por si esto fuera poco padecieron frio y hambre en las calles o puentes que fueron sus hogares o lugares donde vivieron.

En este trabajo sobre el sector médico se analizó como otro grupo vulnerable y afectado en forma muy directa en el que a pesar de sus condiciones en el momento actual y en nuestro país no fueron las mejores, ya que carecieron de las protecciones esenciales mínimas para protegerse de la enfermedad y aunque suene atrevido decirlo ni ellos contaron con la información suficiente del tipo de virus al que se expusieron y enfrentaron y mucho menos a sus efectos y secuelas, de este modo este grupo que fue nuestro frente de batalla, fue como si fuera un batallón sin armas en una guerra. De tal manera que nuestro trabajo tuvo la intención de exponer a estos distintos grupos en las condiciones más visibles desde nuestra visión y que cualquier persona puede identificar como sectores o sujetos vulnerables.

Las víctimas

Hablar de víctimas respecto del problema que representó la pandemia del Covid-19 resultó complejo en el sentido de que si bien es cierto las víctimas fuimos todos aquellos que resultamos afectados por la enfermedad independientemente de una afectación física que nos infligió un daño clínico, también existió en consecuencia segregación, señalamiento, discriminación, ofensas que a corto y largo plazo nos llevó

a una afectación social que presenciamos con consecuencias obvias y secuelas en el orden no solo físico, sino también emocional.

Se puede entender por víctima de acuerdo con el Código Nacional de Procedimientos penales, a todo sujeto pasivo sobre el que recae directa o indirectamente un daño o afectación, o bien a la persona física o jurídica que es titular del bien jurídico lesionado.

A fin de precisar algunos conceptos más en lo que se refiere a la víctima cabe mencionar que víctima es toda aquella persona que sufre un daño por acción u omisión propia o ajena, o en su caso por alguna causa fortuita.

Por otro lado, también se puede decir que las víctimas en la mayoría de los casos se identificaron como parte de un sector vulnerable por las condiciones socioeconómicas en las que estas se encontraban tales como serían las mujeres, los niños, los adultos mayores, los migrantes, las personas en situación de calle, etc.

A continuación, se analizan cada uno de estos grupos vulnerables sin que el orden en que se citan sea debido a su relevancia o importancia, ya que en última instancia estamos hablando de afectación en muchos sentidos hacia los seres humanos, aun cuando los distintos grupos que se mencionan fueron mucho más vulnerables por su vinculación directa con la enfermedad y en consecuencia se encontraron en mayor estado de riesgo.

El sector salud, principales afectados por el Covid-19.

En nuestro país a partir del mes de marzo del año 2020 se ordenó por las autoridades federales la restricción y confinamiento en prácticamente todas las actividades de carácter económico - productivas y sociales, situación que se puso mucho en cuestionamiento ya que las autoridades parecían no ponerse mucho de acuerdo, acatando muchos Estados las disposiciones y otros haciéndolo más tardíamente, situación que consideramos es comprensible ya que esta pandemia que se vivió como nunca en la historia de nuestro país, se había afrentado a algo similar, si bien es cierto nuestra investigación no trata de hacer una recopilación de otras

pandemias que nos hayan precedido, si es real que ésta se nos presentó como algo para lo que no estábamos preparados ni económica ni socialmente.

Justamente es en el sector salud donde este hecho fortuito los tomó sin ninguna medida preventiva, no es necesario ser un experto en temas de seguridad médica social para saber que en nuestro país no se tienen instalaciones médicas suficientes ni protocolos médicos para afrontar pandemias como el Covid-19, en este sentido tanto médicos, enfermeros, enfermeras, camilleros, personal administrativo y de intendencia fueron más proclives al contagio directo e indirecto en las instalaciones médicas, amén de que es necesario resaltar que al no contar con el equipo adecuado tan simple como pueden ser mascarillas, inhaladores, guantes de protección, respiradores y demás insumos de protección médica ante una enfermedad de contagio eminente, su vulnerabilidad se incrementó.

Este sector como es bien sabido que ha ocurrido no solo en México, sino también en otros países fue discriminado, hostigado incluso fueron víctimas de maltrato físico directo y también sufrieron daño en su patrimonio como consecuencia del señalamiento social que en gran medida obedece a la ignorancia y desconocimiento respecto de las formas en que el Covid-19 se podía transmitir.

Tal es el caso ocurrido en el estado de San Luis Potosí donde una enfermera de nombre Sandra fue agredida por dos menores quienes la confrontaron de forma agresiva manifestándolo que los iba a contagiar de coronavirus y en ese momento resultó ser agredida por un puñetazo infligido por la madre de los adolescentes y al intentar protegerse fue lesionada en dos dedos de la mano derecha provocándole una fractura, este tipo de casos se repitieron constantemente y fueron comunes en cualquier lugar público y fueron mucho más recurrentes en los medios de transporte⁴.

Otro caso relevante es el que señaló el heraldo tv noticias de dos mujeres que intentaron atacar a una mujer aparentemente enfermera adscrita al hospital del niño y la mujer a quien insultaron y agredieron por sospechar que fuera portadora de covid-19, las cuales fueron detenidas antes de provocar un daño mayor a la trabajadora del

⁴ Uresti, Azuzena. 2020. Noticias milenio. Disponible en: <https://www.milenio.com>

nosocomio⁵; y así los ataques se repitieron desde insultos, agresiones con líquido como cloro, señalamientos, golpes al grado de hacerlos bajar de los transportes públicos, lo cual resultó paradójico ya que en otros países como Francia e Italia no solo se le reconoció sino la misma sociedad es la que ovacionó y aplaudió la entrega, compromiso y apoyo del personal médico en favor de todos los enfermos, consideramos que es importante hacer conciencia en ese sentido partiendo primero de la información a fin de evitar en lo sucesivo ataques y prejuicios que lejos de ayudar empeoren la situación de este sector que no solo socialmente se vio afectado, sino que también a nivel familiar resintieron los estragos de la pandemia en razón de que pusieron en riesgo a sus familiares y en consecuencia se tuvieron que aislar y alejar de ellos en forma indefinida en cumplimiento de su labor.

Por parte del personal del sector salud se presentaron muchas quejas y solicitudes al CONAPRED Consejo Nacional para prevenir y eliminar la discriminación su intervención y apoyo ante casos de discriminación, además por estar en riesgos al ser obligados a trabajar, ante las amenazas y agresiones generadas se dieron propuestas y decretos de una iniciativa de ley para sancionar a quienes agredieran al personal médico o dañaran las instalaciones hospitalarias.⁶

Como medida de apoyo la Secretaría de Movilidad y Transporte en Puebla destino transporte exclusivo para personal médico de una forma segura, que se ajustará a las necesidades de cada nosocomio ⁷. Pero eso no es todo incluso la sociedad civil un poco más consciente se vino sumando solidariamente en apoyo a este sector apoyando con sus vehículos particulares a transportar al personal médico a fin de evitar más daños, reconociendo con esto un poco su ardua labor, esto incluye también al gremio mercantil de servicio de taxis que de igual forma se solidarizó y esto se vino dando en forma gradual cada vez más y desde luego que fuimos más

⁵ Ramírez, Milka. Personas de Jalisco discriminan a enfermeras por medio al covid-19. 2020. Disponible en: <https://heraldodemexico.com.mx/tv/>

⁶ Xantomila, Gabriel, Por agresiones a personal médico. 2020. Disponible en: <https://www.elsoldepuebla.com.mx/mexico/sociedad/por-agresiones-a-personal-medico-podrian-ir-a-carcel-por-20-anos-5080684.html>

⁷ Meza, Karen. Estas son las rutas y horarios para médicos. 2020. Disponible en: <https://www.elsoldepuebla.com.mx/local/estas-son-las-rutas-y-horarios-de-autobuses-exclusivos-para-medicos-en-puebla-transporte-covid-19-coronavirus-5139462.html>

empáticos y conscientes del riesgo y compromiso que el personal del sector salud tuvo en nuestro país con una situación tan emergente como la que desafortunadamente se vivió.

Infantes en riesgo ante el Covid-19

Nos encontramos con una nueva realidad de maltrato no solo físico y psicológico, debido a que el confinamiento creó cambios radicales en la forma de llevar actividades como de cualquier nivel, las cuales dejaron de ser presenciales para ser a distancia y generaron un aumento de casos de violencia.

“En México, cuatro niños y adolescentes son asesinados diariamente, a ello se suma que seis de cada 10 han sido agredidos física o verbalmente en la casa u hogar porque es aprobado como medida de educación, además 32.8 por ciento de los adolescentes han sufrido alguna forma de violencia sexual y dos de cada diez mexicanos que desaparecen son menores de edad, es la violencia cuyas consecuencias se multiplican y agravan, aseguró el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia”⁸.

Como sabemos el maltrato infantil son comportamientos violentos llevados a cabo por los adultos, generalmente los padres, dirigidos hacia sus hijos a través de una violencia física por medio de golpes y maltrato sistemático o bien abuso o violencia psicológica que comprende por otra parte una acentuada desatención y desprotección de los menores.

De tal suerte que sí es oportuno darle relevancia a este sector o grupo vulnerable debido a que las condiciones en las que se vivió la crisis sanitaria agravaron las relaciones intrafamiliares en confinamiento, mucho se ha comentado que los niños fueron la población menos afectada y que aparentemente menos riesgos corrieron ante la pandemia, sin embargo la realidad nos ha demostrado que también resultaron afectados aunque con síntomas diferentes, sin embargo particularmente nos referimos al estado de vulnerabilidad que por su condición de edad y de

⁸ Martínez, Nurit. Niños mexicanos víctimas de violencia. 2020. Disponible en: <https://www.elsoldepuebla.com.mx/mexico/sociedad/ninos-mexicanos-victimas-de-violencia-en-casa-y-en-la-escuela-unicef-agresiones-5520267.html>

confinamiento familiar se vieron sujetos a situaciones que van desde agresiones verbales y emocionales hasta golpes y lesiones que se generaron dentro del núcleo familiar desde que se dio el confinamiento, además de carecer en muchos casos de lo más elemental como pudieron ser productos de primera necesidad hasta medicamentos para hacer frente a cualquier tipo de enfermedad.

Desde el mes de marzo del 2020 que se dictaron las medidas de restricción, las familias entraron en una especie de caos y ansiedad ante lo desconocido y la diaria convivencia a la que nos obligó la contingencia llegando a situaciones de violencia doméstica. Si bien es cierto este sector se considera de alto riesgo particularmente en nuestro país donde aún pondera la idea de educar y someter a los hijos a la orden de los padres, situación que agrava la relación padres e hijos y si a esto agregamos todo lo que permea dicha condición que va desde el miedo a salir, falta de recursos económicos y la convivencia a la cual no estábamos acostumbrados, dio como resultado un alto potencial de agresión que vino a recaer en aquellos que fueron los más indefensos y al efecto podemos citar algunas formas de maltrato dirigidas a los menores como el maltrato físico, el emocional, omisión del cuidado, abandono, violencia sexual, entre otros; reconociendo que normalmente los padres u otras personas son los responsables del cuidado de los menores y son quienes los agreden⁹.

Al respecto la UNICEF (Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, agencia de las Organización de las Naciones Unidas (ONU) enfocada en promover los derechos y el bienestar de todos los niños, niñas y adolescentes en México y en el mundo) para México se pronunció respecto al incremento de la violencia dirigida a este sector durante esta contingencia y fue la jefa de protección de la UNICEF en México Dora Giusti la que señaló que en los últimos meses del 2020 se identificaron más de 115 mil casos de violencia y que siguió en aumento y que en ese sentido refiere que la UNICEF hizo las siguientes recomendaciones a las autoridades:

⁹ Rodríguez Manzanera, Luis. Victimología. Estudio de la Víctima. México: Porrúa. 2015.

- Dar seguimiento a los servicios de protección en las instancias correspondientes.
- Señalar o sugerir a las familias a través de los medios que correspondieran, que en caso de violencia podían acercarse a las instancias que brindaban protección en caso de violencia familiar para que se resguardaran a quienes pudieran padecer este tipo de daño.
- Implementar algunas dinámicas de acompañamiento como podían ser terapias o pláticas a nivel intrafamiliar de forma institucional por las instancias que procedían.

Resulta un tanto complejo documentar verazmente el caso particular de menores agredidos, sin embargo es muy conocido por todos que el incremento de la violencia familiar creció en esta etapa y a través de distintos medios se viralizaron situaciones en donde se vieron a niños que fueron atacados dentro de su mismo hogar, porque justo dentro del encierro y dentro de las paredes del lugar que se supone les debía otorgar protección y seguridad es donde se llevó a cabo en forma oculta este tipo de violencia, para los menores es difícil expresar y dar a conocer lo que sufren porque pareciera ser que no tuvieran presencia ante las autoridades si no es a través de quienes los representan y en consecuencia el agresor jamás se denunciará así mismo, pero este tipo de violencia es oculta y queda impune, pero sabemos que existe por los distintos videos, memes y casos no documentados que ponen en evidencia todo lo que sucede “tras las paredes de un hogar” esta información se viralizo en redes sociales y se debería dar seguimiento, incluso denunciar ante la autoridad a fin de que se investigue la veracidad de los hechos, tales como el video de un niño que en la reja de su puerta grita “ sáquenme de aquí, ya no aguanto a mi mamá” o muchos otros donde los niños reclamaban a sus maestros que ya no les dejaran tantas tareas, pues no aguantaban los golpes y gritos de sus padres al ser durante la pandemia los responsables de enseñarles y ayudarles con sus actividades escolares en su hogar.

Las mujeres víctimas comunes de violencia

Desde tiempo muy antiguos la violencia dirigida hacia la mujer penosamente forma parte de la convivencia estructural en la mayoría de las culturas como una forma de socialización, esto potencializa las relaciones de dominación y estas relaciones subyacen y funcionan como relaciones de carácter normalizado. En la mayoría de las culturas se debe a que se percibe a la mujer como un ser débil y vulnerable, como una madre eterna codependiente que se desprecia y victimiza de muchas formas; existen muchas formas de victimizar a través de la violencia a una mujer, dentro de ellas encontramos desde las lesiones, secuestro, asalto, homicidio, violación, violencia psicológica, sexual, económica entre otras, para el efecto existen leyes que regulan estas formas de maltrato que se agudizaron debido en gran medida al confinamiento familiar al que nos vimos sujetos por la emergente situación del Covid-19, es viable citar un concepto de violencia familiar, entendiéndola como un comportamiento en el grupo familiar caracterizado por la agresión dirigida especialmente a la mujer que busca causarle un daño sea físico, psicológico o emocional.

Por otra parte, el Código Penal del Estado de Puebla refiere que la violencia familiar es aquella agresión física, moral o patrimonial que de manera individual o reiterada se puede llegar a dirigir en contra de un miembro de la familia por otro que forma parte de esta, afectando la integridad física o psicológica o ambas, esto independientemente de que pueda darse una afectación física en la persona. Estos breves antecedentes que se han señalado forman parte del marco legal que tipifica la violencia que por desgracia permea a en nuestra sociedad. Son innumerables los casos de maltrato hacia las mujeres documentados y muchos más por desgracia aquellos que no se dan a conocer oficialmente.

Nunca ha dejado de existir la violencia contra las mujeres, es verdad que hay logros y avances legislativos para que todo delito cometido contra una mujer sea analizado con perspectiva de género, pero aun las afectaciones a este grupo vulnerable se mantienen o incrementan.

En los tiempos del Covid-19 en los que aun vivimos, aunque ya no confinados generaron estrés, ansiedad, angustia y en muchos casos la falta de recursos

económicos provocó toda suerte de agresiones encaminadas a dañar a las mujeres (sean esposa, concubina, hermana, hija, madre, sobrina, abuela) sobre las cuales se descargó toda la problemática compleja y emocional al que nos llevó el aislamiento. Es innegable como se ha asentado anteriormente que este tipo de conductas siempre han existido y que van a influir en ella factores diversos como pueden ser la educación, la situación económica, la edad, incluso el espacio físico para detonar en el tema que nos ocupa.

Es evidente que en esta etapa el número de llamadas de auxilio se incrementó hasta en un 50%, tal como lo puso en evidencia medios oficiales y otras fuentes informativas como periódicos y revistas que documentaron diferentes casos, como el de Adriana y Alejandra quienes reportaron a través de llamada telefónica a los centros de apoyo denunciando el maltrato que estaban sufriendo por parte de sus parejas quienes a consecuencia del confinamiento les tenían prohibido salir de su vivienda, en donde las golpeaban, amenazaban e insultaban junto con sus respectivas y menores hijas, de estas llamadas de alerta tuvieron conocimiento la Asociación Nacional de Mujeres que pertenece a la red nacional de refugios a cargo de su directora Wendy Figueroa quien comentó que casos como el de Adriana y Alejandra se incrementaron en un 60% a partir del mes de marzo de 2020.¹⁰ y casos como estos se repitieron día a día donde las víctimas mujeres denunciaban una serie de atropellos que fueron desde agresiones verbales hasta físicas, llegando incluso por desgracia hasta la violación o en el peor de los casos el homicidio, de tal suerte que el domicilio en donde se supone se debía encontrar acogimiento y seguridad representaba un lugar de peligro e inestabilidad que estaba oculto, no se encontraba a la vista y en consecuencia pudo pasar desapercibido generando como ya se ha comentado graves daños que a corto plazo repercutieron en la vida social.

¹⁰ Noticieros Televisa En punto 2020. Violencia Intrafamiliar durante aislamientos por coronavirus. Disponible en: <https://noticieros.televisa.com/programas/en-punto-con-denise-maerker/>

Los adultos mayores

En nuestro país los adultos mayores representan un 9% de la población mayor de 65 años de edad, en ese sentido podemos afirmar que somos un país constituido por gente de la tercera edad como también ocurre en algunos países de Europa, en México 7 de cada 10 adultos mayores sufren violencia de todo tipo, puede ser esta física, emocional, patrimonial, verbal y psicológica, esta población se encuentra sensiblemente vulnerable e indefensa, familiar y socialmente ya que como es sabido no existen instancias suficientes y adecuadas accesibles a las familias que pudieran dar cuidados y atención especializada a este sector; si bien es cierto existen asilos privados estos resultan ser muy costosos para la mayoría de la población y en consecuencia un alto porcentaje de estas personas permanecen o habitan con sus familiares más cercanos, como en muchos casos en situaciones de pobreza, marginación y con este tipo de condiciones los ancianos son segregados, maltratados, violentados de distintas formas o incluso utilizados para pedir limosnas que ni siquiera es para su sustento y del cual son despojados por aquellos que resultan ser sus propios parientes. Evidentemente en la situación que se vivió se recrudecieron estos hechos debido al confinamiento formando ellos parte de un sector altamente violentado.

De por si esta población resulto ser como ya es conocidos por todos los principales afectados y con mayor posibilidad de riesgo de contraer coronavirus, sea por la edad que conlleva desde luego a que tengan una o varias enfermedades crónicas degenerativas lo cual incrementó su contagio, y en segundo lugar por esta misma razón que ya se comentó, se tuvieron que aislar, mantener en encierro a fin de protegerse en el lugar que tendría que otorgarles ese cuidado y seguridad, pero que en un momento dado se convirtió en un ambiente hostil y peligroso para ellos debido a la tensión, ansiedad que se ha agravó con la situación económica que la mayoría de las familias padeció en esos momentos, esta situación debe hacernos mucho más conscientes de que los ancianos son una población que debemos cuidar y proteger porque todos llegaremos a formar parte de la misma, y porque es importante que a través de esta investigación se haga un llamado público a quien corresponda para

instruir políticas públicas encaminadas a constituir centros de acogimiento para ancianos, así como leyes de impacto inmediato que efectivamente se apliquen a favor y protección de este sector y cabe mencionar que existe la ley de los derechos de las personas adultas mayores desde el año 2002 misma que ha venido teniendo algunas reformas hasta el día de hoy y en la cual se mencionan los tipos de violencia recurrentes mencionados anteriormente. Cabe mencionar que la ONU se ha pronunciado en el sentido de que los ancianos son una población de alto riesgo por el Covid-19, eso a propósito del Día Mundial de Toma de Conciencia del Abuso y Maltrato en la Vejez siendo el 15 de junio¹¹.

No hay datos ni casos claros o documentados sobre denuncias por violencia hacia los ancianos ya que muchas veces se niegan a denunciar porque los agresores son sus mismos familiares o en su caso porque sienten temor a represalias o a ser abandonados por estas mismas personas, si bien es cierto diferentes fuentes han expresado que el maltrato hacia este sector se incrementó en tiempos de covid-19 se carece de cifras y denuncias oficiales.

Podemos mencionar el caso de una mujer de más de 73 años de edad que sufrió violencia patrimonial al ser lanzada y despojada de su propio hogar por parte de otra mujer que alguna vez había tenido una relación de concubinato con su padre, dejándola en la calle convirtiéndose en una víctima, que si bien no le infligió un daño físico si la daño en su patrimonio y esto es importante mencionarlo ya que las personas mayores muchas veces tienen la idea de que la violencia solo se da cuando hay un daño físico, siendo que el ignorar, el aislar o segregar a una persona constituye un acto de violencia¹².

Migrantes: los olvidados más olvidados.

En los tiempos de hoy ni la pandemia puede detener la necesidad de buscar otras oportunidades de vida, se mantienen las caravanas de miles y miles de personas

¹¹ Escalona, Nayeli. 2020. Disponible en: <https://www.contralinea.com.mx/archivo-revista/2020/06/15/10-de-denuncias-por-maltrato-en-hogares-fueron-de-ancianos-cdhcm/>

¹² Rojas, Paola (s.f.) Al aire Disponible en: <https://noticieros.televisa.com/programas/al-aire-con-paola-2/>

que buscan o pretenden llegar a otro país en busca de una vida mejor. Podemos decir que el término migrante se refiere a toda aquella persona que migra o se traslada de un lugar a otro, sea la razón que sea.

Se considera que este grupo fue uno de los más afectados por el Covid-19 convirtiéndolos en víctimas de esta crisis mundial de salud por distintas razones:

- Sus condiciones de movilidad, es decir, el estar constantemente en tránsito moviéndose de un lugar a otro, en condiciones por demás precarias, esta constante movilización la llevaron a cabo estos grupos en algunos casos en solitario, en otros en pequeños grupos de conocidos o familiares y por los medios que su precaria situación económica les podía permitir, sean esto en tren, autobús, pidiendo aventón, o en muchos casos simplemente caminando.
- Otra situación que agravó las situaciones de los migrantes es la de que carecían de medios económicos mínimos que les pudiera permitir comida y alojamiento digno, son personas que carecen de lo más elemental en estas largas travesías que llevan a cabo, es decir no tienen alimento, no tiene un techo sobre ellos en muchos casos y los pocos albergues que se ponen a su disposición se convierten en la situación actual en el caldo de cultivo de la misma enfermedad. Volviéndose el contagio mucho más eminente, ya que se tenían que refugiar en carpas, albergues (públicos o privados) que carecían de las condiciones sanitarias mínimas como principalmente el agua.
- Un punto más en contra de este sector es el temor que implicaba la carga pública, esta carga pública respecto a los migrantes particularmente se refiere al estatus migratorio que ellos guardan con temor, recelo y cuidado durante todo su camino transfronterizo, el temor a ser reportados, se agravaba mucho más cuando estos pudieran contagiarse de la enfermedad y por ese mismo temor al estatus que guardaban no acudían a ningún centro de atención porque sabían que tendrían que identificarse, sino además evidenciar una serie de datos o de información que los compromete y los ponían en los que algunos llaman temor migratorio. Desde algunos países se pronunciaron en el sentido de que la prueba y atención para atender el Covid-19 no implicaría para los

migrantes una carga pública, sin embargo, el temor fue muy latente en ellos porque no tenían la certeza de que tal cosa fuera real, esto los llevaba a que pudieran sufrir la enfermedad, en consecuencia, no ser atendidos con riesgo de morir y desde luego a transmitir por sus condiciones de movilidad la enfermedad.

- Otra desventaja en contra de los migrantes y a la que pudieran sumarse diversos factores o aspectos es la que tuvo que ver con el racismo, la discriminación y la política, particularmente en los Estados Unidos que independientemente de quien asuma el poder, demócratas o republicanos, siempre han asumido una política anti migrante, con acciones discriminatorias y racistas. Esta situación se vio agravada más aún con el cierre de fronteras, dejando a los migrantes varados y a muchos de ellos totalmente desprotegidos. En ese sentido el temor de estos grupos y con toda razón fue el de enfermarse y que les fuera negada la atención, ya que con esos argumentos de racismo y discriminación que por desgracia hemos visto a lo largo de la pandemia en donde se prefería darle atención antes a un joven que a un adulto mayor y desde esta perspectiva es casi lógico suponer que siempre se le dará preferencia a quien acredite su nacionalidad y su estatus antes que aquel migrante que carece de una residencia o en su caso de la nacionalidad que corresponda; dicho temor tiene pleno fundamento ya que en algunos países de Europa vimos con claridad que siempre se priorizó atender a los más jóvenes que a los enfermos o adultos mayores.

Fueron noticias recurrentes que en los albergues para migrantes se dieron diversos contagios por migrantes infectados que al llegar a buscar refugio y al no existir condiciones sanitarias y médicas y por el mismo confinamiento propagaron la enfermedad, tal es el caso de un grupo de migrantes localizado en Ladero Tamaulipas donde en un albergue llamado Nazaret resultaron contagiados más de 15 personas que a su vez contagiaron a otros y que en muchos casos ellos mismos ignoraban que

eran portadores del virus¹³, condiciones como estas eran recurrentes cada día en los centros de refugio.

El cierre de fronteras agudizó la problemática del ingreso de migrantes al país de origen.

Personas en situación de calle

En este trabajo de investigación hemos considerado que es también relevante agregar dentro de estos grupos a las personas en situación de calle, los llamados indigentes, marginados, menesterosos, pordioseros, vagos y un sin de categorías o nombres que resultar peyorativos u ofensivos para estas personas que parecieran ser invisibles tanto para la sociedad como para el Estado. La mayoría de estos personajes llegaron a las calles por razones diversas con historias de vida de abandono, pérdidas familiares, algunos incluso con problemas mentales y encontraron en las calles el refugio y forma de vida, incluso dentro de los mismos grupos se asumen como familia.

Buscando como refugios a modo de techo o vivienda que les pueda "proporcionar" un lugar que nunca resulta seguro tales como alcantarillas, puentes, parques, casas y terrenos abandonados o cualquier portón o resquicio en alguna construcción donde se puedan cobijar.

En este apartado se considera a este sector sí como víctimas sociales por razones que a continuación detallaremos, pero se hace necesario definir el concepto de víctima a fin de considerarlos en gran parte víctimas sociales que se vieron mucho más afectados si consideramos que se desarrollaban y obtenían limosnas y comida particularmente en las calles y de los transeúntes, negocios y comercios que durante la pandemia se encontraron ausentes.

El concepto de víctima etimológicamente viene del latín y designa a la persona o animal sacrificado o que se destina al sacrificio; en ese sentido se hace referencia al concepto primigenio de sacrificio, del hebreo korbán, aunque esta palabra tiene un significado más amplio, en cuanto representa al individuo que se flagela o sacrifica así

¹³ Televisa, News 2020. Disponible en <https://noticieros.televisa.com/ultimas-noticias/migrante-deportado-houston-provoco-brote-coronavirus-albergue-nuevo-laredo/>

mismo¹⁴. En muchos sentidos estas personas son inmolados por ellos mismos y por la sociedad; se prostituyen, se drogan y la sociedad y el Estado los discrimina, los marginan y terminamos convirtiéndolos en los olvidados sociales de las calles.

Es sorprendente que ante un problema de salud mundial como lo es el Covid-19 en nuestro país principalmente existían muy pocas o casi ninguna política pública que protegiera o ayudara de forma efectiva a este sector que se encontró en un riesgo eminente de ser contagiado debido a sus condiciones de pobreza, ignorancia y expuestos en los espacios públicos que en muchos casos son lugares de basura que les sirve como refugios.

En algunas ciudades como la Ciudad de México, la secretaria de inclusión y bienestar social, Almudena Ocejo de la Ciudad de México estableció a partir de marzo del 2020 brigadas para visitar las alcaldías más recurrentes por tener personas en situación de calle con el fin de otorgarles información sobre la enfermedad, así como otorgarles paquetes de salud con gel antibacterial, cubrebocas, folletos, e instruirles en algunas medidas de prevención y valorarlos medicamente, y en su caso recomendarles medidas como el lavado de manos constantes y guardar la distancia entre ellos. Estas medidas sorprendieron mucho ya que habría que preguntarse de “que forma” estos grupos pudieron lavarse las manos constantemente, mantener distancia en una alcantarilla o cuidarse entre sí, cuando muchos de ellos son personas solitarias marginadas socialmente. Otra cosa que estableció la secretaria de inclusión y bienestar social es el apoyo en los comedores comunitarios a cargo de asociaciones civiles privadas para obtener una comida caliente a bajo costo o en su caso los comedores públicos gratuitos en donde se les otorgaba comida solo para llevar¹⁵.

Dichas medidas nos parecieron deficientes ante la magnitud de la pandemia y lo que representó dentro de este grupo en donde observamos diversos casos como por ejemplo aquellos que vivían en las banquetas del Hospital General de la Ciudad de México, personas sin hogar como el caso de Onésimo Ramírez que “dijo sentirse más seguro en la calle y comentó que los cubrebocas solo los tenían los que estaban

¹⁴ Rodríguez Manzanera Luis. Victimología. Octava edición. México: Porrúa. 2003.

¹⁵ Zamarron, Hector. 2020 Milenio digital disponible en: <https://www.milenio.com/videos/milenio-tv/milenio-noticias-hector-zamarron-31-marzo-2020>

del otro lado de la reja"; o como Tadeo que vivía en las mismas condiciones y se dedicaba a recoger la basura de las banquetas del hospital y que aseguraba que no se enfermaría; y así Alex, el Jarocho y otros muchos más que no le temían al Covid-19 y dormían, comían y vivían en las calles, banquetas durmiendo en cartones y que en mucho por ignorancia desconocían el riesgo evidente que corrieron de ser contagiados y de morir debido a su situación de calle, mal alimentados, enfermos, drogados, los olvidados, víctimas sociales de esta enfermedad¹⁶.

Si bien es cierto parece haber más programas de limpieza social, que políticas públicas de acogimiento, protección y cuidado de estos grupos, lo cual resulta irónico ya que estos programas de limpieza se llevan a cabo cerrando coladeras y alcantarillas, instruyendo a policías a fin de ahuyentar y alejar a estas personas de puentes, casas o terrenos baldíos, incluso se les corre de los patios o banquetas y sin embargo no existen en realidad en el momento actual programas efectivos que protejan a este grupo de personas altamente vulnerable.

Conclusiones

A más de tres años de haberse identificado el primer caso de Covid-19 en el mundo, en una pandemia de secuelas de dimensiones globales, con incertidumbre pues se suministraron las vacunas en todos los países del mundo y aun no se sabe las secuelas que dejó la enfermedad a corto y largo plazo y en medio de rebrotes que venían acompañados de otro tipo de enfermedades estacionales como la influenza que podían terminar en un cuadro de covid-19.

Terminando el año 2022 prácticamente el panorama cambió, con vacunas aplicadas a la mayoría de la población, la enfermedad casi controlada y con poco margen de rebrotes en el mundo, es pertinente señalar que al momento actual ya fue declarado el fin de la pandemia en México y en el mundo. Se empieza a ver al COVID

¹⁶ Moreno, Miriam. Así viven los indigentes en tiempos de Covid-19. Noticias con Ciro Gómez Leyva. 2020. Disponible en: <https://www.imagentv.com/noticias/imagen-noticias-con-ciro-gomez-leyva/noticias-con-ciro-gomez-leyva-programa-completo-16042020>

como algo del pasado por suerte, aunque se debe reconocer que las pérdidas humanas son irreparables y solo lo material se puede recuperar.

