

Editores:

Rubén Miranda Gonçalves

Fábio da Silva Veiga

ESTUDIOS DE DERECHO IBEROAMERICANO

VOLUMEN I

Coordinador:
Gabriel Martín Rodríguez

Dykinson, S.L.

ESTUDIOS DE DERECHO IBEROAMERICANO

Volumen I

Editores

Rubén Miranda Gonçalves
Fábio da Silva Veiga

Coordinador

Gabriel Martín Rodríguez

Dykinson, S.L.

No está permitida la reproducción total o parcial de este libro, ni su incorporación a un sistema informático, ni su transmisión en cualquier forma o por cualquier medio, sea este electrónico, mecánico, por fotocopia, por grabación u otros métodos, sin el permiso previo y por escrito del editor. La infracción de los derechos mencionados puede ser constitutiva de delito contra la propiedad intelectual (art. 270 y siguientes del Código Penal).

Diríjase a Cedro (Centro Español de Derechos Reprográficos) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra. Puede contactar con Cedro a través de la web www.conlicencia.com o por teléfono en el 917021970/932720407.

Los editores y el coordinador no son responsables de las opiniones,
comentarios o manifestaciones de los autores en los artículos publicados.

Este libro ha sido sometido a evaluación por parte de nuestro Consejo Editorial
Para mayor información, véase www.dykinson.com/quienes_somos

1ª edición: 2019

- © Rubén Miranda Gonçalves y Fábio da Silva Veiga (Editores)
- © Gabriel Martín Rodríguez (Coordinador)
- © Los autores, por su capítulo

Editorial DYKINSON, S.L. Meléndez Valdés, 61 - 28015 Madrid
Teléfono (+34) 91 544 28 46 - (+34) 91 544 28 69
e-mail: info@dykinson.com
<http://www.dykinson.es>
<http://www.dykinson.com>

ISBN: 978-84-1324-098-5

Maquetación:

Realizada por los autores

COMITÉ CIENTÍFICO

Angelo Viglianisi Ferraro (*U. Mediterranea di Reggio Calabria*)
Antonio Tirso Ester Sánchez (*Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*)
Armando Luiz Rovai (*PUC-SP/Mackenzie*)
Augusto Jobim do Amaral (*Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul*)
Catarina Santos Botelho (*Universidade Católica Portuguesa, Portugal*)
Catherine Maia (*Universidade Lusófona do Porto*)
Emilia Santana Ramos (*Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*)
Érica Guerra da Silva (*Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro*)
Fábio da Silva Veiga (*IBEROJUR/Universidad Europea de Madrid /UAH*)
Flávio Martins (*Damásio Educacional*)
Floriano de Azevedo Marques Neto (*Universidad de São Paulo*)
Gabriel Martín Rodríguez (*Universidad Europea de Madrid*)
Gilberto Atencio Valladares (*Universidad de Santiago de Compostela*)
Heron Gordilho (*Universidade Federal da Bahia*)
Irene Patrícia Nohara (*Universidade Presbiteriana Mackenzie*)
Jaime Aneiros Pereira (*Universidad de Vigo*)
João Proença Xavier (*Universidad de Coimbra*)
Jose Gabriel Assis de Almeida (*UNIRIO, Brasil*)
Julio Álvarez Rubio (*Universidad de Cantabria*)
Laura Miraut Martín (*Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*)
Lorenzo Mateo Bujosa (*Universidad de Salamanca*)
Marco Aurélio Gumieri Valério (*Universidade de São Paulo*)
Marcos Augusto Perez (*Universidade de São Paulo*)
Pablo Fernández Carballo-Calero (*Universidad de Vigo*)
Patrícia Anjos Azevedo (*ISMAI/IPMAIA*)
Pedro Avzaradel (*Universidade Federal Fluminense*)
Ricardo Gavilán (*Universidad Nacional de Asunción*)
Rodrigo Poyanco (*Universidad de los Andes, Chile*)
Rubén Miranda Gonçalves (*Universidad de Santiago de Compostela*)
Salvador Tomás Tomás (*Universidad de Murcia*)
Samuel Rodríguez Ferrández (*Universidad de Murcia*)
Sebastián Kiwonghi Bizawu (*Escola de Direito Dom Helder*)
Sheila Neder Carezetti (*Universidad de São Paulo*)
Vânia Aieta (*Universidade do Estado do Rio de Janeiro*)
Wilson Engelmann (*U. do Vale do Rios Sinos*)
Zélia Luiza Pierdoná (*Universidade Presbiteriana Mackenzie*)

Índice

Contornos e limites da confidencialidade na arbitragem empresarial no Brasil.....	7
Marco Aurélio Gumieri Valério	
Contextualização do direito concorrencial brasileiro	21
João Otávio Bacchi Gutiniaki	
Fábio da Silva Veiga	
Biopolítica e urbanização: estratégias de controle e exclusão social	31
Augusto Jobim do Amaral	
Henrique Mioranza Koppe Pereira	
Los paraísos fiscales y el intercambio de información tributaria.....	45
Gilberto Atencio Valladares	
A ação civil pública como proteção constitucional aos direitos de cidadania: efetividade das políticas públicas	54
Gianpaolo Poggio Smanio	
Andréia R. Schneider Nunes Carvalhaes	
La protección constitucional del patrimonio cultural en el ordenamiento jurídico brasileño: mención especial al patrimonio cultural subacuático.....	67
Rubén Miranda Gonçalves	
El dilema jurídico de la gestación subrogada	75
Laura Miraut Martín	
Florestas e água: breves comentários sobre o novo código florestal brasileiro e as áreas de preservação permanente	94
Pedro Curvello Saavedra Avzaradel	
Reflexões sobre a proteção jurídica dos migrantes venezuelanos no Brasil.....	106
Ana Paula Teixeira Delgado	
Mais ordem, menos direitos: abordagens críticas à Lei 13.491/2017 e seus impactos sobre a segurança pública e na tutela dos Direitos Humanos.....	117
Luciana Santos Silva	
Hilderim dos Santos Tomaz	
Bioética y nuevos desafíos jurídicos. Derecho humano de seguridad en el orden iberoamericano	128
João Proença Xavier	

Análise econômica do direito: necessidade de imposição de limites no aproveitamento dos critérios econômicos pelo direito	140
<p>Vinicius Figueiredo Chaves Nilton César da Silva Flores</p>	
Regulatory legislative harmonization and regulatory convergence processes impacts in the Brazilian Health Regulatory Agency on Sanitary Surveillance (ANVISA) as the International Public Policy making system	154
<p>Claudia Ribeiro Pereira Nunes Fernando Gonzalez Botija Pedro D. Peralta</p>	
Imprescindibilidade e avanços da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar na preservação das águas internacionais.....	167
<p>Carmen Sarmento Pimenta Eliane Octaviano Martins</p>	
O processo de fusão e a tutela dos credores à luz do regime jurídico português e breves notas comparativas entre os regimes jurídicos português e espanhol	180
<p>Marisa Dinis</p>	
Contrapontos do neoconstitucionalismo numa perspectiva ibero-americana	196
<p>Caio César Soares de Sousa Bruna Maria Jacques Freire de Albuquerque</p>	
A relação entre o direito fiscal interno, o direito fiscal da União Europeia e o direito fiscal internacional num contexto iberoamericano	206
<p>Patrícia Anjos Azevedo</p>	
La educación como instrumento de realización del libre desarrollo de la personalidad del inmigrante	217
<p>Antonio Tirso Ester Sánchez</p>	
La perspectiva del derecho de asilo como derecho subsistencial vital.....	232
<p>Emilia Santana Ramos</p>	
Evolución de la Cooperación Judicial Penal en la Unión Europea. Análisis de la lucha contra las drogas.....	252
<p>Álvaro Alzina Lozano</p>	
Accesibilidad universal y discapacidad en el Derecho español: base normativa de referencia y reparto de competencias entre las Administraciones públicas territoriales	264
<p>María José Molina García</p>	

Contornos e limites da confidencialidade na arbitragem empresarial no Brasil

MARCO AURÉLIO GUMIERI VALÉRIO¹

Universidad de San Paulo/Brasil

1. Introdução

A arbitragem é um dos assuntos mais fascinantes do Direito, tanto do ponto de vista material, quanto do ponto de vista processual. Trata-se de um meio extrajudicial de resolução de contendas, capaz de dirimir conflitos contratuais entre particulares, podendo ser determinada antes do surgimento da questão controvertida pela cláusula arbitral, ou depois, pelo compromisso arbitral.

Em princípio, pode-se citar como virtudes do instituto: *(i)* a possibilidade de uma questão de ordem técnica ser decidida por especialistas na área em discussão, diversamente da justiça estatal, onde é normal juízes sem o devido conhecimento, corroborarem com laudos de peritos que, na verdade, decidem a lide; *(ii)* a informalidade procedimental, que pode ser determinada pelas partes, na cláusula ou no compromisso arbitral, pelos árbitros escolhidos, ou ainda, ao adotar-se o rito de uma instituição arbitral; e, *(iii)* talvez a maior de todas as suas qualidades, a atmosfera favorável ao entendimento, haja vista o fato de as partes se conhecerem e os árbitros serem da confiança de ambos, favorecendo, assim, o surgimento de um clima conciliatório.

Um mantra repetido à exaustão por alguns estudiosos afirma ser a confidencialidade uma das vantagens da arbitragem, principalmente se comparada à publicidade do processo na justiça comum. Mais do que isso, recitam em coro que o sigilo que vigora no instituto é um dos benefícios mais apreciados, quando não o motivo principal pelo qual as partes escolhem resolver suas controvérsias por esta via particular.

¹ Professor Doutor na Universidade de São Paulo, Brasil.

A confidencialidade foi forjada como um escudo para proteger as partes demandantes na arbitragem contra uma possível divulgação de informações apresentadas por elas ou produzidas no transcurso do processo, relativas ao objeto da contenda, a uma pessoa específica ou ao público em geral. O sigilo do instituto se justificaria na salvaguarda dos interesses privados e na continuidade amistosa das relações entre as partes litigantes.

Na hipótese de inexistência da confidencialidade na arbitragem, a publicidade numa disputa, dependendo de sua natureza, poderia causar consequências nocivas para as partes demandantes, como revelar segredos técnicos ou ainda mostrar práticas internas dignas de proteção. Também poderia expor uma carência ou uma situação financeira precária, ou ainda a existência de um produto defeituoso que poderia prejudicar o prestígio das partes litigantes. O sigilo do instituto garantiria a preservação da imagem dos envolvidos frente aos concorrentes, aos fornecedores e, principalmente, aos consumidores, sem prejuízo para nenhum destes.

Para Fernández Rozas (2009, p. 355-6), a confidencialidade na arbitragem é um verdadeiro direito das partes demandantes de não terem revelado nada do que acontece no processo. Ainda segundo o autor, o sigilo se diferencia da ideia de privacidade, que se limita à possibilidade das partes litigantes proibirem a presença de pessoas estranhas ao processo, além de se distinguir de outros conceitos muito próximos, mas com conteúdo diverso como o silêncio das deliberações, o segredo do negócio, a natureza privada do instituto, a discrição profissional, etc.

A confidencialidade na arbitragem proporciona às partes um ambiente favorável para a solução dos seus conflitos sem as interferências externas que, em regra, não podem ser afastadas na justiça comum. Sua garantia cria uma atmosfera adequada para o desenvolvimento das audiências favorecendo a prova testemunhal, libertos da presença da imprensa ou do público que comprometa o desenvolvimento do processo.

Os estatutos que estabelecem as regras procedimentais de muitas entidades arbitrais optam por aplicar um sentido amplo de sigilo no instituto, estendendo sua exigência para outras pessoas além das partes, como os árbitros, os secretários, os representantes, as testemunhas, etc., para assistir e participar do rito livre de pressões.²

² Article 21. Hearings. [...] 3. The Arbitral Tribunal shall be in full charge of the hearings, at which all the parties shall be entitled to be present. Save with the approval of the Arbitral Tribunal and the parties, persons not involved in the proceedings shall not be admitted. Tradução Livre: Artigo 21. Audiências. [...] 3. O Tribunal Arbitral será responsável por todas as audiências, sendo que as partes terão o direito de estarem presentes. Salvo expressa autorização do Tribunal Arbitral ou das partes, as audiências não estarão abertas a pessoas não envolvidas no processo. INTERNATIONAL CHAMBER OF COMMERCE (ICC). International Court of Arbitration (ICA). Rules of Arbitration in force as from 1 January 1998. Disponível em: <<http://www.iccarbitration.org>>. Acesso em: 2 jun. 2017; Article 28. Hearings. [...] 3. Hearings shall be held in camera unless the parties agree otherwise. Tradução livre: Artigo 28. Audiências. [...] 3. As audiências serão celebradas a portas fechadas a menos que as partes acordem o contrário. UNITED NATIONS COMMISSION ON INTERNATIONAL TRADE LAW (Uncitral). Arbitration rules as revised in 6 December 2010. Disponível em: <<http://www.uncitral.org>>. Acesso em: 2 jun. 2017; Article 23. Hearing. [...] 6. Hearings are private unless the parties agree otherwise or the law provides to the contrary. Tradução livre: Artigo 23. Audiência. [...] 6. As audiências são privadas, a menos que as partes acordem em contrário ou a lei preveja o contrário. AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION (AAA). International Centre for

2. A confidencialidade da arbitragem no direito comparado

Em relação à confidencialidade na arbitragem, pode-se dizer que as legislações existentes no mundo permitem uma classificação com, ao menos, três categorias de normas: (i) as que não contêm nem sequer uma menção ao assunto; (ii) as que contêm os princípios gerais, contudo, sem se deter sobre a matéria; e, por fim, (iii) as que contêm não apenas os princípios gerais, como ainda desenvolvem o tema, chegando a minúcias.

Na primeira categoria – as que não contêm nem sequer uma menção à confidencialidade – está a Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional, sistematizada pela Comissão da Organização das Nações Unidas para o Desenvolvimento do Comércio Internacional (Uncitral), aprovada pela Assembleia Geral da ONU por meio da Resolução n. 40/72, de 11 de dezembro de 1985.³

As legislações da Alemanha⁴, da Argentina⁵, da Bélgica⁶, do Canadá⁷, do Chile⁸, da China⁹, da Colômbia¹⁰, dos Estados Unidos da América¹¹, da Holanda¹², de Honduras¹³, da Inglaterra¹⁴, do México¹⁵, do Panamá¹⁶, do Paraguai¹⁷, de Portugal¹⁸, do Uruguai¹⁹, dentre outras, não fazem qualquer referência ao sigilo.