En su momento más álgidos algunos de los pronunciamientos de la OMS Organización de la salud, se planteaba un panorama aún incierto y una realidad muy cruda, señalaban que, a pesar de los progresos de algunos países, aún estábamos muy lejos de llegar a un final de esta crisis de salud, en los seis meses de los primeros brotes de Covid-19 donde aproximadamente se alcanzaron 10 millones de casos plenamente confirmados.

Hoy en día se puede decir de acuerdo con lo que refiere la OMS se conoce la fuente de la pandemia, pero aún no se sabe todo en lo que se refiere a la sintomatología de la enfermedad. En algunos países en Europa, como España se presentaron rebrotes de la enfermedad que pusieron a las autoridades nuevamente en alerta y en consecuencia se tomaron las medias de confinamiento, cierre de parques, restaurantes, escuelas y todo tipo de lugares públicos ya que a menos de un mes de haber reabierto su actividad comercial se empezaron a suscitar nuevos casos de contagios identificados.

Ante este panorama y a pesar de las múltiples investigaciones tanto dentro del sector público como del sector privado podemos afirmar que aún estamos lejos de identificar la magnitud de las consecuencias que a corto y largo plazo nos trajo esta pandemia, sobre todo si consideramos que todavía no sabemos realmente como tratarla desde el punto de vista médico, al constituirse ya como una enfermedad endémica. Sigue estando el temor de vivirla nuevamente a pesar de que ya se controló con las vacunas correspondientes, puesto que aún existen personas que no creen ni creyeron en la existencia de la enfermedad y por ende no se vacunaron.

A partir de nuestra investigación nos parece importante resaltar dos o tres conclusiones que a título personal nos parecen relevantes:

- Consideramos que después de esta crisis sanitaria de orden global una de las cosas más importantes que debemos aprender es que la naturaleza no tiene límites y que de alguna manera esta enfermedad es uno de los primeros avisos que nos invita a reflexionar en cómo vivimos los seres humanos cada día, creyendo que somos los amos del universo y que tenemos control sobre todo,

quizás después de esto no haya otra oportunidad y quizás podamos presenciar un final, de no atender lo que la naturaleza nos está tratando de decir, que desde luego lo dejamos a su interpretación y consideración porque cada uno tiene libre albedrío de asumir sus vivencia y experiencias y en consecuencia de concluir lo que quiera o lo que haya aprendido de esta experiencia que nos marcó a todos y que como comentamos se considera aun no llega a su fin en sus alcances biológicos como en sus secuelas , así como en lo material, la recuperación es lenta y pensemos con optimismo que ya no tendremos otra crisis sanitaria como la que vivimos.

- Un poco a modo de reflexión en este primer punto nos lleva a plantearnos quienes son realmente las víctimas, porque en este contexto de orden social todos fuimos afectados de alguna o de otra manera, debido a que la situación actual no solo nos recluyo, nos enfermó, nos segregó, nos dejó sin empleo, aunque claro nuestro trabajo pretende plantear aquellos grupos que particularmente advertimos resultaron más vulnerables y afectados que otro. En este país más de la mitad de la población se puede considerar grupo vulnerable y una gran parte de ellos son la gente del campo, los campesinos o aquellos grupos sociales que no pueden acceder por razones diversas que no es motivo de análisis en este trabajo a una educación; se nos hace preciso mencionarlo con el objeto de generalizar que afectados socialmente somos todos, pero algunos más que otros y es menester recalcarlo por las condiciones que ya se han planteado en cada uno de los apartados correspondientes.
- Una segunda reflexión que nos dejó esta enfermedad es el poder darnos cuenta no solo de lo vulnerables que somos ante la naturaleza sino también el darnos cuenta que no existen economías o países en el mundo capaces de estar preparados ante una situación como esta y que por desgracia lo que sigue prevaleciendo son los interés económicos de los países que en su afán por recuperar o restablecer sus intercambios comerciales y su economía nos lleva en la mayoría de los casos siendo conscientes socialmente de lo que sucede a una aparente normalidad y es aquí donde surge la pregunta ¿Cuál es la nueva normalidad y qué podemos esperar de esa nueva normalidad? Cuando los

datos y estadísticas siempre y llanamente nos demostraron que la enfermedad llego para quedarse, que no se cuenta con protocolos ni mecanismos para controlarla o combatirla. Conscientemente consideramos que lo único que nos queda es apearnos a nuestro sentido común y a nuestra concientización personal y social; es decir, la responsabilidad debe recaer en cada uno de nosotros y en buena medida nuestros gobiernos tienen gran parte de responsabilidad en proporcionarnos la información científica y responsable para asumir nuestros propios riesgos.

Referencias

Código Nacional de Procedimientos Penales. México: Cajica 2020.

El Heraldo. Video viral (2020) ¡Ya no aguanto a mi mamá! Grita desesperado niño en aislamiento <https://heraldodemexico.com.mx/tendencias/video-viral-ya-no-aguanto-a-mi-mama-grita-desesperado-ninito-en-aislamiento/>

Escalona, Nayeli. 2020. Disponible en: <https://www.contralinea.com.mx/archivo-revista/2020/06/15/10-de-denuncias-por-maltrato-en-hogares-fueron-de-ancianos-cdhcm/>

Lastini, Diana (2020) Personal médico acusa discriminación por Covid-19. Disponible en: <https://www.eluniversal.com.mx/nacion/coronavirus-personal-medico-acusa-discriminacion-por-covid-19>

Marchiori, Hilda. Criminología. La víctima del delito. Novena edición. México: Porrúa. 2013.

Martínez, Nurit. Niños mexicanos víctimas de violencia. 2020. Disponible en: <https://www.elsoldepuebla.com.mx/mexico/sociedad/ninos-mexicanos-victimas-de-violencia-en-casa-y-en-la-escuela-unicef-agresiones-5520267.html>

Meza, Karen. Estas son las rutas y horarios para médicos 2020. Disponible en: <https://www.elsoldepuebla.com.mx/local/estas-son-las-rutas-y-horarios-de-autobuses-exclusivos-para-medicos-en-puebla-transporte-covid-19-coronavirus-5139462.html>

Moreno, Miriam. Así viven los indigentes en tiempos de Covid-19. Noticias con Ciro Gómez Leyva. 2020. Disponible en: <https://www.imagentv.com/noticias/imagen-noticias-con-ciro-gomez-leyva/noticias-con-ciro-gomez-leyva-programa-completo-16042020>

Revista Confrontos

CONFRONTOS JOURNAL OF LAW

Noticieros Televisa En punto 2020. Violencia Intrafamiliar durante aislamientos por coronavirus. Disponible en: <https://noticieros.televisa.com/programas/en-punto-condenise-maerker/>

Plata Luna, América. Criminología, criminalística y victimología. México: Oxford 2014.

Ramírez, Milka. Personas de Jalisco discriminan a enfermeras por medio al covid-19. 2020. Disponible en: <https://heraldodemexico.com.mx/tv/>

Rodríguez Manzanera, Luis. Victimología. Estudio de la Víctima. México: Porrúa. 2015.

Rojas, Paola (s.f.) Al aire Disponible en: <https://noticieros.televisa.com/programas/al-aire-con-paola-2/>

Televisa, News 2020. Disponible en <https://noticieros.televisa.com/ultimas-noticias/migrante-deportado-houston-provoco-brote-coronavirus-albergue-nuevo-laredo/>

Uresti, Azuzena. 2020. Noticias milenio. Disponible en: <https://www.milenio.com>

Xantomila, Gabriel. Por agresiones a personal médico. 2020. Disponible en: <https://www.elsoldepuebla.com.mx/mexico/sociedad/por-agresiones-a-personal-medico-podrian-ir-a-carcel-por-20-anos-5080684.html>

Zamarron, Hector. 2020 Milenio digital disponible en: <https://www.milenio.com/videos/milenio-tv/milenio-noticias-hector-zamarron-31-marzo-2020>

A PERDA DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA URBANA FACE ABANDONO: UMA ANÁLISE À LUZ DO DIREITO FUNDAMENTAL DE MORADIA

THE LOSS OF URBAN REAL ESTATE PROPERTY DUE TO ABANDONMENT: AN ANALYSIS IN THE LIGHT OF THE FUNDAMENTAL RIGHT TO HOUSING

Marcelo Sampaio Siqueira¹
Orcid: 0000-0003-0751-105X

Natércia Sampaio Siqueira²
Orcid: 0000-0002-7495-147X

RESUMO:

A presente pesquisa, considerando o déficit habitacional das grandes cidades, tem como objeto não só a análise do instituto da perda da propriedade por abandono, mas a arrecadação deste bem para fins de moradia a luz do princípio da função social da propriedade, assim como também do direito fundamental à moradia, constituindo esse um direito subjetivo. O abandono da propriedade à luz do artigo 1.276 do Código Civil deve ser restritiva, embora a escorreita hermenêutica, em face dos princípios citados e do da eficiência, como elemento de uma interpretação mais justa, seja no sentido de buscar a simplificação dos requisitos para caracterização da perda da propriedade e a disposição desses bens para fins de regularização fundiária. Para o atingimento de tal finalidade utilizou-se como metodologia a pesquisa bibliográfica doutrinária e jurisprudencial e o método hipotético-dedutivo. Com a pesquisa atingiu-se aos seguintes resultados: o abandono da propriedade imobiliária, antes da aquisição da propriedade pelo Município, mas durante a fase arrecadatória, pode receber destinação provisória atendendo não só ao princípio da função social da cidade, mas também aos preceitos do artigo 6º da Constituição Federal e artigos 10 e 65 da Lei 13.465/2017; b) Municípios e Distrito Federal devem desenvolver legislação adequada a incentivar a arrecadação e adequação dos bens em estado de abandono..

PALAVRAS-CHAVE: Propriedade imobiliária urbana. Abandono. Arrecadação. Direito social à moradia.

¹ Doutor em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (Unifor), (Brasil). Mestre em Direito pela Universidade Federal do Ceará (UFC), (Brasil). Professor Titular do Centro Universitário 7 de Setembro (UNI7), (Brasil). Procurador do Município de Fortaleza. E-mail: msiqueira@siqueiraibiapina.com.br.

² Pós doutora em Direito Econômico pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Doutora em Direito Constitucional pela Universidade de Fortaleza (Unifor), (Brasil). Mestre em Direito Tributário pela Universidade Federal de Minas Gerais (UFC), (Brasil). Professora do PPGD da Universidade de Fortaleza, (Brasil). Procuradora do Município de Fortaleza.

Recebido em: 31/05/2023

Aceito em: 06/07/2023

Introdução

A perda da propriedade imobiliária urbana por abandono é regulada pelo Código Civil e constitui instituto pouco utilizado em nossos municípios, face procedimentos administrativos não inteiramente claros e esparsos em nosso ordenamento.

Conforme visto em trabalhos anteriores, como o publicado na Revista de Direito da FA7³, cuja parte do texto ora se extrai, não constituem objeto do estudo os motivos que levam um proprietário a descartar uma propriedade imobiliária, mas o modo como se caracteriza a intenção do proprietário de abandonar e a forma mais eficiente de substituição deste, considerando o interesse da sociedade e ponderando a adequação das regras do Código Civil brasileiro e da Lei 13.465/2017 ao direito de moradia, considerando o artigo 6º da Constituição Federal.

Há desde a regra do artigo 1276 do Código Civil de 2002 o interesse do legislador em viabilizar esse tipo de arrecadação, não só para fins de moradia, mas também para urbanização, em respeito aos princípios constitucionais da função social da propriedade e da cidade, podendo a questão ser analisada também à luz do Estatuto da Cidade, fazendo-se um diálogo.

O problema a ser respondido é de natureza objetiva, levando em consideração a grande quantidade de bens imóveis abandonados nas grandes cidades e o grande déficit habitacional pela Administração Pública. A pergunta a ser respondida por este artigo é: Quais requisitos a administração pública deve obedecer para a arrecadação de bem abandonado para o cumprimento do direito de moradia?

O método de pesquisa utilizado foi a metodologia dedutiva, pesquisa teórica e qualitativa com emprego de material bibliográfico e documental legal. Foram ainda abordadas legislações essenciais, direitos fundamentais e princípios, a fim de elaborar

³ v. 17 n. 1 (2020): Revista Jurídica da FA7 (FA7 Law Review) <https://periodicos.uni7.edu.br/index.php/revistajuridica/article/view/1223>

uma boa análise dos textos normativos e das jurisprudências para o esclarecimento do tema.

O trabalho foi dividido em cinco seções, iniciadas por esta seção introdutória: Perda da propriedade imobiliária no Direito Civil brasileiro: abandono e renúncia; Abandono de imóvel urbano; Direito à moradia e arrecadação de imóvel abandonado. Segue-se o fechamento do artigo com a seção intitulada Considerações finais.

Perda da propriedade imobiliária no Direito Civil brasileiro: abandono e renúncia

O tema perda da propriedade não constitui uma novidade, estando disciplinado desde as Ordenações Filipinas⁴, passando pelo Código Civil de 1916, artigo 589⁵, e hoje regulado pelos artigos 1.275 e 1.276 do Código Civil, apresentando os seguintes tipos: por alienação; pela renúncia; por abandono; por perecimento da coisa; e por desapropriação. A alienação constitui um modo de perda derivada da propriedade, já que para sua ocorrência necessita da vontade do proprietário de transferir a propriedade a outrem. A doutrina, neste artigo representada por venosa (2019), enumera exemplificadamente os seguintes tipos de alienação: compra e venda, doação, dação em pagamento, permuta etc. Já a desapropriação constitui um ato de príncipe da Administração Pública ao intervir na propriedade privada sem anuência de seu detentor, tomando-lhe a propriedade. O constitucionalismo moderno, originário das revoluções americana e francesa, erigiu o direito à propriedade em garantia fundamental, não impedindo, no entanto, a desapropriação, mas garantindo indenização por sua perda, mesmo que seja para utilidade pública⁶.

O abandono da coisa, objeto deste artigo, não se confunde com o perecimento

⁴ Livro II, Título XXVI, § 17, que davam ao Fisco “todos os bens vagos, a que não he achado senhor certo”.

⁵ Vide Bevilacqua (1958, p. 103), que atesta, ao comentar o artigo 589 do Código Civil de 1916: “O abandono, porém, não se presume. Deve resultar de atos que o indiquem de modo positivo.”

⁶ Como exemplo cita-se o artigo 179, inciso XXII, da Constituição do Império do Brasil, que possibilita a desapropriação, mas desde que haja indenização. Ao longo da história, já no século XX, esse instituto, que determina a perda da propriedade, sofreu evolução, em face principalmente do princípio da função social, positivada tanto na Constituição Federal de 1988 quanto no Código Civil, podendo-se destacar a prévia indenização em dinheiro e a inexistência dessa, quando a desapropriação se der em face do descumprimento da função social (ex: imóvel utilizado para produção de entorpecente ilícito).

da coisa, que constitui também uma forma de perda do objeto. O desaparecimento pode se dar por força natural ou pela atividade do homem, isto é, segundo Venosa (2019, p. 1114), “não existe mais direito, por lhe faltar objeto”. Quando o bem for de natureza imobiliária, a caracterização do perecimento se torna difícil, embora a transformação de uma área em zona de proteção, que não permita habitação ou aproveitamento econômico, pode vir a ser caracterizada como perecimento por atividade humana. Assim como um terremoto ou maremoto, em caso de inundação permanente, por exemplo, pode levar ao perecimento de uma propriedade imobiliária (força natural).

O artigo 1.275 do Código Civil, que trata da perda da propriedade, elenca a renúncia, que difere do abandono. Dessa maneira, a renúncia⁷ é definida como um ato unilateral do proprietário, independentemente de aceitação de qualquer parte, por meio do qual apresenta, de forma expressa, a sua vontade de não mais permanecer com o bem, abdicando do seu direito sobre a coisa⁸. Interessante registrar que a renúncia só produzirá seus efeitos a partir do registro do instrumento renunciativo na serventia imobiliária. Logo, para que a renúncia reste configurada se faz necessário: a intenção do proprietário em renunciar (ânimo), o ato renunciativo, representado por uma escritura, e o registro do documento na serventia imobiliária.

Já o abandono, como forma de perda da propriedade no Direito Civil brasileiro, inscrito no artigo 1.275, inciso III, do Código Civil, concretiza-se com a escolha do titular do bem de negligenciar a coisa, quer dizer, realiza-se por ato unilateral, que, apesar de volitivo, não exige qualquer ato formal. Isto é, o abandono se caracteriza pelo simples comportamento do titular, e é de difícil caracterização, já que, segundo Venosa (2019, p. 1113), “o fato de o proprietário não cuidar do que é seu por período mais ou menos longo não traduz *de per si* abandono”. Em síntese, o simples fato de não usar não implica abandono.

Isso posto, a figura do abandono, nos ensinamentos de Nader (2013), tipifica-se a partir do agrupamento de dois elementos: o objetivo (externo) e o subjetivo (interno).

⁷ Para elucidar o que foi dito, Miranda (1983, p. 125) afirma que “A renúncia ao domínio ou a qualquer direito real importa renúncia às pretensões e ações. Porém é renunciável o domínio sem algum dos seus elementos, como o usufruto.”

⁸ Como sugestão de leitura cita-se Siqueira e Matos (2019).

O elemento objetivo é estabelecido pela perda do interesse do proprietário em manter a coisa e pelo abandono da prática das ações relativas ao direito de propriedade. Por sua vez, o elemento subjetivo é delineado por um componente abstrato, a vontade ou *animus* do indivíduo de despojar-se do bem.

No abandono não se exige uma declaração expressa, registrada em Cartório, do titular da propriedade imobiliária concernente ao propósito de se desapossar do imóvel. Todavia, não bastam o mero desfazimento físico do bem e a ausência de realização de atos pertencentes ao direito de propriedade, uma vez que o proprietário ainda permanecerá como titular do imóvel em razão do registro dele na serventia imobiliária. Como exemplo, as “casas de veraneio”, que embora passem a maior parte do tempo fechadas, inutilizadas, não se enquadram na situação de abandono, posto que o proprietário tem a discricionariedade de usar o imóvel, cujo poder jurídico alberga a liberdade de não o utilizar.

A grande inovação comparando os dois códigos brasileiros, o de 1916 e o de 2002, constata-se que a anterior trazia os dois institutos em único artigo, 589, deixando para a doutrina terreno árido para diferenciação. O atual Código traz como novidade o artigo 1.276, que permite ao intérprete avançar na diferenciação entre os institutos do abandono e da renúncia como casos de perda da propriedade.

A caracterização do abandono se dá com análise do fato jurídico, não sendo necessário qualquer ato registral. Em síntese, a renúncia constitui um ato mais seguro, embora possuir o inconveniente do custo envolvido com escritura e registro para caracterização da perda da propriedade. Reiterando o exposto no Código Civil, o artigo 1.276 traz os requisitos para a arrecadação da propriedade caso o bem imóvel tenha sido abandonado e não ocupado. O primeiro ato seria o abandono (fato propriamente dito (elemento subjetivo – *animus* de abandonar); o segundo ato estaria na não detenção do imóvel abandonado por nenhuma pessoa; e o terceiro ato seria o transcurso de prazo de três anos para que o Município ou Distrito Federal pudessem iniciar a incorporação desse em seu patrimônio (elemento objetivo – despojamento prolongado da posse).

A caracterização do abandono é questão complexa, pois depende de análise exclusivamente fática, que provoca insegurança jurídica, já que muitas vezes a

desocupação ou a não utilização dos atributos da posse nem sempre caracterizam o abandono. Para que haja o abandono tem que restar provada a desocupação, acrescida do ânimo de abandonar, da falta de cumprimento das obrigações fiscais e de outras obrigações civis, sem falar da questão temporal. A conjunção desses fatores pode levar à perda da propriedade pela arrecadação da Administração Pública.

Acrescenta-se que o abandono também pode levar à aquisição da propriedade por outra pessoa natural ou jurídica, caso a ocupação seja exercida por esta. Em síntese, a ocupação do bem abandonado por qualquer pessoa impede o início do processo de arrecadação, já que a ela será facultada a prescrição aquisitiva nos prazos determinados pelo Código Civil, passando a ter propriedade oponível *erga omnes*, constituindo uma forma originária de aquisição da propriedade.

Agora, caso o bem esteja efetivamente abandonado e não tenha sido ocupado por qualquer pessoa, inicia-se o prazo de três anos para a arrecadação do bem pelo Município ou Distrito Federal, se for o caso, após o qual a propriedade passaria à Administração Pública.

As políticas urbanas, cujas diretrizes estão contidas no artigo 2º da Lei 10.257/2001 (Estatuto da Cidade), devem sempre proteger a infraestrutura urbana, coibir a existência de bens imóveis desocupados, em face de déficit habitacional e da imposição criada pelo próprio ordenamento de que toda propriedade imobiliária deve ter seu dono.

A regra do artigo 1.276 do Código Civil é dirigida, salvo melhor entendimento, especialmente à Administração Pública municipal e do Distrito Federal, nos imóveis abandonados existentes nos territórios respectivos, cabendo-lhes a fiscalização e o início da arrecadação. Nos imóveis situados nas zonas rurais, a competência para arrecadação seria da União, com a observância das mesmas etapas (requisitos) descritas anteriormente.

Nesse mesmo artigo, parágrafo segundo, estabelece-se uma presunção *jure et jure* quando há cessação dos atos de posse acompanhada de falta de satisfação dos ônus fiscais relativos ao bem, abrangendo o não recolhimento do imposto predial e territorial urbano ou rural, a depender do tipo de imóvel e credor tributário.

Essa presunção absoluta vem originando intensos debates perante os pensadores do Direito Civil brasileiro, sendo alvo de quatro enunciados das Jornadas de Direito Civil promovidas pelo Superior Tribunal de Justiça (STJ)⁹. A análise dos seus textos demonstra a tentativa do condicionamento dessa presunção à existência de um devido processo legal, em que o interessado possa demonstrar a não cessação da posse, destacando-se o enunciado 242, e a necessidade de apuração de cumprimento ou não do princípio da função social para caracterização da posse impeditiva. Em síntese, não é o simples abandono e a falta de pagamento de tributo, mas a existência de um processo administrativo de arrecadação.

Aspectos devem ser analisados ao longo deste artigo relativo ao processo de arrecadação, que será associado aos bens imóveis urbanos, sendo interessante a análise e conclusão acerca dos efeitos da arrecadação, caracterização do abandono, e destinação aos moradores de baixa renda.

Abandono de imóvel urbano

No tópico anterior fez-se uma análise conceitual, histórica e comparativa do instituto do abandono como fato que leva à perda da propriedade, não sendo objeto deste trabalho tecer maiores comentários sobre a renúncia, embora também possa ser objeto de arrecadação.

No abandono, conforme visto, a perda da propriedade deve ser considerada como efetivada no momento do abandono efetivo, com o devido ânimo, mas a inexistência de um ato formal, como exigido pela renúncia, dificulta sua caracterização. Por outro lado, a adjudicação pela Administração Pública, observando a devida competência, só se dará ao final do período de três anos e respeitando o devido processo legal.

Tomando por exemplo o município de Fortaleza, com quase dois milhões e quinhentos mil habitantes¹⁰, a questão do abandonado só é regulado de forma genérica, nos artigos 249 e 250 do Plano Diretor (Lei Complementar municipal nº 62

⁹ Enunciados: 242 e 243 da III Jornada de Direito Civil; 316 da IV Jornada de Direito Civil; e 297 da VI Jornada de Direito Civil.

¹⁰ estimativa de 2019 do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística - IBGE

de 2009¹¹, que repete em parte a regra do artigo 1.276 do CC), não há qualquer legislação que trate do processo de arrecadação de bens imóveis abandonados e sua destinação. Recentemente entrou em vigor a lei complementar nº 334, de 30 de setembro de 2022, que trata da REURB no Município de Fortaleza, sem qualquer capítulo ao abandono de imóvel e sua arrecadação.

Ainda tendo por espelho o município de Fortaleza, observa-se que esse possui uma das maiores densidades demográficas do País (8.393,1 hab./km² – estimativa IBGE de 2018)¹². Ainda citando os números do IBGE referentes ao censo de 2010, constata-se que aproximadamente quatrocentas mil pessoas moram precariamente ou em favelas na referida cidade, o que caracteriza uma carência de habitação digna, considerando também a densidade demográfica, que demonstra grande população para uma pequena área territorial. Já o município de São Paulo, em pesquisa realizada em 2015 (SÃO PAULO [Cidade], 2015) e utilizando dados de 2010, atesta uma quantidade de 293.621 imóveis vagos ou ociosos. Em 2018, em reportagem do G1 (SANTIAGO; MURARO, 2018), atestou-se um déficit habitacional no maior município brasileiro de aproximadamente 358 mil novas moradias.

Os dados apresentados, considerando duas cidades bastantes adensadas e com grande quantidade de população vivendo precariamente, são interessantes para justificar a necessidade de se utilizar da arrecadação de bens imóveis abandonados como política de desenvolvimento social e para o cumprimento do princípio da função social da cidade e do direito a moradia.

Os imóveis desocupados permanentemente constituem um problema urbano, seja em consideração ao déficit habitacional, seja em relação à degradação ambiental provocada pelo bem abandonado decorrente do acúmulo de sujeira no local, por exemplo.

¹¹ Lei Complementar municipal 62/2009: “Seção IX. Do Abandono Art. 249 - O imóvel urbano que o proprietário abandonar, com intenção de não mais o conservar em seu patrimônio, e que não se encontrar na posse de outrem, poderá ser arrecadado como bem vago. Parágrafo Único - Presumir-se-á de modo absoluto a intenção a que se refere este artigo, quando, cessados os atos da posse, deixar o proprietário de satisfazer os ônus fiscais. Art. 250 - No caso de qualquer imóvel se encontrar na situação descrita no artigo anterior, o Município deverá instaurar processo administrativo para a arrecadação do imóvel como bem vago”.

¹² Para fazer uma comparação, a cidade de São Paulo tem uma densidade de 8.054 hab/km² – estimativa de 2019 (SÃO PAULO, 2020).

Não resta dúvida, considerando o artigo 6º da CF, que é dever do Estado conceder meios para o acesso da população a moradia¹³, seja através de concessão de aluguel social, seja através de concessão de direito real, seja através de alienação com financiamento, torna-se necessária a adoção de medidas eficazes para aproveitamento de imóveis abandonados e destinação a quem precisa.

Quando a manutenção do imóvel desocupado, com aspecto de abandono, é gerada por especulação imobiliária, os municípios possuem meios para coibir essa prática, podendo aplicar o IPTU progressivo e até medidas de edificação compulsória, tudo em conformidade com o artigo 5º e seguintes da Lei 10.257/2001.

Ocorre que a manutenção do bem desocupado ou sem uso pelo proprietário para fins especulativos ou por descaso não implica abandono no sentido de perda da propriedade. Lembre-se de que para caracterização do abandono deve-se comprovar a cessação da posse, o ânimo de abandonar e o prazo de três anos, após o que poderá ter início o processo de arrecadação.

A dificuldade para comprovação dos citados requisitos, alinhada à fiscalização deficiente promovida pelos municípios brasileiros, faz com que a atividade de arrecadação dos bens vagos para fins de aquisição da propriedade seja quase inexistente. No caso da renúncia a caracterização seria mais fácil, pois essa prescinde prática de um ato formal pelo renunciante mediante escritura, cujo registro levaria à perda da propriedade e à possibilidade de arrecadação imediata e destinação a quem necessita.

A falta de fiscalização e de normas reguladoras para fins de arrecadação de bens abandonados, aliada à inexistência de órgãos municipais imbuídos do propósito de cadastrar essas propriedades abandonadas, torna possível a abertura de processo administrativo arrecadatório, para que se proceda ao apossamento e às devidas notificações ao proprietário, respeitando-se o devido processo legal, ato não muito comum nas grandes cidades brasileiras.

¹³Gráfico 1 – Déficit habitacional no Brasil – dados de 2019



Fonte: Fundação 1º de Maio (2021).

Não resta dúvida que a solução das inquietações motivadores desta investigação passa não só pela análise do artigo 1.276 do CC, mas também de normas de natureza administrativa ligadas ao direito urbanístico e constitucional, elevado ao *status* de ciência interdisciplinar.

Conforme já dissertado, é bastante comum a existência de imóvel desocupado, mas a perda da propriedade pelo abandono não se mostra um fato corriqueiro. A propriedade imobiliária, para Siqueira (2018), considerando o ordenamento brasileiro, é limitada pelos princípios da função social e econômica da propriedade¹⁴ e da função social da cidade. O abandono de um bem imobiliário sempre vai significar, independentemente da adjudicação final, que a propriedade não é garantida constitucionalmente, gerando o dever para a Administração Municipal de requerer a implementação de medidas de adequação ou até arrecadação, respeitando o *due process of law*. A manutenção perpétua do status de desocupado para o bem, sob o argumento do direito exclusivo e subjetivo do seu proprietário, mesmo que não caracterize abandono, claramente privilegia um suposto direito subjetivo ao direito social e desconsidera não só o princípio da função social¹⁵, mas principalmente o princípio da função social da cidade dirigido ao Estado, que deve atuar nessas questões.

¹⁴ Vide artigo 1.228 do CC e 182 da CF.

¹⁵ Função social como direito, liberdade e garantia vide Canotilho (2003).

O princípio da função social da cidade encontra-se positivado no artigo 182 da CF e expressa um preceito constitucional dotado de positividade e eficácia, que condiciona diretamente o desenvolvimento urbano da cidade. O condicionamento é no sentido de que toda intervenção urbanística, entre elas a forma de dispor do bem imobiliário promovida pelos particulares, deve atender ao princípio do bem-estar social.

O fato é que a desocupação ou o efetivo abandono de imóvel implica infração aos princípios da função social da propriedade e da função social das cidades, o que possibilita a atuação da Administração Pública. Isto é, o bem nesse estado passa a não ser garantido pelo ordenamento jurídico brasileiro, que assegura sob certas condições o direito de propriedade.

Recentemente surgiu no Brasil mais uma norma legal, cujo objetivo é a regularização fundiária urbana e rural. Está-se falando da Lei 13.465/2017. Entre outras regras dessa legislação, citam-se os artigos 64 e 65, organizados no capítulo que trata da arrecadação de imóveis abandonados, cuja aplicação, a despeito de constituir uma legislação federal, é defendida também para os Municípios e Distrito Federal, estando suas normas em conformidade com o artigo 22, inciso I, da CF, mesmo considerando os interesses locais.

Além do mais, a Lei Federal em comento, que trata da questão da arrecadação de imóveis abandonados, não está regulando ou dando destinação a bens públicos pertencentes aos municípios, mas disciplinando apenas processo administrativo arrecadatório, considerando as normas do Código Civil já citadas. Logo, as regras em comento são aplicáveis aos Municípios e Distrito Federal, que podem complementá-las, considerando o artigo 30, inciso VIII, da CF.

Inovação digna de nota, trazida pela nova legislação, seria o reforço da presunção absoluta de abandono quando ocorrer inadimplemento fiscal igual ou superior a cinco anos¹⁶, assim como o disciplinamento do procedimento administrativo de arrecadação, cujo texto, inscrito no § 2º, inciso III, do artigo 64, determina a notificação e o exercício, se assim desejar, do direito de impugnação pelo proprietário,

¹⁶ Prazo não fixado pelo artigo 1.276 do CC, o que constitui uma inovação.

o que de certa forma já descaracteriza a presunção absoluta determinada pelo CC, artigo 1.276, e pela Lei 13.465/2017¹⁷.

Não confundir o prazo de cinco anos estipulado pelo artigo 63 com o prazo de 3 anos previsto no Código Civil. O primeiro seria requisito para iniciar o processo administrativo de arrecadação e se refere não ao tempo de abandono, mas de inadimplência fiscal, cuja caracterização depende também da comprovação de inexistência de oposição à cobrança fiscal. Já o prazo de três anos é referente à aquisição da propriedade pela Administração Pública deve ser observado para o início do processo administrativo de arrecadação.

Além do mais a chamada presunção absoluta não afasta o direito de o particular, em mora com o fisco, se opor à arrecadação. Logo, a citada presunção será na verdade relativa. Imóvel abandonado, conforme lições de vários civilistas como Monteiro (2003) e Gonçalves (2013), constitui coisa de ninguém, e caso a arrecadação não seja contestada no prazo de três anos resta consolidada a propriedade do Município, no caso dos imóveis urbanos. Ressalta-se que a arrecadação só poderá ser realizada com o início do procedimento administrativo, comprovando-se quando de sua abertura a existência dos requisitos tratados no artigo 64 da Lei 13.465/2017 e a inexistência de qualquer tipo de posse por qualquer pessoa sobre a área.

¹⁷ Lei 13.465/2017. “Art. 64. Os imóveis urbanos privados abandonados cujos proprietários não possuam a intenção de conservá-los em seu patrimônio ficam sujeitos à arrecadação pelo Município ou pelo Distrito Federal na condição de bem vago. § 1º A intenção referida no *caput* deste artigo será presumida quando o proprietário, cessados os atos de posse sobre o imóvel, não adimplir os ônus fiscais instituídos sobre a propriedade predial e territorial urbana, por cinco anos. § 2º O procedimento de arrecadação de imóveis urbanos abandonados obedecerá ao disposto em ato do Poder Executivo municipal ou distrital e observará, no mínimo: I - abertura de processo administrativo para tratar da arrecadação; II - comprovação do tempo de abandono e de inadimplência fiscal; III - notificação ao titular do domínio para, querendo, apresentar impugnação no prazo de trinta dias, contado da data de recebimento da notificação. § 3º A ausência de manifestação do titular do domínio será interpretada como concordância com a arrecadação. § 4º Respeitado o procedimento de arrecadação, o Município poderá realizar, diretamente ou por meio de terceiros, os investimentos necessários para que o imóvel urbano arrecadado atinja prontamente os objetivos sociais a que se destina. § 5º Na hipótese de o proprietário reivindicar a posse do imóvel declarado abandonado, no transcorrer do triênio a que alude o art. 1.276 da Lei nº 10.406, de 10 de janeiro de 2002 (Código Civil), fica assegurado ao Poder Executivo municipal ou distrital o direito ao ressarcimento prévio, e em valor atualizado, de todas as despesas em que eventualmente houver incorrido, inclusive tributárias, em razão do exercício da posse provisória. Art. 65. Os imóveis arrecadados pelos Municípios ou pelo Distrito Federal poderão ser destinados aos programas habitacionais, à prestação de serviços públicos, ao fomento da Reurb-S ou serão objeto de concessão de direito real de uso a entidades civis que comprovadamente tenham fins filantrópicos, assistenciais, educativos, esportivos ou outros, no interesse do Município ou do Distrito Federal.”

Acrescenta-se ainda o artigo 608¹⁸ da Lei complementar nº 270 do Município de Fortaleza, cujo texto serve de auxílio ao intérprete sobre o que considerar bem abandonado, ao tratar de obra abandonada. Nesta oportunidade, junta-se as seguintes características: Considera-se obra em estado de abandono aquelas que se encontram inabitadas e em condições que comprometam a integridade física e a saúde, dos vizinhos ou dos transeuntes, a segurança e a ordem pública.

Direito à moradia e arrecadação de imóvel abandonado

Defende-se, em face da conclusão aceita há séculos no Direito brasileiro, que coisa abandonada¹⁹ é coisa de ninguém, a tese de que a perda da propriedade pelo particular ocorre no momento do abandono, devendo ser considerado o ânimo naquela oportunidade²⁰. O fato de o particular poder contestar a arrecadação, caso reste provado que o ato constitui um abuso de direito, significa que o proprietário nunca abandonou ou teve a intenção de abandonar o bem, tornando indevida a arrecadação. Logo, na situação em que a oposição do proprietário for procedente, observa-se que nunca ocorreu a perda da propriedade.

A vitória do proprietário no processo administrativo de arrecadação ou no Judiciário não implica remissão do crédito tributário devido, tendo em vista a propriedade territorial do bem em questão. O artigo 64 da Lei 13.465/2017 também confere o direito à Administração Pública de cobrar todas as despesas envolvidas com

¹⁸ FORTALEZA, Lei complementar nº 270 de 02 de agosto de 2019. Art. 608 - O proprietário da obra, considerada em estado de abandono, se obriga a demolir toda a construção incorporada ao bem imóvel. Parágrafo Único. Considera-se obra em estado de abandono aquelas que se encontram inabitadas e em condições que comprometam a integridade física e a saúde, dos vizinhos ou dos transeuntes, a segurança e a ordem pública.

¹⁹ Sobre o abandono, Monteiro (2003, p. 170) leciona: “Podem determinar o abandono ônus reais sobremaneira gravosos (por exemplo, no caso do art. 1.382 do Cód. Civil de 2002), ou fiscais muito pesados, bem como gastos vultosos para a sua utilização, sobre excedentes do respectivo valor. Na Alemanha, ao tempo da inflação, segundo relata Martin Wolff, numerosos proprietários preferiram abandonar suas propriedades, por não se sentirem capazes de mantê-las de acordo com as disposições administrativas referentes à segurança dos prédios.”

²⁰ Sobre os requisitos para o processo de arrecadação, em face da Lei 13.465/17, destacam-se Gama e Ramos (2019, p.): “Assim, resta claro que devem estar presentes os elementos subjetivos – ausência de posse e de animus – e objetivos, qual seja, o não recolhimento dos ônus fiscais. O critério referente ao não recolhimento de tributo busca facilitar a identificação, conjugado com o não uso, do abandono imobiliário, eis que o simples não uso pode acarretar incerteza acerca da intenção abdicativa.”

a posse do bem arrecadado, inclusive multas, presumindo-se, nesse caso, salvo melhor juízo, a boa-fé da Administração.

A fundamentação para o entendimento ora defendido encontra previsão nos artigos 1.201, 1.241 e 1219, considerando não só o estado de desocupação do bem em questão, mas o princípio da função social²¹ da propriedade, que deve coibir as omissões do proprietário (a propriedade obriga) em prejuízo da coletividade, como por exemplo: o não cumprimento das ordens administrativas de limpeza sistemática da área e de manutenção da calçada, entre outras, ou o uso da propriedade para fins especulativos.

Já o momento da aquisição pelo Município ou Distrito Federal, considerando a natureza urbana do bem imóvel, só se dará com a declaração pelo Judiciário, após o processo de arrecadação e comprovada a posse do município por três anos. A sentença declaratória constituiria título aceito pelo registro de imóveis competente, passando o bem ao domínio da entidade pública.

O artigo 6º²² da CF, que confere verdadeiro direito subjetivo ao cidadão brasileiro, pode ser utilizado como fundamento também para arrecadação dos bens em Estado de abandono, devendo a legislação municipal criar requisitos para facilitar a arrecadação, sem deixar de conceder ampla defesa ao proprietário.

Inovação digna de nota trazida pela Lei 13.465/2017 é o artigo 65, que claramente regula atos de posse durante o período de arrecadação. A análise da regra, assim como dos princípios contidos no artigo 2º do Estatuto da Cidade²³,

²¹ Vide Siqueira (2018, p. 299): “O significado da função social da propriedade não se encontra só no sentido de bem-estar que seu uso deve acarretar, mas principalmente na disciplina da conduta do proprietário, que deve pautar a utilização do direito de propriedade em consonância com aspectos sociais, econômicos, ambientais e urbanísticos. A propriedade, contudo, não é uma função social. Parece ser a conclusão mais acertada aquela a deixar claro que a função social não se confunde com o conceito de propriedade, mas constitui componente da estrutura da propriedade funcionalizada. Em síntese, o uso da propriedade sem o cumprimento da função social não pode levar ao extermínio do direito, mas à exclusão da garantia constitucional”.

²² BRASIL. CF DE 1988 Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, a alimentação, o trabalho, a moradia, o transporte, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição. (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 90, de 2015) Parágrafo único. Todo brasileiro em situação de vulnerabilidade social terá direito a uma renda básica familiar, garantida pelo poder público em programa permanente de transferência de renda, cujas normas e requisitos de acesso serão determinados em lei, observada a legislação fiscal e orçamentária (Incluído pela Emenda Constitucional nº 114, de 2021).

²³ BRASIL. Lei 10.257/2001: “Art. 2º A política urbana tem por objetivo ordenar o pleno desenvolvimento

possibilita ao Município ou Distrito Federal, considerando suas competências, utilizar o bem arrecadado para fins de moradia, concessão de direito real de uso, ou para utilização de entidades civis que comprovadamente tenham fins filantrópicos, assistenciais, educativos, esportivos ou outros, no interesse da Administração Pública arrecadante.

A ocupação pode até se dar durante o processo de arrecadação, já que a posse ficaria com a entidade estatal, que faria a adequação da propriedade e cederia aos necessitados tudo em consonância com o princípio da função social da cidade²⁴ e da função social da propriedade.

Acrescenta-se que a arrecadação do bem imóvel constitui um dever da Administração Pública e o uso da propriedade arrecadada deve estar em conformidade com a função social da propriedade definida principalmente nos planos diretores dos Municípios, considerando o déficit habitacional e as políticas urbanas lá contidas, que obrigam o administrador e o proprietário, que pode perder a garantia da propriedade em caso de inadimplência.

É digno de nota expor que o Poder Público responde por qualquer ato administrativo oriundo de sua posse ou concessão, caso seja julgado improcedente o procedimento administrativo, que faz coisa julgada, ou o pleito judiciário, a ser iniciado após essa primeira fase (arrecadação) pelas procuradorias municipais e distrital correspondentes, para obtenção do título de domínio²⁵.

das funções sociais da cidade e da propriedade urbana, mediante as seguintes diretrizes gerais: [...] VI – ordenação e controle do uso do solo, de forma a evitar: a) a utilização inadequada dos imóveis urbanos; b) a proximidade de usos incompatíveis ou inconvenientes; c) o parcelamento do solo, a edificação ou o uso excessivos ou inadequados em relação à infraestrutura urbana; d) a instalação de empreendimentos ou atividades que possam funcionar como polos geradores de tráfego, sem a previsão da infraestrutura correspondente; e) a retenção especulativa de imóvel urbano, que resulte na sua subutilização ou não utilização; f) a deterioração das áreas urbanizadas; g) a poluição e a degradação ambiental; [...]"

²⁴ Vide Siqueira (2018).

²⁵ Ajudam no entendimento do processo de arrecadação as interpretações realizadas pelo Judiciário, cabendo destacar a decisão no REsp 1176013/SP, que traz no voto vencedor ideia clara de procedimento judicial para reconhecimento do domínio: "RECURSO ESPECIAL - NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL - NÃO OCORRÊNCIA - AÇÃO DE INVENTÁRIO - PRETENSÃO DE UM DOS HERDEIROS DE TRAZER À COLAÇÃO BEM IMÓVEL QUE TERIA SIDO ABANDONADO PELO DE CUJUS - FORMALIZAÇÃO DO ABANDONO DE PROPRIEDADE IMÓVEL - DESNECESSIDADE, PARA OS FINS COLIMADOS NA PRESENTE AÇÃO - AFERIÇÃO DA EXISTÊNCIA DE ABSTENÇÃO DOS ATOS DE POSSE PELO TITULAR, COM ÂNIMO DE ABANDONAR - NECESSIDADE - RECURSO ESPECIAL PROVIDO. I - Da análise acurada do artigo

Agora ao tratar da responsabilidade do Estado, fundamentada no artigo 37, § 6º, da CF, afirma-se que essa será de natureza objetiva e estará caracterizada caso a arrecadação seja improcedente, causando danos ao proprietário, que deverá ser ressarcido dos danos sofridos e comprovados, obrigando-se a Administração a restituir o bem livre de quaisquer bens ou coisas.

Por fim, defende-se, como também no artigo contido no Vol.17, n. 1 (2020): Revista Jurídica da FA7 (FA7 Law Review), cujo texto ora se reproduz, com atualizações, que a concessão do bem arrecadado a terceiro importa no dever desse de restituir a posse à Administração, restando nulo o ato concessivo, podendo, no entanto, a Administração, ao devolver o bem ao proprietário, cobrar pelas benfeitorias e acessões, em conformidade com o artigo 64 da Lei 13.465/2017 e o artigo 1.219 do CC, desde que provada a boa-fé, cabendo o poder de retenção.

Anotado em linhas anteriores, observa-se que o ordenamento constitucional do Brasil, em 1988, conforme já citado, resguarda o direito social à moradia, através da Emenda Constitucional de nº 26 de 2000 (acréscimo ao artigo 6º da CF)²⁶, que em

589, III, do CC/1916, constata-se que a alteração do registro existente, como condição de consolidação da perda da propriedade, recai, tão-somente, sobre as hipóteses de alienação e de renúncia. Em tais circunstâncias, portanto, o registro possui natureza constitutiva-negativa da propriedade; II - Em relação às hipóteses remanescentes (abandono e perecimento do imóvel), o preceito legal (§ 1º, do artigo 589, CC/1916), de natureza restritiva, não impõe a referida exigência. Quisesse o legislador (de 1916) exigir que o titular do bem imóvel, ao pretender abandoná-lo (situação eminentemente fática que é aferida por meio da abstenção de atos de posse do titular), formalizasse tal desiderato perante o registro, inseriria o abandono no referido § 1º, do artigo 589, CC/1916. *Porém, caso assim procedesse, diferença alguma pairaria sobre a renúncia e o abandono de bem imóvel; III - Tem-se, portanto, que a alteração do registro, em razão do abandono da propriedade, não tem o condão de desconstituir a propriedade do titular, mas, sim, declarar a perda da propriedade daquele; IV - Não se pode exigir que o reconhecimento de abandono, para os fins colimados na presente ação, somente se dê, por exemplo, após a efetivação de procedimento formal de arrecadação do bem imóvel ao patrimônio público (o qual exige a constituição do débito tributário, adoção de medidas judiciais para caracterizar o bem como vago e, após três anos, viabilizar que o Poder Público possa incorporá-lo ao seu patrimônio), se as circunstâncias fáticas apontam em direção oposta; V - Em razão do fundamento adotado pelas Instâncias ordinárias (que ora se afasta), não se perscrutou, como seria de rigor, se houve ou não, por parte do de cujus, ao longo desse período, efetiva abstenção de atos de posse, com intenção de abandonar o bem. Aos que alegam a perda da propriedade, dever-se-ia conferir oportunidade para demonstrar, por exemplo, o não pagamento de encargos fiscais incidentes sobre o imóvel (pelo de cujus ou por seus herdeiros), inexistência de atos de disposição etc; VI - Para a presente ação de inventário (em que se verificará se referido bem deverá ser trazido à colação ou, em razão de eventual reconhecimento de abandono daquele, tão-somente o produto da ação indenizatória), a demonstração dos fatos alegados é imprescindível para o reconhecimento ou não do instituto do abandono de propriedade imóvel; VII - Recurso Especial provido.” (BRASIL, 2010, itálicos nossos).*

²⁶ Sobre direito de moradia, vide Oliveira, V. S., & Thomasi, T. Z. (2022).

conjunto com outros princípios, como a função social da propriedade e dignidade da pessoa humana confere direito subjetivo aos desprovidos de habitação, esbarrando a efetividade no princípio da reserva do possível.

Não resta dúvida ao se tratar deste tema que o acesso da população a propriedade imobiliária urbana constitui importante fator de promoção da dignidade da pessoa humana²⁷. O direito de propriedade a um bem, para fins de moradia, por exemplo, permite ao seu titular não só as faculdades de usar, gozar, dispor e reivindicar, mas principalmente confere poderes de habitação de forma exclusiva e absoluta, mesmo que limitada pela legislação e funções sociais²⁸ da propriedade e das cidades.

A falta de legislação municipal para se regular a arrecadação não tem poder dos entes administrativos municipais delimitarem em seus territórios os bens abandonados, notificarem os proprietários e promoverem o processo de arrecadação, considerando a perda da propriedade regulada pelo Código Civil e a concessão aos sem teto, após a devida adequação, desses imóveis, tendo como fundamento também o direito social a moradia e o artigo 14 da Lei 13 465/2017 que permitiu a regularização fundiária em bens particulares a pedido dos Municípios, sendo objetivo da regularização, artigo 10, garantir o direito social à moradia digna e às condições de vida adequadas;

A importância da Lei de 2017, sem dúvida alguma, é possibilitar, salvo melhor juízo, a reutilização imediata do bem arrecadado, estando essa conclusão fundamentada no princípio da função social da cidade e no artigo 10º do referido diploma.

Considerações finais

As conclusões obtidas com a pesquisa, que trata do instituto do abandono como modalidade de perda da propriedade imobiliária urbana e do procedimento de

²⁷ ANDRADE (2019, p. 63) afirma: "resta indubitável que a efetivação do Direito Fundamental Social à Moradia é condição basilar para o cumprimento dos compromissos constitucionais de 1988. Sua realização é premissa para a realização de vários outros direitos fundamentais, individuais e sociais, e por isso merece tratamento especial no que tange às prioridades da agenda política das cidades brasileiras."

arrecadação pelo Município, em face do princípio da função social da cidade, expostas neste artigo ao longo dos itens dissertados, podem ser sintetizadas nos seguintes pontos: a) A importância da Lei de 2017, sem dúvida alguma, é possibilitar, salvo melhor juízo, a reutilização imediata do bem arrecadado, estando essa conclusão fundamentada no princípio da função social da cidade e no artigo 2º do Estatuto da Cidade. Observa-se que mesmo que não reste provado o abandono, o não uso do bem já caracteriza infração à ordem urbanística e justifica, de certa forma, a aplicação de sanção ao proprietário, independentemente de outros instrumentos contidos no citado estatuto, como a aplicação do IPTU progressivo, que necessita de lei específica para área, e até a desapropriação, sanção prevista no artigo 8º da Lei 10.257/2001; b) A perda da propriedade se dá com a arrecadação do bem abandonado, mediante o início do processo administrativo para esse fim. Tal procedimento já tem o poder de conferir a posse de boa-fé, a não ser que se prove o contrário, à Administração Pública, possibilitando o uso imediato do bem desocupado, inclusive na forma de concessões. Conclui-se, no entanto, que o Poder Público responde por qualquer ato administrativo oriundo de sua posse ou concessão; c) A falta de legislação municipal para se regular a arrecadação não tem poder dos entes administrativos municipais delimitarem em seus territórios os bens abandonados, notificarem os proprietários e promoverem o processo de arrecadação, considerando a perda da propriedade regulada pelo Código Civil e a concessão aos sem teto, após a devida adequação, desses imóveis, tendo como fundamento também o direito social a moradia e o artigo 14 da Lei 13 465/2017 que permitiu a regularização fundiária em bens particulares a pedido dos Municípios, sendo objetivo da regularização, artigo 10, garantir o direito social à moradia digna e às condições de vida adequadas;

Referências

- ANDRADE, Leandro Teodoro. *Manual de direito urbanístico*. São Paulo: RT, 2019.
- BEVILAQUA, Clovis. *Código Civil dos Estados Unidos do Brasil comentado*. 11. ed. Rio de Janeiro: Livraria Francisco Alves, 1958. v. III.

BRASIL. Superior Tribunal de Justiça (3. Turma). *Recurso Especial 1176013/SP*. Recurso Especial - Negativa de prestação jurisdicional – Não ocorrência - Ação de Inventário - Pretensão de um dos herdeiros de trazer à colação bem imóvel que teria sido abandonado pelo de cujus - Formalização do abandono de propriedade imóvel - Desnecessidade, para os fins colimados na presente ação - Aferição da existência de abstenção dos atos de posse pelo titular, com ânimo de abandonar - Necessidade - Recurso Especial provido. Recorrente: Silvano da Silva Batista e Outros. Recorrido: Almir Rogério Figueiredo dos Santos Batista e Outro. Relator: Min. Massami Uyeda, 22 de junho de 2010. Disponível em: <https://scon.stj.jus.br/SCON/jurisprudencia/toc.jsp?livre=1176013&b=ACOR&thesaurus=JURIDICO&p=true>. Acesso em: 19 jan. 2020.

CANOTILHO, Joaquim José Gomes. *Direito constitucional e teoria da Constituição*. 7. ed. Coimbra: Almedina, 2003.

GAMA, Guilherme Calmon Nogueira da; RAMOS, Catarina Mendes Valente. A presunção de abandono de bem imóvel pelo não recolhimento de ônus fiscais. *Revista de Direito Privado*, ano 19, n. 100, p. 115-139, jul./ago. 2019.

GONÇALVES, Carlos Roberto. *Direito civil brasileiro: direito das coisas*. 8. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. v. 5.

INSTITUTO BRASILEIRO DE GEOGRAFIA E ESTATÍSTICA. IBGE. *Panorama*: Fortaleza. 2019. Disponível em: <https://cidades.ibge.gov.br/brasil/ce/fortaleza/panorama>. Acesso em: 25 jan. 2023.

JUSTO, António Santos. *Direitos reais*. Coimbra: Coimbra editora, 2007.

MIRANDA, Pontes de. *Tratado de direito privado: parte especial*. 4. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 1983. t. XIV.

MONTEIRO, Washington de Barros. *Curso de Direito Civil: direito das coisas*. 37. ed. São Paulo: Saraiva, 2003. v. 3.

NADER, Paulo. *Curso de Direito Civil*. 7. ed. São Paulo: Forense, 2013. v. 4.

Oliveira, V. S., & Thomasi, T. Z. (2022). O puxadinho em alta: o direito real de laje. *Revista Jurídica da FA7*, 19(2), 13-28. <https://doi.org/10.24067/rjfa7;19.2:1312>

SANTIAGO, Tatiana; MURARO, Cauê. Cidade de SP tem déficit de 358 mil moradias e 1.385 imóveis ociosos. *G1*, 3 maio 2018. Disponível em: <https://g1.globo.com/sp/sao-paulo/noticia/cidade-de-sp-tem-deficit-de-358-mil-moradias-e-1385-imoveis-ociosos.ghtml>. Acesso em: 20 fev. 2020.

SÃO PAULO. In: WIKIPÉDIA, a enciclopédia livre. Flórida: Wikimedia Foundation, 2020. Disponível em: https://pt.wikipedia.org/w/index.php?title=S%C3%A3o_Paulo&oldid=57878161. Acesso em: 20 jan. 2023.

SÃO PAULO (Cidade). Prefeitura municipal. Secretaria de Desenvolvimento Urbano. *Taxa de domicílios vagos em São Paulo cai 30% entre 2000 e 2010*. 2015.

Disponível em: <https://www.prefeitura.sp.gov.br/cidade/secretarias/urbanismo/noticias/?p=190758>.

Acesso em: 15 fev. 2023.

SIQUEIRA, Marcelo Sampaio. *Direito de construir*: perfil constitucional e restrições: a função social em conflito com o direito de propriedade. 2. ed. Curitiba: Juruá, 2018.

SIQUEIRA, Marcelo Sampaio; MATOS, Anderson Linhares. Perda da propriedade imóvel por ato unilateral do proprietário: renúncia e abandono. In: MATIAS, João Luis Nogueira; ROCHA, Maria Vital da (coord.). *Relações privadas, mercado e desenvolvimento no século XXI*. Fortaleza: Mucuripe, 2019. v. 1. p. 329-344.

Siqueira, M. S., & Siqueira, N. S. (2020). OS EFEITOS DO ABANDONO NA PERDA DA PROPRIEDADE IMOBILIÁRIA URBANA: UMA ANÁLISE À LUZ DO PRINCÍPIO DA FUNÇÃO SOCIAL DA CIDADE. *Revista Jurídica da FA7*, 17(1), 109-125.

<https://doi.org/10.24067/rjfa7;17.1:1223>

VENOSA, Silvio de Salvo. *Código civil interpretado*. 4. ed. São Paulo: Atlas, 2019.

TERRORISMO: DIREITO PENAL DO INIMIGO OU DIREITO PENAL DO CIDADÃO? UMA ANÁLISE À LUZ DOS PRINCÍPIOS FUNDAMENTAIS DO ESTADO DEMOCRÁTICO DE DIREITO, SOB A ÓTICA EUROPEIA E, EM ESPECIAL, A PORTUGUESA

TERRORISM: ENEMY CRIMINAL LAW OR CITIZEN CRIMINAL LAW? AN ANALYSIS IN LIGHT OF THE FUNDAMENTAL PRINCIPLES OF RULE OF LAW, FROM A EUROPEAN PERSPECTIVE, WITH SPECIAL FOCUS ON THE PORTUGUESE

Karina Cordeiro Teixeira¹
Orcid: 0000-0002-2496-9380

RESUMO:

O objetivo desta pesquisa é analisar a legitimidade e a compatibilidade do Direito Penal do inimigo, que propõe um tratamento diferenciado e mais "endurecido" para os criminosos considerados permanentemente perigosos, com a ordem jurídico-democrática. O estudo visa investigar se é possível instrumentalizar o indivíduo, negando-lhe a condição de pessoa, em nome da defesa das instituições estatais democráticas. No contexto atual de globalização, a sensação de insegurança gerada pelas transformações sociais e econômicas impulsionou o ressurgimento do terrorismo como uma ameaça global. Esse ambiente de medo levou à busca por alternativas que vão contra as liberdades e garantias individuais, resultando na concepção do "inimigo" terrorista e na proposição do Direito Penal do inimigo. Essa abordagem levanta questões sobre a compatibilidade dessas premissas com a ordem jurídico-democrática e os direitos fundamentais dos indivíduos. O método utilizado nesta pesquisa consiste em uma análise teórica, abrangendo as ideias de Luigi Ferrajoli sobre o garantismo penal e as formulações de Günther Jakobs sobre o "endurecimento" do direito penal e a despersonalização do delinquente inimigo. Serão também analisados pontos da legislação europeia, especialmente a de Portugal, relacionados ao combate ao terrorismo, bem como o posicionamento da doutrina jurídico-penal portuguesa sobre o tema.

PALAVRAS-CHAVE: Direito Penal do inimigo; Garantismo penal; Ordem jurídico-democrática; Terrorismo; Direitos fundamentais.

¹ Mestre em Direito Administrativo pela Universidade de Coimbra; Doutoranda em Ciências Jurídico-Econômicas pela mesma Universidade; Especialista em Direito Público Municipal; Professora e Procuradora municipal.

Recebido em: 30/04/2023

Aceito em: 06/06/2023

Introdução

O mundo contemporâneo, impulsionado pelas engrenagens do processo de globalização, além de mitigar a soberania dos Estados, enfrenta o problema da vulnerabilidade dos indivíduos face essas transformações. O ser humano hoje é um cidadão do mundo, e não mais apenas de seu Estado-Nação.²

Assim, apesar dos aspectos positivos advindos da globalização, a abertura das fronteiras geográficas contribuiu para a “perda da identidade” das pessoas enquanto cidadãos de uma nação, fator esse agravado pela crescente desintervenção dos Estados, sobretudo ocidentais, no que tange principalmente à área econômica – o que promove a competitividade desenfreada; estimula o agir individual de forma aleatória e acarreta a perda do espírito de coletividade, gerando, conseqüentemente, uma desvalorização da própria solidariedade social.

Assim, a sociedade globalizada é hoje uma “rede” destituída de solidez e, portanto, “líquida”, sujeita, sobretudo, aos interesses do mercado que, nos dizeres de Bauman: “[...] *Incentiva as atitudes competitivas, ao mesmo tempo em que rebaixa a colaboração e o trabalho em equipe à condição de estratégias temporários que precisam ser suspensos ou concluídos no momento em que se esgotarem seus benefícios.*”³

Esse ambiente gera nos indivíduos uma sensação de insegurança e que reforça, assim, sentimentos nacionalistas e de retorno ao fortalecimento de suas fronteiras, estimulando a xenofobia e o fanatismo religioso.

E é nesse contexto de insegurança e incerteza, gerados pelos efeitos negativos de um mundo global, sem fronteiras - em que o crime deixou de ser uma conduta

² VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Cooperação Judiciária em matéria de terrorismo*, p. 75, in: Revista eletrônica da Faculdade de Direito da PUC/RS; Sistema penal & violência, Porto Alegre, v. 5, n. 1, jan/jun. Disponível em: revistaseletronicas.pucrs.br/capa Vol. 5, n.1 (2013). Acesso em: 03 jan. 2023.

³ BAUMAN, Zygmunt. *Liquid Times (Living in an Age of Uncertainty)*, p. 9, MEDEIROS, Carlos Alberto (trad.), Rio de Janeiro: 2007, ed. Zahar.

praticada somente em um determinado espaço delimitado - que ressurge o terrorismo. Hoje, com mais força e com grande alcance de destruição e excessiva carga de crueldade, contribuindo, assim, para a propagação e perpetuação dessa “cultura do medo”.

Perante esse quadro, sobretudo após o atentado “do 11 de setembro”, a sensação de impunidade promovida pela suposta “ineficácia” dos sistemas jurídico-penais, aliada ao medo e a um estado de perigo constantes, contribuíram para reforçar a ideia de um “inimigo fantasma” (que pode estar em todo o lugar), promovendo, assim, uma tendência entre as sociedades democráticas de se buscar alternativas contrárias às liberdades e garantias individuais, na tentativa de se tornarem mais seguras e de combater o “perigo”.

A partir desse contexto, surge a concepção do “inimigo” terrorista, delinquente altamente perigoso, que despreza sistematicamente a vida alheia e coloca em risco constante as instituições democráticas e o próprio Estado de Direito, vivendo à margem da sociedade, devendo, portanto, ser dela excluído. A esses inimigos do Estado, segundo essa ideia, deve ser imposto um tratamento diferenciado, mais “endurecido” do sistema jurídico-penal (ao menos em tese). Com base em tais premissas, vários Estados reformularam seus ordenamentos criminais no sentido de restringir ao máximo, ou até mesmo abolir, garantias fundamentais dos acusados de práticas terroristas – passando a desconsiderá-los como pessoas e, portanto, destituídos de direitos.

Tal concepção, conhecida como “Direito Penal do Inimigo” - muito embora suas ideias já tinham sido tratadas pelos filósofos contratualistas⁴ - foi desenvolvida pelo professor catedrático de Direito Penal e Filosofia do Direito na Universidade de Bonn, Günther Jakobs e, a partir de então (1985), foi objeto de louvor e críticas por parte dos

⁴ Johann Fichte já defendia a despersonalização do delinquente que, num ponto que seja, viola o contrato social e deve ser destituído de direitos; Hobbes, por sua vez, é quem trouxe a ideia de “inimigo”, aquele que vive em seu “estado de natureza” e abandona ou nega o pacto social; Kant também absorve a ideia do inimigo, indivíduo que representa uma ameaça à ordem jurídica e que se encontra em seu estado natural, contrário ao “estado legal, ou “estado da paz”, ou aquele que se afasta desse estado; Locke reconhece o inimigo como um “estrangeiro” para a lei que vincula os demais cidadãos (súditos). Para maior aprofundamento: VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Direito Penal do Inimigo e Terrorismo*, p.48 e ss, Coimbra: 2017, Almedina, 2 ed.

mais variados penalistas – razão pela qual se mostra de relevância a presente reflexão.