Dispute Resolution (ICDR). Resolution procedures, including Mediation and Arbitration Rules amended and effective June 1, 2014. Disponível em: <<http://www.adr.org>>. Acesso em: 2 jun. 2017.

³ No Grupo de Trabalho que elaborou a Lei Modelo sobre Arbitragem Comercial Internacional da Uncitral prevaleceu a opinião de que a confidencialidade é um tópico que não deveria ser abordado por norma, mas sim, contemplada por regulamento de instituições especializadas. SANDERS, Pieter: “Uncitral’s Model Law on international and commercial arbitration: present situation and future”, *Arbitration International*, vol. 21, n. 4, 2005, p. 443.

⁴ GERMANY. Act on the Reform of the Law relating to Arbitral Proceedings of 22 December 1997, *Bundesgesetzblatt (Federal Law Gazette)*, 1997, Part I, p. 3224.

⁵ ARGENTINA. Ley n. 17.454 de 27 de octubre de 1981, que establece el Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

⁶ BELGIUM. Judicial Code Sixth Part: arbitration adopted in 4 July 1972 and last amended on 19 May 1998.

⁷ CANADA. Commercial Arbitration Act, 17 June, 1986.

⁸ CHILE. Ley n. 19.971 de 10 de septiembre de 2004, sobre Arbitraje Comercial Internacional.

⁹ CHINA. Arbitration Law of the People’s Republic of China, adopted in 31 August 1994.

¹⁰ COLOMBIA. Ley n. 1.563 de 12 de Julio de 2012, por medio de la cual se expide el Estatuto de Arbitraje Nacional e Internacional y se dictan otras disposiciones.

¹¹ USA. Federal Arbitration Act, Title 9, US Code, Section 1-14, February 12, 1925.

¹² NETHERLANDS. Arbitration Act, Book IV of the Code of Civil Procedure, 1 December 1986.

¹³ HONDURAS. Decreto de 17 de octubre de 2000 por medio de la cual se expide la Ley de Conciliación y Arbitraje.

¹⁴ ENGLAND. Arbitration Act, 17 June 1996.

¹⁵ MEXICO. Código de Comercio de la Federación de 7 de octubre de 1889; Título IV del Libro V – Arbitraje Comercial.

¹⁶ PANAMA. Decreto-Ley n. 5, de 8 de julio de 1999, establece el régimen general de arbitraje de la conciliación y la mediación.

¹⁷ PARAGUAY. Ley n. 1.879 de 24 de abril de 2002, por medio de la cual se expide la Ley de Arbitraje y mediación.

¹⁸ PORTUGAL. Lei n. 63 de 14 de dezembro de 2011, que aprova a Lei de Arbitragem.

¹⁹ URUGUAY. Ley n. 15.982 de 18 de octubre de 1988, el Código General de Proceso; Título VIII – Proceso Arbitral.

Já na segunda categoria – as que contêm os princípios gerais, contudo, sem se deter sobre a confidencialidade – está a Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, a Lei de Arbitragem do Brasil. Seu art. 13, § 6º, estabelece que o árbitro, no desempenho de sua função, além de outras imposições, deverá proceder com discrição.²⁰

Nesse rol situam-se, destarte, aquelas normas que, mesmo se referindo em algum momento à confidencialidade, não avançam no seu trato, carecendo de uma regulamentação que permita discernir qual é o seu alcance material ou o pessoal. As legislações da Bolívia²¹, da Espanha²², de El Salvador²³, da França²⁴, do Equador²⁵ e da Venezuela²⁶ também se encaixam bem nessa descrição.

Embora tenha sido um dos tópicos dos debates da 6ª Reunião da Comissão Especial de Juristas encarregada de rever a Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, realizada no dia 9 de agosto de 2013²⁷, o sigilo foi novamente abordado como um tema coadjuvante que caracteri-

²⁰ Art. 13. Pode ser árbitro qualquer pessoa capaz e que tenha a confiança das partes. [...] § 6º No desempenho de sua função, o árbitro deverá proceder com imparcialidade, independência, competência, diligência e discrição. [...] BRASIL. Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996. Dispõe sobre a arbitragem. Publicado no Diário Oficial da União, dia 24 de setembro de 1996. Disponível em: <<http://www.planalto.gov.br>>. Acesso em: 4 jun. 2017.

²¹ “Art. 2. Los siguientes principios regirán al arbitraje y la conciliación como medios alternativos de solución de controversias: [...] 3. Principio de privacidad, que consiste en el mantenimiento obligatorio de la necesaria reserva y confidencialidad.” BOLÍVIA. Ley de Arbitraje y Mediación n. 1770, de 10 de marzo de 1997.

²² “Art. 24. Principios de igualdad, audiencia y contradicción. [...] 2. Los árbitros, las partes y las instituciones arbitrales, en su caso, están obligadas a guardar la confidencialidad de las informaciones que conozcan a través de las actuaciones arbitrales.” ESPANHA. Ley de Arbitraje n. 60 de 23 de diciembre de 2003.

²³ “Art. 4. El arbitraje se regirá por los siguientes principios: (3) Principio de privacidad: es el mantenimiento obligatorio de la necesaria reserva y Confidencialidad”. EL SALVADOR. Decreto n. 914, de arbitraje y mediación de 11 de julio de 2002.

²⁴ “Art. 1464. A moins que les parties n’en soient convenues autrement, le tribunal arbitral détermine la procédure arbitrale sans être tenu de suivre les règles établies pour les tribunaux étatiques.[...] Sous réserve des obligations légales et à moins que les parties n’en disposent autrement, la procédure arbitrale est soumise au principe de confidentialité.” Tradução livre: Art. 1464. Salvo acordo em contrário entre as partes, o tribunal arbitral determina o procedimento arbitral sem ser obrigado a seguir as regras estabelecidas para os tribunais estaduais. [...] Sem prejuízo das obrigações legais e, a não ser que as partes em contrário, o processo de arbitragem está sujeita ao princípio da confidencialidade. FRANCE. Décret n. 2011-48 du 13 janvier 2011 portant réforme de l’arbitrage.

²⁵ Art. 34. Las partes sin perjuicio de los derechos de terceros, podrán convenir en la confidencialidad del procedimiento arbitral, en este caso podrán entregarse copias de lo actuado solamente a las partes, sus abogados o al juez que conozca el recurso de nulidad u otro recurso al que las partes se hayan sometido. ECUADOR. Ley n. 145 de 4 de setiembre de 1997. Ley de Arbitraje y Mediación.

²⁶ “Art. 42. Salvo acuerdo contraído de las partes los árbitros tendrán la obligación de guardar la confidencialidad de las actuaciones de las partes, de las evidencias y de todo contenido relacionado con el proceso arbitral.” VENEZUELA. Ley de Arbitraje Comercial, de 25 de marzo de 1998.

²⁷ Ação: Na presente data foi realizada a 6ª Reunião da Comissão, oportunidade na qual foi aprovada a ata da 5ª Reunião. Em sequência, a reunião tornou-se fechada e a Comissão ouviu o Dr. Flávio

za o instituto, sendo relegado a uma simples menção no parágrafo único do art. 22-C da Lei n. 13.129, de 26 de maio de 2015 estabelecendo, tão somente, a necessidade de sua previsão expressa para que o segredo seja observado pela justiça comum.²⁸

Em derradeiro, as normas da Austrália, da Escócia, da Nova Zelândia e do Peru são expoentes da terceira categoria – as que contêm os princípios gerais e os pressupostos mais usuais da confidencialidade na arbitragem – carregando em seu corpo todo um regramento em relação ao alcance tanto material quanto pessoal do sigilo no instituto.

A Lei de Arbitragem da Austrália de 1974, alterada em 2010, incorporou uma pormenorizada regulação em torno do dever de confidencialidade das partes e dos árbitros. O art. 15-1 define o que se deve entender por “informações confidenciais” e dispõe que o conceito de “revelação” inclui a sua entrega ou a sua comunicação por qualquer meio.²⁹ Já o art. 23-C1 e

Croce Caetano, Secretário da Reforma do Judiciário. Após, a Comissão deliberou sobre questões relacionadas a árbitros, prova, impugnação da sentença arbitral, homologação de sentença estrangeira, conflito de competência, arbitralidade e direito transindividual, extensão e transmissão da cláusula compromissória, confidencialidade na arbitragem e processo judicial, prescrição, conflitos societários e mediação. Reaberta a reunião, esta foi encerrada. Juntadas a Lista de Presença da 6ª Reunião (fl. 208) e a Ata da 5ª Reunião (fls.209 a 210). BRASIL. Senado Federal. Serviço de Apoio à Comissão Especial de Juristas. Reunião do dia 9 de agosto de 2013. Fonte: Diário do Senado Federal de 3 de setembro de 2013, pág. 25-33. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>; Acesso em: 4 jun. 2017.

²⁸ Art. 2º A Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, passa a vigorar acrescida [...] do seguinte art. 22-C, compondo um Capítulo IV-B [...]: “Capítulo IV-B Da Carta Arbitral. Art. 22-C. O árbitro ou o tribunal arbitral poderá expedir carta arbitral, para que o órgão jurisdicional nacional pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato solicitado pelo árbitro. Parágrafo único. No cumprimento da carta arbitral será observado o segredo de justiça, desde que comprovada a confidencialidade estipulada na arbitragem.” BRASIL. Lei n. 13.129, de 26 de maio de 2015. Altera a Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996, e a Lei n. 6.404, de 15 de dezembro de 1976, para ampliar o âmbito de aplicação da arbitragem e dispor sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral, a sentença arbitral e o incentivo ao estudo do instituto da arbitragem. Disponível em: <<http://www.senado.gov.br>>; Acesso em: 4 jun. 2017.

²⁹ “15. (1) In this Part: confidential information, in relation to arbitral proceedings, means information that relates to the proceedings or to an award made in the proceedings and includes: (a) the statement of claim, statement of defence, and all other pleadings, submissions, statements, or other information supplied to the arbitral tribunal by a party to the proceedings; and (b) any evidence (whether documentary or other) supplied to the arbitral tribunal; and (c) any notes made by the arbitral tribunal of oral evidence or submissions given before the arbitral tribunal; and (d) any transcript of oral evidence or submissions given before the arbitral tribunal; and (e) any rulings of the arbitral tribunal; and (f) any award of the arbitral tribunal; disclose, in relation to confidential information, includes giving or communicating the confidential information in any way.” Tradução livre: 15. (1) Nesta parte: informações confidenciais, em relação à arbitragem, significa o assunto que se relaciona com o processo ou com a sentença e inclui: (a) a inicial, a contestação, os pedidos, as declarações ou outras informações fornecidas ao tribunal arbitral pelas partes; (b) as evidências (sejam ou não documentais) fornecidas ao tribunal arbitral; (c) as anotações feitas pelo tribunal arbitral de prova oral ou submissões dadas perante o tribunal arbitral; (d) as transcrições dos testemunhos ou submissões dadas perante o tribunal arbitral; (e) as decisões do tribunal arbitral; e (f) as concessões do tribunal arbitral; divulgar, em relação às informações confidenciais, inclui repassar a informação de qualquer forma. AUSTRÁLIA. International Arbitration Act n. 136, December, 9, 1974.

C2, prescreve o dever das partes e dos árbitros de não revelar informações sigilosas relativas à arbitragem, salvo nos próprios casos em que a lei determinar ou quando seja permitida em virtude de uma ordem do tribunal arbitral ou do judicial.³⁰ Por sua vez, o art. 23-E detalha quais as circunstâncias em que as informações confidenciais podem ser expostas, tanto pelas partes quanto pelos árbitros e avança mais ao regram quando o tribunal arbitral poderá emitir uma ordem permitindo a revelação.³¹ Em derradeiro, o art. 23-F³² enumera em quais casos o tribunal judicial pode proibir ou permitir as partes que revelem ou não informações sigilosas da arbitragem, hipóteses estas elencadas pelo art. 23-G.³³

³⁰ “23-C. (1) The parties to arbitral proceedings commenced in reliance on an arbitration agreement must not disclose confidential information in relation to the arbitral proceedings unless: (a) the disclosure is allowed under section 23-D; or (b) the disclosure is allowed under an order made under section 23-E and no order is in force under section 23-F prohibiting that disclosure; or (c) the disclosure is allowed under an order made under section 23-G. (2) An arbitral tribunal must not disclose confidential information in relation to arbitral proceedings commenced in reliance on an arbitration agreement unless: (a) the disclosure is allowed under section 23-D; or (b) the disclosure is allowed under an order made under section 23-E and no order is in force under section 23-F prohibiting that disclosure; or (c) the disclosure is allowed under an order made under section 23-G.” Tradução livre: 23-C. As partes na arbitragem iniciada na dependência de uma convenção não devem divulgar informações confidenciais em relação ao processo arbitral, a menos que: (a) a divulgação seja permitida ao abrigo da seção 23-D; ou (b) a divulgação seja permitida por um despacho emitido sob a seção 23-E e nenhuma outra determinação esteja em vigor ao abrigo da seção 23-F proibindo que haja a divulgação; ou (c) a divulgação é permitida por um despacho proferido ao abrigo da seção 23-G. (2) O tribunal arbitral não deve divulgar informações confidenciais em relação ao processo iniciado na dependência de uma convenção de arbitragem, a menos que: (a) a divulgação seja permitida ao abrigo da seção 23-D; ou (b) a divulgação seja permitida por um despacho emitido sob a seção 23-E e nenhuma outra determinação esteja em vigor ao abrigo da seção 23-F proibindo que haja a divulgação; ou (c) a divulgação seja permitida por um despacho proferido ao abrigo da seção 23-G. AUSTRALIA. International Arbitration Act n. 136, December, 9, 1974.

³¹ “23-E. (1) An arbitral tribunal may make an order allowing a party to arbitral proceedings to disclose confidential information in relation to the proceedings in circumstances other than those mentioned in section 23-D. (2) an order under subsection (1) may only be made at the request of one of the parties to the arbitral proceedings and after giving each of the parties to the arbitral proceedings the opportunity to be heard.” Tradução livre: 23-E. (1) o tribunal arbitral pode emitir uma ordem que permita que uma das partes do processo arbitral divulgue informações confidenciais em relação ao processo em circunstâncias outras que não as mencionadas na seção 23-D. (2) Um pedido ao abrigo da subseção (1) só pode ser feito a pedido de uma das partes no processo arbitral e depois de dar a cada uma a oportunidade de ser ouvida. AUSTRALIA. International Arbitration Act n. 136, December, 9, 1974.