Essa ideia de um direito penal mais endurecido, direcionado aos criminosos permanentemente perigosos e que atentam contra o Estado de Direito, contrapõe-se à lógica dos atuais sistemas jurídico-penais desenvolvidos pela maioria dos países após a Segunda Guerra Mundial. De natureza humanista, baseia-se no conceito não só formal de Estado de Direito, mas se preocupa com a sua substância, defendendo a sujeição dos poderes estatais não só à letra fria da lei, mas a princípios e valores constitucionais. É um direito penal formulado sob a égide de um Estado Constitucional de Direito e, portanto, garantista. A teoria do garantismo penal teve como precursor o jurista italiano Luigi Ferrajoli que, em meados do século XX, influenciado pelas ideias iluministas, passou a defender a limitação do poder punitivo do Estado em favor dos direitos fundamentais dos indivíduos, a fim de evitar os abusos e atrocidades até então perpetradas durante a Segunda Grande Guerra, em que estados totalitários justificaram sua conduta sob o manto de uma legalidade meramente formal, destituída, pois, de substancial legitimidade.

E é justamente essa concepção material de Estado de Direito que se amoldam os ordenamentos jurídicos atuais, incluindo-se, sobretudo, o direito penal.

Todavia, muito embora tenham os países ocidentais, após o fim da Segunda Guerra, optado por um ordenamento jurídico de natureza garantista, a atual cultura do “medo” levou a comunidade jurídica a propor uma dicotomização do Direito Penal: (i) de um lado, um ordenamento jurídico penal destinado ao cidadão comum que, apesar de delinquir, não tem o intuito de ameaçar constantemente a segurança da sociedade nem a própria ordem jurídica então vigente (Direito Penal do cidadão, com raízes garantistas e democráticas); (ii) de outro, um Direito Penal excepcional, direcionado ao “inimigo”; àquele que representa uma ameaça permanente à segurança cognitiva, um indivíduo cujo comportamento tem como característica primordial um grau elevado de periculosidade capaz de colocar em risco todo o sistema jurídico e o próprio Estado Democrático de Direito e que, pois, não possui sequer a intenção de estar nele inserido (o chamado Direito Penal do inimigo). E essa “espécie” de Direito Penal seria destinada aos sujeitos que, despersonalizados (ainda que parcialmente, na visão de

seu teórico, Jakobs), têm seus direitos e garantias fundamentais mitigados, em nome de uma ameaça futura.

Nessa seara, o Direito Penal do inimigo, pensamento teórico que vem influenciando a maioria dos ordenamentos jurídico-penais, tem por finalidade conferir ao Estado o poder de, em favor da estabilidade do sistema, instrumentalizar o suposto ofensor e, conseqüentemente, negar-lhe a condição de sujeito de direitos.

O tema do presente estudo, portanto, visa abordar a legitimidade de aplicação de um Direito penal paralelo àquele destinado aos cidadãos comuns, sobretudo aos “inimigos” que praticam delitos de terrorismo.

Para tanto, como base teórica, partiremos de uma breve análise acerca dos pensamentos de Ferrajoli acerca do garantismo penal e das formulações de Jakobs sobre o “endurecimento” do direito penal e as ideias de despersonalização do delinquente inimigo. Logo, o objetivo específico da presente pesquisa consiste em verificar se é compatível com a ordem jurídico-democrática então vigente as premissas que sustentam a instituição de um Direito Penal que instrumentaliza o ser humano, negando-lhe a condição de pessoa. Para tanto, serão sucintamente analisados alguns pontos da legislação europeia (sobretudo a de Portugal) de combate ao terrorismo, apontando o posicionamento da doutrina pátria sobre o assunto, a fim de demonstrar como a comunidade jurídico-penal portuguesa vem enfrentando a questão acerca de um possível endurecimento do Direito Penal no trato do terrorismo.

Por fim, tentaremos responder se é legitimamente possível, em nome da defesa das instituições estatais democráticas, criar normas de exceção contrárias aos seus próprios princípios estruturais, pois “*quando fria e racionalmente negamos o estatuto de pessoa ao Outro, a qualquer Outro, pretendendo excluí-lo da “comunidade legal”, somos nós quem se afasta dela.*”⁵

⁵ CAEIRO, Pedro. Algumas considerações sobre a dimensão substantiva do chamado “direito penal do inimigo” e sua incidência na investigação criminal, p. 131, *in: Revista de Investigação Criminal*, Livro de Atas do III Congresso de Investigação Criminal, Figueira da Foz: 2012, ed. ASFIC/PJ.

Terrorismo: considerações gerais.

O termo terrorismo é uma palavra polissêmica, sendo utilizado para designar várias situações; porém, a ideia está sempre associada a práticas cruéis cujo objetivo principal não é o de atingir as vítimas diretas de seus ataques (que é apenas o alvo secundário)⁶, mas o de, mediante atos de extrema violência, causar pânico, com vistas a alcançar um interesse que pode ser político, econômico ou religioso.

Ainda assim, não existe um consenso entre os Estados quanto à definição precisa do que vem a ser terrorismo, pois estão sempre permeadas por juízos de valor não unânimes, principalmente em relação aos atos terroristas praticados por governos fora de situações de conflito armado que, para muitos, são considerados “terrorismos de Estado”, muito embora existam países que não o reconheçam como tal (por exemplo, Israel e Palestina acusam-se mutuamente pela prática de terrorismo). Há, ainda, aqueles que tipificam tal conduta como “crimes contra a humanidade”, que apenas encontra uma base jurídica nos princípios gerais e no direito consuetudinário.

A primeira tentativa de se criar uma definição de terrorismo foi empreendida através da “Convenção para a Prevenção e Punição do Terrorismo de 1937”, assinada em Genebra, que teve vários países como signatários, mas que não chegou a ser efetivamente ratificada por todos e, conseqüentemente, não entrou em vigor, mas o seu art. 1º, nº 1 assim o conceituava: “*atos criminosos dirigidos contra um Estado e com a intenção ou com o propósito de criar um estado de terror na consciência de determinadas pessoas, ou grupo de pessoas ou n público em geral*”

A Assembleia Geral da ONU, por sua vez, através da Resolução da 46/90, 3, empreendeu uma definição de terrorismo como sendo: “*Atos criminais com fins políticos concebidos ou planejados para provocar um estado de terror na população em geral, em um grupo de pessoas ou em certas, injustificáveis em todas as circunstâncias, quaisquer que sejam as considerações políticas, filosóficas,*

⁶LEHTO, Marja. *Indirect Responsibility fo Terrorist Acts: Redefenition of the Concept of Terrorism Beyond Violent Acts*, p. 64, Boston: 2010, ed. Martinus Nijhoff Publishers. O autor fala em “*dupla personificação*” justamente pelo fato de as vítimas serem alvos secundários.

ideológicas, raciais, étnicas, religiosa ou de qualquer outra natureza que é aplicada para justificá-los.”

Todavia, diante da ausência de consenso entre os Estados, inexistente ainda uma formulação genérica e reconhecida por toda a comunidade internacional daquilo que se pode considerar um ato terrorista, mas tão somente convenções casuísticas baseadas em fatos que ocorreram anteriormente, o que resulta em diversos textos fragmentados a respeito do assunto.⁷

Casessa entende que a grande problemática se encontra justamente no dissenso entre os Estados acerca da definição apontada pelo direito consuetudinário, sobretudo em relação às exceções, uma vez que nem todos os Estados reconhecem determinadas práticas, ainda que cruéis, como sendo atos de terrorismo.⁸

Quanto ao problema de enquadramento, para fins de terrorismo, podemos citar como exemplo os atentados praticados por civis ou dissidentes políticos visando à instituição de uma nova ordem jurídica (*freedom fighters* - movimentos para libertação nacional ou autodeterminação de um povo) que, a princípio, eram considerados justificáveis por se direcionarem contra governos muitas vezes totalitários, e que eram financiados, inclusive, por Estados que, atualmente, lutam contra o terrorismo. Além do que a questão gera ambiguidade, justamente porque o que pode ser considerado um movimento libertário para uns, representa o terrorismo para outros.⁹

Diante disso, a princípio, a ONU optou por não condenar juridicamente tais práticas. E, na atualidade, esse é um dos principais motivos, repete-se, pela falta de consenso entre os Estados na definição de terrorismo, uma vez que muitos não consideram como tal quando os atos são praticados pelos *freedom fighters*, por exemplo (é o Caso do art. 2º, alínea “a”, da “Convenção Árabe para a Repressão do Terrorismo que, por obviedade, haja vista os incessantes conflitos na região, justifica a opção por excepcionar a ação desses grupos).

⁷ OETER, Stefan. *O terrorismo como um desafio ao Direito Internacional*, p. 218, in: *Terrorismo e Relações Internacionais*, Lisboa: 2006, Gradiva, Fundação Calouste Gulbenkian.

⁸ CASESSE, Antonio. *The Multifaceted Criminal Notion of Terrorism in International Law*, p. 936, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 4, 2006.

⁹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Cooperação Judiciária em matéria...*, op. cit., p. 76.

Conforme dito anteriormente, portanto, o que existe são documentos internacionais casuísticos definindo e condenando a prática de algumas condutas. Assim, passou-se a punir jurídico-criminalmente, independentemente da motivação, atos perpetrados por organizações criminosas contra entidades diplomáticas (Convenção sobre a prevenção e repressão de crimes contra as pessoas que usufruem de proteção internacional, incluindo agentes diplomáticos de 1973), além de se coibir também práticas voltadas a ataques a aeronaves civis e tomada de reféns em aviões (Convenção relativa a infrações e a certos atos cometidos a bordo de aeronaves de 1963; Convenção para repressão da captura ilícita de aeronaves de 1970; Convenção para a supressão de atos ilegais contra a segurança da aviação civil de 1971; Convenção Internacional contra a tomada de reféns de 1979 e o Protocolo para a repressão de atos ilícitos de violência nos aeroportos ao serviço de aviação internacional de 1988)¹⁰ – sendo que os atos previstos em tais convenções são, atualmente, elementos objetivos configuradores de terrorismo.

E após o “ataque terrorista às torres gêmeas” nos EUA, os Estados-Membros das Nações Unidas começaram efetivamente a se preocupar com o terrorismo, criando tipos penais específicos em suas legislações internas (com base na Convenção Internacional para a Repressão de Atentados Terroristas à Bomba de 1998 e na Convenção Internacional para a Eliminação do Financiamento do Terrorismo de 1999).¹¹

Apesar da falta de uma definição precisa e homogênea, podemos citar o artigo 2º, da Convenção das Nações Unidas para a Eliminação do Financiamento do Terrorismo de 1999, que, ao de tipificar a conduta de quem financia o terrorismo, estabelece em seu bojo a descrição de atos considerados terroristas para esse fim.

No âmbito da União Europeia, o instrumento fundamental que tratava do combate ao terrorismo era a Decisão-Quadro 2002/475/JAI, do Conselho, de 13 de junho¹² – documento esse (de caráter vinculativo) que impunha aos Estados-Membros que sua legislação nacional em matéria penal fosse adaptada, de acordo com as suas

¹⁰ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Cooperação Judiciária em matéria...*, op. cit., p. 77.

¹¹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Cooperação Judiciária em matéria...*, op. cit., p. 77.

¹² Recentemente alterada pela Decisão-Quadro 2008/919/JAI, de 28/11 – que estabeleceu normas voltadas para, dentre outras questões, o incitamento.

disposições, até 31 de dezembro de 2002. Portugal, apesar de ter estado em incumprimento do prazo, editou a Lei nº 52/2003 – denominada “Lei de Combate ao - Terrorismo” (LCT), que revogou os dispositivos do Código Penal que tratavam do assunto, cujos apontamentos sobre algumas de suas disposições serão tratadas no decorrer deste trabalho. Posteriormente, essa Decisão-Quadro foi substituída pela Diretiva (UE) 2017/541, de 15 de março de 2017.

O principal objetivo desses instrumentos normativos (inicialmente a referida Decisão-Quadro e, depois, a Diretiva que a substituiu) foi o de criminalizar essas condutas e impor aos Estados-Membros essa exigência a nível de suas legislações penais nacionais – é o que estabelece o art. 3º da citada Diretiva. A seguir, a mesma Diretiva passou a elencar em suas alíneas as condutas tipificadas como atos terroristas. Recentemente, a União Europeia editou o Regulamento nº 2021/784, de 29/04/2021, que visa combater a difusão de conteúdos terroristas em linha, além de criar uma “lista” de terroristas, em que figuram nomes de pessoas, grupos e entidades com medidas restritivas.

Em resumo, por inexistir um documento legal aceito pelos Estados (norma de direito penal internacional de caráter geral) que defina precisamente o terrorismo, fica difícil atribuir-lhe natureza jurídica internacional, muito embora exista (desde 2001) uma proposta da ONU de se elaborar uma “Convenção Global sobre Terrorismo Internacional” que, possivelmente, tentará uniformizar a sua definição jurídica.

Do exposto, independente da sua conceituação jurídico-formal pelo Direito Internacional, o terrorismo vem sendo uma grande preocupação dos Estados na atualidade, não pela sua habitualidade, mas sobretudo em razão da extremada violência com que é praticado, somando-se a isso a propagação da “cultura do medo”, impingida pela sociedade global, que vive em um constante estado de incerteza. Diante desse contexto, por ser considerado uma ameaça permanente à própria ordem jurídica então vigente, o terrorista passou a ser visto como um “inimigo do Estado” e que, portanto, em tese, merece ter do Direito Penal um tratamento endurecido, diferenciado e, pois, diverso daquele destinado ao “cidadão” – cujas principais premissas serão brevemente abordadas no tópico a seguir.

Direito Penal do cidadão: breve história do Direito Penal - da vingança ao garantismo

A história do Direito penal está intimamente relacionada com a história da pena e sua evolução varia de acordo com o desenvolvimento e a cultura de cada povo.

Todavia, a ideia de reparar o mal ou o dano sofrido é uma ação instintiva do próprio ser humano e, desde os primórdios da civilização, punições eram aplicadas em decorrência de condutas que, de algum modo, perturbavam a ordem social então vigente.

No início, dada a inexistência de uma administração formal da justiça, as sanções eram executadas pelos próprios ofendidos, recaindo não só contra o agressor, como também contra seus familiares ou contra toda uma tribo. Baseavam-se na vingança e eram perpetradas, na maioria das vezes, de forma desproporcional em relação à agressão sofrida. Nesse sentido: *“Na denominada fase da vingança privada, cometido um crime, ocorria a reação da vítima, dos parentes e até do grupo social (tribo), que agiam sem proporção à ofensa, atingindo não só o ofensor, como também todo o seu grupo.”*¹³

Já por volta do século XIII, a. C., ainda presente a ideia de vingança de natureza privada, mas a fim de evitar a dizimação de uma tribo inteira, os castigos passaram a ser impostos somente contra a pessoa do ofensor (que respondia com sua integridade física) de forma proporcional à conduta por ele praticada (“olho por olho, dente por dente” – a chamada “Lei do Talião”- cujos princípios foram adotados pelo Código de Hamurabi - Babilônia e pela Lei das XII Tábuas), instrumentos legais que, apesar de preverem castigos cruéis, levavam em consideração a gravidade do delito, representando verdadeiro avanço *“na história do Direito Penal por reduzir a abrangência da ação punitiva.”*¹⁴

Posteriormente, passou-se a admitir a composição como elemento reparador em que se optava por não mais atacar a integridade física do agente delituoso que,

¹³ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal: parte geral*, São Paulo: Atlas, 2002, p. 35.

¹⁴ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal: parte geral*, São Paulo: Atlas, 2002, p. 36.

por sua vez, comprava sua liberdade através de seu patrimônio (moedas; gado; armas...).

De punições perpetradas exclusivamente pela vítima ou sua família (como resposta meramente natural e instintiva), a vingança privada foi substituída, paulatina e respectivamente, pela vingança divina (ocasião em que as ofensas passaram a ter natureza de pecado e os sacerdotes tinham o poder de fixar e aplicar os castigos respectivos) e, posteriormente, pela vingança pública, de responsabilidade do Estado na pessoa do soberano que, arbitrária e casuisticamente, detinha o poder de punir o agressor.

Importante salientar que durante a fase da vingança, o Direito Penal visava sobretudo à intimidação do delinquente, tendo a pena de morte sido sua protagonista que, principalmente na Idade Média, era executada com os mais diversos requintes de crueldade (fogueira; enforcamento, afogamento...), sem falar nas mutilações, açoites, tortura e penas infamantes. Mesmo na fase da vingança pública, muito embora o Direito Penal tenha passado para as ‘mãos’ exclusivas do Estado e também da igreja, o arbítrio predominava – criando-se “*em torno da justiça penal um clima de incerteza, insegurança e verdadeiro terror.*”¹⁵

Foi no período iluminista que o Direito penal se ‘humanizou’, graças principalmente a Cesare Bonesana, o Marquês de Beccaria, cuja principal obra *Dei delitti e delle pene*, influenciada sobretudo pelos pensamentos de Rousseau e Montesquieu, tornou o mais célebre símbolo de reação contra o panorama desumano do sistema penal, defendendo princípios que representam os postulados fundamentais do Direito Penal moderno, tais como: a vida é um direito inerente ao homem e que não pode ser tirada pelo Estado por não se inserir na parcela de liberdades cedidas pelo ser humano quando do contrato social; as penas devem ser previamente definidas em lei; a pena não passará da pessoa do condenado; vedação da tortura, ordálias e juízos de Deus por não levarem efetivamente à descoberta da verdade; caráter justo e social da pena – que serve não só para intimidar, mas para recuperar o delinquente. Acerca disso, Beccaria assim escreveu: “*As penas que vão além da necessidade de manter o depósito da salvação pública são injustas por sua*

¹⁵ MIRABETE, Júlio Fabbrini. *Manual de Direito Penal: parte geral*, São Paulo: Atlas, 2002, p. 38.

natureza; e tanto mais justas serão quanto mais sagrada e inviolável for a segurança e maior a liberdade que o soberano propiciar aos súditos.”¹⁶

Diante desse contexto, através de sua obra, Beccaria levou para o âmbito penal o pensamento humanista que se funda na ideia de dignidade do homem, conferindo a todo indivíduo essa condição, até mesmo ao infrator – ideia essa que constituiu (e ainda constitui) uma das bases do Direito Penal Garantista e do próprio constitucionalismo atual.

O Garantismo Penal.

O termo “garantismo” nos remete à ideia de tutela, segurança, proteção. Essa expressão, no mundo jurídico, diz respeito ao acautelamento e a defesa de bens e direitos que poderiam ser desrespeitados ou lesionados por outros indivíduos, ou pelo próprio arbítrio do poder estatal.

O pensamento relativo ao garantismo no âmbito do Direito deu-se graças à obra de Luigi Ferrajoli (meados do século XX) cujos postulados e premissas principais voltavam-se para o direito penal, mas que, de acordo com as bases fundamentais de sua teoria, estende-se a todos os ramos jurídicos, inclusive o Constitucional.

De acordo com o seu pensamento, Ferrajoli conferiu três acepções ao termo “garantismo”, que assim podem ser resumidas: (i): uma normativa – em que se considera garantista um modelo normativo em consonância com a estrita legalidade, “*própria do Estado de Direito, que deve caracterizar-se pelo poder mínimo, o intuito de diminuição da violência e prevalência da liberdade e restrição da função punitiva do Estado*”¹⁷; (ii) outra teórica, como resposta ao rigor do positivismo dogmático; (iii) e uma concepção filosófica, atribuindo instrumentalidade ao Estado e ao Direito cuja finalidade precípua de ambos é a de garantir os direitos fundamentais mediante a

¹⁶ BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*, p. 24, GUIMARÃES, Torrieri (trad), São Paulo: Martin Claret editora, 2004, p. 24,

¹⁷ PRADO, Luis Regis. *Garantismo Jurídico-penal e direito penal do inimigo: uma palavra*. Disponível em:

www.professorluizregisprado.com/.../garantismo%20e%20direito%20penal%20do%20...

Acesso em: 22 jan. 2023.

limitação dos poderes estatais.¹⁸ Ainda sobre o garantismo penal, o autor afirma que essa teoria se direciona a toda a área do Direito e, fundamentalmente, leva em consideração a aceitação de um Estado cuja fonte de legitimidade, para além de ser formal, é sobretudo substancial.¹⁹

Assim, a teoria garantista visa “à *estruturação de um modelo normativo que satisfaça as exigências de um Estado de Direito democrático – democracia substancial e não apenas formal – fundamentado no homem e na sociedade, servindo a esses como instrumento de garantia de seus direitos fundamentais*”²⁰

E é justamente essa instrumentalidade (estatal e jurídica) que confere ao homem a centralidade no sistema jurídico, atribuindo-lhe a condição de sujeito de direitos em que todo o complexo normativo que lhe é destinado deve atender aos princípios e fundamentos de um Estado de Direito. Logo, o garantismo considera o homem um fim em si mesmo, não podendo ser utilizado como instrumento para se atingir qualquer finalidade. A dignidade da pessoa humana, portanto, passa a ser o princípio fundamental do qual se extrai os demais direitos e garantias inerentes ao indivíduo.

Outro aspecto abordado por Ferrajoli diz respeito a qual modelo de Direito Penal se encaixa a referida teoria: aquele que concebe o Direito Penal como a *ultima ratio* ou aquele que o concebe como a *prima ratio*, concluindo que o primeiro (Direito Penal Mínimo) é o mais compatível a um modelo garantista, justamente por representar o máximo de proteção às liberdades. A partir desse paradigma, pois, é que “nascem” as suas normas e princípios fundamentais, como: vedação à analogia criminalizante; presunção de inocência; *indubio pro reo*, devido processo legal (formal e material); individualização e proporcionalidade das penas, dentre outros, concluindo que “*Es claro que el derecho penal mínimo, es decir, condicionado y limitado ao máximo, corresponde no sólo al máximo grado de tutela de las libertades de los*

¹⁸ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría de lo garantismo penal*, ALBANEZ, Andrés; BASOCO, Juan Terradillas; BONDRÉS, Rocío Cantarero; MIGUEL, Alfonso Ruiz; MOHINA, Juan Carlos, Bayon (trad), Madrid: Trotta, 1995, p. 853-854

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría de lo garantismo penal*, ALBANEZ, Andrés; BASOCO, Juan Terradillas; BONDRÉS, Rocío Cantarero; MIGUEL, Alfonso Ruiz; MOHINA, Juan Carlos, Bayon (trad), Madrid: Trotta, 1995, p. 857.

²⁰ PRADO, Luis Regis. *Garantismo Jurídico-penal...*

ciudadanos respecto del arbitrio punitivo, sino también a um ideal de racionalidade y certeza.”²¹

Em síntese, estando edificado sob a égide de um Estado Democrático de Direito, o garantismo penal ganhou força após a 2ª Guerra Mundial – contrapondo-se às atrocidades que até então foram perpetradas sob o manto de uma legalidade meramente formal. Nessa seara, em termos não só, mas sobretudo penais, o indivíduo deve ser tratado como pessoa, eis que um fim em si mesmo, e, na qualidade de acusado, faz jus a todos os já citados princípios humanistas.

Diante disso, as Constituições dos vários Estados Democráticos de Direito passaram, após a Segunda Grande Guerra, a consagrar em seus respectivos textos os direitos fundamentais preconizados pela Declaração Universal dos Direitos Humanos – DUDH - e o Direito Penal, conseqüentemente, viu-se voltado à limitação dos abusos do poder estatal (a ameaça e o perigo não está no ser humano, e sim no detentor do poder).

Dessa feita, possuindo hoje o Direito Penal caráter fragmentário e subsidiário, a sua finalidade principal é a de prevenir as práticas delitivas e, ao mesmo tempo, punir o agressor pelo fato, para que esse não mais venha a praticar o delito, buscando alcançar a efetividade da justiça, além de tentar reinseri-lo no seio social. Para tanto, deve não só garantir que somente o verdadeiro culpado seja punido pela prática de um crime, como também conferir ao acusado meios de se defender, assegurando-lhe, conseqüentemente, os seus direitos fundamentais de liberdade, independentemente da natureza do crime por ele praticado.

Entretanto, existem certos delitos, haja vista a hediondez e crueldade com que são praticados, que possuem uma reprovação (legal e moral) maior e que demonstram, por parte do seu provável infrator, uma certa frieza e desprezo pela vida humana. Dentre esses, podemos citar o terrorismo. Assim, os terroristas são infratores que, além de infringirem a norma penal, atentam também, em tese, contra a própria ordem jurídica então vigente, colocando em risco as instituições e ideais democráticos. Teoricamente, por negarem o Direito, esses indivíduos sequer consentiram em “celebrar o contrato social” e, portanto, não podem fazer parte da

²¹ FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón...*, 1995, p. 104.

ordem jurídico-penal instituída, representando, assim, uma ameaça constante à segurança cognitiva da sociedade.

Em relação a eles – os chamados “inimigos” do Estado - parte da doutrina penal acredita que deva ser aplicado um Direito Penal mais rígido, em que lhes são suprimidas algumas garantias fundamentais inerentes aos cidadãos: o chamado Direito Penal do Inimigo – que será objeto de análise no capítulo seguinte.

Direito penal do inimigo e o terrorismo: Direito Penal do Inimigo e a teoria de Günther Jakobs: uma análise da doutrina e principais características.

Conforme exposto, essa “espécie” de Direito Penal tem sido difundida e discutida por vários juristas, sendo que o seu autor (muito embora a figura do inimigo já tenha sido tratada por outros pensadores, como: Fichte; Hobbes, Rousseau, Kant), Gunther Jakobs, *“é um dos mais respeitados penalistas alemães, a quem se deve uma concepção original da função da lei penal e da construção do facto punível, que obteve largo acolhimento em todo o mundo.”*²²

Portanto, não se pode desconsiderar nem banalizar essa discussão acerca da legitimidade ou não do Direito Penal do Inimigo, eis que o seu maior expoente é também um renomado jurista da área criminal.

Nesse sentido, em contraposição ao “Direito Penal do Cidadão” - dirigido aos delinquentes que, apesar de infringirem a norma penal, não representam uma ameaça à ordem jurídica instituída, nem representa um perigo constante para a sociedade - o do Inimigo é dirigido ao delinquente altamente perigoso que não “celebrou o pacto” ou que a ele renunciou e que, portanto, sequer se encontra inserido na comunidade legal. Estamos aqui a falar do terrorista, pois, apesar de existirem teses que inserem nessa categoria de “inimigos do Estado” aqueles que praticam o crime organizado, o tráfico ilícito de entorpecentes, a pedofilia, é o terrorista o infrator que, inquestionavelmente, representa uma ameaça constante à sociedade como um todo e que despreza um dos maiores bens jurídicos, a vida, fazendo dela um meio para o alcance de suas finalidades, colocando em risco o próprio Direito. É como se o terrorista vivesse em

²² CAEIRO, Pedro. *Algumas considerações sobre a dimensão...*, p. 127.

seu “estado de natureza”, de liberdade excessiva. Os demais delinquentes (traficantes, pedófilos e os que praticam o crime organizado), apesar de serem considerados por muitos um “inimigo”, pelo contrário, têm a intenção que se mantenha o sistema legal atual para beneficiar-se de seus crimes. Corroborando com esse entendimento, o professor Caeiro assim conclui: “Assim, creio que, nos próprios termos delineados por Jakobs, a noção só poderia aplicar-se aos crimes de terrorismo, porque só aí faz algum sentido dizer-se quem pretende alterar determinada estrutura política à custa do terror está, ipso facto, a negar qualquer plataforma de comunicação com a comunidade legal.”²³

Em linhas gerais, o Direito Penal do Inimigo difere-se do Direito Penal garantista em relação aos seus destinatários, pois é dirigido apenas contra aqueles que representam uma ameaça constante à segurança cognitiva da sociedade e, por negarem a própria existência da ordem instituída, são considerados dela excluídos e, pois, destituídos dos direitos e garantias por ela amparados. Não sendo sujeitos de direitos, esses indivíduos são instrumentalizados, ou seja, deixam de ser pessoa e passam a ser “coisa”. Assim, em termos de política criminal, dicotomiza-se o Direito Penal em: “do cidadão” e “do inimigo”. Já em termos dogmáticos, há a separação entre “pessoas”, sujeitas ao Direito Penal do Cidadão e “não pessoas”, sujeitas ao Direito Penal do Inimigo.

Partindo desse raciocínio, o cidadão é aquele que infringe a norma penal de forma acidental e é chamado a restabelecê-la através da punição penal (mas em momento algum pretende eliminar a comunidade legal); o inimigo, por sua vez, representa um perigo constante à sociedade e revela “*um distanciamento em relação às regras de Direito, o que não se dá acidentalmente, mas de forma duradoura*”²⁴.

Despersonalizado, o inimigo não faz jus às garantias penais fundamentais, uma vez que não se encontra, em tese, inserido na ordem jurídica então vigente. Muito embora há quem admita que, segundo a formulação de Jakobs, não há a instrumentalização total do inimigo, mas apenas a diminuição ou eliminação de alguns

²³ CAEIRO, Pedro. *Algumas considerações sobre a dimensão...*, p. 128.

²⁴ PRADO, Luis Regis. *Garantismo Jurídico-penal...*

de seus direitos e garantias²⁵, para Zafaronni isso é irrelevante, pois: “*Não é a quantidade de direitos de que alguém é privado que lhe anula a sua condição de pessoa, mas sim a própria razão em que essa privação de direitos se baseia, isto é, quando alguém é privado de algum direito apenas porque é considerado pura e simplesmente como um ente perigoso.*”²⁶

Acerca da instrumentalização do indivíduo, o citado autor entende que essa aceitação do inimigo, em qualquer ordenamento jurídico, é a primeira incompatibilidade relativa ao princípio do Estado de Direito.²⁷ Afirma, ainda que, desde 1948, a coisificação dos ser humano em razão da sua periculosidade, segregando-o ou excluindo-o atenta contra o art. 1º, da Declaração Universal dos Direitos Humanos, como bem se observa:

A rigor, quase todo o direito penal do século XX, na medida em que teorizou admitindo que alguns seres humanos são perigosos e só por isso devem ser segregados ou eliminados, *coisificou-os* sem dizê-lo, e com isso deixou de considera-los pessoas, ocultando esse fato com racionalizações. O certo é que desde 1948 esse direito penal que admite as chamadas *medidas de segurança* – ou seja, as penas ou algumas penas como mera contenção de um ente perigoso – viola o artigo 1º da Declaração Universal dos Direitos do Humanos.²⁸ (grifo do autor)

Importante destacar, todavia que, ao contrário do pensamento de alguns contratualistas (como Hobbes, que defende que o inimigo sempre será excluído, ou porque renunciou ao pacto, ou porque a ele nunca se vinculou), para Jakobs, o

²⁵ Nesse sentido, defendem os argumentos de Jakobs por este conferir apenas a despersonalização parcial do inimigo, afirmando que outros infratores também sofrem restrições à sua liberdade e que, portanto, as críticas à sua teoria são feitas sem conhecer aprofundadamente seus elementos. Acerca do assunto: “*Por ejemplo, no consta que el enemigo perda todos sus derechos y sea vulnerado en su dignidade mediante tortura o trato degradante, sino que consta que, no obstante su despersonalización parcial, unicamente se le restringe algún ámbito de su libertad, como al ladrón se le restringe su esfera de libertad ambulatoria o como al condenado a pena de multa se merma su patrimonio. Em fin, si fueran ciertas todas las características que se atribuyen al Derecho penal del enemigo, éste sería tan rechazable como dicen sus críticos. Pero eso no es Derecho penal del enemigo, o- por mejor decir – no es el Derecho penal del enemigo como le describe Jakobs: éste tiene unos componentes que algunos críticos se empeñan en desconocer*”. POLAINO-ORTS, Miguel. *Realidad y Ficción en el Derecho penal del Enemigo*, in: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias, vol. I, Manuel de Costa Andrade; Maria João Antunes e Susana Aires de Sousa (org.), Coimbra: Coimbra Editora, 2009, p. 501

²⁶ ZAFARONNI, E. Raúl. *O inimigo no Direito Penal*, 2 ed, Lamarão, Sérgio (trad.), Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007 p.18,

²⁷ ZAFARONNI, E. Raúl. *O inimigo no Direito Penal*, 2 ed, Lamarão, Sérgio (trad.), Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007 p.18.

²⁸ ZAFARONI, E. Raúl. *O inimigo no Direito...*, p.18.

delincente, justamente por ser inimigo do Direito, deve ser processado pelo Direito, não podendo ser totalmente excluído da ordem instituída. Ademais, argumenta esse teórico que, ao contrário do que os defensores dos direitos humanos prega, é possível despersonalizar parcialmente o indivíduo perigoso. O autor distingue o estado comunitário-legal, já instituído (estado real de vigência do Direito) de um estado prévio, em que não se trata de manter, mas de se estabelecer o Direito (esse estado prévio é o “estado de natureza” e, pois, nesse estado não há personalidade). Ainda: segundo Jakobs, em todo caso (estado comunitário-legal e estado de natureza), “*não existe uma personalidade assegurada.*”²⁹ E, mais adiante, encerra seu discurso afirmando que contra “inimigos perigosos” deverá ser aplicado o direito penal do inimigo, a saber:

Como é evidente, não me dirijo contra os direitos humanos com vigência universal, porém seu estabelecimento é algo distinto de sua garantia. Servindo ao estabelecimento de uma Constituição mundial “comunitário-legal”, *deverá castigar aos que vulneram os direitos humanos*; porém, isso não é uma pena contra pessoas culpáveis, *mas contra inimigos perigosos, e por isso deveria chamar-se a coisa por seu nome: Direito penal do inimigo.*³⁰ (itálico nosso)

Outra formulação de Jakobs bastante criticada é a questão da função da pena. Para ele, no direito penal do cidadão, “*a função manifesta da pena é a contradição, e no Direito penal do inimigo é a eliminação de um perigo.*”³¹ Rechaçando essa ideia, sem querer esmiuçar toda as teorias acerca da finalidade da pena – eis que não é esse o objeto de nosso estudo – Meliá, justamente com base nas finalidades próprias do Direito penal clássico e na função de prevenção geral positiva (cuja finalidade da pena é restaurar a vigência da norma violada), argumenta que o Direito penal do inimigo não tem a função de estabilização das normas, mas a de tão somente categorizar certo grupo de infratores, cumprindo, assim, finalidade distinta da do Direito Penal do cidadão (é, pois, disfuncional).³²

²⁹ JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*, Callegari, André Luis; Giacomolli, Nereu José (trad), Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005, p. 47.

³⁰JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*, Callegari, André Luis; Giacomolli, Nereu José (trad), Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005, p. 48.

³¹ JAKOBS, Günther. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*, Callegari, André Luis; Giacomolli, Nereu José (trad), Porto Alegre: Editora Livraria do Advogado, 2005, p. 49.

³² MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções...*, p. 75 e 79.

Ainda em relação aos questionamentos, fala-se que esse direito penal é simbólico, ou seja, é um direito em que a tipificação penal passa a ser um instrumento de “criação de identidade social” (o “inimigo”; o “perigoso”) cujo foco não é propriamente o fato, mas elementos que visam à categorizar o “inimigo”³³ (direito penal do autor).

Além dessas características da teoria que envolve a concepção de Direito Penal do Inimigo, a Professora Maria João enumera outras três, que assim podem ser resumidas: (i) perspectiva prospectiva do ordenamento jurídico penal, ou seja, tem como referência o fato futuro, o que significa uma antecipação da intervenção penal. Normalmente, em termos penais, o ponto de referência é o fato cometido; (ii) penas desproporcionais, ou seja, ao contrário do que ocorre comumente, a antecipação da punição não é considerada para reduzir a pena cominada e (iii) eliminação ou mitigação de garantias de natureza processual.³⁴

Ressalva-se, desde logo que, ainda que existam críticas doutrinárias acerca da teoria do Direito Penal do Inimigo formulada por Jakobs, há quem defenda suas ideias justificando-as dentro do contexto da legislação alemã e que ao expor seu pensamento, pela primeira vez em 1985 numa conferência em Frankfurt, o jurista alemão estava se referindo a determinados crimes previstos em sua legislação especificamente e que, posteriormente, parte da comunidade jurídica passou a distorcer suas reflexões. A respeito da descontextualização do pensamento de Jakobs:

Lo cierto es que, llevados quizá por um exceso de dramatismo, se desvincularon las reflexiones de Jakobs em torno al Derecho penal del enemigo de su contexto propio y natural em que habían surgido (a saber: las mencionadas características de algunos tipos delictivos em la legislación alemana que lesionaban normas de flaqueo y producían inseguridad cognitiva), para identificarse com um heterogéneo grupo de reacciones sociales, e incluso de doctrinas políticas de corte autoritário, com lo que, consciente o inconscientemente, se estaba desnaturalizando em no pocas ocasiones el ámbito original de las reflexiones jakobsianas.³⁵

³³ MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções...*, p. 72.

³⁴ ANTUNES, Maria João. Palestra proferida no painel *Direito Penal Clássico vs. Direito Penal do Inimigo*, in: Livro de Atas do III Congresso de Investigação Criminal, ed. Figueira da Foz: 2012, p. 118

³⁵ POLAINO-ORTS, Miguel. *Realidad y Ficción en el Derecho...*, p. 501.

Ao mencionar a referida teoria, o Professor Caeiro também reconhece que muitas reflexões que sobre ela se debruçaram, apesar do enorme interesse pela doutrina, apresentam “*caráter impulsivo e epidérmico*”³⁶

Entretanto, independentemente das divergências acerca da teoria do Direito Penal do Inimigo, o fato é que, com base nas suas formulações, diversos ordenamentos jurídicos (ainda que de forma distorcida à formulação inicial de Jakobs) passaram a estabelecer regras penais mais endurecidas, sobretudo em relação a crimes de perigo abstrato afetos ao terrorismo – cujo assunto será objeto de análise no tópico seguinte.

Direito Penal do Inimigo e o tratamento do ordenamento jurídico europeu e, em especial, o português: breves considerações.

O fato de que os Estados devem evitar e até mesmo punir os atos terroristas. Ocorre que a maioria, influenciada pela teoria de Jakobs, vem regulando a matéria de forma questionável sob o ponto de vista constitucional - especialmente em relação às condutas que não se destinam a atos terroristas propriamente ditos, mas que com ele se relacionam, como: apologia; incitamento; financiamento do terrorismo – que, conseqüentemente, vêm recebendo um tratamento desproporcional do Direito Penal por parte de diversos países.

A legislação portuguesa, para fins de exemplo, com vistas a atender às determinações contidas na “Convenção Internacional para a Eliminação do Financiamento do Terrorismo” criou um tipo penal (art.5º-A, nº1, da Lei 52/2003) - atualmente modificado pela Lei nº16 /2019³⁷ - que, para a doutrina, é de duvidosa constitucionalidade, pois pune: “*quem, por quaisquer meios, directa ou indirectamente, fornecer, recolher ou detiver fundos ou bens de qualquer tipo, bem como produtos ou direitos susceptíveis de ser transformados em fundos, com a*

³⁶ CAEIRO, Pedro. *Algumas considerações sobre a dimensão...*, p. 127.

³⁷ A presente lei procede à quinta alteração à Lei n.º 52/2003, de 22 de agosto (Lei de combate ao terrorismo), transpondo para a ordem jurídica interna a Diretiva (UE) 2017/541, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 15 de março de 2017, relativa à luta contra o terrorismo, e que substitui a Decisão-Quadro 2002/475/JAI do Conselho e altera a Decisão 2005/671/JAI do Conselho.

intenção de serem utilizados, ou sabendo que podem ser utilizados, total ou parcialmente, no planeamento, na preparação, ou para a prática” do terrorismo. Se a interpretação do citado dispositivo for feita de forma literal, chegar-se-ia ao absurdo de punir qualquer pessoa que detivesse dinheiro ou fundos numa instituição bancária, pois é sabido por todos que sempre haverá a possibilidade de serem usadas, para financiar o terrorismo, quantias que se encontram depositadas em tais instituições. Logo, independente de se ter conhecimento efetivo ou não, essa possibilidade, embora genérica, existe. (grifo nosso)

Assim, a consciência de se saber que existe essa mera possibilidade, abstratamente considerada, “*não pode dar uma coloração criminosa à titularidade dos bens e fundos eventualmente utilizados por outrem para financiar práticas terroristas.*”³⁸ Ao final, o professor, fazendo uma comparação do dispositivo da lei portuguesa com o artigo correlato previsto na citada Convenção, afirma que o seu legislador pátrio não restringiu as hipóteses tal como fora feito nessa última, que, por sua vez, pune apenas quem fornece ou reúne (não quem detém), de forma ilegal (não normal) e com a intenção de serem utilizados para o financiamento (e não pura e simplesmente aquele que, genericamente, sabe que existe a possibilidade de ser utilizado) e conclui que, sem essas restrições, “*a extensão da criminalização é pura e simplesmente absurda*”³⁹ por abranger, em tese, todas as pessoas que possuem fundos ou dinheiro depositados em instituições bancárias. Ainda: existem fortes críticas quanto à autonomização desse tipo de crime por ser uma conduta que, materialmente, configura mera cumplicidade. Sendo assim, o fundamento motivador da norma incriminadora foi a intenção do agente, ou seja, o legislador se valeu do elemento subjetivo para fundamentar o desvalor penal. Nesse caso, “*estes momentos subjetivos devem contribuir para restringir o leque de condutas desvaliosas desenhadas pelo tipo objectivo, e não para fundamentar o respectivo desvalor, sob pena de se criar um direito penal do agente divorciado da proteção de bens jurídicos e, em definitivo, constitucionalmente inválido.*”⁴⁰

³⁸ CAEIRO, Pedro. *Algumas considerações sobre a dimensão...*, p. 132.

³⁹ CAEIRO, Pedro. *Algumas considerações sobre a dimensão...*, p. 132.

⁴⁰ CAEIRO, Pedro. *Algumas considerações sobre a dimensão...*, p. 132.

Em relação aos crimes de incitação, a Decisão-Quadro 2008/919/JAI (que alterou disposições da anterior Decisão-Quadro 2002) determinava aos Estados-Membros que se punisse os atos destinados a incitar o terrorismo. O objetivo era o de evitar que essa prática (incitação) promovesse o perigo (portanto, crime de perigo abstrato) de que o terrorismo pudesse ser efetivamente realizado, exigindo, como elemento subjetivo do tipo, a intenção do agente nesse sentido.

Ao analisar a sua legislação pátria, o professor Caeiro entendeu que o legislador português foi mais objetivo, ao estabelecer, no tipo penal, que o conteúdo da mensagem tivesse que conter elementos que efetiva e objetivamente demonstrassem a incitação, excluindo-se, assim, as mensagens que meramente admitissem apenas a possibilidade de serem interpretadas como apelo ao terrorismo e, nesse caso, estando objetivamente caracterizada a incitação, não se poderia isentar o autor em nome do direito da liberdade de expressão.⁴¹

Mas a tensão de maior de conflito com esse direito fundamental (liberdade de manifestação do pensamento) se mostra de difícil solução quando estamos diante do crime de apologia ao terrorismo (aqui, pune-se quem, de uma forma ou de outra, defende tal prática). Isso porque muitas vezes o suposto agente não quer defender, mas protestar contra, ou até satirizar o terrorismo e, nesse ponto, poder-se-ia considerar que o mesmo estivesse acobertado pelo direito de liberdade de expressão. Todavia, é tênue essa linha que divide a apologia da livre manifestação do pensamento nesses casos e os precedentes jurisprudenciais dos Estados-Membros tendem a punir o agente sem atentar para o princípio da proporcionalidade/razoabilidade (princípio instrumental inerente a todo Estado de Direito, que serve de parâmetro limitador às restrições de direitos fundamentais). O autor cita um precedente, ocorrido na França, de um indivíduo que fora condenado como cúmplice pelo crime de apologia do terrorismo por ter publicado num jornal um “cartoon”, fazendo alusão ao atentado nos EUA de 11/09, em que continha as torres gêmeas pegando fogo com a seguinte frase: “*Todos tínhamos sonhado com isso, o Hama fê-lo.*”, adaptando um anúncio da Sony, que dizia: “*We have all dreamt of it... Sony did it*”). A justiça francesa condenou-o ao pagamento de uma multa, tendo ele

⁴¹ CAEIRO, Pedro. *Algumas considerações sobre a dimensão...*, p. 134.

recorrido junto ao Tribunal Europeu de Direitos do Homem alegando violação ao seu direito fundamental à liberdade de expressão. Todavia, o Tribunal entendeu que a lei penal francesa era razoável por restringir a livre manifestação do pensamento nesse caso específico, não violando, portanto, o art. 10º, da Convenção Europeia dos Direitos do Homem.⁴²

Entendemos que, nessas situações as pessoas, apesar de condenarem a prática dos atos em si, têm opinião favorável ao motivo subjacente ao fato (é o caso, por exemplo, daqueles que se sensibilizam com a causa basca na Espanha), mas que, nem por isso, devam ser consideradas cúmplices ou terroristas (ou apologistas), pois possuem o direito fundamental de livre manifestação do pensamento. A consequente restrição a esse direito mediante a criminalização, nesses casos, demonstra-se incompatível com a ordem constitucional de qualquer país democrático por atentar contra o princípio da proporcionalidade.

Diante disso, os exemplos ora citados têm por objetivo apontar uma das principais “marcas” que identificam o Direito Penal do Inimigo, que diz respeito à técnica da antecipação da intervenção penal, ou seja, pune-se o agente antes mesmo de o fato principal ter se consumado, levando-se em conta um perigo futuro, somando-se a isso outra característica, que é a relativa à pena prevista para esses delitos de perigo, cuja cominação é quase que a mesma para o delito-fim, o principal (caráter desproporcional da pena em relação ao delito). A ideia tem como justificativa justamente a prevenção desses delitos-fim, ou seja, antecipa-se precocemente a persecução penal e pune-se com rigor atos preparatórios, como crime autônomo, para evitar um mal futuro. O mesmo ocorre com os delitos de organização terrorista – em que a pessoa é punida simplesmente por ter o *status* de membro da organização, independentemente se realizou efetivamente um ato terrorista.

Ressalva-se, desde logo, que a antecipação da intervenção penal não é uma “marca” apenas do Direito Penal do Inimigo; o Direito Penal moderno se vale dessa prática para punir os delitos contra o meio ambiente, por exemplo (com base na

⁴² CAEIRO, Pedro. *Algumas considerações sobre a dimensão...*, p. 134. O professor, além desse, cita outras situações que “*causam também grande perplexidade*”, ilustrando para tal a lei espanhola que considera apologia ao terrorismo a manifestação pública de pessoas ao manifestar seu pensamento ou sua opinião a favor da causa do ETA.

“Escola de Frankfurt” - fundada na ideia de “Direito Penal do Risco”). O que diferencia o Direito Penal do Inimigo com o do Risco, todavia, é justamente a questão relativa à proporcionalidade na cominação da pena, em que, quando estamos diante dos “inimigos”, os atos preparatórios (como crimes autônomos) são punidos com a mesma “dureza” que o são os crimes de maior gravidade. Essa peculiaridade comprova que é a condição do autor (ou seja a sua natureza extremamente perigosa) que é levada em consideração para a cominação da pena, e não propriamente o fato – o que muitos afirmam se tratar de um direito penal do autor, que vai de encontro aos princípios fundamentais que constituem a base do atual Direito Penal.⁴³

Esse mesmo autor exemplifica que, na Espanha, a pena para o delito de colaboração com uma organização terrorista pode chegar a 10 anos de privação da liberdade, que é o limite mínimo para se punir o crime de homicídio doloso. Aduz ainda que, apesar de ser o terrorismo um delito de extrema gravidade e que deve ser punido com rigor, há que se considerar outros fatores que dizem respeito à própria identidade de uma sociedade. Para exemplificar, menciona o ETA, grupo separatista basco, que se vale do terrorismo para atingir seus fins, mas, todavia, reconhece que, nesse caso, existe um outro problema subjacente relativo à organização territorial da Espanha, em que parte da população não se reconhece como espanhola e que, portanto, a questão transcende o aspecto criminal e adentra numa questão de identidade nacional. Por fim, conclui que a despersonalização/endemonização do inimigo e a sua consequente exclusão da ordem jurídica, a ponto de eliminar garantias processuais e materiais fundamentais, representa a construção de um mecanismo de exclusão social e, portanto, contrário à lógica de todo Estado que se intitula “Democrático de Direito”. E o que é pior: essa exclusão não resolve o problema em si, pois não diminui o perigo. A esse respeito: *“Es obvio que despiés de concluir la guerra com los traficantes, los violadores, los terroristas no surge la paz. El Derecho penal del enemigo, a través de*

⁴³ MELIÁ, Manuel Cancio. Pánel: *Direito Penal Clássico vs. Direito Penal do Inimigo*, Palestra publicada na Revista de Investigação Criminal, Livro de atas, III Congresso de Investigação Criminal, Figueira da Foz: ed. ASFIC/PJ, 2012, p. 108. O autor menciona que, na Espanha, a pena do delito de colaboração com uma organização de terrorista pode chegar aos 10 anos de privação da liberdade.

la demonización, está construyendo um mecanismo de categorización, de exclusión social de uma determinada categoria de indivíduos.”⁴⁴

Em relação ao Direito Processual Penal, o do inimigo, ao contrário do direito garantista (o “do cidadão”), admite a diminuição ou a total eliminação de garantias, tais como: confere primazia excessiva à obtenção da verdade material em detrimento do princípio da presunção de inocência; mitiga o princípio da vedação das provas ilícitas (ao admitir meios obscuros para obtenção de provas, por exemplo); aumenta as hipóteses de incomunicabilidade do arguido, dentre outros... Diante disso, questionando essa flexibilização de garantias processuais que até então eram fundamentais no processo penal liberal, a professora Maria João entende que, apesar de Jakobs estabelecer que essa mitigação deva ser feita de forma ordenada juridicamente, a fim de evitar possível “*contaminação do direito processual penal do cidadão*”, é uma ilusão achar que o Direito penal do inimigo não irá transcender a sua esfera.⁴⁵

Para tanto, aponta exemplos no âmbito da própria legislação portuguesa (Código de Processo Penal e legislação processual extravagante). Alega que, apesar de o referido Código assegurar ao acusado a condição de pessoa (sujeito processual), conferindo-lhe todas as garantias, a legislação extravagante atual admite, em contraposição ao princípio do devido processo legal, a obtenção de provas mediante “ações encobertas para fins de investigação criminal” em relação a apuração de um número cada vez maior de crimes que, segundo a mesma, estão “*previstos em alíneas que quase esgotam as letras do alfabeto*”. E, ainda, admite que é necessária a imposição de diferenciações na investigação criminal, mas tão somente em razão do objeto, e nunca em função da condição do sujeito investigado, sob pena de se configurar um direito processual do autor, em que são investigados “*atos desconhecidos de tipos de autores conhecidos*”⁴⁶. Ao final, a citada professora conclui que, em matéria de investigação criminal, as hipóteses mitigadoras de direitos e garantias dos acusados, sobretudo em relação ao meio de obtenção de prova, não se

⁴⁴ MELIÁ, Manuel Cancio. Pánel: *Direito Penal Clássico...*, p. 113.

⁴⁵ ANTUNES, Maria João. Palestra proferida no pánel “*Direito Penal Clássico vs...*”, p. 121.

⁴⁶ ANTUNES, Maria João. Palestra proferida no pánel “*Direito Penal Clássico vs...*”, p. 123.

limitaram apenas aos casos de criminalidade grave, contaminando, assim, o direito processual penal do cidadão, inexistindo, portanto, “*verdadeiramente diferenciações, quando de fato se justificam.*”⁴⁷

Outra tendência, influenciada pelas ideias do Direito Penal do Inimigo, diz respeito ao poder constituinte de reforma que altera dispositivos da própria Constituição destinados a mitigar direitos, liberdades e garantias constitucionais. Na Constituição da República Portuguesa (CRP), destaca-se a revisão que, flexibilizando a regra da inviolabilidade do domicílio⁴⁸, passou a permitir a entrada de autoridades policiares nas residências durante à noite, nos casos de criminalidade organizada, tráfico ilícito de estupefacientes, criminalidade altamente violenta e no de terrorismo. Ao analisar essas situações, Valente vale-se da expressão “justicialismo”, em que ele assim o define como um movimento que “*rege-se por um reforço dos poderes judiciais face aos demais poderes e face ao cidadão, tendo como melhor caminho a diminuição de direitos, liberdades e garantias processuais penais consagradas na Constituição e inscritas na legislação processual penal.*”⁴⁹

Por último, cumpre-nos analisar a questão sob o ponto de vista constitucional quanto à possibilidade de o legislador ordinário português restringir direitos fundamentais. É sabido que, em matéria penal, sobretudo no que se refere às normas incriminadoras, o direito fundamental sujeito à restrição é, sobretudo, a liberdade. Dessa forma, sendo esse direito fundamental elevado à categoria “dos direitos, liberdades e garantias”, possui um tratamento diferenciado por parte do legislador constitucional, sendo que qualquer restrição a ele dirigida deverá atender a limitações mais rigorosas consubstanciadas no art. 18º, da CRP, a saber:

Artigo 18.º

Força jurídica

1. Os preceitos constitucionais respeitantes aos direitos, liberdades e garantias são directamente aplicáveis e vinculam as entidades públicas e privadas.
2. A lei só pode restringir os direitos, liberdades e garantias nos casos expressamente previstos na Constituição, *devendo as restrições limitar-se ao necessário para salvaguardar outros direitos ou interesses constitucionalmente protegidos.*

⁴⁷ ANTUNES, Maria João. Palestra proferida no painel “*Direito Penal Clássico vs...*”, p. 124.

⁴⁸ Art. 34º, nº 3, da CRP (VII Revisão Constitucional – 2005).

⁴⁹ VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Direito Penal do Inimigo...*, p. 91.

3. As leis restritivas de direitos, liberdades e garantias têm de revestir carácter geral e abstracto e não podem ter efeito retroactivo *nem diminuir a extensão e o alcance do conteúdo essencial dos preceitos constitucionais*. (Itálico nosso).

Nessa seara, toda e qualquer restrição ao direito de liberdade é perfeitamente possível, haja vista não serem os direitos fundamentais absolutos – razão pela qual se funda o próprio Direito Penal que, a fim de proteger outros direitos ou valores constitucionalmente relevantes, impõe, como sanção ao infrator, dentre outras penalidades, a privação da liberdade. Todavia, isso se justifica em nome de se proteger outros bens jurídicos penal e constitucionalmente importantes e sempre tendo em vista o fato em si, e não propriamente o seu autor. Ainda: essa restrição tem que ser até o limite necessário à proteção do outro direito (princípio da proporcionalidade), além de não comprometer, na sua plenitude, o conteúdo material do direito fundamental restringido (princípio da proteção do núcleo essencial).

Logo, diante desse contexto constitucional, o legislador ordinário, em matéria penal, deve ter como parâmetro limitador tais princípios, além de respeitar, por via reflexa, os demais direitos fundamentais de qualquer ser humano, incluindo-se, nessa qualidade, os direitos do próprio infrator, sendo vedado ao poder constituído negar-lhe a sua condição de pessoa.

Zafaronni, ao criticar a possibilidade, ainda que parcial, de se negar ao “inimigo” algumas garantias ou direitos fundamentais simplesmente por ser ele considerado como tal em nome da segurança e por uma conduta futura sua, não se está despersonalizando somente esse indivíduo e adiante conclui:

Sem prejuízo de se voltar ao tema para demonstrar que essa incompatibilidade não é apenas intuitiva, tampouco se pode deixar passar por cima do fato de que o tratamento a um ser humano como coisa perigosa que ameaça a *segurança ou a certeza acerca do futuro* não se limita a despersonalizar apenas quem é tratado dessa maneira. Observando mais detidamente esta questão, convém advertir que a priorização do valor segurança como certeza acerca da conduta futura de alguém, e mais ainda a absolutização, *acabaria na despersonalização de toda a sociedade*.⁵⁰ (grifo do autor e nosso, respectivamente)

Do exposto, a Constituição Portuguesa, assim como todas as constituições democráticas editadas após a Segunda Grande Guerra, tem o princípio da dignidade da pessoa humana como seu fundamento, conferindo ao indivíduo, em todas as

⁵⁰ ZAFARONNI, E. Raúl. *O inimigo no Direito...*, p. 20.

situações, a condição de sujeito de direitos, pois o homem, independente de qualquer adjetivação que lhe seja atribuída, é um fim em si mesmo e não pode ser utilizado como meio para alcançar qualquer finalidade, sob pena de ofensa a esse princípio fundamental.

Considerações finais

O Direito, atualmente edificado sob a égide de um Estado Constitucional e Democrático, assume um papel instrumental cujo objetivo é garantir e tutelar os direitos fundamentais dos indivíduos e limitar os abusos do poder estatal. Isso porque, após a Segunda Guerra e em decorrência das atrocidades que foram cometidas sob o manto de uma legalidade aparentemente formal, passou-se a discutir a verdadeira finalidade do Direito e do próprio Estado, ou seja, não se mostra suficiente que o poder constituído se submeta apenas e formalmente à lei, pois essa sujeição poderia permitir que o próprio Estado, detentor do poder legiferante, viesse a instituir normas violadoras de direitos inerentes ao próprio ser humano (a exemplo do que aconteceu com o Estado Nazista Alemão).

Dessa forma, a fim de evitar que o homem se tornasse refém dos desmandos do Estado, as Constituições do pós-Segunda Guerra ganharam força normativa e, além de possuírem posição hierárquica (Norma Suprema) frente a todo ordenamento, passaram a ser o instrumento jurídico definidor e acautelador dos direitos fundamentais contra os abusos do poder estatal. São as constituições democráticas que garantem os direitos inerentes ao homem e fixam os instrumentos de garantia destinados a preservá-los, além de impor limites ao poder constituído. Sob essa ótica, o indivíduo (enquanto ser humano) passa a ser o centro do sistema e o Estado (através do Direito) o instrumento destinado a garantir-lhe dignidade.

Nessa seara, o Direito Penal, como qualquer ramo jurídico, encontra-se sujeito aos princípios fundamentais previstos no texto constitucional ao qual se encontra vinculado – razão pela qual, diante desse contexto pós Segunda Guerra, possui natureza garantista.

Logo, essa peculiaridade que confere ao Direito Penal natureza liberal não é uma opção política do legislador ordinário, mas imposição da própria ordem jurídico-constitucional. E esse Direito Penal é destinado à pessoa, ou seja, a todos os seres humanos que, pela ordem atual, são sujeitos de direitos.

De acordo com essa lógica, o homem é considerado um fim em si mesmo e não pode ser utilizado como um meio para o alcance de qualquer finalidade. Tal postulado – dignidade da pessoa humana- é a base sobre a qual se funda todo Estado Constitucional e Democrático de Direito e, portanto, deve ser o fundamento também do Direito Penal.

E é nessa perspectiva que devemos inserir todos os crimes, inclusive o terrorismo. Apesar de sua gravidade, a norma penal incriminadora desse delito deve se preocupar com a conduta em si, a fim de aferir o seu desvalor, devendo se abster de focar no sujeito, eis que o indivíduo não pode ser instrumentalizado em favor de qualquer interesse, por mais relevante que seja. Em relação às premissas do Direito Penal do inimigo, a situação se agrava, pois a despersonalização do delincente é empreendida em nome de uma segurança meramente cognitiva, e não efetiva. A ordem constitucional não admite exceções quando se trata da dignidade da pessoa humana. Negar ao indivíduo a sua condição de pessoa e instrumentalizá-lo em razão da periculosidade que ele representa frente à comunidade legal é estabelecer, por via de legislação infraconstitucional, exceções constitucionalmente inadmissíveis – razão pela qual entendemos que as ideias que circundam o Direito Penal do Inimigo são destituídas de legitimidade.

A instrumentalização do “inimigo” é, assim, a própria negação da existência do Estado Constitucional de Direito e implica em uma violação ao princípio da vedação ao retrocesso social, princípio esse que confere segurança jurídica à humanidade, a fim de evitar que o totalitarismo estatal seja o protagonista do jogo político-jurídico e cometa as atrocidades de outrora.

Por fim, de acordo com a própria ordem constitucional a que se submetem os Estados de Direito da atualidade, a norma penal incriminadora não depende exclusivamente da vontade política e discricionária do legislador ordinário que, apesar de estar apoiado pelo princípio da liberdade de conformação democrática, sujeita-se

a limites impostos pelo próprio ordenamento constitucional. Do exposto, o Direito Penal do Inimigo possui premissas incompatíveis aos princípios fundamentais da ordem jurídica então vigente e, apesar de influenciar grande parte da legislação da maioria dos países na luta contra o terrorismo, periga contaminar as bases do Direito Penal atual.

Referências

ANTUNES, Maria João. Palestra proferida no painel *Direito Penal Clássico vs. Direito Penal do Inimigo*, in: Livro de Atas do III Congresso de Investigação Criminal, ed. Figueira da Foz: 2012.

BAUMAN, Zygmunt. *Liquid Times (Living in an Age of Uncertainty)*, MEDEIROS, Carlos Alberto (trad.), Rio de Janeiro: 2007, ed. Zahar.

BECCARIA, Cesare. *Dos Delitos e das Penas*, GUIMARÃES, Torrieri (trad), São Paulo: 2004, Martin Claret editora.

CASESSE, Antonio. The Multifaceted Criminal Notion of Terrorism in International Law, *Journal of International Criminal Justice*, vol. 4, 2006.

CAEIRO, Pedro. Algumas considerações sobre a dimensão substantiva do chamado “direito penal do inimigo” e sua incidência na investigação criminal, in: *Revista de Investigação Criminal*, Livro de Atas do III Congresso de Investigação Criminal, Figueira da Foz: 2012, ed. ASFIC/PJ.

FERRAJOLI, Luigi. *Derecho y razón. Teoría de lo garantismo penal*, ALBANEZ, Andrés; BASOCO, Juan Terradillas; BONDRÉS, Rocío Cantarero; MIGUEL, Alfonso Ruiz; MOHINA, Juan Carlos, Bayon (trad), Madrid: 1995, ed. Trotta.

JAKOBS, Günther; MELIÁ, Manuel Cancio. *Direito Penal do Inimigo: noções e críticas*, Callegari, André Luis; Giacomolli, Nereu José (trad), Porto Alegre: 2005, Editora Livraria do Advogado.

LEHTO, Marja. *Indirect Responsibility of Terrorist Acts: Redefinition of the Concept of Terrorism Beyond Violent Acts*, Boston: 2010, ed. Martinus Nijhoff Publishers. O autor fala em “dupla personificação” justamente pelo fato de as vítimas serem alvos secundários.

MELIÁ, Manuel Cancio. Painel: Direito Penal Clássico vs. Direito Penal do Inimigo, Palestra publicada na *Revista de Investigação Criminal*, Livro de atas, III Congresso de Investigação Criminal, Figueira da Foz: 2012, ed. ASFIC/PJ

MIRABETE, Julio Fabbrini. *Manual de Direito Penal: parte geral*, São Paulo: 2002, ed. Atlas.

OETER, Stefan. O terrorismo como um desafio ao Direito Internacional, p. 218, *in: Terrorismo e Relações Internacionais*, Lisboa: 2006, Gradiva, Fundação Calouste Gulbenkian.