³² “23-F. (1) A court may make an order prohibiting a party to arbitral proceedings from disclosing confidential information in relation to the arbitral proceedings if: (a) the court is satisfied in the circumstances of the particular case that the public interest in preserving the confidentiality of arbitral proceedings is not outweighed by other considerations that render it desirable in the public interest for the information to be disclosed; or (b) the disclosure is more than is reasonable for that purpose.” Tradução livre: 23-F. (1) o tribunal pode emitir uma decisão que proíba uma das partes de divulgar informações confidenciais em relação ao processo se: (a) o tribunal entender, na análise das circunstâncias do caso, que o interesse privado em preservar a confidencialidade da arbitragem não se justifica diante de outras considerações, tornando desejável, no interesse público, que essas informações sejam divulgadas; ou, (b) a divulgação é muito mais do que razoável para o objetivo proposto. AUSTRALIA. International Arbitration Act n. 136, December, 9, 1974.

³³ “23-G. (1) A court may make an order allowing a party to arbitral proceedings to disclose confidential information in relation to the arbitral proceedings in circumstances other than those mentioned in section

A Lei de Arbitragem da Escócia de 2010 também regula de maneira pormenorizada o regime de confidencialidade na arbitragem. Em seu art. 26.4, define que a expressão “informação confidencial” abrange toda informação relativa à controvérsia, ao processo e à sentença arbitral, sempre que não esteja, ou não houvesse estado em domínio público. Determina, ainda, em seu art. 26.2, que a divulgação da informação sigilosa pelos árbitros ou pelas partes, implicará numa violação ao dever de confidencialidade, salvo nas exceções permitidas pelo art. 26.1. Também estabelece em seu art. 26.2, aos árbitros e às partes, o dever de tomar todas as medidas razoáveis para impedir divulgações não autorizadas de informações sigilosas e ao tribunal arbitral, em seu art. 26.3, a obrigação de informar às partes o início da arbitragem bem como os deveres impostos pela norma.³⁴ Finalmente, prevê em seu art. 27.1, que as deliberações dos árbitros devem se desenvolver em ambiente reservado.³⁵

23-D if: (a) the court is satisfied, in the circumstances of the particular case, that the public interest in preserving the confidentiality of arbitral proceedings is outweighed by other considerations that render it desirable in the public interest for the information to be disclosed; and (b) the disclosure is not more than is reasonable for that purpose.” Tradução livre: 23-G. (1) o tribunal pode emitir um despacho permitindo que as partes da arbitragem divulguem informações confidenciais em circunstâncias outras que não as mencionadas na seção 23-D se: (a) o tribunal entender, na análise das circunstâncias do caso, que o interesse privado em preservar a confidencialidade da arbitragem não se justifica diante de outras considerações, tornando desejável, no interesse público, que essas informações sejam divulgadas; ou, (b) a divulgação é muito mais do que razoável para o objetivo proposto. AUSTRALIA. International Arbitration Act n. 136, December, 9, 1974.

³⁴ “Rule 26. (1) Disclosure by the tribunal, any arbitrator or a party of confidential information relating to the arbitration is to be actionable as a breach of an obligation of confidence unless the disclosure: (a) is authorised, expressly or impliedly, by the parties (or can reasonably be considered as having been so authorised); (b) is required by the tribunal or is otherwise made to assist or enable the tribunal to conduct the arbitration; (c) is required: (i) in order to comply with any enactment or rule of law; (ii) for the proper performance of the discloser’s public functions; or (iii) in order to enable any public body or office-holder to perform public functions properly; (d) can reasonably be considered as being needed to protect a party’s lawful interests; (e) is in the public interest; (f) is necessary in the interests of justice; or (g) is made in circumstances in which the discloser would have absolute privilege had the disclosed information been defamatory. (2) The tribunal and the parties must take reasonable steps to prevent unauthorised disclosure of confidential information by any third party involved in the conduct of the arbitration. (3) The tribunal must, at the outset of the arbitration, inform the parties of the obligations which this rule imposes on them. (4) “Confidential information”, in relation to an arbitration, means any information relating to: (a) the dispute; (b) the arbitral proceedings; (c) the award; or (d) any civil proceedings relating to the arbitration in respect of which an order has been granted under section 15 of this Act, which is not, and has never been, in the public domain. Tradução livre: Art. 26. (1) a divulgação pelo tribunal, pelo árbitro ou pelas partes de informações confidenciais relativas à arbitragem é tratada como violação de obrigação de confiança a menos que a divulgação: (a) seja autorizada, de forma expressa ou tácita, pelas partes (ou pode ser considerada como tendo sido autorizada para tal); (b) seja solicitada pelo tribunal ou feito para ajudar ou permitir que o tribunal competente conduza a arbitragem; (c) seja autorizada: (i) para cumprir com as regras de direito; (ii) para o bom desempenho das funções públicas de quem divulgou; ou (iii) para permitir que qualquer organismo público ou titular de cargo possa desempenhar suas funções públicas corretamente; (d) seja considerada como sendo necessária para proteger os interesses legítimos de uma das partes; (e) seja de interesse público; (f) seja necessária no interesse da justiça; ou (g) seja feita na circunstância em que quem revela tenha privilégio absoluto porque a informação divulgada tinha sido difamatória. (2) O tribunal e as partes devem tomar medidas para evitar divulgação não autorizada de informações confidenciais por terceiros envolvidos na condução da arbitragem. (3) O tribunal deve, desde o início, informar as partes das obrigações que esta

Nessa esteira, a Lei de Arbitragem da Nova Zelândia de 1996, reformada em 2007 consagra a confidencialidade como um elemento inerente ao instituto. Estabelece, em seu art. 14-A³⁶, que o tribunal arbitral deve conduzir a arbitragem de forma discreta. Além disso, estipula, em seu art. 14-B³⁷ que as partes e os árbitros são impedidos de divulgar informações sigilosas. Também se ocupa, em seu art. 14-F, de detalhar quais as exceções à confidencialidade, liberando as partes e os árbitros, em certas situações, para divulgar dados relativos à arbitragem. Por fim, coloca, no art. 14-I, um regime especial para os procedimentos judiciais relacionados ao processo arbitral, trazendo algumas exceções à sua publicidade.³⁸

Por fim, a Lei de Arbitragem do Peru é a única na América Latina a discorrer minuciosamente sobre a confidencialidade no instituto. O caráter reservado das audiências, por exemplo, é destacado em duas disposições diferentes da norma. Seu art. 39.4 estabelece que salvo acordo em contrário, o tribunal arbitral não pode realizar atos ou audiências de duas ou mais

regras impõe. (4) “informação confidencial”, em relação à arbitragem, entende-se qualquer informação relativa: (a) ao litígio; (b) ao processo; (c) ao prêmio; ou (d) a qualquer processo civil relativo à arbitragem em relação ao qual um pedido foi concedido nos termos do art. 15, o que não é, e nunca será no domínio público. SCOTHLAND. Arbitration Act n. 1, November, 18, 2009.

³⁵ Rule 27. (1) The tribunal’s deliberations may be undertaken in private and accordingly need not be disclosed to the parties. (2) But, where an arbitrator fails to participate in any of the tribunal’s deliberations, the tribunal must disclose that fact (and the extent of the failure) to the parties. Tradução livre: Art. 27 (1) As deliberações do tribunal poderão ser realizadas em privado e, por conseguinte, não precisam ser divulgadas para as partes. (2) Mas, se o árbitro não participar em qualquer das deliberações do tribunal, este deve divulgar o fato (e a extensão da falha) para as partes. SCOTHLAND. Arbitration Act n. 1, November, 18, 2009.

³⁶ 14-A. Arbitral proceedings must be private. An arbitral tribunal must conduct the arbitral proceedings in private. Tradução Livre: 14-A. A arbitragem deve ser privada. O tribunal arbitral deve conduzir o processo arbitral em privado. NEW ZELAND. Arbitration act, 2, September, 1996. Arbitration Amendment Act, 18, October 2007.

³⁷ “14-B. Arbitration agreements deemed to prohibit disclosure of confidential information: (1) Every arbitration agreement to which this section applies is deemed to provide that the parties and the arbitral tribunal must not disclose confidential information.” Tradução livre: 14-B. As convenções de arbitragem podem proibir a divulgação de informações confidenciais: (1) Para toda convenção arbitral a que esta seção se aplica pressupõe-se que as partes e o tribunal arbitral não devem divulgar informações confidenciais. NEW ZELAND. Arbitration act, 2, September, 1996. Arbitration Amendment Act, 18, October 2007.

³⁸ “14-I. Effect of order to conduct court proceedings in private (1) If an order is made under section 14F: (a) no person may search, inspect, or copy any file or any documents on a file in any office of the court relating to the proceedings for which the order was made; and (b) the court must not include in the court’s decision on the proceedings any particulars that could identify the parties to those proceedings. (2) An order remains in force for the period specified in the order or until it is sooner revoked by the court on the further application of any party to the proceedings.” Tradução livre: 14-I. Para a condução de processos judiciais em sigilo: (1) Se um pedido é feito ao abrigo da seção 14-F: (a) nenhuma pessoa pode pesquisar, inspecionar, ou copiar qualquer arquivo ou qualquer outro documento de um arquivo em qualquer escritório do Tribunal relativo ao processo em que o pedido foi feito; (b) o tribunal não deve incluir na sentença do processo todas as informações que possam identificar as partes dos processos. (2) O pedido permanece em vigor durante o período especificado no pedido ou até que seja revogada pelo tribunal a pedido de qualquer das partes no processo. NEW ZELAND. Arbitration Act, 2, September, 1996. Arbitration Amendment Act, 18, October 2007.

arbitragens conjuntamente e, por sua vez, seu art. 42.3 dispõe que salvo convenção entre as partes ou decisão de tribunal arbitral, todas as audiências e reuniões serão privadas.³⁹

O art. 51 oferece uma regulação que pretende ser integral sobre o regime de confidencialidade imperante na arbitragem.⁴⁰ Dispõe, no item 1, que salvo pacto em contrário, o tribunal arbitral, o secretário, a instituição arbitral, as testemunhas, os peritos e quaisquer outras pessoas que intervenham na arbitragem, estão obrigados a guardar segredo sobre o curso da mesma, incluindo a sentença, assim como sobre quaisquer outras informações das quais tenham conhecimento. No item 2 esclarece que o dever de confidencialidade também alcança as partes, seus representantes e assessores, salvo quando por exigência legal seja necessário tornar público algum procedimento ou, no caso, a sentença para proteger ou fazer cumprir um direito ou para interpor o recurso de anulação ou ainda executar a sentença em sede judicial.⁴¹ Finalmente, estabelece no item 3 que, em todas as arbitragens nas quais o estado peruano intervier como parte, os procedimentos arbitrais estarão sujeitos ao sigilo, mas a sentença será pública, uma vez findo o processo.⁴²

³⁹ “Art. 39. Demanda y contestación. [...] 4. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral no puede disponer la consolidación de dos o más arbitrajes, o disponer la realización de audiencias conjuntas; Art. 42. Audiencias. [...] 3. Salvo acuerdo distinto de las partes o decisión del tribunal arbitral, todas las audiencias y reuniones serán privadas. PERU. Decreto Legislativo n. 1071, 27 de junio de 2008 que norma el arbitraje.

⁴⁰ “El art. 51 propone regular por primera vez con claridad en el Perú las reglas de confidencialidad que deben observar los árbitros, el secretario, las instituciones arbitrales, las partes y demás participantes en un arbitraje. Es de destacar que, tratándose de laudos arbitrales en los que intervenga el Estado peruano, se dispone que éstos sean públicos, debido a que en los mismos se pueden haber resuelto materias que importan al interés general o al uso o afectación de fondos públicos, situaciones en las que por transparencia, los ciudadanos y autoridades deben contar con acceso a la información pertinente”. PERU. Decreto Legislativo n. 1071, 27 de junio de 2008 que norma el arbitraje. Exposición de Motivos.

⁴¹ Como dato interesante, debe destacarse que la nueva ley peruana no ha conservado una disposición contenida en la anterior Ley General de Arbitraje (N° 26.572, de 1996), que establecía el deber del juez, en caso de haber tenido que recurrirse a la ejecución forzada judicial de un laudo, de ordenar la publicación de un aviso en ese sentido: “El Juez ordenará, a instancia de la parte que solicite la ejecución, la publicación en los diarios y/o revistas que se señale, de un aviso en donde se haga mención de haberse tenido que recurrir a la instancia judicial para obtener la ejecución del laudo” (LGA de 1996, artículo 87). Esta norma “constituí[ía] un interesante dispositivo que reverdec[ía] la antigua práctica de los primeros gremios de comerciantes de épocas medievales, en donde el agremiado afectado podía publicitar la conducta ilegal del infractor, hiriendo así su reputación que, ante los ojos de los demás agremiados, lo condenaba prácticamente al ostracismo”. CHÁVEZ BARDALES, Enrique: “Nuevas perspectivas sobre privacidad y confidencialidad en el arbitraje comercial internacional”, *Rev. Lima Arbitration*, N° 3, 2007/2009, ps. 238 y siguientes.

⁴² “Art. 51. Confidencialidad. 1. Salvo pacto en contrario, el tribunal arbitral, el secretario, la institución arbitral y, en su caso, los testigos, peritos y cualquier otro que intervenga en las actuaciones arbitrales, están obligados a guardar confidencialidad sobre el curso de las mismas, incluido el laudo, así como sobre cualquier información que conozcan a través de dichas actuaciones, bajo responsabilidad. 2. Este deber de confidencialidad también alcanza a las partes, sus representantes y asesores legales, salvo cuando por exigencia legal sea necesario hacer público las actuaciones o, en su caso, el laudo para proteger o hacer cumplir un derecho o para interponer el recurso de anulación o ejecutar el laudo en sede judicial. 3. En todos los arbitrajes regidos por este Decreto Legislativo en los que interviene el Estado peruano como parte, las actuaciones arbitrales estarán sujetas a confidencialidad y el laudo será público, una vez terminadas las actuaciones.” PERU. Decreto Legislativo n. 1071, 27 de junio de 2008 que norma el arbitraje.

A Costa Rica representa um curioso caso de duplicidade de normas sobre arbitragem, sendo que cada uma delas adota uma posição diferente sobre a confidencialidade. A Lei de Arbitragem Doméstica da Costa Rica⁴³ nada prevê sobre a questão do sigilo no instituto, enquadrando-se na primeira categoria, contudo, a Lei de Arbitragem Comercial Internacional da Costa Rica⁴⁴ dispõe que o processo arbitral será confidencial e esse caráter será mantido mesmo se a justiça comum for acionada. Caberá ao juiz dar acesso às informações do processo arbitral unicamente às partes e aos seus advogados, encaixando, destarte, na segunda categoria.

3. A confidencialidade da arbitragem como uma garantia do processo

Não são poucas as vozes a pregar que a confidencialidade na arbitragem se constitui no principal elemento motivador para que empresas a pactuem, afinal, o sigilo no instituto lhes permitiria proteger a informação contábil, financeira, patrimonial e de propriedade industrial (marcas, patentes, *design*, *know how*), de seus negócios contra terceiros não envolvidos no eventual conflito.

Com efeito, a confidencialidade na arbitragem é uma garantia e por isso é uma obrigação que pesa sobre os árbitros, as partes e, em caso de arbitragem institucional, sobre a entidade arbitral. Igualmente, o sigilo no instituto é aplicável a peritos, a testemunhas, a tradutores, a intérpretes, a secretários, etc. que tenham participação no processo.

A confidencialidade na arbitragem também garante que os documentos aportados no processo, como declarações, provas e inclusive o texto da sentença, tenham proteção especial, sendo seu conteúdo utilizado somente aos fins do processo, posto que, não raro, a informação ali revelada inclui práticas comerciais ou estratégias empresariais, que podem dar informações aos competidores.

O fato da legislação de muitos países não se referirem expressamente ou, mesmo quando o preveem não tratarem detidamente da confidencialidade na arbitragem leva a doutrina a debater se o sigilo é característica inerente ao instituto, não necessitando de previsão normativa para sua garantia, ou se as partes devem pactuar um acordo por escrito para suprirem a falta de regra.

Aqueles que defendem a presunção da confidencialidade na arbitragem, ainda quando a legislação se silencie ou quando as partes não a tenham acordado, o fazem embasado na natureza privada da arbitragem. O dever de sigilo se manteria não só no transcurso do processo,

⁴³ COSTA RICA. Ley n. 7.727 de 4 de diciembre de 1997. Ley sobre resolución alterna de conflictos y promoción de la paz social.

⁴⁴ “Art 38. El procedimiento arbitral será confidencial. Cuando el expediente deba ser conocido ante los tribunales de justicia, se le dará únicamente acceso a las partes y sus representantes. Salvo acuerdo expreso en contrario, el laudo, una vez que se encuentre firme, será público. En él constarán los nombres de los árbitros y de los abogados participantes; sin embargo, por protección de las partes, estas serán identificadas únicamente mediante sus iniciales.” COSTA RICA. Ley n. 8.937, de 27 de abril de 2011. Ley sobre arbitraje comercial internacional, basada en la Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

como também concluído este. Já aqueles que insistem que a confidencialidade na arbitragem deve ficar claramente estabelecida num acordo independente ou até mesmo inserta no texto que fixe as regras a serem seguidas no processo, o fazem amparado na hipótese de que uma das partes possa revelar, como tática dilatória, certa informação levada ao processo e, assim, prejudicar seu desenvolvimento.

A confidencialidade na arbitragem, se considerada um dever, geraria também responsabilidade por seu descumprimento. Nesse sentido, o árbitro deveria considerar em sigilo todos os aspectos do processo, quer dizer, não poderia entregar atas das audiências a terceiros que não sejam parte e tampouco poderia obter vantagem pessoal da informação à qual teve acesso, em caso contrário, os árbitros seriam responsáveis pelos danos e prejuízos ocasionados às partes. Igualmente, algumas instituições arbitrais como o Centro Empresarial de Conciliação e Arbitragem da Venezuela⁴⁵, a Câmara de Comércio do Brasil⁴⁶ e a Câmara Americana de Comércio do Peru⁴⁷, consagram a confidencialidade como um dever, tanto em seus regulamentos como em seus respectivos Códigos de Ética, o que ocasionaria uma espécie de responsabilidade disciplinária do árbitro com o instituto.

⁴⁵ “Artículo 7.7: El Conciliador no podrá efectuar declaración o comentario alguno respecto de los asuntos tratados en el proceso de Conciliación; asimismo ninguna de las partes podrá promoverlo como testigo en cualquier proceso arbitral o judicial que surja con ocasión de la Conciliación”. Reglamento de conciliación y arbitraje. Centro Empresarial de Conciliación y Arbitraje (CEDCA), Venezuela, 2013.

⁴⁶ “Enunciado 3 – DEVER DE SIGILO: Antes, durante e mesmo após a arbitragem, guardar sigilo sobre o procedimento, os debates, as deliberações do Tribunal Arbitral e o conteúdo da sentença arbitral, a menos que as partes o liberem exclusivamente quanto à divulgação da sentença arbitral. Abster-se de usar informações obtidas durante o procedimento arbitral para obter vantagens pessoais ou para terceiros, ou que possam afetar quaisquer interesses de terceiros. Evitar a utilização de elementos colhidos em arbitragens da qual esteja ou tenha participado para a publicação de artigos jornalísticos ou técnico-jurídicos que possam proporcionar a identificação das partes e/ou da questão ‘sub judice’ pelo público alvo de tais matérias. Entregar ao Centro de Arbitragem e Mediação todo e qualquer documento ou papel de trabalho que esteja em seu poder ou, a critério das partes promover a destruição destes, sem que deles conserve cópias ou registros virtuais.” Código de Ética. Centro de Arbitragem e Mediação da Câmara de Comércio, Brasil, 2016.

⁴⁷ “Artículo 9º Confidencialidad: 1. Salvo estipulación en contrario, el tribunal arbitral, el secretario, la institución arbitral y, en su caso, los testigos, peritos y cualquier otro que intervenga en las actuaciones arbitrales, están obligados a guardar confidencialidad sobre el curso de ellas, incluido el laudo, así como sobre cualquier información que conozcan a través de dichas actuaciones, bajo responsabilidad; 2. El deber de confidencialidad también alcanza a las partes, sus representantes y asesores legales, salvo cuando por exigencia legal sea necesario hacer público las actuaciones o, en su caso, el laudo para proteger o hacer cumplir un derecho o para interponer el recurso de anulación o ejecutar el laudo en sede judicial; 3. En todos los arbitrajes regidos por este Reglamento en los que interviene el Estado peruano como parte, las actuaciones arbitrales están sujetas a confidencialidad y el laudo es público, una vez terminadas las actuaciones; 4. La inobservancia al deber de confidencialidad constituye falta grave que el tribunal arbitral aprecia según las circunstancias. En este sentido, el tribunal arbitral puede incluso efectuar una inferencia negativa respecto a los intereses de la parte que infringe el deber de confidencialidad y condenarla al pago de los gastos del arbitraje; 5. Salvo decisión distinta de cualquiera de las partes, transcurridos seis (6) meses de concluido el arbitraje, el Centro queda autorizado para publicar el laudo, con fines estrictamente académicos y/o estadísticos, sin que se identifique a las partes.” Reglamento de Arbitraje. Centro de Arbitraje de La Cámara de Comercio Americana (Amcham), Perú, 2013.

Sendo assim, quando existir a referida obrigação, caberá aos árbitros, por meio do seu poder normativo, avaliar o nível de proteção exigido pelo caso concreto, as consequências geradas pelo seu desrespeito e, o mais importante, as medidas que serão impostas para reparar o ocorrido.

Na hipótese de previsão expressa do dever de confidencialidade e ocorrendo a divulgação ilícita de informações por uma das partes sem a existência de qualquer dever legal ou justificativa justa, é indiscutível que se estaria diante de violação da norma. Questiona-se, no entanto, quem teria jurisdição para lidar com a referida violação e quais seriam as consequências àqueles que o fizeram. Pondera-se se teria os árbitros o poder de evitar nova quebra de sigilo e de punir o ato violador, independentemente da comprovação de qualquer dano ou, por outro lado, seriam apenas as perdas e danos indenizáveis de forma subjetiva.

A solução a ser adotada poderá depender dos fatos levados a conhecimento público e da sua capacidade de causar dano às partes demandantes, mesmo que seja difícil a sua mensuração em termos econômicos. Ainda assim, considerando que este ato poderá gerar maiores consequências com extrema rapidez, o agir dos árbitros para minimizar os efeitos da transgressão deveria ser imediato e adequado. Diante disso, pode-se questionar que medidas poderiam ser adotadas: punitivas, acautelatórias e reparatórias, ou se todas elas.

Toda regra tem sua exceção, por isso, na prática, a confidencialidade na arbitragem teria limites, por exemplo, se uma das partes impõe um recurso na justiça comum de nulidade contra a sentença, ou ainda se inicia o processo de execução da decisão arbitral, produzirá a intervenção judicial, levando ao conhecimento obrigatório do juiz sobre o procedimento, portanto, todo o processo arbitral se faz público. O sigilo no instituto também poderia ser quebrado por razões de interesse público como a verificação feita pela Receita Federal sobre os valores das ações processadas em entidades arbitrais, acesso este que já debatido nos tribunais, sendo dado ganho de causa ao órgão vinculado ao Ministério da Fazenda. A confidencialidade na arbitragem também precisa ser harmonizada com o dever de informar, que assegura o direito dos sócios e dos investidores de terem acesso a fatos relevantes que digam respeito ao dia a dia das sociedades anônimas. Por fim, o sigilo no instituto também pode ser restringido quando, a efeito de consolidar uma espécie de jurisprudência, se permita levar a conhecimento o conteúdo de algumas sentenças que possam influenciar a doutrina.

A confidencialidade não se trata de um princípio absoluto da arbitragem, apresentando limites que mantêm a ordem social e a efetividade da jurisdição. Existe um considerável número de casos na jurisprudência internacional que, devido à falta de normas claras sobre o sigilo no instituto, geraram insegurança jurídica. As cortes decidem mesmo diante dessas lacunas, contudo, em várias ocasiões, de forma contraditória.

4. Conclusão

A falta de um dispositivo legal que aborde detidamente a confidencialidade na arbitragem empresarial no Brasil gera confusão dada a sua imprecisão e, como previsto atualmente, não constitui uma resposta definitiva às expectativas quanto ao sigilo no instituto que demandam os novos rumos e a constante evolução do ambiente de negócios.

É primordial que o legislador, ao se debruçar sobre a atualização de normas especiais, tenha como objetivo garantir a segurança jurídica. A falta de previsão normativa para a aplicação da confidencialidade na arbitragem pode expor seus usuários e operadores a riscos que seriam evitados caso o sigilo no instituto fosse regulamentado por meio de lei.

Nas hipóteses em que a violação da confidencialidade na arbitragem não envolver direitos de terceiros e quando a convenção de arbitragem ou o estatuto da entidade arbitral prever a possibilidade de desrespeito ao sigilo no instituto, a questão deverá ser decidida em sede arbitral. Pode-se afirmar que a solução a ser adotada para remediar o descumprimento da confidencialidade na arbitragem dependerá dos fatos publicados e da capacidade de causar dano às partes cabendo, aos árbitros que presidem o processo agir rapidamente, para minimizar os efeitos da transgressão na regra de sigilo do instituto. Medidas de três ordens poderão ser adotadas contra o transgressor: (i) punitiva, condenando ao pagamento de multa; (ii) acautelatória, impedindo nova violação, inclusive sob pena de multa; e (iii) reparatória, cobrando uma indenização com base nos artigos 186 e 994 do Código Civil Brasileiro de 2002.

O dever de confidencialidade relacionado à arbitragem empresarial é de suma importância e, uma vez pactuado pelas partes ou previsto no estatuto da entidade arbitral, deve ser respeitado, caso contrário, mais importante será o tratamento adequado da violação pelos árbitros, a fim de que o propósito do instituto seja efetivamente cumprido.

5. Bibliografia

- BATISTA, L. O. Confidencialidade na arbitragem. *Anais do V Congresso do Centro de Arbitragem Comercial*. Lisboa: Almedina, 2010.
- CANTUARIAS SALAVERRY, F. *Arbitraje comercial y de las inversiones*. Lima: Fondo Editorial de la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas, 2007.
- CEPEDA ALTAMIRANO, C. El arbitraje y la importancia del principio de la confidencialidad. *Law review*. Universidad San Francisco de Quito, n. 1, vol. 1, janeiro de 2013.
- CROOKENDEN, S. Who should decide arbitration confidentiality issues? In *Arbitration International*. The journal of the London Court of International Arbitration, vol. 25, n. 04, 2009, pp. 609-610.
- ENDARA, F. El arbitraje en Ecuador: la confidencialidad en el arbitraje, el caso de Ecuador. *Futuros Abogados Latinoamericanos*. Revista eletrônica para estudantes de derecho latinoamericanos. Disponível em: <<http://futuros-abogados.blogspot.com/2010/03/el-arbitrajeen-ecuador.html>>. Acesso em: 2 jun. 2017.
- FERNÁNDEZ ROZAS, C. Trayectoria y contornos del mito de la confidencialidad en el arbitraje comercial. *Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, vol. II, n. 2, 2009.
- PARENTE, E. A. Processo Arbitral e Sistema. Coleção Atlas de Arbitragem. CARMONA, Carlos Alberto (Coord.). São Paulo: Atlas, 2012.
- PINTO, J. E. N. *A confidencialidade na arbitragem*. Câmara de Comércio Brasil-Canadá, 2004.
- THOMSON, C. R. Confidentiality in arbitration: a valid assumption? A Proposed Solution! *Dispute Resolution Journal*, vol. 62, n. 2, 2007.

VALÉRIO, M. A. G. Divulgación del proceso arbitral en los balances demostrativos de las sociedades anónimas abiertas brasileñas. Congreso Iberoamericano de Derecho Societario y de La Empresa. *El Derecho Societario y la Empresa en el Tercer Milenio*. Buenos Aires: Ediciones UADE, 2013, p. 55-60.

Contextualização do direito concorrencial brasileiro

JOÃO OTÁVIO BACCHI GUTINIEKI⁴⁸

Universidade Estadual do Norte do Paraná

FÁBIO DA SILVA VEIGA⁴⁹

Universidad de Alcalá de Henares

1. Notas introdutórias sobre o direito da concorrência

Uma reflexão prévia deve ser feita: nem todas as normas que tratam de regulação pelo Estado da Economia são normas de Direito da Concorrência. O Direito da Concorrência, ou Direito Antitruste, por sua vez, pode ser colocado com uma espécie do gênero Direito Econômico, auxiliando na consagração da liberdade de iniciativa econômica.

Existem diversas regras que ditam normas jurídico-econômicas e que não tratam da concorrência em si, isto, inclusive, por ditame constitucional. Apesar de ser pouco conhecido, e muitas vezes relegado no próprio ensino jurídico brasileiro, há uma verdadeira base constitucional, legislativa e doutrinária para o Direito Econômico.