PRADO, Luis Regis. *Garantismo Jurídico-penal e direito penal do inimigo: uma palavra*. Disponível em:
www.professorluizregisprado.com/.../garantismo%20e%20direito%20penal%20do%20inimigo
...

POLAINO-ORTS, Miguel. Realidad y Ficción en el Derecho penal del Enemigo, p. 501, *in: Estudos em homenagem ao Prof. Doutor Jorge de Figueiredo Dias*, vol. I, Manuel de Costa Andrade; Maria João Antunes e Susana Aires de Sousa (org.), Coimbra: 2009, Coimbra editora.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. *Direito Penal do Inimigo e Terrorismo*, 2. ed. Coimbra: Almedina, 2017.

VALENTE, Manuel Monteiro Guedes. Cooperação Judiciária em matéria de terrorismo, p. 75, *in: Revista eletrônica da Faculdade de Direito da PUC/RS; Sistema penal & violência*, Porto Alegre, v. 5, n. 1, jan/jun. Disponível em:
revistaseletronicas.pucrs.br/capa Vol. 5, n.1 (2013).

ZAFARONNI, E. Raúl. *O inimigo no Direito Penal*, 2. ed. Lamarão, Sérgio (trad.), Rio de Janeiro: Editora Revan, 2007.

O FENÔMENO DE BACHARELISMO À LUZ DO SÉCULO XXI E AS MUDANÇAS NO PERFIL DO ESTUDANTE UNIVERSITÁRIO BRASILEIRO

THE BACHELOR PHENOMENON IN THE CONTEXT OF THE 21ST CENTURY AND CHANGES IN THE PROFILE OF BRAZILIAN UNIVERSITY STUDENTS

Erivaldo Cavalcanti e Silva Filho¹

Orcid: 0000-0001-7170-0213

Ruan Patrick Teixeira da Costa²

Orcid: 0000-0002-1891-3639

Nelcy Renata Silva de Souza³

Orcid: 0000-0002-8258-1376

RESUMO:

O presente trabalho visa fazer um estudo sobre o fenômeno do bacharelismo trazido ao mundo acadêmico por Sérgio Buarque de Holanda na década de 1930, por meio do Livro “Raízes do Brasil”. A questão dos títulos acadêmicos (bacharelado em direito, medicina, entre outros) é uma herança remetida ao Brasil-Colônia, ou seja, o início da ocupação portuguesa, visto que, não existiam instituições de ensino superior no país, e, aqueles poucos que tinham condições estudar, rumavam, em especial para a Universidade de Coimbra, e, dessa forma, formavam uma pequena elite intelectual no país. Por meio dos títulos obtidos essas pessoas (esmagadora maioria formada por homens brancos advindos das elites agrárias do país) os utilizavam para se inserir na elite política e econômica existente. Ocorre que, nos últimos 30 anos houve uma mudança de perfil do estudante universitário brasileiro, em especial pelas políticas públicas de inclusão, que passou a garantir acesso ao ensino superior para pessoas pobres e de grupos étnicos e raciais historicamente excluídos (pretos e indígenas).

¹ Professor dos Programas de Mestrado em Direito Ambiental da Universidade do Estado do Amazonas (PPGDA-UEA), do Mestrado em Constitucionalismo e Direitos na Amazônia da Universidade Federal do Amazonas (PPGDir-UFAM) e Pesquisador Sênior do Labtass/ILMD/Fiocruz Amazônia. Membro do Grupo de Estudos de Direito de Águas (GEDA/UEA) e do Núcleo de Pesquisa em Direito de Águas (NPDA/UFAM).

² Mestrando em Direito Ambiental pelo PPGDA da UEA. Pós-Graduado em Direito Penal pela Sociedade Educacional Leonardo da Vinci S/S LTDA – “UNIASSELVI” no ano de 2020. Analista Jurídico da Defensoria Pública do Estado do Amazonas. Professor de graduação na Universidade Nilton Lins. Bacharel em direito pela UFPA. E-mail: ruan.teixeiraadv@gmail.com. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/5918316459107517>

³ Mestranda no Programa de Direito Ambiental, pela Universidade do Estado do Amazonas. Estagiária de pós-graduação na Defensoria Pública do Estado do Amazonas. Especialista em Direito da Seguridade Social - Previdenciário e prática Previdenciária pela Faculdade Legale. Especialista em Direitos Fundamentais pela Universidade Federal do Pará. Advogada. Bacharela em Direito pela Universidade Federal do Pará. Lattes: <http://lattes.cnpq.br/0036764451569275>

Trata-se de uma pesquisa qualitativa com o uso de fonte bibliográfica, por meio da coleta de trabalhos acadêmicos e livros a respeito da matéria. Por fim, em que pese as mudanças trazidas, existem críticas no que diz respeito à queda da qualidade do ensino e inserção dos graduados no mercado de trabalho, em especial nos cursos de direito.

PALAVRAS-CHAVE: Bacharelismo; Raízes do Brasil; Políticas públicas; Inclusão; Elite intelectual; Ensino superior.

Recebido em: 31/05/2023

Aceito em: 09/07/2023

Introdução

A busca por um título acadêmico é vista como algo importante dentro da sociedade atual, em especial a brasileira, dado o seu histórico em privilegiar profissões que exigem um diploma para que o profissional possa atuar, o que levou autores, como Sergio Buarque de Holanda a denominar o referido fenômeno de Bacharelismo, em virtude da ideia de que a formalização de título assinado por uma autoridade seria algo importante, a ponto de definir a vida de uma pessoa, geralmente ligado ao aspecto econômico e profissional.

O fenômeno em questão tem suas raízes na colonização brasileira, a qual foi feita por Portugal e acabou por influenciar a sociedade brasileira em diversos aspectos, e não seria diferente nas questões acadêmicas, haja vista que nos primeiros anos da colonização lusitana não foi priorizada a construção de universidades para a construção de conhecimento, logo, os filhos dos colonizadores que viviam na região precisavam cruzar o Oceano Atlântico para poder obter alguma formação, ao retornarem para o solo brasileiro, utilizavam dos títulos obtidos (médicos, advogados, psicólogos, entre outros).

Vale ressaltar que as oportunidades para obtenção de uma educação formal eram restritas a um pequeno grupo de pessoas, a maioria delas ligadas à elite política e econômica que formavam o início do período colonial, ao passo que grande parte da população era analfabeta e excluída de qualquer processo decisório, portanto, era possível que para se obter um título acadêmico, e assim, exercer algumas profissões existentes à época, era necessário ter recursos, e, que boa parte da população era

excluída disso, em especial, escravos vindos da África, populações indígenas, assim como as mulheres, as quais tinham como principais tarefas cuidar da casa e dos filhos.

De fato, o Brasil passou por muitos processos de transformação até alcançar o que se tem hoje, uma República Federativa, pautada num Estado Democrático de Direitos (ao menos do ponto de vista formal), e, apesar dos problemas existentes, como a corrupção e as injustiças sociais, não se pode olvidar que o fenômeno do bacharelismo ainda está bem presente é até o final da década de 1990, em sua maior parte, era algo restrito a uma pequena fração da população, pessoas de melhor condição de financeira, em geral pessoas brancas, logo, existia um perfil de ingresso nas instituições de ensino superior, sejam elas públicas ou privadas.

Com o advento de políticas públicas, entre elas, o PROUNI e a criação de ações afirmativas, como cotas sociais e raciais, o país vem enfrentado diversas mudanças no perfil do aluno que ingressa em cursos de graduação (cursos de nível superior), em especial com a maior inclusão de pessoas pretas e pobres no espaço acadêmico, o que não representa que problemas socioeconômicos foram exterminados por completo do país, mas como fenômeno precisa ser estudado, tendo vista que existe uma demanda cada vez por cursos de qualificação, algo que é impulsionado por um mercado de trabalho cada vez mais competitivo e seletivo.

Será verificado também que apenas o aumento do número de vagas no ensino superior, sem uma política pública que trabalhe a educação básica pode não refletir na maior qualidade do ensino superior, algo que pode gerar consequências no acesso dos discentes ao mercado de trabalho, o qual exige cada vez excelência do seu público.

Por fim, a respeito do referido trabalho, trata-se de uma pesquisa qualitativa com o uso de fonte bibliográfica, por meio da coleta de trabalhos acadêmicos e livros a respeito do assunto, mais precisamente as principais mudanças e transformações no país traçando um paralelo entre o fenômeno do bacharelismo de Sergio Buarque de Holanda, o qual tratou do assunto na década de 1930, mas que que ainda possui forte ligação com o Brasil atual, em especial as desigualdades socioeconômicas, que segregam grupos, e, privilegia uma parcela da população e exclui outra.

O fenômeno do bacharelismo à luz da obra “Raízes do Brasil”

O fenômeno do bacharelismo como já mencionado possui forte ligação com a cultura Ibérica (referente a Portugal e Espanha), em especial da cultura de Portugal, tendo em vista o Brasil ter sido por quase três séculos colônia portuguesa. Pelas herdadas do povo europeu em questão era muito importante ter perante a sociedade um título que lhe outorgasse poderes, o que poderia ser título de duque, barão, príncipe (ligados à monarquia) ou memos um título acadêmico de médico, dentista, advogado, e, isso de alguma forma diferenciada a pessoa perante os demais, não apenas pela questão econômica, que sim, era um dos motivos para a busca incessante por um documento formal, mas pelo poder que determinado cargo trazia para o seu ocupante.

Para Menezes (2009, p. 99), no caso do Brasil, a instrução como uma forma de distinção social foi um fenômeno acentuado por condições específicas do cenário local, mais precisamente: a adoção da força de trabalho escravo e o caráter senhorial próprio da monocultura da cana-de-açúcar (posteriormente a produção de café). Também não se pode deixar de mencionar a influência da igreja, externada pelas atividades missionárias, em especial os jesuítas, este foi um traço absorvido de modo particular no Brasil, visto que os seus intelectuais se depararam com um fator a mais no seu poder social: a necessidade da nascente nação brasileira construir a sua identidade e contar a sua história.

Apesar do Livro Raízes do Brasil mencionar o fenômeno em estudo, não há um conceito pronto e definido do que ele seria, embora autores como Menezes (2009, p. 105), tratem do assunto, visto que, para o referido autor, bacharelismo é um fenômeno histórico e socialmente determinado, por meio do qual um novo grupo social passa a ter reconhecimento e espaço político na sociedade, no caso em análise, os intelectuais formados em faculdades. Caracterizam-se pelos seus espíritos livrescos, por gostarem de axiomas, conceitos e sistemas os quais foram importados das metrópoles coloniais, em especial os médicos, advogados, contadores, entre outros, áreas do conhecimento que não eram acessíveis aos que residiam no Brasil-Colônia, visto que não existiam universidades no início da ocupação do país por Portugal.

Nessa linha de raciocínio, Cruz (2006, p. 3), entende que a importância de um título / diploma acadêmico não está relacionada somente com as mudanças inerentes ao ambiente de competitivo no qual as organizações estão inseridas, como a exigência de maior atualização dos profissionais ou mesmo a globalização (economias, sociedades ou culturas) no final da década de 1990. Mas que no caso do Brasil isso se explica pela valorização exacerbada de tal atributo, influenciada pelos colonizadores portugueses, os quais legitimavam o poder, por meio de títulos nobiliárquicos de barão, visconde, conde, marquês e duque e, bem como dos acadêmicos de graduações em direito, medicina, engenharia, entre outros.

Ainda no bojo dos estudos de Cruz (2006, p. 3), entender a influência bacharelesca contexto brasileiro requer, antes de tudo, compreender seu caráter histórico relacionado à colonização do Brasil, o qual se estruturou sob uma forma explícita de poder, o que pautou desse sempre a relação metrópole/colônia e contribuiu sobremaneira para que existisse uma divisão social, que foi consolidada progressivamente na nossa sociedade, logo, ter avançado um pouco mais nos estudos ou ter alcançado determinado cargo fazia com que muitas pessoas exigissem ser tratadas de forma diferentes, o que pode ser externado em práticas muito comuns como o “jeitinho brasileiro” ou mesmo a expressão popular “sabe com quem você está falando?”, frase muito utilizada por autoridades públicas, superiores hierárquicos ou pessoas abastadas, quando se dirigem a pessoas que julgam ser menor escalão, práticas essas que precisam ser cada vez mais combatidas, visto que, em nada contribuem para a sociedade.

De certa forma, o culto aos bacharéis, ou seja, maior apego pelas carreiras liberais, na linha do que aduz Holanda (1995, p. 157), houve por muito tempo em Portugal momentos em que uma carta de bacharel valia tanto, quanto qualquer carta de recomendação. E, isso tudo está relacionado de algum modo com o maior apego ao título, que de certa forma, diferencia as pessoas na sociedade, o que pode ser relacionado com os dias atuais nas diferenciações entre os que possuem determinada formação ou não, principalmente sob o viés econômico.

Essa diferenciação, entre aqueles possuem alguma formação superior ou não pode ser vista na legislação, mais precisamente o artigo 295 do Código de Processo Penal, o qual dispõe que determinadas pessoas, caso sejam tenham a liberdade

cessada pela prática de algum delito antes de uma condenação em definitivo devem aguardar esse período em prisão especial, entre os que teriam direito a tal medida estão os diplomados por qualquer das faculdades superiores da República (inciso VII do referido artigo).

Ocorre que tal medida já vinha sendo objeto de discussão na sociedade, sob a alegação de que o referido regramento possui um viés discriminatório e que remete aos tempos do Brasil colonial e imperial, e, ainda que de forma tardia, o Supremo Tribunal Federal (STF) enfrentou tal situação, por meio da ADPF 334, a qual foi ajuizada pela Procuradoria Geral da República (PGR), sob a alegação de que a discriminação por nível de instrução contribuiu para a perpetuação da seletividade do sistema de justiça criminal e reafirma, além de reafirmar a desigualdade, a falta de solidariedade e a discriminação. Por conta disso, o plenário do STF entendeu que o inciso VII, do artigo 295 do Código de Processo Penal não é compatível com o texto constitucional, nos seguintes termos:

Decisão: O Tribunal, por unanimidade, julgou procedente o pedido formulado na presente arguição, para declarar a não recepção do art. 295, inciso VII, do Código de Processo Penal pela Constituição de 1988, nos termos do voto do Relator. Plenário, Sessão Virtual de 24.3.2023 a 31.3.2023.

(ADPF 334. Relator (a): Min. Alexandre de Moraes, Tribunal Pleno, Sessão Virtual de 24.3.2023 a 31.3.2023)

Sobre o referido tópico, não se pode olvidar dos entendimentos de Cruz (2006, p. 4-6) e Holanda (1995, p. 119), visto que a supervalorização de um título tem suas raízes na formação histórica do país, e que, no Brasil, em especial a valorização de um título (diploma acadêmico) estaria associada à formação inexpressiva (em números) de bacharéis no século XVIII e XIX nos países americanos. No caso brasileiro, no período 1775-1821, o número de graduados brasileiros em Coimbra esteve em torno de 720 profissionais, portanto, uma minoria possuía tais títulos, o que fazia seus detentores se destacarem naquele período histórico.

Outra explicação para a supervalorização de um diploma universitário pode ser extraída do livro “Raízes do Brasil”, de acordo com Holanda (1995, p. 119), essa é uma característica cultural da pátria mãe (Portugal), que considerava que os títulos dignificavam os homens daquela sociedade, logo, a importância dada a um título nas

organizações não está relacionada apenas com o cenário competitivo, mas também com as raízes da própria formação histórica de país, que, de alguma forma contribui para o modo de ser das pessoas, que no caso brasileiro ajudou a construir a ideia de uma elite intelectual.

Por fim, na esteira dos argumentos trazidos por Menezes (2009, p. 106), de forma geral, a questão dos bacharéis faz parte de um longo processo de modernização da sociedade brasileira, que demandou adaptações superestruturais, a fim de suportar o desenvolvimento de novas relações sociais de produção ao redor do planeta, visto que, fenômenos como as revoluções industriais chegaram com certo atraso ao Brasil, e, de fato existia essa demanda por profissionais para atuar no desenvolvimento do país, o que se acentuou nos séculos XIX e XX, num período que vai do Império à República, e existia necessidade de construção de uma ideologia própria.

A deselitização dos cursos de graduação no Brasil

A leitura da obra “Raízes do Brasil”, a qual trata do bacharelismo em seu conteúdo, traz a ideia de que existia no Brasil uma elite intelectual, visto que eram poucas as pessoas que tinham acesso ao ensino superior, e, por muito tempo essa foi a regra no país, tendo em vista as dificuldades do mais pobres terem acesso à educação de forma plena, em todos os níveis, porém, com mais ênfase para o ensino superior.

De acordo com Jacino (2017, p. 55), não se pode falar das origens da sociedade brasileira citar o histórico escravista, o que pautou o processo produtivo pátrio por muito tempo, quase quatro séculos, portanto, impossível que isso não deixasse marcas na organização social, principalmente se considerarmos que a duração de um período sem escravidão (a qual terminou em 1888) é bem menor que o período de igualdade entre os povos.

Não obstante as consequências econômicas, sociais e culturais de tão longo regime, a forma como ocorreu a transição para o trabalho assalariado contribuiu para cristalizar o abismo entre brancos e pretos, pois, ainda que todos passassem a ser

“iguais perante a lei” a partir de maio de 1888, as condições de trabalho, acesso a moradia, a terra, a educação, a participação social e política e até o direito a manifestações culturais e ao lazer dos brancos foram diferentes das oferecidas ou permitidas aos povos que antes eram escravizados, mas que após o advento da libertação não foram inseridos na sociedade, não houve uma política pública por parte do Estado que contemplasse essa parcela da população.

A Constituição Federal de 1988 (em seus artigos 205 a 214) e Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional são marcos importantes para formalização do acesso à educação no país, ambos os textos normativos dispõem que: “o ensino será ministrado com base nos seguintes princípios igualdade de condições para o acesso e permanência na escola”.

É evidente que existem muitos desafios no que diz respeito à busca pela igualdade no acesso à educação plena, mas, ao menos no que diz respeito ao acesso à educação superior, houve um aumento na quantidade de pessoas que ingressaram no superior, e, de acordo com Rocha; Sousa (2016, p. 1), é possível dizer que há o surgimento de um novo bacharelismo, por meio de um processo de deselitização e de massificação das graduações e dos cursos de Direito, mas que os efeitos são prejudiciais para a cultura jurídica brasileira.

Para Pimenta (2019, p. 41), a questão das ações afirmativas entre elas, as cotas raciais e sociais, estão atracadas à ideia de justiça social, a qual também vem sofrendo intensas transformações em seu conceito que passou a compreender políticas que reconhecem e valorizam os diferentes grupos étnicos e culturais, não somente a ideia propagada de que medidas redistributivas bastam para efetivação desse princípio, ou seja, as mudanças legislativas, e as decisões do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria fazem menção a isso

Ato contínuo, os referidos critérios são delineados como importantes e até mesmo de caráter universal, porém precisam ser empregados de forma conjunta, levando em conta a realidade existente no país, o qual é bastante desigual, e, historicamente grupos sociais como pretos e indígenas são os que mais sofreram (e ainda sofrem), pois, sem isso não será possível efetivar a integração e tampouco a inclusão social dos grupos historicamente excluídos.

Programas como PROUNI (Programa Universidade para Todos), assim como outras políticas de ações afirmativas, a exemplo das cotas sociais e raciais contribuíram para uma mudança significativa no perfil do estudante do ensino superior no país, possibilitando que, uma grande parcela da população (pessoas pretas, pobres, indígenas, pessoas com deficiência, entre outras minorias) avançasse nos estudos, com intuito de melhorar de produzir conhecimento e melhorar sua vida e sua família. A respeito do assunto, atualmente em vigor, a lei de cotas (Lei nº 12.711/2012) para ingresso em universidades públicas e institutos federais dispõe nos seguintes termos:

Artigo 1º As instituições federais de educação superior vinculadas ao Ministério da Educação reservarão, em cada concurso seletivo para ingresso nos cursos de graduação, por curso e turno, no mínimo 50% (cinquenta por cento) de suas vagas para estudantes que tenham cursado integralmente o ensino médio em escolas públicas.

Parágrafo único. No preenchimento das vagas de que trata o caput deste artigo, 50% (cinquenta por cento) deverão ser reservados aos estudantes oriundos de famílias com renda igual ou inferior a 1,5 salário-mínimo (um salário-mínimo e meio) *per capita*.

O PROUNI (Programa Universidade para Todos), programa do Governo Federal, cuja finalidade é a concessão de bolsas de estudos integrais e parciais para estudantes de cursos de graduação e de cursos sequenciais de formação específica, em instituições privadas de educação superior. Em contrapartida, as instituições que aderem ao programa recebem isenção de tributos. Abaixo, alguns trechos da Lei nº 11.096/2005, a qual dispõe sobre o programa em análise.

Artigo 1º Fica instituído, sob a gestão do Ministério da Educação, o Programa Universidade para Todos (Prouni), destinado à concessão de bolsas de estudo integrais e bolsas de estudo parciais de 50% (cinquenta por cento) para estudantes de cursos de graduação e sequenciais de formação específica, em instituições privadas de ensino superior, com ou sem fins lucrativos (Redação dada pela Lei nº 14.350, de 2022).

§ 1º A bolsa de estudo integral será concedida a brasileiros não portadores de diploma de curso superior, cuja renda familiar mensal *per capita* não exceda o valor de até 1 (um) salário-mínimo e 1/2 (meio).

§ 2º As bolsas de estudo parciais de 50% (cinquenta por cento), cujos critérios de distribuição serão estabelecidos em regulamento pelo Ministério da Educação, serão concedidas a brasileiros não portadores de diploma de curso de nível superior, cuja renda familiar mensal *per capita* não exceda ao valor de até 3 (três) salários mínimos, observados os critérios estabelecidos pelo Ministério da Educação (Redação dada pela Lei nº 14.350, de 2022).

Outro fator que possibilitou maior acesso da população ensino superior foi a unificação das provas de acesso, que, atualmente ocorrem via prova do ENEM, ou seja, o estudante, pode utilizar sua nota do ENEM e pleitear uma vaga em qualquer instituição do país que tenha aderido ao Sistema Unificado (SISU). Por conta disso, não há mais necessidade de viajar por várias cidades do país e fazer determinada prova.

De acordo com Paulino; Rosistolato (2022, p. 208), a unificação da seleção para as universidades federais por meio do ENEM contribuiu para a criação de uma base nacional comum curricular, o que possibilita a redução dos custos dos estudantes mais pobres, antes obrigados a prepararem-se para exames vestibulares com distintas características e taxas de inscrição, ao passo que no âmbito do exame nacional existe a isenção do pagamento de taxas para inscrição no ENEM.

Dada a importância da unificação dos vestibulares das instituições públicas de ensino superior, diante dessas mudanças, Paulino; Rosistolato (2022, p. 209), aduzem que a política de acesso às universidades públicas alcançou centralidade no debate sobre as desigualdades de oportunidades na educação, trazendo como pauta o tema das políticas afirmativas, introduzido na agenda pública pelo movimento social negro. A Lei nº 12.711/2012 é o ponto culminante desse longo debate que, dentre outras nuances, envolveu o questionamento da meritocracia nos tradicionais vestibulares.

Em reportagem de Brito (2018), fica evidenciada essa mudança no perfil do estudante universitário brasileiro, muito em razão da política de cotas e outras atualizações, com o intuito de reduzir as desigualdades existentes no país e possibilitar que pessoas, antes excluídas do acesso a bens de consumo, como educação e cultura (direitos previstos pelo texto constitucional), a chance de ter um diploma de graduação aumentou quase quatro vezes para a população negra nas últimas décadas no Brasil. Depois de mais de 15 anos desde as primeiras experiências de ações afirmativas no ensino superior, o percentual de pretos e pardos que concluíram a graduação cresceu de 2,2%, em 2000, para 9,3% em 2017.

No entanto, apesar do aumento, pessoas pretas ainda não alcançaram o índice de brancos diplomados. Entre a população branca, a proporção atual é de 22% de graduados, o que representa pouco mais do que o dobro dos brancos diplomados no

ano 2000, quando o índice era de 9,3%. Os dados são do Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística (IBGE).

Os dados do Censo do Ensino Superior elaborado pelo Instituto Nacional de Estudos e Pesquisas Educacionais Anísio Teixeira (Inep) evidenciam o aumento do número de matrículas de estudantes pretos em cursos de graduação. Em 2011, do total de 8 milhões de matrículas, 11% foram feitas por alunos pretos ou pardos. Em 2016, ano do último Censo, o percentual de negros matriculados subiu para 30%. Isso demonstra um reflexo da política de cotas implementadas pelas instituições de ensino superior nos últimos anos.

Nesse sentido, julgado do Supremo Tribunal Federal-STF a respeito da matéria em discussão, no qual, por meio do Recurso Extraordinário nº 597285, a suprema corte brasileira entendeu pela constitucionalidade da Lei de cotas, por meio do qual as universidades públicas adotam sistemas de cotas, e para isso valem-se de algumas características peculiares ligadas à cor, etnia, classe social ou por serem oriundos de escolas públicas têm direito a um percentual de vagas que não é submetido à concorrência ampla, e, isso despertava em grupos contrários insatisfação, o que levou a diversas ações sobre a constitucionalidade ou inconstitucionalidade da referida lei, o que acabou acontecendo, visto que ficou firmado o entendimento pela constitucionalidade da lei em discussão, nos termos do julgado abaixo:

Ementa: RECURSO EXTRAORDINÁRIO. CONSTITUCIONAL. POLÍTICA DE AÇÕES AFIRMATIVAS. INGRESSO NO ENSINO SUPERIOR. USO DE CRITÉRIO ÉTNICO-RACIAL. AUTOIDENTIFICAÇÃO. RESERVA DE VAGA OU ESTABELECIMENTO DE COTAS. CONSTITUCIONALIDADE. RECURSO IMPROVIDO.

I – Recurso extraordinário a que se nega provimento. (RE 597285, Relator(a): Min. RICARDO LEWANDOWSKI, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2012, ACÓRDÃO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL – MÉRITO DJe-053 DIVULG 17-03-2014 PUBLIC 18-03-2014)

Ainda nessa linha, houve julgamento do STF, no qual julgou constitucional lei do Distrito Federal que previa a reserva de vagas para pessoas que se autodeclararem pretas, o que demonstra o movimento existente há alguns anos, que, de alguma forma visa corrigir injustiças históricas que o Estado brasileiro demorou a corrigir, o que se demonstra no julgado abaixo:

Ementa: DIREITO CONSTITUCIONAL. AÇÃO DIRETA DE CONSTITUCIONALIDADE. RESERVA DE VAGAS PARA NEGROS EM CONCURSOS PÚBLICOS. CONSTITUCIONALIDADE DA LEI Nº 12.990/2014. PROCEDÊNCIA DO PEDIDO.

1. É constitucional a Lei nº 12.990/2014, que reserva a pessoas negras 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública federal direta e indireta, por três fundamentos

1.1. Em primeiro lugar, a desequiparação promovida pela política de ação afirmativa em questão está em consonância com o princípio da isonomia [...]

1.2. Em segundo lugar, não há violação aos princípios do concurso público e da eficiência. A reserva de vagas para negros não os isenta da aprovação no concurso público [...]

1.3. Em terceiro lugar, a medida observa o princípio da proporcionalidade em sua tríplice dimensão. A existência de uma política de cotas para o acesso de negros à educação superior não torna a reserva de vagas nos quadros da administração pública desnecessária ou desproporcional em sentido estrito. [...]

4. Procedência do pedido, para fins de declarar a integral constitucionalidade da Lei nº 12.990/2014. Tese de julgamento: “É constitucional a reserva de 20% das vagas oferecidas nos concursos públicos para provimento de cargos efetivos e empregos públicos no âmbito da administração pública direta e indireta. É legítima a utilização, além da autodeclaração, de critérios subsidiários de heteroidentificação, desde que respeitada a dignidade da pessoa humana e garantidos o contraditório e a ampla defesa”

(ADC 41/DF. RELATOR: MIN. ROBERTO BARROSO. Plenário. Julgado em 08/06/2017. DATA DE PUBLICAÇÃO DJE 17/08/2017 - ATA Nº 113/2017. DJE nº 180, divulgado em 16/08/2017).

A mudança de perfil do aluno de curso superior no Brasil também está relacionada com o aumento da quantidade de instituições de ensino privado criadas nos últimos 20 anos, e, de acordo com Rocha; Sousa (2016, p. 18), o qual traz um estudo sobre os cursos de direito no Brasil, há um cenário em que as instituições privadas são responsáveis pela formação de quase 90% dos estudantes que se tornam bacharéis em Direito no país (86,8%), e que haveria dúvida de que o aumento do número de cursos e de profissionais da área está diretamente atrelado à oferta fornecida pelas instituições particulares.

Ainda sobre os estudos feitos por Rocha; Sousa (2016, p. 22), considera-se que há um crescimento do número de bacharéis em Direito, mas que em contrapartida foi acompanhado de uma redução significativa do percentual de graduados que atuam na área jurídica, verifica-se que uma significativa maioria dos bacharéis formados nesse bacharelismo do século XXI não tem sido preparada adequadamente pelas faculdades de Direito do Brasil para atuar na área jurídica.

A análise feita sobre deselitização no superior, apesar de maior oferta de vagas nos cursos de ensino superior e aumento do número de vagas disponíveis para a população, isso não foi acompanhado de uma maior qualidade do ensino, o que pode ter um efeito ruim, visto que muitos graduados encontram dificuldades de ingressar no mercado de trabalho cada vez mais exigente e competitivo, e, como mencionado no parágrafo anterior, muitos graduados, ou seja, aqueles que concluíram o curso de graduação não conseguem atuar na sua área de formação, ainda que tenha havido aumento do número de cursos e de vagas no ensino superior, porém, isso não foi acompanhado de uma política pública para inserção dessa nova de pessoas advindas do dito novo bacharelismo.

Por fim, na linha do que entende Macedo (2016, p. 56), existe uma dívida educacional no Brasil, um dos componentes de um débito social para com a classe trabalhadora, algo presente na história e que diferentes governos trouxeram alguns paliativos, no entanto, isso não elevou o nível de qualidade do ensino. Portanto, seriam necessárias novas políticas para a educação, algo que contribua para formação de pessoas livres e emancipadas, muito além da ideia de cidadania prevista nas políticas públicas educacionais em curso e já previstas no texto constitucional e infraconstitucional.

Considerações finais

O presente trabalho buscou traçar um paralelo entre o fenômeno do bacharelismo, tratado por Sérgio Buarque de Holanda na década de 1930, por meio de sua célebre obra, “Raízes do Brasil”. Embora não tenha trazido um conceito pronto e acabado a respeito do assunto, fez menção ao verdadeiro culto que a sociedade tinha por um título acadêmico, e remeteu isso a herança da influência ibérica nas terras do novo mundo.

A ausência de políticas públicas iniciais como a construção de instituições de ensino superior por Portugal na época do Brasil-Colônia fazia com que os filhos das elites agrárias e políticas que viviam no Brasil fossem estudar na Europa, formando assim, um seleto grupo de intelectuais, separando as pessoas entre os que tinham o diploma e os que não tinham, criando assim, uma segregação de classes, e,

influenciou, por mais de 4 séculos no perfil do estudante universitário brasileiro, visto que, em especial eram pessoas brancas, homens e oriundos da elite econômica e política do país.