São, por exemplo, as normas do art. 170 e seguintes da Constituição, que tratam sobre a Ordem Econômica e Financeira, estabelecendo os Princípios Gerais da Atividade Econômica, entre os quais está a livre concorrência (vide Art. 170, V, da CF). É aí que o Estado regula a

⁴⁸ Bacharel em Direito pela Universidade Estadual do Norte do Paraná. Realizou intercâmbio acadêmico na Faculdade de Direito da Universidade do Porto.

⁴⁹ Professor de Direito Empresarial no Máster en Abogacía da Universidad Europea de Madrid. Doutor em Direito Comercial pela Universidade de Vigo. Pesquisador da CAPES no exterior (Proc. 15113-0) com atuação na Universidad de Alcalá. Presidente do Instituto Iberoamericano de Estudos Jurídicos – IBEROJUR.

atividade econômica, seguindo determinado(s) objetivo(s) para o crescimento e desenvolvimento econômico da nação.

Calixto Salomão Filho (1998, p. 15-16, grifo nosso) retrata a necessidade da regulamentação do mercado:

A ideia da regulamentação do poder econômico no mercado tem origem em uma premissa sócio-econômica fundamental: todo agrupamento social, por mais simples que seja, organizado ou não sob a forma de Estado, que queria ter como fundamento básico da organização econômica a economia de mercado deve contar com um corpo de regras mínimas que garantam ao menos o funcionamento desse mercado, ou seja, que garantam um nível mínimo de controle das relações econômicas. Esse conjunto de regras constitui aquilo que a doutrina chama de Constituição Econômica, onde o termo constituição deve ser entendido como o nível mínimo de regulamentação para o funcionamento do sistema escolhido.

Portanto, o Direito Econômico é quem traz este nível mínimo de regulamentação do mercado, inserindo a presença e o poder regulatório estatal na economia, dando diretrizes e balizas para a consecução dos fins constitucionais de criar uma “sociedade livre, justa e solidária” e que garanta o “desenvolvimento nacional”, conforme são estabelecidos nos objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil, no art. 3º da Carta Maior.

Fábio Konder Comparato (1978, p. 471, grifo nosso), o pioneiro no estudo do Direito Econômico no Brasil, assim conceitua este “ramo” do direito, focando em sua finalidade:

O direito econômico aparece assim como um dos ramos deste direito aplicado, que supõe evidentemente um conhecimento prévio de categorias formais que se situam tradicionalmente na teoria geral do direito privado ou na teoria geral do direito público. E a sua unidade ou, se preferir, a sua autonomia nos é dada pela sua finalidade: traduzir normativamente os instrumentos da política econômica do Estado.

Entre tais instrumentos da política econômica, que são transformados, no Direito Econômico, em norma jurídica, temos a proteção ao bem jurídico da concorrência, ou da livre concorrência. Livre concorrência que é inclusive um princípio constitucional econômico. Assim, para dar vida à política econômica de Estado disposta na Constituição, são editadas as normas de Direito Econômico, e, por consequência, de Direito da Concorrência.

Isto porque, na atividade econômica capitalista, passaram a serem percebidas verdadeiras estranhezas, como: preços dominados e controlados por uma ou poucas companhias, restrições de acesso ao mercado, divisões geográficas do mercado entre concorrentes, acordos para a diminuição de produção, entre outras atividades, todas perniciosas ao mercado.

Mercado que pode ser compreendido como: “ambiente em que os agentes econômicos atuam por meio de ofertas e demandas (procuras), disputando participações (*market share*) diretamente relacionadas à preferência/conquista do consumidor” (Gaban; Domingues, 2012, p. 62).

As “estranhezas” que nasceram no mercado, que tratamos acima, são práticas que falariam a concorrência. Eduardo Molan Gaban e Juliana de Oliveira Domingues (2012, p. 62) assim exemplificam a livre concorrência:

Denomina-se “concorrência”, qualquer situação ou configuração de mercado em que é maximizada a quantidade ofertada, os preços são iguais ou muito próximos aos custos marginais, e os consumidores e os clientes têm liberdade para tomar decisões de consumo baseados em suas próprias preferências. Em complemento, essa ideia se adapta ao conceito de concorrência perfeita ou mercado perfeitamente competitivo.

Ainda sobre a “livre concorrência”, discorre Luciano Sotero Santiago (2008, p. 29-30, grifo nosso):

Concorrer é competir, é disputar a preferência de quem adquire ou utiliza produto ou serviço oferecido. Essa disputa dos agentes econômicos deve ocorrer sem embaraço. (...) A livre concorrência se caracteriza pela livre ação dos agentes econômicos, de forma que estes tenham liberdade para empregar os meios que julgarem próprios e adequados para conquistarem a preferência do consumidor. A livre concorrência se caracteriza, também, na liberdade em que os agentes econômicos, atuais ou potenciais, têm para entrar, permanecer e sair do mercado.

Desta maneira, fica clara a necessidade da proteção da livre concorrência pelas normas jurídicas. Será este o objeto do Direito da Concorrência: estabelecer regras que afastem do mercado aqueles que buscam desvirtuar seu “ponto ótimo”, ou seja, o equilíbrio trazido pela livre concorrência, evitando e punindo tanto condutas e quanto estruturas que se mostrem anticoncorrenciais, criando no mercado uma cultura da concorrência.

Como praticamente tudo na área jurídica, dificilmente teremos apenas um conceito para determinado termo, não seria diferente com o Direito da Concorrência. Buscando responder à questão com que intitulamos este tópico, encontramos na doutrina a seguinte definição para este ramo jurídico, dada por Eduardo Molan Gaban e Juliana Oliveira Domingues (2012, p. 61, grifo nosso):

O antitruste é um ramo do direito que procura disciplinar as relações de mercado entre os agentes econômicos, visando o estabelecimento de um ambiente de livre concorrência, cujos destinatários finais são os consumidores. Desse modo ele procura tutelar, sob sanção, o pleno exercício do direito à livre concorrência como instrumento da livre iniciativa, em favor da coletividade. Não existe um conceito único de direito da concorrência. Todavia, costumasse considerar que o direito da concorrência corresponde a um conjunto de regras relacionadas ao combate de acordos que restringem a concorrência, o abuso de posição dominante e as tentativas de fechamento de mercado por meio de concentrações empresariais.

Há deste modo, por trás do Direito da Concorrência, um direito à livre concorrência, sempre a buscar a materialização da livre iniciativa. Livre iniciativa que é, juntamente da

valorização do trabalho humano, a base da ordem econômica brasileira, tudo segundo a nova ordem constitucional, estabelecida pela Constituição da República de 1988.

Ressalte-se que o direito concorrencial não é um direito de igualdade, não há nenhuma regra dentro deste ramo jurídico que preveja que os competidores no mercado devam ser iguais. A desigualdade é obviamente natural dentro do mercado capitalista. Alguns são maiores, outros, menores. Alguns possuem maior qualidade, outros, pior. Entretanto, todos têm o dever de competir lealmente pela escolha do comprador, do consumidor.

O problema está no uso desta desigualdade para prejudicar os outros *players*, que são aqueles que atuam no jogo comercial. Há sim um problema de concorrência quando o maior produtor usa da sua capacidade de produção e de sua chance de trabalhar a lucro zero para “ganhar” todo o mercado, derrotando deslealmente os menores, para depois monopolizar e cobrar preços abusivos, pois não há mais concorrência.

Assim, podemos definir o direito da concorrência como o ramo do direito econômico que busca garantir a livre concorrência, seja para a entrada de novos empreendedores no mercado, seja para a possibilidade destes competirem entre si, impedindo que sejam estipulados acordos que minem a competitividade e façam com que apenas um ou poucos terminem por dominar todo o mercado, o direito da concorrência é o responsável pela ordem e manutenção de uma concorrência leal e saudável, essenciais para o cumprimento dos preceitos constitucionais para a ordem econômica.

2. O nascimento do direito da concorrência no Brasil

O direito da concorrência nasce no Brasil em meados da metade do século XX. A Constituição da República dos Estados Unidos Do Brasil, de 16 de julho de 1934 trouxe, em seu artigo 115, a garantia da liberdade econômica, entretanto, não houve qualquer legislação ordinária sobre o assunto.

A Constituição de 1937, conhecida por “polaca⁵⁰” em virtude das circunstâncias ditatoriais em que foi “decretada” (vide o introito da própria carta constitucional), obra do advogado mineiro Francisco Campos, o enigmático “Chico Ciência”, estabelecia em seu art. 141 que a lei fomentaria a economia popular, equiparando os crimes contra a economia popular com crimes contra o Estado.

Assim, consideramos o Decreto-Lei 1.716, de 28 de outubro de 1939, como o primeiro diploma concorrencial brasileiro, pois foi este que deu vida ao art. 141 da Constituição de 1937, definindo os crimes contra a economia popular e seu processo de julgamento.

Segundo Gilberto Bercovici (2006, p. 232, grifo nosso):

No Brasil, portanto, o direito concorrencial não nasce como consequência do liberalismo econômico, mas como repressão ao abuso do poder econômico, buscan-

⁵⁰ A Constituição de 1937 foi decretada (outorgada) pelo Presidente Getúlio Vargas em 10 de novembro de 1937, dando início ao período ditatorial chamado de Estado Novo. Recebeu o apelido de “polaca” por ser inspirada na legislação polonesa, semifascista, que dava ao governo autoridade e poderes quase que ilimitados. Foi redigida pelo então Ministro da Justiça Francisco Campos, o “Chico Ciência”.

do proteger a população em geral e o consumidor, em particular. Com este decreto-lei, pela primeira vez, proibem-se práticas abusivas, como manipulação de oferta e procura, fixação de preços mediante acordo de empresas, venda abaixo do preço de custo, etc. A preocupação principal era com relação aos preços, mais do que com a concorrência em si.

No mesmo Estado Novo, foi elaborada outra norma sobre o direito da concorrência, esta contribuindo verdadeiramente para a criação de uma disciplina concorrencial, o Decreto-Lei 7.666, de 22 de junho de 1945, que ficou amplamente conhecido por “Lei Malaia”. Este decreto-lei criou a Comissão Administrativa de Defesa Econômica, o embrião do atual CADE, responsável por executar as disposições nela contidas.

O próprio artigo primeiro do decreto-lei, que pedimos permissão para transcrevê-lo, *ipsis literis*, assim dispunha:

Art. 1º Consideram-se contrários aos interesses da economia nacional:

I – os entendimentos, ajustes ou acordos entre empresas comerciais, industriais ou agrícolas, ou entre pessoas ou grupo de pessoas vinculadas a tais empresas ou interessadas no objeto de seus negócios, que tenham por efeito:

- a) elevar o preço de venda dos respectivos produtos;
- b) restringir, cercear ou suprimir a liberdade econômica de outras empresas;
- c) influenciar no mercado de modo favorável ao estabelecimento de um monopólio, ainda que regional;

II – os atos de compra e venda de acervos de empresas comerciais, industriais ou agrícolas, ou de cessão e transferência das respectivas cotas, ações, títulos ou direitos, ou de retenção de estoques de mercadorias, desde que de tais atos resulte ou possa resultar qualquer dos feitos previstos nas alíneas a, b e c do item I;

III – os atos de aquisição ou detenção, a qualquer título, de terras, por parte de empresas industriais ou agrícolas, em proporção superior às necessidades de sua produção, desde que daí resulte ou possa resultar a supressão ou redução das pequenas propriedades ou culturas circunvizinhas;

IV – a paralisação, total ou parcial, de empresas comerciais, industriais ou agrícolas desde que de tal fato resulte ou possa resultar a elevação dos preços das mercadorias ou o desemprego em massa de empregados, trabalhadores ou operários;

V – a incorporação, fusão, transformação, associação ou agrupamento de empresas comerciais, industriais ou agrícolas, ou a concentração das respectivas cota, ações ou administrações nas mãos de uma empresa ou grupo de empresas ou nas mãos de uma pessoa ou grupo de pessoas, desde que de tais atos resulte ou possa resultar qualquer dos efeitos previstos nas alíneas a, b e c do item I.

Parágrafo único. Para os efeitos deste Decreto-lei a palavra “empresa”, abrange as pessoas físicas ou jurídicas de natureza comercial ou civil que disponham de organização destinada à exploração de qualquer atividade com fins lucrativos.

Percebe-se assim que, já em 1945, havia uma legislação toda referente aos atos ilícitos concorrenciais. Sobre tal, escreve Gilberto Bercovici (2006, p. 233):

A “Lei Malaia”, de forte cunho nacionalista, definiu as mais importantes fontes de abuso de poder econômico, tais como os entendimentos, ajustes ou acordos, visando elevar preços de venda, restringir, cercear ou suprimir a liberdade econômica de outras empresas e influenciar o mercado no sentido do estabelecimento de monopólio, etc. Era formado um regime de autorização prévia para formação, incorporação, transformação ou agrupamento de determinadas empresas, além do registro de outros ajustes e acordos, com influência no processo de produção e circulação de riquezas.

Todavia, com o fim da ditadura do Estado Novo, com a deposição de Getúlio Vargas pelo exército em 1945, o governo provisório de José Linhares revogou o Decreto-Lei 7.666.

Desde então viveu o Brasil um verdadeiro interregno, sem qualquer legislação específica sobre o direito da concorrência, até que, apenas em 1962, foi aprovada a Lei 4.137, em dez de setembro. Trata-se de um antigo projeto, de 1948, também de autoria de Agamennon Magalhães, o mesmo responsável pela Lei Malaia (Gaban; Domingues, 2012, p. 75).

O projeto foi aprovado somente em 1962, convertendo-se na Lei 4.137, de dez de setembro de 1962, e previa para a prática de abuso do poder econômico a utilização da empresa (toda e qualquer entidade de natureza civil ou mercantil, desde que explore atividades com fins lucrativos) pelo seu titular, pessoa física ou jurídica, como instrumento de obtenção do fim ilícito previsto em seu art. 2º. A lei enumerou todas as formas de abuso de poder econômico de forma taxativa, tornando o seu âmbito de aplicação o mais amplo possível, controlando até mesmo o setor público (art. 18). Foi criado para apurar e reprimir os abusos do poder econômico o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE).

Em que pese a existência desta lei concorrencial, com o Golpe Militar de 1964 houve uma forte mudança na doutrina econômica adotada pelo Estado. Tanto é que prevalecia a “doutrina da segurança nacional” sobre as regras concorrenciais. Na realidade, trocando em miúdos, o que valia era a vontade dos dirigentes do país, mesmo sendo formados monopólios ou praticados atos contra a lealdade da concorrência. Até porque, vivia-se tempos em que as regulamentações se davam por “decretos-lei”, que expressavam pura e somente a vontade dos comandantes do regime ditatorial.

As “mãos de ferro” dos militares decidiam quem eram os “escolhidos para crescerem”, sob um verdadeiro mutualismo que esquecia as fronteiras entre o público e o privado, fazendo miséria dos princípios republicanos, que deveriam inspirar o governo.

A preferência dos militares era clara pelo grande capital transnacional, relegando à própria sorte os pequenos e médios comerciantes, hoje chamados de empresários, que sofriam com a burocracia e dificuldade de acesso ao crédito, crédito que era abundante aos “amigos dos reis”.

André Ramos Tavares (2015, p. 1053), em um artigo intitulado *Facções privadas e a política econômica não democrática durante a ditadura brasileira*, bem reafirma o que acima tratamos:

O ambiente criado pela ditadura militar tornou propício um assédio pernicioso do poder econômico sobre a vontade estatal porque o próprio poder político esteve livre e fora do alcance de qualquer controle social ou institucional efetivo e das garantias democráticas. Nesse contexto a permeabilidade aos interesses privados pode se expandir e intensificar livremente. Como resultado do desvirtuamento das relações entre o Estado e o poder econômico privado, facilitado pela estrutura de concentração de poder e ausência de controle, o Estado pôde se tornar um manto para ocultar atos e interesses de eventuais empresas e particulares que obtivessem a chave de acesso.

Tanto é que, na década de 60, o Brasil tinha 66 (sessenta e seis) grupos empresariais classificados como bilionários, sendo que, destes 19 (dezenove) eram pertencentes ao Estado (estatais) e 32 (trinta e dois) eram formados de capital estrangeiro (Tavares, 2015, p. 1055). Sendo assim, apenas quinze grupos eram nacionais.

Sob a vigência da Lei 4.137/62, o CADE analisou, segundo Gilberto Bercovici (2006, p. 237-238), poucos processos, apenas onze até 1975, sendo que apenas em um deles foi detectado abuso de poder econômico. Ressaltando o autor que: “A razão da pouca importância dada ao CADE e à legislação antitruste no Brasil nas décadas de 1960 e 1970 é simples: a política econômica do regime militar era favorável à concentração empresarial e à formação de conglomerados”.

A Constituição de 1988 é marco para uma “nova ordem econômica”, baseada na livre iniciativa e na valorização do trabalho humano, presente em uma constituição democrática e plena dos mais sinceros ideais republicanos. É nesta ordem econômica que se insere o princípio da livre concorrência e abrem-se novos tempos ao seu sistema de proteção, por meio da edição da Lei 8.884/94.

Sobre lei da concorrência criada já nos ditames da Constituição de 1988, a Lei 8.884/94, escreve Eros Roberto Grau (2015, p. 209):

As regras da Lei n. 8.884/94 conferem concreção aos princípios da liberdade de iniciativa, da livre concorrência, da função social da propriedade, da defesa dos consumidores e da repressão ao abuso de poder econômico, tudo em coerência com a ideologia constitucional adotada pela Constituição de 1988. Esses princípios coexistem harmonicamente entre si, conformando-se, mutuamente, uns aos outros.

Esta “nova lei” transformou em alguns pontos o CADE, que passou a ser uma autarquia federal, criando um sistema de tutela da livre concorrência formado por um duplo enfoque: baseado tanto no controle de condutas como no controle de estruturas anticoncorrenciais, por isso pode ser chamado de um sistema híbrido (Gaban; Domingues, 2012, p. 76).

O sucesso da política brasileira de defesa da concorrência, regulada pela Lei 8.884/94, fez com que uma nova lei fosse editada, fazendo mudanças pontuais na estrutura do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), bem como algumas mudanças no direito substancial. Trata-se da Lei 12.529/2011, que trataremos a seguir, focando no ilícito concorrencial e sua ligação com a tradicional responsabilidade civil.

3. A lei 12.529/11 e o sistema brasileiro de defesa da concorrência

O advento da Lei 12.529/2011 trouxe inovações ao Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência (SBDC), que já existia durante a vigência da Lei 8.884/94, mas que, agora, passa ser composto pelo Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência (CADE) e pela Secretaria de Acompanhamento Econômico (SAE), do Ministério da Fazenda (MF).

O art. 4º da referida lei define o CADE como “entidade judicante com jurisdição em todo o território nacional, que se constitui em autarquia federal, vinculada ao Ministério da Justiça, com sede e foro no Distrito Federal, e competências previstas nesta Lei”.

Sobre o CADE, escreve Luciano Sotero Santiago (2008, p. 140):

O Conselho Administrativo de Defesa da Concorrência – CADE, órgão judicante com jurisdição em todo o território nacional, criado pela Lei n.º 4.137, de 10 de setembro de 1962, constitui o órgão mais importante do Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência. (...) Ressalte-se que o CADE, órgão do Poder Executivo Federal, mesmo tendo uma função judicante, não exerce nenhum Poder Jurisdicional, pois este é privativo dos órgãos do Poder Judiciário, previstos no artigo 92 da Constituição da República.

Dentro do CADE ainda há uma subdivisão interna, sendo o órgão constituído por: Tribunal Administrativo de Defesa Econômica, Superintendência-Geral e Departamento de Estudos Econômicos. Pode até existir uma impressão de que o CADE seja um órgão “parcial”, vez que na mesma autarquia estão presentes os “acusadores e os julgadores”, entretanto, há clara separação funcional, conforme salienta a doutrina:

O regime estabelecido pela nova lei já estabelece e favorece essa separação funcional. A uma, porque a nova estrutura do Cade já traça as linhas gerais dessa separação funcional. Pela nova lei, o Cade passa a ser composto de um *Tribunal Administrativo de Defesa Econômica* (integrado por um presidente e seis conselheiros e encarregado de julgar os atos de concentração e processos administrativos para apuração de infração à ordem econômica), uma *Superintendência-Geral* (com atribuição para instruir os atos de concentração e os processos administrativos para apuração de condutas) e um *Departamento de Estudos Econômicos* (responsável pela elaboração de estudos e pareceres econômicos, zelando pelo rigor e atualização técnica e científica das decisões do Cade). (Cordovil *et al.*, 2011, p. 33)

Em linhas gerais, os processos são instruídos pela Superintendência-Geral e julgados pelo Tribunal. O art. 9º da lei de defesa da concorrência é que define quais são as competências do plenário do tribunal e, entre elas, está: decidir sobre a existência de infração à ordem econômica e aplicar as penalidades previstas em lei e também decidir os processos administrativos para imposição de sanções administrativas por infrações à ordem econômica instaurados pela Superintendência-Geral.

As competências da Superintendência-Geral, por sua vez, estão bem delineadas no art. 13, como: promover, em face de indícios de infração da ordem econômica, procedimento pre-

paratório de inquérito administrativo e inquérito administrativo para apuração de infrações à ordem econômica.

Ainda é presente na formação do CADE o Departamento de Estudos Econômicos, a quem incumbe a elaboração de estudos e pareceres econômicos, de ofício ou por solicitação do Plenário, do Presidente, do Conselheiro-Relator ou do Superintendente-Geral, zelando pelo rigor e atualização técnica e científica das decisões do órgão, conforme definido no art. 17.

Para finalizar o tratamento dos órgãos que compõem o SBDC, não se pode olvidar da Secretaria de Acompanhamento Econômico (SEAE), do Ministério da Fazenda. Um órgão de caráter consultivo, responsável pela elaboração de estudos e difusão da cultura da concorrência dentro do próprio governo, em contato, por exemplo, com as agências reguladoras, propondo mudanças nas normas que afetam a liberdade da concorrência. Tem suas competências inscritas no art. 19 da Lei 12.529/11.

Sobre a SEAE:

Como mencionamos acima a Secretaria de Acompanhamento Econômico, do Ministério da Fazenda, permanece como integrante do SBDC, passando a ser responsável pela coordenação de atividades relativas à intersecção entre regulação e defesa da concorrência, concentrando-se nas discussões de marcos regulatórios *ex ante* e podendo se manifestar em qualquer caso de concentração econômica ou empresarial. (Cordovil *et al.*, 2011, p. 36, grifo nosso)

Conhecidos assim os órgãos que compõem atualmente o Sistema Brasileiro de Defesa da Concorrência, demonstrando a clara evolução do nosso antitruste nos últimos vinte anos, desde a publicação da lei 8.884/94 até a Nova Lei Brasileira de Defesa da Concorrência, a lei 12.529/11, em vigor desde o ano de 2012 e que sistematizou o direito concorrencial brasileiro, dando uma base legal atualizada e pronta à aplicação pelos órgãos responsáveis pelo *enforcement* da defesa econômica no Brasil.

4. Considerações finais

O direito da concorrência, ou direito antitruste, no Brasil, sofreu influência direta da regulamentação americana sobre o assunto, que deu-se no início do século XX com a edição do *Sherman act*, do *Clayton act* e também do *Free Trade Commission act*. Logo iniciou no país uma preocupação com a regulamentação dos crimes contra a economia popular, previstos constitucionalmente na Carta de 1937. Tal regulamentação foi concretizada pelo Decreto-Lei 1.716, de 1939, durante a ditadura militar de Getúlio Vargas. Ainda durante este período ditatorial, conhecido por Estado Novo, houve a edição da “lei Malaia”, alcinha dada ao o Decreto-Lei 7.666 de 1945. Entretanto, com o final do Estado Novo, logo foi revogado este decreto, voltando o país a ter uma legislação verdadeiramente concorrencial apenas em 1962. Em 1964 inicia-se um novo período ditatorial, desta vez com os militares a comandarem os destinos do país. Durante o período dos “anos de chumbo”, percebemos que havia uma atuação nula do Estado sobre questões de antitruste. Apenas com o fim da ditadura e o retorno à

democracia é que o Brasil voltou a ter na ordem do dia questões de direito da concorrência, com a edição da lei nº 8.884/94, que transformou o Conselho Administrativo de Defesa Econômica (CADE) em uma autarquia federal, consignando a este maior independência, modo pelo qual iniciou-se novos tempos para o antitruste brasileiro. Portanto, a atuação de uma autoridade da concorrência independente ainda é recente no Brasil, há pouco mais de vinte anos, o que ressalta que ainda existem diversos desafios a serem vencidos, desafios estes que serão tratados em outro trabalho de investigação.

Referências bibliográficas

- BERCOVICI, Gilberto. Constituição Econômica e Constituição Dirigente in BONAVIDES, Paulo; LIMA, Francisco Gérson Marques de & BEDÊ, Fayga Silveira (coords.), Constituição e Democracia: Estudos em Homenagem ao Professor J. J. Gomes Canotilho, São Paulo, Malheiros, 2006, p. 219-251.
- COMPARATO, Fábio Konder. O indispensável direito econômico. In: Estudos e Pareceres de Direito Empresarial. Rio de Janeiro: Forense, 1978.
- CORDOVIL, Leonor et al. Nova Lei de Defesa da Concorrência Comentada. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.
- DOMINGUES, Juliana Oliveira. Direito Antitruste. 3ª. edição. São Paulo: Saraiva, 2012.
- GUTINIEKI, João Otávio B.; VEIGA, Fábio da Silva. “A livre iniciativa na ordem constitucional luso-brasileira”. In: SILVA, Maria Manuela Magalhães [et al]. *Dimensões dos Direitos Humanos*. 1ed. Porto: Universidade Portucalense, 2016, v. 1, p. 67-78.
- SALOMÃO FILHO, Calixto. Direito Concorrencial: as estruturas. 1ª edição. São Paulo: Malheiros, 1998.
- SANTIAGO, Luciano Sotero. Direito da Concorrência: doutrina e jurisprudência. Salvador: Editora Juspodivm, 2008.
- TAVARES, André Ramos. Facções privadas e política econômica não-democrática da ditadura brasileira. Revista Brasileira de Estudos Constitucionais - RBEC, Belo Horizonte, ano 9, nº 32, maio/agosto 2015, pp. 1047-1066.
- VEIGA, Fábio da Silva. “Aspectos da posição dominante
- Disponível em: http://eprints.ucm.es/22265/1/Artigo_Direito_Concorrencia_FabioVeiga.pdf (acesso em 29 de outubro de 2017).

Biopolítica e urbanização: estratégias de controle e exclusão social

AUGUSTO JOBIM DO AMARAL⁵¹

HENRIQUE MIORANZA KOPPE PEREIRA⁵²

Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul

Introdução

O trabalho pretende aprofundar questões sobre a segregação espacial urbana em municípios brasileiros. Os estudos aqui desenvolvidos derivam de reflexões sobre políticas públicas urbanas, em especial compreendo o gerenciamento do espaço urbano e formas de atuação das políticas nas cidades para viabilizar maior efetividade de direitos através da participação política e inclusão deliberativa nos municípios brasileiros. Assim, observaram-se estratégias democráticas para o fortalecimento do capital social e da cidadania voltada às populações que sofrem a segregação espacial urbana. Dessa forma, objetiva-se trazer à discussão questões que importam diretamente à ordem jurídica de gerenciamento de espaço urbano, sobretudo o racismo e suas lógicas de exclusão social que reforçam estruturas de *gentrificação*.

Importa esclarecer que esta pesquisa integra um novo esforço de estudo em sede de pós-doutoramento no Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais da PUCRS sobre

⁵¹ Professor do Programa de Pós-Graduação em Ciências Criminais (Mestrado/Doutorado) da PUCRS (Brasil); Doutor em Altos Estudos contemporâneos (Ciência Política, História das ideias e Estudos Internacionais comparativos) pela Universidade de Coimbra (Portugal); Doutor, Mestre e Especialista em Ciências Criminais pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS).

⁵² Pós doutorando pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul (PUCRS) no programa de pós graduação em Ciências Criminais; Doutor em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul, na linha de pesquisa de políticas públicas; Mestre em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos (UNISINOS); Bacharel em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCS); Professor no curso de Direito e pesquisador do Grupo de Pesquisa Metamorfose Jurídica (UCS).

as racionalidades de gentrificação nas políticas urbanas, pretendendo contribuir diretamente para o estudo da temática da violência promovida pela soberania estatal no exercício do controle do espaço das cidades. Portanto, empenhado está em denunciar as diversas estratégias solidificadas nas políticas urbanas e na ordem normativa brasileira que agravam a exclusão social no país.