Ocorre que, nos últimos 30 anos, as políticas públicas externadas pelas cotas e programas como PROUNI, culminaram com o aumento do número de vagas no ensino superior, em especial para pessoas pertencentes a grupos étnicos e raciais tradicionalmente excluídos dos processos produtivos, pessoas pretas, indígenas. É possível dizer que houve maior acesso ao ensino superior por parte população brasileira, e isso se reflete na mudança de perfil do estudante universitário brasileiro, o qual deu mais espaço para pessoas mais pobres, pretos, indígenas, minorias historicamente excluídas, mas que agora possuem a grande oportunidade de acessar o ensino superior, e, assim, melhorar de vida.

É evidente que houve um aumento de pessoas com acesso ao nível superior no país, mas isso precisa ser acompanhado também de aumento da qualidade do ensino superior, não pode haver, isoladamente, apenas o aumento do número de vagas e cursos, é necessário conciliar com a melhoria do ensino, sob pena de se ter uma enorme quantidade pessoas com portadores de títulos de graduação, sem acesso pleno ao mercado de trabalho.

Por fim, o texto constitucional e o legal, por meio da Lei de Diretrizes e Bases da Educação (LDB) dispõe sobre o acesso democrático ao ensino, o que é algo importante, mas precisa ser aplicado de forma plena para todos, visto que a excelência do ensino precisa ser buscada em todos os níveis, e, não apenas ter como objetivo fornecer títulos acadêmicos aos estudantes, o que seria uma forma de não evolução, tendo em vista todas as críticas existentes ao fenômeno bacharelesco, logo, é possível conciliar a obtenção de um título com o pleno conhecimento em todas as áreas da ciência.

Referências

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal derruba prisão especial para pessoas com diploma de nível superior*. Portal Supremo Tribunal Federal. Notícias. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/noticias/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=504930&ori=1>. Acesso em 30 abr. 2023.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Ação Declaratória de Constitucionalidade 41-Distrito Federal, Brasília, DF. Relator: Min. Roberto Barroso. Julgado em 08/06/2017. Publicado em 19/06/2017. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4917166>. Acesso em 30 abr. 2023.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental 334-DF, Relator: Min. Alexandre de Moraes, Plenário, Sessão Virtual de 24.3.2023 a 31.3.2023. Publicado em 10.04.2023. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=4728410>. Acesso em 30 abr. 2023.

BRASIL. *Supremo Tribunal Federal*. Recurso Extraordinário 597.285-Rio Grande do Sul, Brasília, DF. Relator(a): Min. Ricardo Lewandowski, Tribunal Pleno, julgado em 09/05/2012, Acórdão Eletrônico Repercussão Geral – Mérito DJE-053 Divulg. 17/03/2014 Public. 18/03/2014. Disponível em: <https://portal.stf.jus.br/processos/detalhe.asp?incidente=2662983>. Acesso em 30 abr. 2023.

BRASIL. Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Publicado no *Diário Oficial da União* de 08/10/1988, Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Constituicao/Constituicao.htm. Acesso em: 05 abr. 2023.

BRASIL. Decreto-Lei nº 3.689, de 3 de outubro de 1941. Código de Processo Penal. Publicado no *Diário Oficial da União* de 04/10/1941, Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Decreto-Lei/Del3689Compilado.htm. Acesso em 29 abr. 2023.

BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Publicado no *Diário Oficial da União* de 21/12/1996, Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm. Acesso em 30 abr. 2023.

BRASIL. Lei nº 11.096, de 13 de janeiro de 2005. Institui o Programa Universidade para Todos - PROUNI, regula a atuação de entidades beneficentes de assistência social no ensino superior; altera a Lei nº 10.891, de 9 de julho de 2004, e dá outras providências. Publicado no *Diário Oficial da União* de 14/01/2005, Brasília, DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/lei/l11096.htm. Acesso em 30 abr. 2023.

BRASIL. Lei nº 12.711, de 29 de agosto de 2012. Dispõe sobre o ingresso nas universidades federais e nas instituições federais de ensino técnico de nível médio e dá outras providências. Publicado no *Diário Oficial da União* de 30/08/2012, Brasília/DF. Disponível em: https://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/l12711.htm. Acesso em 30 abr. 2023.

BRITO, Débora. Cotas foram revolução silenciosa no Brasil, afirma especialista. Agência Brasil. *Educação - Notícias*. 2018. Disponível em: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/educacao/noticia/2018-05/cotas-foram-revolucao-silenciosa-no-brasil-afirma-especialista#>. Acesso em 30 abr. 2023.

CRUZ, B. de P. A. O poder do bacharel no espaço organizacional brasileiro: relendo Raízes do Brasil e Sobrados e mucambos. *Cadernos EBAPE.BR*, Rio de Janeiro, RJ, v. 4, n. 3, p. 1 a 9, 2006. Disponível em: <https://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/cadernosebape/article/view/7400>. Acesso em: 23 abr. 2023.

HOLANDA, Sergio Buarque de, 1902-1982. Raízes do Brasil / Sérgio Buarque de Holanda. — 26. ed. — São Paulo: Companhia das Letras, 1995.

JACINO, R. *Que morra o “homem cordial”* - Crítica ao livro Raízes do Brasil, de Sérgio Buarque de Holanda. *Sankofa* (São Paulo), [S. l.], v. 10, n. 19, p. 33-63, 2017. DOI: 10.11606/issn.1983-6023.sank.2017.137189. Disponível em: <https://www.revistas.usp.br/sankofa/article/view/137189>. Acesso em: 29 abr. 2023.

MACEDO, J. Direito à educação no Brasil. *RTPS - Revista trabalho, política e sociedade*, v. 1, n. 1, p. 41-60, 30 dez. 2016. Disponível em: <http://costalima.ufrj.br/index.php/RTPS/article/view/399>. Acesso em 23 abr. 2023.

MENEZES, A. W. N. C. O fenômeno do bacharelismo à luz de Gilberto Freyre. *Revista Inter-Legere*, [S. l.], n. 5, 2013. Disponível em: <https://periodicos.ufrn.br/interlegere/article/view/4580>. Acesso em: 30 abr. 2023.

PAULINO, A.; ROSISTOLATO, R. Política de cotas e as mudanças no perfil de candidaturas no Enem: o caso do Rio de Janeiro. *Educação em Foco*, [S. l.], v. 25, n. 45, p. 205–226, 2022. DOI: 10.36704/eef.v25i45.5469. Disponível em: <https://revista.uemg.br/index.php/educacaoemfoco/article/view/5469>. Acesso em: 30 abr. 2023.

PIMENTA, Alexandre Jorge. Análise da decisão do Supremo Tribunal Federal na ADPF-186/DF e sua repercussão na lei de cotas. *Revista Conexões de Saberes*, [S.l.], v. 3, n. 1, p. 33-48, dez. 2019. ISSN 2447-097X. Disponível em: <https://periodicos.ufpa.br/index.php/conexoesdesaberes/article/view/7888>. Acesso em: 30 abr. 2023.

ROCHA, F. J. N.; SOUSA, M. T. C. Do bacharelismo tradicional ao bacharelismo do século XXI: a massificação e a deselitização da graduação em direito. *Revista do Direito*, n. 48, p. 3-30, 10 jan. 2016. Disponível em: <https://online.unisc.br/seer/index.php/direito/article/view/6897>. Acesso em 23 abr. 2023.

LAS FRONTERAS DESVIRTUADAS: LOS DESAFÍOS DEL DERECHO EN UN MUNDO GLOBALIZADO

THE UNDERMINED BORDERS: THE CHALLENGES OF LAW IN A GLOBALIZED WORLD

Emilia María Santana Ramos¹
Orcid: 0000-0002-7390-4065

RESUMEN:

El respeto de los derechos humanos requiere como presupuesto previo la garantía de la supervivencia del individuo. La lucha del inmigrante se presenta, como una lucha más por la supervivencia misma que por la obtención de mayores posibilidades de desarrollo y de disfrute de los derechos comúnmente reconocidos como derechos universales. Este artículo pretende dar cuenta de los nuevos retos que presenta la realidad actual en el fenómeno migratorio y los desafíos que debe afrontar Europa ante la situación de fragilidad que presentan los inmigrantes en la líneas fronterizas así como el reconocimiento de sus derechos sociales como respuesta del ideario de los derechos humanos. El aumento de desplazamientos de personas de países no comunitarios ha reforzado las funciones de control y vigilancia en la frontera de los Estados de la UE reconstruyendo la significación y el sentido de del derecho de asilo y refugio.

PALABRAS CLAVE: Derechos humanos; Inmigración; Fronteras; Derechos sociales; Asilo; Refugio.

Recibido el: 30.06.2023
Aceptado en: 05.07.2023

Introducción: garantía de los Derechos Sociales como respuesta a la fragilidad de los Derechos del inmigrante

Los derechos sociales atienden a las necesidades más básicas del individuo, por tanto, se configuran como derechos de carácter fundamentalmente subsistencial²

¹ Doctora en Derecho; Profesora del Área de Filosofía del Derecho en la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. Email: Emilia.santana@ulpgc.es

² DE CASTRO CID, Benito. *Los derechos económicos, sociales y culturales: análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*, Universidad de León, León, 1993, pp. 33-34. Señala así, refiriéndose a los derechos sociales: "Hay ciertamente, dentro de este grupo bastantes derechos que intentan

cuya diferencialidad en relación a otros derechos es precisamente porque tienen carácter prestacional³

Sin ellos, sin su realización más efectiva no hay posibilidad ninguna de disfrute de ningún otro derecho en condiciones de igualdad pues vienen reconocidos prima facie como presupuesto de la realización tanto de los derechos civiles como la de los derechos de participación política⁴.

Este esquema general es desde luego aplicable directamente al inmigrante. De hecho, el fenómeno de la inmigración tiene en la necesidad de satisfacer los derechos sociales una causa inmediata. Si el inmigrante decide abandonar su país de origen con todo el coste de tipo afectivo que ello le supone es, en gran medida, por su pobre situación económica que no le permite atender debidamente las garantías de realización de los derechos sociales. La pobreza está en la raíz del fenómeno migratorio y reclama la satisfacción de los derechos sociales de quien se ve directamente afectado por ella. Así señala De Lucas con respecto a la disminución de posibilidades vitales que provoca la pobreza que “los derechos sociales son la palanca más importante para combatir esa disminución”⁵, precisamente por ello, cuando hacemos referencia a los derechos económicos, sociales y culturales no estamos más refiriendo a las garantías exigibles de desarrollo humano⁶.

Los derechos sociales juegan, en este sentido, un papel con respecto a los inmigrantes en dos momentos distintos, antes de la llegada y después de la llegada e instalación de su residencia en la sociedad de acogida. Antes de la llegada porque su realización plena en el país de origen daría lugar a que no tuviera el individuo

asegurar la igualdad de actuación o de oportunidades entre todos los miembros de la organización social. Pero hay otros muchos que se dirigen hacia la garantía de intereses vitales del individuo que tienen a salvaguardar su subsistencia y que sólo muy tangencialmente tienen algo que ver con la igualación de las condiciones de vida”.

³ ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier. “Argumentos para una teoría de los derechos sociales”, *Derecho del Estado*, 2010, vol. 24, p. 45.

⁴ ARA PINILLA, Ignacio. *Las transformaciones de los derechos humanos*, cit., pp. 101 y ss.

⁵ DE LUCAS MARTIN, Javier. “Derechos sociales de los inmigrantes: ciudadanía y exclusión”, AA.VV., *Lecciones de derechos sociales*, (Añón Roig, María José y García Añón, María José, coordinadores), Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 319.

⁶ LEMA AÑÓN, C., “Derechos sociales ¿para quién? Sobre la universalidad de los derechos sociales”, *Derechos y Libertades*, núm. 22, Epoca II, 2010, p.187.

necesidad de trasladarse a la sociedad de acogida, pudiendo desarrollar su existencia en el lugar en el que, por ser el más propio de su entorno social de mejor manera, de manera más libre por el asentamiento que le da su propia cultura identitaria puede desarrollar su personalidad. Y después de la llegada porque el contemplar que otros, los miembros originarios de la sociedad de acogida tienen plenamente satisfechos sus derechos no le garantiza que éstos se le sean extendidos a ellos mismos. En este sentido, la situación de exclusión y discriminación que pueden experimentar constituirá un obstáculo de considerable importancia al libre desarrollo de su personalidad.

Este doble juego de los derechos sociales en relación a los inmigrantes resulta desalentador pues ya de entrada, el inmigrante se presenta en el imaginario de la sociedad de acogida con una diferencialidad en relación al reconocimiento de sus derechos propios en relación a los nacionales⁷. La relación de los derechos sociales con el segundo momento, deberá tener en cuenta la situación de necesidad que les obliga a trasladar su residencia, no para reproducirla, sino para tratar de mejorarla en un ámbito social que en general ofrece mejores oportunidades vitales.

Sin la realización de los derechos sociales las políticas públicas de inmigración con respecto a quienes ya se encuentran ubicados en la sociedad receptora serán unas políticas públicas vacías e ineficaces. Nunca se podrá lograr la integración de quienes no tienen satisfechas sus necesidades subsistenciales. En este sentido la satisfacción de las exigencias que impone la realización de los derechos sociales constituye, en palabras de Añón Roig un “test de la inclusión” de los inmigrantes⁸. Es la base sobre la que habrá que construir, desde luego, cualquier acción que pretenda respetar el principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad, un principio constitucional que, como antes decíamos, no sólo resulta aplicable a los reconocidos como ciudadanos por el Estado receptor, sino también al inmigrante, aunque no

⁷ LEMA AÑÓN, C., “Derechos sociales ¿para quién? Sobre la universalidad de los derechos sociales”, *Derechos y Libertades*, núm. 22, Epoca II, 2010, pp. 319-320.

⁸ AÑÓN ROIG, María José. “El test de la inclusión: los derechos sociales”, en AA.VV., *Trabajo, derechos sociales y globalización. Algunos retos para el siglo XXI*, (Antón, Antonio, coordinador), Talasa, Madrid, pp. 148-191.

tuviera plenamente legalizada su situación pues, tal y como propone Pisarello no puede resultar insignificante “el reconocimiento o la positividad de los derechos, sino que eso puede y debe tener un significado práctico”⁹

Es cierto que la atención social y sanitaria que se presta al inmigrante que accede a la sociedad receptora es utilizada normalmente como una vía para preservar la buena conciencia de la población autóctona en relación a la situación de necesidad que oprime con mucha frecuencia a los inmigrantes. En ese sentido, se ha dicho que constituye una acción que no va dirigida precisamente a satisfacer las exigencias del principio constitucional del libre desarrollo de la personalidad del inmigrante, que atiende a otros objetivos mucho menos legítimos. Pero, con independencia de los motivos últimos que guíen a los miembros originarios de la sociedad de acogida a la hora de proyectar y llevar a cabo la realización de las políticas públicas de inmigración, no se puede desconocer el papel que cumple como presupuesto imprescindible para poder conseguir ese fin.

La realización de los derechos sociales de los inmigrantes se plantea sin embargo en un momento en el que se ha perdido en gran parte la sensibilidad social con respecto a las exigencias que éstos deberían imponer a los poderes públicos. Los derechos sociales sufren así la acción de lo que el profesor De Lucas denomina la “arremetida pseudo liberal”¹⁰. Este panorama constituye un marco que en principio no es desde luego muy favorable a la realización más plena de los derechos sociales; se trata más bien de un panorama de restricción de las exigencias que impone esta realización.

La realización de los derechos sociales de los inmigrantes se encuentra inmediatamente condicionada por esta situación. La restricción de las exigencias de realización de los derechos sociales pasa así por la negación de su titularidad a quienes no son ciudadanos de pleno derecho de la sociedad de acogida. En este

⁹ PISARELLO, Gerardo, “La justiciabilidad de los derechos sociales en el sistema constitucional español”, *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, Pisarello, G. (edit.), Bomarzo, Albacete, 2009, p.75

¹⁰ DE LUCAS MARTIN, Javier. “Derechos sociales de los inmigrantes: ciudadanía y exclusión”, cit., pp. 321-322.

sentido, se entiende que la acción asistencial que les proporciona la sociedad de acogida no es porque tengan de entrada derecho a su realización sino porque sus miembros originarios aceptan promover una acción humanitaria de solidaridad o caridad mal entendidas que en principio ellos mismo entienden que tiene un carácter hasta cierto punto de gracia o concesión.

El efecto material quizá sea el mismo. Los inmigrantes ven satisfecho un cierto nivel de sus exigencias subsistenciales. Pero el efecto psicológico es muy distinto. Si entienden que esa acción humanitaria es una acción libre, no exigible, de la sociedad de acogida, esto es que no son ellos mismos titulares en sentido estricto de los derechos sociales, aumentarán su situación de despersonalización. En definitiva, se sentirán perjudicados en su desarrollo personal.

La solución a este problema es la comprensión adecuada de lo que significa exactamente, también con respecto a los derechos sociales la aplicación del principio de universalidad de los derechos humanos. A la cuestión relativa al hecho de la necesidad de demostrar la extensión de la titularidad de los derechos sociales a los inmigrantes De Lucas contesta que “a esa objeción basta con responder que se trata de una extensión análoga en su universalidad a la que reconocemos respecto a los derechos civiles”¹¹. El coste económico que supone la realización de los derechos sociales no debe hacernos perder de vista ese carácter universal de los mismos.

Tampoco los efectos favorables que provoca para la dignidad de la vida del inmigrante la acción social y sanitaria que emprenden los Estados receptores en base a motivaciones humanitarias debe hacernos perder de vista que esa acción social y sanitaria constituye para ellos una autentica obligación. Es la obligación que impone la consideración de cualquier individuo, sea o no inmigrante, como titular de los derechos sociales, esto es de los derechos que acentúan en mayor medida su carácter subsistencial.

¹¹ DE LUCAS MARTIN, Javier. “Derechos sociales de los inmigrantes: ciudadanía y exclusión”, cit., p. 323.

La gestión de la subsistencia del inmigrante en el proceso de acceso a la sociedad de acogida

Por lo general es muy poca la atención que se ha prestado al problema de la gestión de la subsistencia del inmigrante en el proceso de acceso a la sociedad de acogida. La preocupación teórica ha ido dirigida más a los problemas que plantean la situación del inmigrante cuando ya se encuentra instalado en el nuevo entorno social. Sin embargo, no se puede olvidar que en el intento de acceder a la sociedad receptora el inmigrante pone muchas veces en riesgo su vida. El drama humano que constituyen la pérdida de vidas humanas como consecuencia de los naufragios de las embarcaciones en que intentan arribar a las costas españolas o costas europeas nos recuerda además que ese riesgo es una realidad que la sociedad en su conjunto no puede desconocer ni dejar de atender. Es un riesgo que viene en gran medida provocado por el sentimiento de necesidad que anima muchas veces al inmigrante a buscar nuevas oportunidades vitales en la sociedad receptora¹².

Es ésta una responsabilidad que no incumbe sólo al Estado a cuyas costas tratan de acceder los inmigrantes. El problema es un problema general y debe ser atendido por la comunidad internacional como un problema de responsabilidad común. Pero eso no impide reconocer que por razones de la proximidad con el lugar en el que se produce el riesgo para la vida de los inmigrantes el Estado receptor, al que pretenden acceder éstos, ha de poner los medios humanos y materiales exigibles para evitar que se produzcan este tipo de catástrofes humanitarias.

De tal manera que, para hablar de los derechos en serio, de sus garantías y sobre el libre desarrollo de la personalidad del inmigrante, es necesario que la sociedad de acogida ofrezca los recursos necesarios que cubran sus necesidades

¹² GUARDIOLA GARCÍA, Javier. "Delitos de inmigración clandestina: ¿tutela de los derechos de los extranjeros?", en AA.VV., *Ciudadanía y derecho en la era de la globalización*, (De Julios Campuzano, Alfonso, editor), Dykinson, Madrid, 2007, p.344. Señala, en este sentido, que los flujos migratorios "se enmarcan así casi siempre en un contexto de especial vulnerabilidad para los inmigrantes, cuya decisión, en el caso de que la decisión haya sido suya y no nos encontremos ante supuestos de trato de personas, cosificadas, para convertirlas en mercancía, responde más a la necesidad (subjetiva u objetiva) que a la libertad, lo que con frecuencia les invita a renunciar a las más elementales medidas de seguridad en su trayecto y a aceptar toda condición que in itinere o en destino les venga impuesta".

vitales. Así lo defiende la profesora Miraut cuando reconoce que “La primera obligación de la sociedad de acogida, antes incluso que proporcionar medios de subsistencia digna a quienes llegan, es evitar que se pueda perder la vida en el intento de llegar”¹³.

Entiende el profesor de Asís que en materia de inmigración resulta del todo necesario una integración del inmigrante que pase por el reconocimiento de la implementación de políticas solidarias que garanticen la integración real del derecho a inmigrar¹⁴. Las políticas públicas de inmigración invierten normalmente esta jerarquía de problemas considerando a la atención social del recién llegado como un problema aparentemente más grave, al que dedican una mayor atención. Se requiere en este sentido sensibilizar a la sociedad de acogida con que su responsabilidad va más allá de sus fronteras terrestres, extendiéndose también a lo que sucede a quienes tratan de llegar a las mismas en ocasiones en medios de transporte muy frágiles e inseguros. El discurso de seguridad que se esgrime para la implementación de políticas restrictivas lo único que hace es potenciar en el constructo social y político el miedo¹⁵. Llevar hasta sus últimas consecuencias este programa supondría facilitar a los inmigrantes medios más seguros de transporte. No se puede sin embargo esperar esta actitud del Estado receptor porque eso supondría tanto como abrir completamente las puertas de entrada a quienes hasta ahora se les deniega el acceso al mismo. La desesperanza de que el Estado asuma ese compromiso obliga a plantear como una política más realista la ejecución de por lo menos dos acciones independientes.

Por un lado, la lucha contra las mafias de la inmigración que proporcionan esos medios de transporte inseguros a los inmigrantes cobrando por ello cantidades económicas en ocasiones muy fuertes. Ello requerirá una colaboración estrecha entre el Estado receptor y el Estado en donde inician el viaje los inmigrantes, que no

¹³ MIRAUT MARTÍN, Laura. “Los objetivos de las políticas de inmigración”, *Justicia, migración y derecho*, Dykinson, 2004. p. 351.

¹⁴ DE ASÍS ROIG, Rafael. “Derechos humanos, inmigración y solidaridad razonable”, en *Justicia, Migración y Derecho*, cit., p.73.

¹⁵ CAMPESI, Giuseppe. “Migraciones, seguridad y confines en la teoría social contemporánea”, *Revista Crítica Penal y Poder*, nº3, 2012, p.5.

necesariamente es el Estado del que son originarios y del que tratan de alejarse para poder disponer del nivel de vida deseable. Por otro lado la disposición de medios de socorrismo y salvamento marítimo de la más alta tecnología con los que se pueda tanto detectar adecuadamente la aproximación de la embarcación que transporta a los inmigrantes al Estado receptor como rescatarle del mar en el caso de haberse producido efectivamente el naufragio¹⁶.

Es cierto que no siempre llegan los inmigrantes a la sociedad de acogida utilizando medios de transporte inseguros, ni lo hacen necesariamente por vías marítimas. Pero no se puede desconocer que el acceso por mar entiende normalmente los inmigrantes que puede resultar más fácil por su carácter abierto que evita cualquier trámite fronterizo. La inmigración clandestina tiene en la vía marítima una proyección natural, de la que son muy conscientes las mafias de la inmigración y hacen uso habitual los inmigrantes.

En este sentido, la atención a los problemas que plantea la llegada de los inmigrantes a la sociedad de acogida por vía marítima tiene una importancia especial. Y son igualmente urgentes las dos actitudes de lucha contra las mafias de la inmigración en el lugar de origen y de extremar las medidas de salvamento y socorrismo a que hacíamos referencia.

En el binomio que existe entre movimientos migratorios y el Estado de bienestar va a depender de las prestaciones y garantías subsistenciales a las que pueden aspirar los inmigrantes en la sociedad de acogida. La mayor o menor salvaguarda en cuanto a prestación de servicios de protección social, dependerá, en todo caso, de la situación de legalidad en la que se encuentre el inmigrante y su reconocimiento por parte del ordenamiento jurídico.

Como ya hemos comprobado, el sistema de protección de los inmigrantes viene delimitado además por el status de ciudadanía, donde ya el propio sistema de fronteras delimita quienes son beneficiarios de determinadas prestaciones y quienes

¹⁶ Un análisis del significado de las medidas de salvamento y socorrismo marítimo como garantía de las exigencias subsistenciales del libre desarrollo de la personalidad del inmigrante en Miraut Martín, Laura, *Inmigración y sociedad*, cit., pp. 154-164.

no pueden contar con la disposición de ciertos derechos. De igual manera, la soberanía del Estado maquilla el refuerzo de los controles fronterizos como respuesta en la garantía de seguridad en el país de acogida, pudiendo justificar de esta forma las políticas migratorias con un evidente carácter restrictivo. Así lo advierte De Lucas cuando reconoce que “en la Unión Europea se ha generalizado “un modelo de gestión de la inmigración que puede definirse en términos de política instrumental y defensiva, de policía de fronteras”¹⁷.

El régimen fronterizo como límite de la libre circulación

El crecimiento territorial y administrativo que se está produciendo en la actualidad como producto del aumento de desplazamientos de personas de países no comunitarios ha reforzado las funciones de control y vigilancia en la frontera de los Estados de la UE reconstruyendo la significación y el sentido de la misma. Resulta del todo claro, que las fronteras no pueden concebirse como inertes o estáticas¹⁸ sino más bien quedan representadas como en el ámbito que nos ocupa el filtro para la entrada, permanencia o solicitud de asilo siendo en última instancia la soberanía estatal la que restrinja o reasigne la movilidad de quien pretende encontrar entrada en un país que no es el propio¹⁹. Y es, en este preciso momento donde la función del derecho determina el status del individuo, pudiendo ser catalogado como un migrante regular o irregular²⁰. De esta manera y ante las dificultades que presentan las fronteras en el acceso sitúa al individuo en una situación de inestabilidad²¹, y donde Europa ha

¹⁷ DE LUCAS MARTÍN, Javier. “Como introducir el principio de justicia en las políticas de inmigración”, *Justicia, Migración y Derecho*, Miraut Martín, Laura (edit.) Dykinson, Madrid, 2004, p. 20.

¹⁸ DE GENOVA, Nicholas. “The Deportation Regime: Sovereignty, Space and the Freedom of Movement”, *The Deportation Regime: Sovereignty, Space and the Freedom of Movement*, Durham, Duke University Press, 2010, pp.33-65.

¹⁹ GIL ARAUJO, Sandra et al., “Externalización del control migratorio y políticas de migración familiar en Europa: instrumentos para un gobierno deslocalizado de la migración”, en *Migración, Estado y políticas*, (Ramírez, Jacques, editor), *Cambios y continuidad en América del sur*, Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia/CELAG, 2017, pp.197-213.

²⁰ ORTEGA VELÁZQUEZ, Elisa. “La consolidación histórica de la migración irregular en Estados Unidos: leyes y políticas migratorias defectuosas”, Norteamérica. *Revista Académica del CISAN-UNAM* 12, nº 1, 2017, p.207.

²¹ BONET PÉREZ, Jordi. “Aproximación jurídica internacional al ejercicio de la jurisdicción civil universal frente a violaciones graves de derechos humanos”. *Deusto Journal of Human Rights*, 2020, nº 5, p. 26

asumido una guía de gestión sobre la inmigración que “puede definirse en términos de política instrumental y defensiva, de policía de fronteras y adecuación coyuntural a las necesidades del mercado de trabajo”²². De tal forma, el profesor De Lucas, defiende que al inmigrante se le imputan “condiciones forzadas de inmigración, supeditadas al interés exclusivo e instrumental de la sociedad de destino, que sólo le necesita como mano de obra y sujeta a plazo”²³.

Resulta incoherente desde el punto de vista de la acción llevada por Europa y sus Estados miembros, cuando han apostado por un mercado único a través del Convenio de Schengen, donde se proporciona y garantiza un libre movimiento de circulación. Puesto que el control de fronteras lejos de evitar la entrada irregular de inmigrantes en el territorio comunitario²⁴ lo que está verdaderamente haciendo es emplear instrumentos penales para endurecer estas políticas migratorias.

El objetivo de los controles fronterizos tienen un fundamento claro que no es otro que garantizar la seguridad de la soberanía estatal, sin embargo, se podría afirmar que con las medidas la adopción de medidas administrativas y policiales, se intenta garantizar la estabilidad económica de la Unión Europea y ello, qué duda cabe, tiene como contrapartida el deterioro del postulado de la autonomía personal y el libre ejercicio de los derechos y libertades que resultan inherentes al individuo como ser, atentando además al pilar básico de las democracias. Esta especial circunstancia, debería asumir la seguridad desde una proyección universalista, donde los derechos humanos de la persona se deben configurar como la guía de las políticas de control fronterizo, ya que, de lo contrario, de concurrir un desequilibrio en el marco de las políticas migratorias, no tendría sentido el principio de universalidad que propone a “todos” sin excepción a las garantías de seguridad que deben tener las personas sin condicionamientos de cualquier razón en un Estado de derecho²⁵.

²² DE LUCAS MARTÍN, Javier. “Como introducir el principio de justicia en las políticas de inmigración”, cit., p. 20-21.

²³ DE LUCAS MARTÍN, Javier. “Como introducir el principio de justicia en las políticas de inmigración”, cit., pp. 20-21.

²⁴ DE LUCAS MARTÍN, Javier. *Puertas que se cierran. Europa como fortaleza*, Icaria, Barcelona, 1996, pp. 9 y ss.

²⁵ BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida*, Paidós, Barcelona, 2008. p. 147.

Las limitaciones que ofrecen los Estados en el desplazamiento, obligan a muchos individuos a arriesgarse, en busca de un futuro mejor, a apostar incluso por la situación de ser considerados en el país de acogida como un inmigrante irregular²⁶ con todo lo que ello conlleva²⁷. Autores como Rawls defienden que “nuestra responsabilidad moral en relación con la pobreza severa en el exterior puede ser descrita en su totalidad como un deber de asistencia”²⁸. Este planteamiento, nos conduce a la idea que la seguridad humana debe ser entendida desde una interpretación extensiva y, por tanto, deben ser ejercidos sin diferenciación, pues la seguridad como respuesta de protección personal deberá implementarse en los derechos de las políticas sociales en materia de inmigración, (en todas las esferas posibles, como la que resulta de la educación, ámbito sanitario o garantías subsistenciales en materia social) porque de otro modo, esta particular garantía universal quedaría difuminada atentando contra la dignidad personal²⁹.

El vínculo existente entre el fenómeno migratorio y el valor de la seguridad ha provocado una considerable disminución en los derechos y libertades de las personas migrantes procedentes de terceros estados y solicitantes de asilo³⁰.

El derecho de asilo como derecho subsistencial

Nuestra órbita planetaria está inmersa en una profunda crisis provocada por diferentes circunstancias como la que resulta de la situación epidemiológica, crisis

²⁶ GIDDENS, Anthony. *Manual de Sociología*, Alianza, Madrid, 2006, p. 499.

²⁷ Estas limitaciones no se ofrecen de igual manera a los que pretenden entrar en el Estado, de ahí, que se observe la diferencialidad de inmigrante según y cómo sean vistos por la sociedad de acogida. Así parece entenderlo De Lucas cuando advierte que “las fronteras se abaten para un tipo de flujos y se alzan aún más fuertes para otros”, haciendo énfasis en unas fronteras “porosas para el capital especulativo, la tecnología y la información y para la mano de obra que se requiere coyunturalmente en el norte, pero infranqueables para quien quiere emigrar al centro y no es útil según los criterios de mercado”. DE LUCAS MARTÍN, Javier. “Como introducir el principio de justicia en las políticas de inmigración”, cit., p. 18.

²⁸ RAWLS, Jhon. *The Law of Peoples: With The Idea of Public Reason Revisited*, Harvard University Press, Cambridge, 1999, pp. 37-38.