O problema do espaço urbano não se estabelece por acaso, e não apenas por incompetência dos gestores administrativos, muito menos por um mero complô engendrado por forças ocultas; mas pelo exercício de uma soberania estatal verticalizada, segregadora e racista, que mantém os privilégios de poderes hegemônicos ao reproduzir estruturas de controle de morte sobre populações, comunidades e territórios em nome de uma suposta segurança. O intuito deste estudo é indicar algumas bases para o debate acerca das racionalidades que fundam em geral as políticas urbanas no Brasil do século XXI, para que se possa efetivamente enfrentar os problemas que assolam populações vulneráveis que sofrem um literal genocídio nas metrópoles brasileiras. Massacres operados por políticas de segurança e políticas urbanas que negligenciam o acesso à cidade, falta de saneamento básico, saúde, condições de vida e de trabalho, de mobilidade urbana, ou seja, uma rede de políticas que mantém fixa a exclusão social na paisagem urbana. Aqueles que trabalham e refletem o espaço urbano constantemente se deparam com a inexpressiva eficiência de políticas urbanas que são voltadas às populações vulneráveis, e não raramente se questionam o “por que os esforços parecem ser em vão”. A resposta certamente passa por questionar os modos de governar engendrados pela soberania estatal.

1. O desvio: *espaço urbano desurbanizado*

O *espaço urbano desurbanizado* corresponde a uma ordem espacial que não seguiu uma lógica e uma metodologia para estabelecer um ambiente urbano adequado para os cidadãos que residem e convivem ali, mas isso não quer dizer que isso tenha ocorrido por um equívoco. A cidade, e sua estrutura urbana, pode ser considerada como um organismo vivo, que vai se modificando com o passar do tempo e reage singularmente aos diferentes acontecimentos que se apresentam no cotidiano da sociedade. Tal qual um organismo vivo dotado de consciência social, as características de uma cidade estarão diretamente ligadas ao seu passado e as subjetividades, ou seja, a toda a história e paradigmas que influenciam e direcionam a formação urbana da localidade até a presente observação. Faz-se necessário, então, compreenderem-se os complexos processos que ocorreram para a formação da cidade. Além disso, a cidade é formada por redes sistêmicas que envolvem elementos sociais, geográficos e políticos, os quais devem ser pesados e analisados com atenção, sob pena de se fazer uma leitura reducionista do urbano e comprometer qualquer ação que se planeje executar sobre a cidade e seus cidadãos.

Para tanto, entende-se a política urbanística como o conjunto de decisões e de ações que irá/poderá definir o futuro e as características da localidade enquanto cidade e espaço urbano. Essa política deve ser, necessariamente, uma política pública que vinculará a ação estatal e o procedimento deliberativo democrático para a sua formulação, aceitação e execução. Uma vez que se propõe pensar questões do espaço urbano das cidades e se busca refletir quando e como o local em que o cidadão vive e convive não é satisfatório, pode-se falar, então, de uma

patologia do espaço (LEFÈBVRE, 1991); situação decorrente de determinadas circunstâncias e situações e das quais se originarão e agravarão problemas sociais.

O crescimento acelerado das cidades é fomentado pela chegada de muitos cidadãos que não encontram espaço nos meios de produção e não são considerados mão obra qualificada para o mercado. Com isso, essas populações são excluídas da ordem produtiva, do mercado de consumo e do espaço da cidade e passam a se aglomerar em locais de segregação espacial. Nesses locais, acaba imperando um tipo de *urbanização desurbanizante e desurbanizada* (LEFÈBVRE, 1991) que não respeita à organização urbana alguma, mas aglomera cidadãos que, por conta própria, levantam suas casas e buscam suprir suas necessidades mais imediatas. Esse evento é uma forma de *urbanização*, porém não segue um padrão racional e científico de organização urbana (o que torna o processo como desurbanizante). Esses ambientes são eivados de necessidades e não permitem acesso ao que a cidade tem a oferecer ao cidadão (caracterizando-se como um local desurbanizado). Fica evidente que o local de segregação é um *lapsos* na ordem citadina e sua existência é uma contradição urbana, pois inevitavelmente é um espaço urbano, mas não possui as características que o planejamento e a política que cidade deseja e oferece. Esse espaço passa a ser considerado como um incidente, um erro, um problema, um defeito na paisagem, todavia é uma consequência da política de planejamento que não preparou o possível inchaço da cidade.

Os ritmos acentuados de crescimento populacional urbano e a superconcentração de capital nacional e internacional nas metrópoles para a criação da infra-estrutura necessária à reprodução capitalista, promoveram um aumento crescente de população não empregada que se “aloja”, e não “habita” nos maiores centros urbanos. Este processo de “inchaço”, manifesta-se numa série de “problemas” urbanos (SPÓSITO, M.E. 2000, p.70).

As políticas urbanistas que propõem a construção de núcleos habitacionais devem agir em conjunto com outros serviços públicos como fornecimento adequado de água, escoamento de esgoto, energia, escolas, transporte, postos de saúde, delegacias, centros de referência de assistência social. Se não for feito o vínculo com esses serviços, a atuação da política será reducionista e o resultado estará restrito a um novo tipo de aglomeração. A segregação espacial não deve ser tratada como um simples problema que se pode resolver com a substituição dos *barracos* por novas casas para a população residente, sob pena de se reproduzir processos de *gentrificação urbana*. É necessário um projeto político de reestruturação urbana, de viabilização um desenvolvimento emancipador para o cidadão dessas comunidades.

Percebe-se que, pouco a pouco, as atuais políticas de desenvolvimento de cidades, as que se pretende criticar aqui, são de fundamental importância para o desenvolvimento e para a organização das cidades. De pouco adiantam políticas progressistas que aumentem o poder de consumo dos cidadãos quando se trabalha com populações que não têm acesso à cidade, ou seja, sem moradias adequadas – em território urbano regular e próprio –, são discriminados e sua situação irregular inviabiliza transações civis formais.

Ao tratar sobre o planejamento urbano das cidades, como os planos diretores e demais políticas urbanas, Castells afirma que apenas “exprimem uma doutrina (...) *parti pris*”⁵³ ur-

⁵³ Do francês: viés, ponto de vista.

banístico, sem fornecer meios de realização, são sobretudo *textos ideológicos*, o que não tira nada de sua eficácia social, mas caracteriza a intervenção do político como dirigida não sobre o sistema urbano, mas sobre a instância ideológica geral” (2011, p. 393.). Então, plano diretor encontra-se em um plano ideológico, que precisa de uma intervenção política para levá-lo até as estruturas urbanas; por isso, para se falar de reforma urbana, antes de se falar em plano diretor, é preciso entender as formações políticas que atuam sobre o território que se pretende planejar.

Eyal Weizman (2007, p. 142) arquiteto israelense ao trabalhar com o conceito de “*mobility regimes*” expõe como o planejamento de controle com dispositivos de dispersão e de mobilidade tem o potencial de inviabilizar a vida em um determinado espaço. As lógicas de controle de espaço tem poder de fragmentação social, assim como tem poder de unir povos e promover a vida. Porém, quando a soberania é exercida de forma vertical e afasta-se os cidadãos da deliberação de políticas urbanas privilegia-se interesses alheios aos das comunidades que ali vivem e impedem o acesso à cidade e às instâncias democráticas, que representam garantias fundamentais do ordenamento jurídico brasileiro.

Para ilustrar os raciocínios que aqui se pretendem demonstrar e, ao mesmo tempo, introduzir as discussões sobre os processos de exclusão social aponta-se o movimento do *rolezinho*, que ocorreu nas metrópoles brasileiras no ano de 2013 e 2014. Esse movimento organizado por jovens de comunidades periféricas das regiões metropolitanas consistia em formar grupos de pessoas para passear nos shoppings. Ato esse que foi considerado ameaçador, causou mau estar às estruturas de segurança e imediatamente o poder estatal mobilizou-se para impedir a sua continuidade. Evidencia-se com o *rolezinho* exatamente o objetivo primeiro do movimento, que é demonstrar o como as pessoas que vivem nas periferias não são aceitas no espaço público e que os institutos de segurança as consideram como inimigos. Importante salientar que, conjuntamente com a força física exercida pelos poderes de polícia aliam-se a diversos discursos de promoção de ditas “ameaças” que os *rolezinhos* poderiam oferecer, como assaltos, furtos, violência, vandalismos entre outros. Não se discute aqui se essas “ameaças” eram ou não verdadeiras, mas que evidentemente aqueles cidadãos certamente não são desejados nos espaços públicos, pois a sua existência representa, em si, uma ameaça, tendo em vista a mobilização física e retórica quanto a tomada do espaço por marginalizados.

Para que as políticas de segurança possam se mobilizar contra cidadãos e, mais profundamente, para que as políticas de gerenciamento de espaço urbano possa efetivamente excluir determinadas populações em recortes espaciais segregados é necessário trabalhar lógicas de exclusão. Christoph Türcke (2010) coloca que toda a exclusão pressupõe uma inclusão anterior, por isso deve-se entender as estruturas de exclusão.

Portanto, para de ater às possíveis consequências dos processos de urbanização, assim como aos planejamentos que intencionam atender as garantias constitucionalizadas e as necessidades das comunidades ali presentes deve-se enfrentar diretamente os processos de exclusão social que se encontram intrínsecos nos processos políticos da soberania brasileira. Sem essa observação, condenam-se os planejamentos urbanos a reproduzir estratégias segregadoras e agravar cada vez mais as discrepâncias sociais que se apresentam no horizonte das cidades.

2. Funcionalidade segregacionista das políticas urbanas verticalizadas

negligenciar o planejamento do espaço urbano que viria atender as garantias constitucionais e a inclusão social das populações mais pobres, agrava os problemas de habitação, segregação, migração (BITOUN, 2009). Obviamente, esses fatores não se apresentam sozinhos, com eles aumentam os índices de criminalidade, congestionamento urbano, morbidade e desemprego, todavia, as políticas públicas, demonstram maior preocupação com as consequências da miséria urbana do que com suas causas, o que inevitavelmente agrava o quadro das demandas sociais e dificulta as ações que possibilitam algumas soluções (SANTOS, 2004).

Além disso, ao se questionar sobre as problemáticas urbanistas no Brasil se apresentarão uma longa sequência de propostas políticas que defendem o estabelecimento de estruturas globais nos territórios locais que incitam a implementação de planos diretores à moda de cidades estrangeiras. As quais, deslocadas do contexto de formação econômica social – FES – brasileira não possuem potencial de transformação emancipatória e, muito menos, inclusiva das populações segregadas, por isso é importante desconstrução do imaginário de que os planejamentos urbanos, por si só, possibilitam resolver problemas enfrentados pelas cidades de países subdesenvolvidos como o Brasil. (SANTOS, 2008, p. 31; e SANTOS. 1979, p. 10)

Deve-se salientar que os discursos políticos como esses que introjetam *formas* de organização espacial urbana tentam defender interesses de mercado internacional antes de intencionar o benefício das comunidades locais (SANTOS. 1979, p. 10-11). Portanto, voltar os olhos para a Europa e para os Estados Unidos com o intuito de encontrar projetos urbanos para gerenciar o espaço pode ir além do equívoco, pois não logrará soluções sociais sobre os processos de exclusão, mas pode incrementar as formas de controle e de segregação. Por isso, para os olhos que procuram soluções sociais, pode-se dizer que projetos estrangeiros trarão erros, mas para aqueles que objetivam sedimentar os recortes de segregação espacial urbana, poderão esses projetos auxiliar o agravar da exclusão social e do exercício de uma soberania verticalizada.

Ao se estudar a trajetória das políticas urbanísticas brasileiras se observarão a existência de normas destinadas aos particulares que se estabelecem em um município, essas ordens resultam diretamente no recorte urbano, como as de apresentar projetos arquitetônicos, elétrico, hidráulico, pagar taxas e cumprir com outras exigências para construir uma casa. E conhecendo minimamente a história do domínio do espaço em terras brasileiras fica nítido que essas normativas *ignoram momentaneamente* populações inteiras que não possuem condições econômicas de cumprir com essas normas. Diz-se “*ignoram momentaneamente*”, pois seria ingenuidade acreditar que por um lapso de memória o legislador ignorou uma vasta camada populacional que não participa das mesmas condições econômicas daqueles que possuem capital financeiro para cumprirem as normas. Isso ocorre, primeiramente, porque nos projetos de cidades formulados na colonização, politicamente, o espaço territorial só será permitido pertencer àquelas construções para as classes média e alta, pois as legislações urbanísticas presentes eram destinadas à minoria exploradora e por esse motivo o crescimento periférico, principalmente nas regiões metropolitanas, formado pelas populações que não possuem a capacidade de sustentar economicamente os preços cobrados para manterem-se nas regiões centrais e bem localizadas (OSÓRIO, 2002). Hoje, no final da segunda década do século XXI, essas estruturas normativas colonialistas continuam a vigorar, todavia não de forma tão

rudimentar, pois as políticas de gerenciamento de espaço e exclusão social irão além de taxas e cobranças burocráticas para a segregação.

A partir desse ponto, para se observar o funcionamento das políticas urbanas correlacionadas à exclusão social, propõe-se ir além dos referenciais teóricos de Milton Santos e Henri Lefèbvre e adentrar em Foucault, cujo os estudos sobre *biopolítica* e *sociedade punitiva* viabilizarão a compreensão dos fluxos de segregação realizados pelo poder estatal brasileiro. Como se deve acentuar, ignorar a dinâmica expansiva do poder punitivo, menosprezar que algum *dispositivo* que for lançado nestas engrenagens, ainda que dotado das melhores intenções, incorporará e não ficará privado de suas propriedades estruturais, é ficar afeito a um delírio infrutífero (AMARAL, 2017, p. 25) Com isso, o autor pontua que as lógicas punitivas e de exclusão social se encontram nos alicerces estruturais da política de soberania estatal, o que implica que as políticas urbanas absorverão diretamente formas de reprodução de violência exercidos nos territórios *marginalizados* e produzirão *fronteiras de exclusão* social dentro dos recortes urbanos.