²⁹ Resulta destacable la sensibilidad que advierte en el artículo 2 del Protocolo de las Naciones Unidas para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente de mujeres y niños, se destaca la necesidad de proteger la dignidad y seguridad de los sujetos más vulnerables, mujeres y niños, por constituir el principal grupo de riesgo para caer en las redes criminales de la trata de seres humanos.

³⁰ GAMBEN, Giorgio et.al., *Estado de excepción. Homo sacer*. Pretextos, Valencia, 2004, p.25.

financiera, pero además por contextos de conflicto y violencia que tienen su proyección directa sobre la población civil vulnerando de manera sangrante sus derechos fundamentales y forzando los desplazamientos humanos para alcanzar un medio de vida que garantice sus derechos de vida digna. La realidad actual que presenta el fenómeno migratorio se muestra como un requerimiento de emergencia social en las políticas públicas dentro del marco internacional. Como ya hemos podido analizar, la morfología de la migración presenta una diferencialidad evidente que lleva implícito que su naturaleza jurídica sea igualmente disímil. Es por ello que es necesario establecer una distinción entre las figuras que se proyectan en el fenómeno migratorio como el que resulta del apátrida, el refugio, migrantes económicos, migrantes territoriales o regionales, o migrantes forzosos. En este punto se hace necesario matizar la diferencialidad en la génesis migratoria, puesto que el derecho de asilo como derecho subsistencial se encuadra en un marco específico de protección necesaria, pues la migración forzada a diferencia de la voluntaria es que la misma se produce por el temor propio o de su familia que le obligan abandonar su país. En la actualidad, resultan significativos los desplazamientos forzados de personas que buscan refugio en un tercer Estado por encontrarse en una situación de amenaza por su vida.

Un imperativo en la sociedad del siglo XXI es, sin duda alguna, la defensa de los individuos que puedan ver en peligro el mantenimiento de su integridad física en la sociedad de origen. La actual situación derivada de los conflictos bélicos que azotan a los países no inmersos en la UE, obliga a detener la mirada y pensar qué se está haciendo mal o qué es lo que no se está haciendo. Lo verdaderamente importante ante los escenarios aberrantes que dejan los conflictos armados sobre la población civil es escalofriante. Indiscutiblemente el debate no trataría de analizar la cuestión desde una visión tan simple como la que se afirma por diferentes sectores como una crisis de refugiados, cuando lo que realmente estamos presenciando es una crisis sobre la justiciabilidad que se desprenden de los derechos inherentes de las personas. Una crisis sin precedente, puesto que los Estados bajo la justificación de salvaguardar a sus nacionales miran hacia otro lado y fortalecen sus exigencias de entrada al país

estableciendo restricciones de control en sus fronteras³¹. Por ello, y atendiendo a la responsabilidad y conciencia humana, el derecho de asilo debería estar presente en todas las agendas de las políticas sociales garantizando un sistema de protección internacional no discriminatorio. La pretendida universalidad que irradian los derechos humanos queda en vacío, pues desde luego, el derecho de asilo como derecho exigible no tiene una cobertura legal en ningún país, sin perjuicio que, en base al ideal humanizador que caracteriza al derecho internacional mantenga todos sus esfuerzos porque así sea.

Una interpretación simplista sobre la conceptualización del derecho de asilo viene entendida como la dispensa que se concede a un extranjero desterrado o huido de su país por motivos políticos³² y el Estado, podrá o no concederlo en el ejercicio de su soberanía. Autores como Velasco, reconocen el derecho de asilo como la protección que otorga un Estado a los sujetos que en su país de origen corren “peligro por actos, amenazas o persecución de las autoridades de otro Estado o incluso por personas o multitudes que hayan escapado al control de dichas autoridades”³³. Esta protección que ofrece el derecho de asilo viene concebida como respuesta al ideal que ofrecen los derechos humanos como derechos garantistas de la persona y por ende, como un derecho “que tiene toda persona que huye de la persecución a ser acogida y protegida por autoridades y sociedades diferentes de aquellas de las que huye”³⁴. Esta protección de asilo a los no nacionales por parte de otro Estado no resulta inmediata ni sencilla, por el contrario, la soberanía estatal delimitará en primera instancia las posibilidades sobre la aceptación de solicitud del asilo debiendo justificar una realidad “materialmente constatable de persecución que haga más o menos razonable y creíble que pueda afectar al concreto solicitante de asilo”³⁵. Las imágenes

³¹ DURÀ TOHUS, Jaume. “Perspectiva global del asilo y refugio en España”, *Libertad de circulación, asilo y refugio en la Unión Europea. Libertad de circulación, asilo y refugio en la Unión Europea* REIG FABADO, Isabel (dir), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp.93-110.

³² Disponible en: <https://dle.rae.es/asilo>

³³ DE VELASCO VALLEJO, Manuel. *Instituciones de derecho internacional público*, Tecnos, Madrid, 2009, p. 426.

³⁴ LÓPEZ GARRIDO, Diego. *El derecho de asilo*, Trotta, Madrid, 1991, p.18.

³⁵ SANTOLAYA MACHETTI, Pablo. *El derecho de asilo en la Constitución española*, Lex Nova, Madrid, 2001, p.94

que se ofrecen de las situaciones en las que se encuentran numerosas personas en su país de origen hace necesario que el derecho de asilo se configure como un compromiso real y efectivo en las agendas sociales así como las políticas internacionales puesto que quienes migran de manera forzada se encuentran en su país de origen en un contexto en donde los derechos básicos subsistenciales³⁶.

La crisis migratoria tiene como respuesta una segmentación clara en los Estados de la UE donde existen países que han mostrado un compromiso de acogimiento a los refugiados frente a otros que han estrechado sus fronteras. Igualmente habría que decir que existen Estados que deben enfrentarse a una oleada masiva de inmigrantes frente a otros que por estrategia geográfica no cuentan con esa problemática. Lo que resulta evidente es que derivado de la actual situación de emergencia social en países inmersos en conflictos bélicos ha provocado un aumento de la migración poniendo de manifiesto las carencias en materia de salvaguarda de los derechos inherentes de los inmigrantes y de los refugiados.

Con la propuesta que ofrece el Nuevo Pacto de Migración y Asilo (2020) se pretende establecer un marco de actuación conjunta ante el fenómeno migratorio, pues indiscutiblemente tanto la Unión europea como los estados miembros se enfrentan a una crisis que requiere de actuaciones conjuntas de consenso poniendo de relieve la implementación de políticas solidarias que tengan como objetivo el reconocimiento de los derechos humanos de los inmigrantes³⁷. Aunque parece que la acogida del Nuevo Pacto no ha contado con una aceptación unánime, pues son muchos los detractores que insisten en que el mismo no se centra realmente en la raíz del problema inmigratorio sino “en mejorar el sistema migratorio europeo con sus procedimientos ante las problemáticas actuales de llegada de inmigración irregular”³⁸, por tanto, es necesario que se formulen propuestas alternativas y constructivas.

³⁶ MALGESINI, Graciela, et al. *Guía de conceptos sobre migraciones racismo e interculturalidad*. La Cueva del Oso, Madrid, 1997, p.359.

³⁷ Véase las recomendaciones Diario Oficial de 23.09.2020: <https://www.boe.es/doue/2020/317/L00026-00038.pdf>

³⁸ DEL VALLE GÁLVEZ, José Alejandro. “Inmigración, derechos humanos y modelo europeo de fronteras: Propuestas conceptuales sobre extraterritorialidad, desterritorialidad y externalización de controles y flujos migratorios”, *Revista de estudios jurídicos y criminológicos*, 2020, núm. 2, p. 155.

Los desafíos para la inmigración en la agenda 2030

La Agenda 2030 se configura como una guía de trabajo para la comunidad internacional cuyo propósito es realizar de manera coherente unas directrices que tiene, entre los muchos objetivos, la erradicación de la pobreza, la disminución de la desigualdad, el fortalecimiento de sociedades inclusivas, etc., donde se cristaliza la dignidad como presupuesto fundante de las acciones estatales en materia de reconocimiento de los derechos. Es un compromiso universal adquirido tanto, por países desarrollados, como los países en desarrollo en el marco de una alianza mundial reforzada. En el año 2015 la Asamblea General de las Naciones Unidas³⁹ aprueba la *Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible* que contiene 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS), 169 metas y 230 indicadores que se promulgan como un constructo de carácter indivisible⁴⁰. Con independencia de la categorización como documento que no resulta vinculante, se proyecta sobre el fundamento de los diferentes sistemas de protección reconocidos por los tratados internacionales y por ende, se extiende la salvaguarda en cuanto a los mecanismos específicos de protección de derechos, poniendo en el epicentro de sus objetivos la dignidad personal como un derecho universal. Son muchos los autores que reconocen con este compromiso una invocación internacional a la acción proteccionista para poner fin a la pobreza, proteger el planeta y mejorar las vidas y las perspectivas de las personas en la órbita planetaria y en la comunidad internacional supone un paso más para avanzar de manera conjunta hacia una sociedad inclusiva que garantice los derechos inherentes del ser humano.

³⁹ La Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, se aprueba por Naciones Unidas el 25 de septiembre de 2015. Esta agenda se plantea como un marco de reconocimiento que se proyecta sobre las personas bajo el ideario universal que reconocen los derechos humanos para crear sociedades pacíficas, justas e inclusivas.

⁴⁰ Los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible y la 169 asumen los Objetivos de Desarrollo del Milenio y con la intención de superar los aspectos inacabados teniendo como brújula el reconocimiento de los derechos humanos implementando sociedad igualitarias. Los Objetivos y las metas son de carácter integrado e indivisible y conjugan las tres dimensiones del desarrollo sostenible: económica, social y ambiental

Dentro de los ODS resulta destacable el objetivo 10.7 en la que se reconoce en relación al tema que nos ocupa “Facilitar la migración y la movilidad ordenadas, seguras, regulares y responsables de las personas, incluso mediante la aplicación de políticas migratorias planificadas y bien gestionadas”⁴¹. Esta meta pretende garantizar una movilidad ordenada que resulte segura para quienes optan por el desplazamiento tanto en el país de origen como el país de acogida. Sin embargo, no preconiza el ideario de los derechos humanos como derechos inherentes de las personas que optan por la libre circulación y desplazamiento, resaltando una migración planificada y gestionada por la soberanía estatal, lo que nos induce a pensar que esta formulación responde en clave de restricción y control en las fronteras.

De igual manera, cuando el contenido del objetivo pone de manifiesto la necesidad de facilitar una migración y una movilidad ordenada, no se explica a cómo debe entenderse o ejercitarse el flujo migratorio. Podría deducirse que cuando hace mención al término “orden” del fenómeno migratorio, se refiera a los migrantes de primera categoría, personas que no deben soportar la burocracia administrativa que se produce en el país de origen porque bien, vienen con contratos de trabajo cualificado o bien, el procedimiento que se lleva a cabo en el país de origen para gestionar la entrada de migrantes conforme a los requisitos establecidos.

Igualmente, la indeterminación que ofrece cuando se alude a las políticas migratorias que deben ser planificadas y estar bien gestionadas, hace que no se entienda quien o cómo debe planificar y gestionar esas políticas. En este sentido, el Pacto Mundial para las Migraciones en su apartado 7 se reconoce como:

“un marco de cooperación no vinculante jurídicamente que se basa en los compromisos acordados por los Estados Miembros en la Declaración de Nueva York para los Refugiados y los Migrantes. Su propósito es fomentar la cooperación internacional sobre la migración entre todas las instancias pertinentes, reconociendo que ningún Estado puede abordar la migración en solitario, y respetar la soberanía de los Estados y sus obligaciones en virtud del derecho internacional”.

⁴¹ Disponible en: <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/inequality/>

Ante el paradigma del derecho en la transnacionalización y sostenibilidad para garantizar una migración segura, ordenada y regular reconoce el Pacto que la movilidad transnacional como fenómeno globalizado no puede circunscribirse en un marco potestativo de los Estados firmantes. En relación al objetivo 23 del Pacto se pone de manifiesto el compromiso de:

“procurar que el Pacto Mundial y los marcos jurídicos y normativos internacionales vigentes se refuercen mutuamente armonizando la aplicación del Pacto Mundial con esos marcos, en especial la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible y la Agenda de Acción de Addis Abeba, teniendo en cuenta que en ellos se reconoce que la migración y el desarrollo sostenible son fenómenos pluridimensionales e interdependientes”.

Por todo ello, y teniendo en cuenta las observaciones que derivan del Pacto Mundial para las Migraciones, la Agenda 2030 no precisa quien debería planificar, establecer o implementar esas políticas migratorias a las que alude, como tampoco los términos en los que se deben efectuar estas políticas, si en la sociedad de origen o la sociedad de destino.

Siguiendo el análisis de la meta 10.7 de la Agenda 2030, en cuanto a la conceptualización del término migración no hace referencia a la misma, tomando como referencia la definición que realiza la OIM cuando reconoce al migrante como “toda persona que se traslada fuera de su lugar de residencia habitual, ya sea dentro de un país o a través de una frontera internacional, de manera temporal o permanente, y por diversas razones”⁴².

Resulta significativo además que en la Agenda no haya una especial mención a los desplazamientos forzosos, simplemente se hace mención al objetivo de garantizar la paz para lograr sociedades pacíficas e inclusivas empoderando a las sociedades de acogida.

⁴² Disponible en: <https://www.iom.int/es/migration/sobre-la-migracion#:~:text=T%C3%A9rmino%20gen%C3%A9rico%20no%20definido%20en,permanente%2C%20y%20por%20diversas%20razones>

La comunidad internacional se enfrenta a nuevos retos y desafíos ante la cruda realidad que se está visibilizando en la órbita planetaria. La situación que atraviesan numerosos países por la lucha de poder, los conflictos bélicos, la profunda recesión económica, está generando una significativa deshumanización que pone de manifiesto las situaciones de emergencia social en la población civil.

Los 17 objetivos que propone la Agenda se configuran como una respuesta proteccionista, sin embargo, la falta de precisión sobre algunas cuestiones vitales referentes a los desplazamientos forzados tienen como respuesta que resulten poco eficaces.

Para una mayor comprensión de los nuevos retos a los que se enfrenta la comunidad internacional y la soberanía de los Estados miembros, resulta del todo necesario tener presente el valor que representa el ideario de los derechos humanos como derechos inherentes y universales. Así lo entiende Liesa cuando reconoce que “las medidas que se deben adoptar para alcanzar los ODS suponen también una transformación cualitativa del funcionamiento de la sociedad internacional. Es un reto cuya consecución supone que el desarrollo sea compatible con el medio ambiente y los derechos humanos”⁴³.

Trabajar en el marco de la migración implica trabajar en base a las diferencias y presupuestos diferenciales que presentan los inmigrantes ya sea del tipo cultural, de género, de raza, etc. Por tanto, un modelo de política en materia de inmigración debe tener presente la diversidad como guía para garantizar sociedades inclusivas que viabilicen un mayor reconocimiento de los derechos inherentes a todos los seres humanos.

Esta sociedad inclusiva que defendemos sólo podría darse “cuando en una sociedad o institución hay sujetos de culturas diferentes puede catalogarse como realidad multicultural”⁴⁴. Habría que apuntar la consideración que hace la profesora Solanes, en este sentido, puesto que “no puede suponer que se diluyan las conquistas

⁴³ LIESA OLIVAN, Carlos. “Transformaciones del Derecho internacional por los objetivos de desarrollo sostenible”, en *Anuario español de derecho internacional*, vol. 32, 2016, p. 52.

⁴⁴ PEIRÓ I GREGÓRI, S. “Multiculturalidad y valores de convivencia educativa” en AAVV, PEIRÓ I GREGÓRI, S.; *Multiculturalidad escolar y convivencia educativa*, Ecu, Madrid, 2013, p. 92.

que se han realizado en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos, sino más bien al contrario, que estas se consoliden”⁴⁵.

Se parte del planteamiento de los valores derivados de la dignidad humana y de superar cualquier barrera en el ámbito del reconocimiento de los inmigrantes. Por ello, se precisa que los principios que irradian los derechos humanos como es la universalidad, inalienabilidad, indivisibilidad, igualdad y no discriminación estén presentes en las agendas políticas en materia de inmigración, valores que, por supuesto, no se han desarrollado de igual manera en los diferentes sistemas jurídicos; pues como indica Peces Barba “la filosofía de los derechos humanos no se plasmará plenamente en el derecho positivo hasta que no desaparezca la distinción entre nacional y extranjero”⁴⁶

Como acertadamente entiende el profesor Liesa en relación a los objetivos de la Agenda “esta hoja de ruta tiene, sin embargo, muchas páginas en blanco, que habrá que ir rellenando a través del desarrollo progresivo del Derecho internacional y del impulso a políticas nacionales e internacionales que la doten de contenido”⁴⁷. Puesto que la imprecisión que ya hemos analizado en las metas de los ODS que afectan al tema que nos ocupa, no tiene en cuenta la diferencialidad de las migraciones atendiendo a los supuestos de manera concreta, sino más bien estas diferencias se manifiestan como deficiencias del grupo más débil por el más fuerte⁴⁸. No se quiere decir con ello que, las metas propuestas en los ODS no sean inapreciables como punto de partida, el problema se presenta en la indeterminación que se produce en el desarrollo de los mismos y su relación con los derechos humanos.

En base a la importancia que asume el reconocimiento de los derechos humanos y la necesidad de implementar instrumentos que garanticen su efectiva realización en los derechos de los inmigrantes, es interesante atender al C.78 de

⁴⁵ SOLANES CORELLA, Ángeles. “La implementación de la Agenda 2030 desde el enfoque basado en derechos humanos” *Derechos y libertades: Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos*, nº 43, 2020, p.22.

⁴⁶ Gregorio Peces Barba, *Lecciones de derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004, pág. 212.

⁴⁷ LIESA OLIVAN, Carlos. “Transformaciones del Derecho internacional por los objetivos de desarrollo sostenible”, cit., p.3.

⁴⁸ KINCHELOE, Joe, STEINBERG, Shirley. *Repensar el multiculturalismo*, Octaedro, Barcelona, 2012, p.15.

AGNUR cuando reconoce que:

“los derechos humanos de los migrantes y el trato humano que se les dispense deben seguir siendo el centro de todas nuestras acciones. La experiencia de los emigrantes y de sus familias puede brindar una perspectiva inestimable para plasmar los compromisos declarados en acciones efectivas. Todos los agentes deben participar conjuntamente en un diálogo y en un análisis, e inculcar la cooperación y las asociaciones a fin de actuar en solidaridad con y para todas las personas, como parte de la labor colectiva que haga realidad los beneficios de la migración para todos”⁴⁹

Igualmente, el párrafo 19 de la Agenda 2030 determina la importancia que sumen los derechos humanos cuando determina que:

“Reafirmamos la importancia de la Declaración Universal de Derechos Humanos, así como de otros instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos y el derecho internacional. Ponemos de relieve que, de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas, todos los Estados tienen la responsabilidad de respetar, proteger y promover los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas, sin hacer distinción alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento, discapacidad o cualquier otra condición”.

Este reconocimiento que hace la Agenda a propósito de la importancia en el que asumen los derechos humanos, no establece ninguna medida garantista para el efectivo ejercicio objetivo. La realidad que se impone, es la cosificación a la que se someten numerosas personas en numerosas fronteras, vulnerando sus derechos inherentes. Los derechos humanos deben formularse, por tanto, desde un principio igualitario impidiendo la exclusión social ante el fenómeno de la migración pues de darse algún elemento que favoreciera algún tipo de exclusión en la sociedad de acogida sobre el inmigrante, le imposibilitaría no solo el libre desarrollo de su personalidad, sino que además, le afectaría al pleno ejercicio de los derechos que le resultan inherentes.

Es responsabilidad de los Estados garantizar desde una perspectiva de

⁴⁹Disponible:https://migrationnetwork.un.org/sites/g/files/tmzbd1416/files/resources_files/sgs_report_sp_anish.pdf

gobernanza internacional y atendiendo a las especificidades de la realidad imperante a la hora de desarrollar estrategias que le respondan a los nuevos retos de la inmigración. La cuestión es preguntarnos cómo vamos a enfrentarnos a los nuevos desafíos desde la virtual universalidad que representan los derechos humanos. La respuesta que ofrece Hidalgo, en este sentido, es teniendo en consideración “el parámetro antropológico para tratar con ecuanimidad los conflictos interculturales que surgen inevitablemente, ya no de los choques civilizatorios, sino de los simples procesos migratorios en nuestra época postcolonial”⁵⁰, explicando además que “no se trata de negar la existencia de “identidades culturales”, sino de mostrar su naturaleza sintética, porque no se instaura a través de una suerte de auto-reflexión autóctona, sino a través de la diferenciación con respecto a otros pueblos y culturas y porque hay que evitar que se confundan la identidad sustancial con la esencial”⁵¹.

La pretensión de la Agenda 2030 en relación con el reconocimiento de los derechos humanos tiene como pilar la Carta de Naciones Unidas, donde en el apartado 8 expone:

“Aspiramos a un mundo en el que sea universal el respeto de los derechos humanos y la dignidad de las personas, el estado de derecho, la justicia, la igualdad y la no discriminación; donde se respeten las razas, el origen étnico y la diversidad cultural y en el que exista igualdad de oportunidades para que pueda realizarse plenamente el potencial humano y para contribuir a una prosperidad compartida; un mundo que invierta en su infancia y donde todos los niños crezcan libres de la violencia y la explotación; un mundo en el que todas las mujeres y niñas gocen de la plena igualdad entre los géneros y donde se hayan eliminado todos los obstáculos jurídicos, sociales y económicos que impiden su empoderamiento; un mundo justo, equitativo, tolerante, abierto y socialmente inclusivo en el que se atiendan las necesidades de los más vulnerables”⁵².

Es esta una pretensión que tiene visos de preconizar el valor de la dignidad

⁵⁰ HIDALGO TUÑAN, Alberto. “Los parámetros del multiculturalismo en los Derechos Humanos”. *En 70º aniversario de la declaración universal de derechos humanos: La Protección Internacional de los Derechos Humanos en cuestión*. Tirant lo Blanch, 2018, p.40.

⁵¹ HIDALGO TUÑAN, Alberto. “Los parámetros del multiculturalismo en los Derechos Humanos”, p. 41.

⁵² Naciones Unidas. (2015). Transformar nuestro mundo: la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible. Resolución aprobada por la Asamblea General el 25 de septiembre de 2015 (A/RES/70/1). Disponible en: https://www.un.org/ga/search/view_doc.asp?symbol=A/RES/70/1&Lang=S

como respuesta directa del libre desarrollo de la personalidad y su más que necesario reconocimiento en relación a la garantía de los derechos inherentes del ser humano.

Conclusiones

El fenómeno migratorio presenta un marco de nuevos desafíos en el que resulta exigible el impulso en la implementación de estrategias en el derecho internacional de derechos humanos desde una proyección transversal. El enfoque del inmigrante como sujeto especialmente vulnerable debe proyectarse desde un presupuesto teórico y político que exige a la Unión Europea y sus Estados miembros la implementación de políticas sociales que respondan al ideario de justicia social valorando la importancia de los seres humanos sin hacer distinción por razón de identidad cultural.

La gestión de la subsistencia del inmigrante en el proceso de acceso a la sociedad de acogida es un problema general que debe ser atendido por la comunidad internacional como un problema de responsabilidad común. Pero esto no impide reconocer la especial responsabilidad del Estado al que pretenden acceder los inmigrantes, que habrá de poner los medios humanos y materiales exigibles para evitar que se produzcan catástrofes humanitarias.

La progresiva omisión de los derechos humanos en la implementación de políticas por parte de la comunidad internacional progresa de manera paralela a los conflictos armados o desastres naturales que llevan como respuesta lógica el aumento de los desplazamientos humanos para alcanzar un medio de vida que garantice sus derechos de vida digna. Los nuevos desafíos a los que se enfrentan la comunidad internacional no es otra que la de alcanzar estrategias para una entrada al país de acogida de forma controlada; ello claro está, colisiona con el actual escenario que viene caracterizado por el aumento en los flujos de desplazamientos forzados que requieren una respuesta de emergencia social y protección internacional.

El derecho de asilo, en este punto, recae sobre el principio magistral de la protección internacional de los derechos humanos. Es por ello que, el derecho a la

libre circulación así como el desplazamiento por causas forzadas, debe configurarse como una cuestión de primer orden en las agendas internacionales.

El objetivo de los controles fronterizos tienen un fundamento claro que no es otro que garantizar la seguridad de la soberanía estatal, sin embargo, se podría afirmar que con las medidas la adopción de medidas administrativas y policiales, se intenta garantizar la estabilidad económica de la Unión Europea y ello, qué duda cabe, tiene como contrapartida el deterioro del postulado de la autonomía personal y el libre ejercicio de los derechos y libertades que resultan inherentes al individuo como ser, atentando además al pilar básico de las democracias.

Bibliografía

AGAMBEN, Giorgio, CUSPINERA, Antonio Gimeno. *Estado de excepción. Homo sacer*. Pretextos, Valencia, 2004.

ANSUÁTEGUI ROIG, Francisco Javier. “Argumentos para una teoría de los derechos sociales”, *Derecho del Estado*, 2010, vol. 24, pp. 45-64

AÑÓN ROIG, María José. “El test de la inclusión: los derechos sociales”, AA.VV., *Trabajo, derechos sociales y globalización. Algunos retos para el siglo XXI*, (Antón, Antonio, coordinador), Talasa, Madrid.

ARA PINILLA, Ignacio. *Las transformaciones de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1990.

BECK, Ulrich. *La sociedad del riesgo mundial. En busca de la seguridad perdida*, Paidós, Barcelona, 2008.

BONET PÉREZ, Jordi. “Aproximación jurídica internacional al ejercicio de la jurisdicción civil universal frente a violaciones graves de derechos humanos”. *Deusto Journal of Human Rights*, 2020, nº 5, pp. 13-40.

CAMPESI, Giuseppe. “Migraciones, seguridad y confines en la teoría social contemporánea”, *Revista Crítica Penal y Poder*, nº3, 2012, pp. 1-20.

DE ASÍS ROIG, Rafael. “Derechos humanos, inmigración y solidaridad razonable”, *Justicia, Migración y Derecho*, Miraut Martín, Laura (edit.) Dykinson, Madrid, pp. 55-77.

DE CASTRO CID, Benito. *Los derechos económicos, sociales y culturales: análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*, Universidad de León, León, 1993.

DE GENOVA, Nicholas. "The Deportation Regime: Sovereignty, Space and the Freedom of Movement", *The Deportation Regime: Sovereignty, Space and the Freedom of Movement*, Durham, Duke University Press, 2010, pp.33-65.

DE LUCAS MARTÍN, Javier. "Como introducir el principio de justicia en las políticas de inmigración", *Justicia, Migración y Derecho*, Miraut Martín, Laura (edit.) Dykinson, Madrid, 2004, pp. 15-54.

DE LUCAS MARTIN, Javier. "Derechos sociales de los inmigrantes: ciudadanía y exclusión", AA.VV., *Lecciones de derechos sociales*, (Añón Roig, María José y García Añón, María José, coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp.303-326.

DE LUCAS MARTÍN, Javier. *Puertas que se cierran. Europa como fortaleza*, Icaria, Barcelona, 1996.

DE VELASCO VALLEJO, Manuel. *Instituciones de derecho internacional público*, Tecnos, Madrid, 2009.

DEL VALLE GÁLVEZ, José Alejandro. "Inmigración, derechos humanos y modelo europeo de fronteras: Propuestas conceptuales sobre extraterritorialidad, desterritorialidad y externalización de controles y flujos migratorios", *Revista de estudios jurídicos y criminológicos*, 2020, núm. 2, pp. 145-210.

DURÀ TOHUS, Jaume. "Perspectiva global del asilo y refugio en España", *Libertad de circulación, asilo y refugio en la Unión Europea. Libertad de circulación, asilo y refugio en la Unión Europea* REIG FABADO, Isabel (dir), Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp.93-110.

GIDDENS, Anthony. *Manual de Sociología*, Alianza, Madrid, 2006.

GIL ARAUJO, Sandra, SANTI, Silvana, JARAMILLO, Verónica., "Externalización del control migratorio y políticas de migración familiar en Europa: instrumentos para un gobierno deslocalizado de la migración", *Migración, Estado y políticas*, RAMÍREZ, Jacques (edit.), *Cambios y continuidad en América del sur*, Vicepresidencia del Estado Plurinacional de Bolivia/CELAG, 2017, pp.197-213.

GUARDIOLA GARCÍA, Javier. "Delitos de inmigración clandestina: ¿tutela de los derechos de los extranjeros?", en AA.VV., *Ciudadanía y derecho en la era de la globalización*, DE JULIOS CAMPUZANO, Alfonso (edit.), Dykinson, Madrid, 2007.

- HIDALGO TUÑAN, Alberto. “Los parámetros del multiculturalismo en los Derechos Humanos”. *En 70º aniversario de la declaración universal de derechos humanos: La Protección Internacional de los Derechos Humanos en cuestión*. Tirant lo Blanch, 2018, pp. 37-48.
- PECES BARBA, Gregorio. *Lecciones de derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004.
- KINCHELOE, Joe, STEINBERG, Shirley. *Repensar el multiculturalismo*, Octaedro, Barcelona, 2012.
- LEMA AÑÓN, C., “Derechos sociales ¿para quién? Sobre la universalidad de los derechos sociales”, *Derechos y Libertades*, núm. 22, Época II, 2010, pp. 179-203.
- LIESA OLIVAN, Carlos. “Transformaciones del Derecho internacional por los objetivos de desarrollo sostenible”, en *Anuario español de derecho internacional*, vol. 32, 2016, pp. 49-81.
- LÓPEZ GARRIDO, Diego. *El derecho de asilo*, Trotta, Madrid, 1991.
- MALGESINI, Graciela, et al. *Guía de conceptos sobre migraciones racismo e interculturalidad*. La Cueva del Oso, Madrid, 1997.
- MIRAUT MARTÍN, Laura. “Los objetivos de las políticas de inmigración”, *Justicia, migración y derecho*, Dykinson, 2004.
- ORTEGA VELÁZQUEZ, Elisa. “La consolidación histórica de la migración irregular en Estados Unidos: leyes y políticas migratorias defectuosas”, Norteamérica. *Revista Académica del CISAN-UNAM* 12, núm. 1, 2017, pp. 637-689.
- PEIRÓ I GREGÓRI, Salvador. “Multiculturalidad y valores de convivencia educativa”
PEIRÓ I GREGÓRI, Salvador (coord.) *Multiculturalidad escolar y convivencia educativa*, Ecu, Madrid, 2013, pp. 91-122.
- PISARELLO PRADOS, Gerardo, *Los derechos sociales como derechos justiciables: potencialidades y límites*, PISARELLO, Gerardo (edit.), Bomarzo, Albacete, 2009.
- RAWLS, Jhon. *RAWLS, John*. “La idea de razón pública revisitada”, *Revista de Derecho de la Universidad de Chicago*, 1997, vol. 64, nº 3, pp. 765-807.
- REIG FABADO, Isabel. *Libertad de circulación, asilo y refugio en la Unión Europea. Libertad de circulación, asilo y refugio en la Unión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.

Revista Confrontos

CONFRONTOS JOURNAL OF LAW

SANTOLAYA MACHETTI, Pablo. *El derecho de asilo en la Constitución española*, Lex Nova, Madrid, 2001.

SOLANES CORELLA, Ángeles. “La implementación de la Agenda 2030 desde el enfoque basado en derechos humanos” *Derechos y libertades: Revista de Filosofía del Derecho y derechos humanos*, nº 43, 2020, pp.19-53.