Nunca ausente o alerta de Foucault ao afirmar: ainda que olhos complacentes enxerguem nestas *margens* as marcas da “*fronteira da exclusão*” social, poucos atentam que *elas* mesmas são “*espaços discretos e ensurdecidos*” que permitem a lei mais austera se aplicar. Por onde *elas* circulam são locais completamente alheios ao lirismo que *as* imagina como um “fora”, mas são próprios intervalos internos, pequenos interstícios que permitem o funcionamento da *gestão das ilegalidades* pelo sistema penal. Em algum sentido, faz parte da miríade da inclusão, da dinâmica da sociedade na qual o sistema penal desempenha o papel de gerenciar seletivamente quais serão as ações toleradas ou não, mesmo que ilegais. (AMARAL, 2017, p. 26)

Portando os territórios de segregação espacial vão além do *equivoco* ou da *incompetência* do gestor público, *essas* passam a ser *lugares* onde as ilegalidades são gerenciadas como um *perigo permanente*. A criação dessas *zonas de perigo* dentro do espaço urbano permite, com auxílio do sensacionalismo midiático, inspirar o medo e o terror no centro do sistema social, com isso os cidadãos, paralisados de pavor, se dispõem a aceitar o exercício soberano de austeridade contra toda a população. A figura do *criminoso* será a protagonista do medo, será dele que provirá, falsamente, todo o mau que atinge a sociedade e ele deve ser combatido a todo o custo. E de onde vem esse criminoso? Ele vem da favela, ou seja, dos espaços de segregação. (AMARAL, 2014, p.10)

Para que o sistema sóciopolítico se utilize da figura do criminoso para legitimar políticas de austeridade não basta ter um criminoso apenas, são necessários lugares, povos, etnias que produzam constantemente esse capital humano para figurar como a *bandidagem*. Achille Mbembe (2011) ao trabalhar os espaços de ocupação colonial na África contemporânea descreve muito bem a divisão dos espaços territoriais pelo exercício soberano além da utilização das forças armadas para definir fronteiras. As fronteiras passam a se definir pela paisagem não mais pela força direta. Porém o mais importante é o exercício de poder de morte que o Estado detêm ao decidir as populações que serão excluídas da sociedade e passarão a viver nos territórios segregados, indesejados e inimigos da sociedade.

Pero mas importante es la forma en que opera el poder de la muerte: «La ciudad del colonizado, o al menos la ciudad indígena, la ciudad negra, la <<medina>> o barrio árabe, la reserva es un lugar de mala fama, poblado por hombres con mala fama. Allí se nace en cualquier parte, de cualquier manera. Se muere en cualquier parte, de cualquier cosa. Es un mundo sin intervalos, los hombres están unos sobre otros, las casuchas unas sobre otras. La ciudad del colonizado es una ciudad hambrienta, hambrienta de pan, de carne, de zapatos, de carbón, de luz. La ciudad del colonizado es una ciudad agachada, una ciudad de rodillas, una ciudad revolcada en el fango». En este caso, la soberanía es la capacidad para definir quien tiene importancia y quien no la tiene, quien esta desprovisto de valor y puede ser fácilmente sustituible y quien no. (MBEMBE, 2011, p.45)

A partir dessa fala, observa-se que o *território* urbano segregado, assim como os *sujeitos, culturas, comunidades e etnias* que ali vivem são submetidos a uma condição de exclusão que não se dá por acaso, mas pela utilidade mercantil que esses valores possuem. O autor trabalha o conceito de *Necropolítica*, conceito derivado da *biopolítica foucaultiana*, que trabalha com a reificação do ser humano para que sirva à forças econômicas e ideológicas do mundo mercantil. Dessa feita, a essas populações consistem em sujeitos e culturas descartáveis, de integridade moral que pode ser aniquilada, pessoas que não são consideradas únicas, insubstituíveis, inimitável, indivisíveis, deixam de ser seres e passam a ser coisas que podem ser facilmente substituídas por outros. (MBEMBE, 2011, p.15)

Com isso, possibilita-se a reinterpretação dos *territórios locais*, que se encontram deslocados dos os *espaços globais* os quais são virtuais e atuam em universo abstrato, mas que influenciam diretamente o cotidiano dos territórios com lógicas mercantis; impõem formas de organização, diretrizes de produção, de mercado, estilos de vida, de consumo de acordo com as influências políticas dos poderes hegemônicos que impõem o processo de globalização. Esse processo busca mundializar os espaços geográficos a partir de tendências técnicas, científicas e informacionais. Milton Santos (2008, p. 147) aponta como características do processo de globalização dos territórios as seguintes ações:

(i) a transformação dos territórios nacionais em espaços nacionais da economia internacional; (ii) a exacerbação das especializações produtivas em nível do espaço; (iii) a concentração da produção em unidades menores, com o aumento da relação entre produto e superfície – por exemplo agricultura; (iv) a aceleração de todas as formas de circulação e seu papel crescente na regulação das atividades localizadas, com o fortalecimento da divisão territorial e da divisão social do trabalho, e a dependência deste em relação às formas espaciais e às normas sociais (jurídicas e outras) em todos os escalões; (v) a produtividade espacial como dado na escolha das localizações; o recorte horizontal e vertical dos territórios; (vi) o papel da organização e dos processos de regulação na constituição das regiões; (vii) a tensão crescente entre a localidade e a globalidade à proporção que avança o processo de globalização.

A partir desse processo de globalização, caracterizado por essas ações, é que os fluxos que formam o espaço as redes criam o espaço *banal*⁵⁴ o qual somente os poderes hegemônicos

⁵⁴ Milton Santos apresenta o termo espaço banal que se refere a um espaço globalizado, desterritorializado, fragmentado, que passa a ser um espaço de todos (2008, p. 139).

têm capacidade de usufruir completamente das redes e de todos os territórios. Estabelece-se, portanto, um diálogo vertical entre o território e o globo, que Mbembe vai chamar de *política da verticalidade*. A estruturação do território local, assim como aqueles que nele vivem, deixam de organizar-se entre si para dialogar com a lógica globalizante e toda a interação horizontal⁵⁵ estará *verticalizada*⁵⁶. O comerciante local, por exemplo, reproduzirá as tendências globais de comércio e consumo, sob pena de perder seu estabelecimento para franquias multinacionais que reproduzem, impõem e ressarcem diretrizes hegemônicas de mercado, desaparecem as relações aproximadas entre o comerciante e o consumidor, comunidade e cidadão, fragmenta-se a cultura o modo de vida e impede-se a promoção de viveres que não interessam aos mercados de capital. As horizontalidades são os domínios do cotidiano territorial, que possui tendências a criar suas próprias normas e conceitos “fundadas na similitude ou na complementariedade das produções e no exercício de uma existência da solidariedade” (SANTOS, 2008, p. 151). E seria nesses subespaços da horizontalidade territorial onde se viabilizaria a produtividade econômica e política voltada aos interesses das comunidades e dos sujeitos que ali se desenvolvem, por isso é importante entender qual subjetividade está a retroalimentar esses subespaços, pois se há o interesse de dispor desses seres humanos como coisa importa que a *soberania vertical* aniquile o potencial de reconhecimento do ser existencial dessas camadas populacionais. Caso seja uma subjetividade calcada na solidariedade territorial, ter-se-á a valorização do espaço local e da cultura; os modos de produção e a organização espacial far-se-ão de acordo com as necessidades das comunidades presentes. Se houver uma subjetividade verticalizada, encontrar-se-ão os processos de modernização e de globalização que voltam à organização espacial, aos modos de produção e à cultura para as necessidades do mercado global.

3. Soberania e vida em dor: o controle dos corpos segregados

A política terá o poder de definir que viverá e quem morrerá. Para iniciar esse tópico aponta-se a redefinição que Agamben (2002) faz sobre a reflexão aristotélica de que o homem seria um animal político, o autor propões que o humano “depende da política para viver”. Com isso, pode-se dizer que é a política que possibilita que o indivíduo deixe para trás a sua condição animalésca e passe a ser considerado pelos demais como um ser humano e como tal tenha direito a viver. O exercício da política que define quem são os sujeitos a quem se concederá o *status humano* será realizado pelo poder soberano, definindo-se assim critérios de inclusão/exclusão social e consequentemente indicando-se quem terá sua vida promovida e quem será deixado para a morte.

O conceito de biopolítica de Foucault apresentado no seminário “É preciso defender a sociedade” (2006, p. 293) redefine a estrutura de se observar o poder soberano dos séculos XVIII e XIX, em que a soberania se dava no direito do soberano em decidir entre *deixar viver e fazer morrer* os sujeitos governados. Nesse período histórico as possibilidades de controle que o soberano exercia sobre os corpos e as vidas dos sujeitos eram limitadas pelo poder fisi-

⁵⁵ A horizontalidade se refere à relação interpessoal entre os cidadãos e entre as comunidades.

⁵⁶ A verticalidade se refere à interação entre os discursos globais e os territórios locais, assim como entre aqueles e os cidadãos de um território.

co do soberano em matar os indesejados, executando-os de alguma maneira, àqueles a que se oportunizavam o *deixar viver*, seguiriam o seu curso de vida por conta própria, seja por não serem caçados ou porque interessava ao soberano que vivessem.

Foucault insiste claramente que o exercício do poder soberano sobre a vida, somente se dá através do direito/poder de matar, visto que não há soberano que possua o poder de dar vida, mas somente poder de retirá-la: o soberano só marca o seu poder sobre a vida pela morte, ou seja, direito de matar (FOUCAULT, 1988, p 125-8). A nova configuração mundial que se constrói a partir do século XX e XXI apura o controle dos corpos dos sujeitos submetidos ao soberano a partir de tecnologias que oportunizaram os saberes sobre as populações, como: registros estatísticos de nascimentos e mortes, taxa de reprodução, fecundidade, longevidade, potencial de trabalho, potencial de exploração. Com esses dados possibilita-se o controle local e comparações em níveis globais da demografia. Com isso, viabiliza-se o controle dos territórios e dos corpos que lá vivem. Além disso, as tecnologias também viabilizaram diversas formas de promoção de vida, como saúde, educação, alimentação, entre outras formas de aumento de qualidade de vida. O que permite a lógica binária de *inclusão/exclusão*, que no exercício da soberania decidirá entre *fazer viver e deixar morrer*, ou seja, o poder soberano define quem terá acesso as estruturas promovedoras de vida e quem será segregado e deixado para a morte. (FOUCAULT, 2002)

Portanto, quando Foucault fala de biopolítica, não está se referindo a uma política da vida, mas de práticas de governo que possibilitam o controle dos corpos e das populações. Explica-se ainda que o controle do corpo traduz-se o literal corpo do sujeito, da sua carne e de sua subjetividade enquanto existência. “A noção de vida situa-se no centro da cena, não só como objeto de tematização das ciências biológicas, mas também como um espaço privilegiado para garantir a governabilidade e a gestão das populações nas sociedades modernas” (CAPONI, 2016, p. 236). Para exercer a governabilidade das populações colonizadas, a racionalidade soberana vertical cria estruturas de inter-relação que, implícita ou explicitamente, nega tudo o que pode ameaçar a degradação da vida daqueles que se deseja promover.

Os recortes espaciais e os discursos que legitimam a exclusão social propiciam o silenciamento do corpo e do espaço, ou seja, a ação violenta que exercida contra excluídos em territórios de segregação não reverberam na sociedade incluída. Para ilustrar esse raciocínio basta observar a repercussão social de mortes violentas que ocorrem nas favelas brasileiras, tratando-se de jovens homens, negros ou pardos, rapidamente o poder de polícia indica a possibilidade das mortes terem sido realizadas devido ao vínculo com criminalidade e a notícia não terá a mínima atenção social a não ser com o não raro e perverso comentário de que “*isso é bom, bandidos a menos para se preocupar.*”

Portanto, não se pode deixar de tratar que a questão étnica é fundamental para compreender as estruturas de segregação social, pois o racismo é estratégico para a racionalidade da exclusão social, pois os fatores biológicos (ZAFFARONI, 2013, p.86) que os sujeitos carregam em sua própria carne apontarão suas possibilidades de ingresso ou exclusão da sociedade, superando-se assim as lutas de classes: “[...] la raza ha constituido la sombra siempre presente sobre el pensamiento y la práctica de las políticas occidentales, sobre todo quando se trata de imaginal la unhumanidade de los pueblos extranjeros y la fominación que debe ejercerse sobre ellos”(MBEMBE, 2011, p.22). Dessa forma, na biopolítica o racismo viabiliza o ge-

renciamento da funcionalidade mortífera do Estado e assegura a legitimidade das mortes dos considerados *selvagens* (em contexto do Brasil colônia), *árabes* (pelas ameaças terroristas advindas do oriente médio) e, finalmente, do *bandido* (no atual contexto brasileiro) ao se referir as ameaças provenientes das comunidades periféricas nos espaços urbanos brasileiros.

Essa *inimizade* biologicista que o racismo constrói com as etnias historicamente colonizadas no Brasil possibilitam que as políticas de segurança e de controle do espaço urbano cotidianamente levem à morte as populações segregadas. Nos últimos anos o número de mortes por homicídios ultrapassou os sessenta mil e em cada 100, 71 das mortes são de pessoas negras (AMARAL, 2017), isso ignorando todas outras formas de mortalidade daqueles que vivem em vulnerabilidade social devida a deficiência de saúde urbana. O controle do território feito por políticas urbanas permitem se observar a violência estatal muito além das realizadas por forças policiais, como a observação das desigualdades de saúde. As evidências dessas mazelas podem ser estudadas com mais propriedade quando averiguadas pequenas áreas do território urbano, pois assim se detectam as zonas de maior risco e os fatores que fomentam o prejuízo à saúde que frequentemente passam despercebidos em estudos realizados em áreas maiores. Os serviços de saúde são diretamente articulados com a infraestrutura da cidade e com os efeitos que repercutem os modos de produção, de vida, de consumo, e outras características da formação econômica social do local (SINGER, 1978) que demonstra a importância da organização estrutural urbana (SPÓSITO, 1996).

Guimarães (2001, p. 157), que também segue como referencial teórico Milton Santos, ao explicar sobre a pesquisa relacionada à saúde urbana, demonstra que a saúde da cidade se mantém em constante inter-relação e dialoga diretamente com a circulação de pessoas, mercadorias e informações. Com isso, a saúde urbana não pode ser considerada como um dado isolado que relaciona serviços e demandas, vai além disso. Os serviços e equipamentos de saúde, como hospitais, UBSs, postos de saúde, entre outros são uma parte das políticas de saúde urbana, as quais estão diretamente vinculadas às políticas organizacionais, econômicas e de produção, presentes na cidade, que participarão de forma direta nas dinâmicas de inclusão/exclusão dos territórios e populações. Não se restringe, portanto, apenas a uma rede de equipamentos, mas existe toda a vinculação dos atores sociais que objetivam promover a saúde urbana no território.

Cada um destes atores (corpo técnico dos hospitais e unidades básicas de saúde, usuários dos serviços, lideranças das associações de moradores, entre outros) ocupa uma posição relativa, ou seja, um nó conectado na rede de saúde. Esta, por sua vez, é o meio e o fim de múltiplas relações de controle, de vizinhança, de distanciamento e de aproximação entre estes atores sociais, que criam e recriam lugares de poder, nos termos estudados por Raffestin (1993). Os movimentos reivindicatórios de associações de moradores dos bairros periféricos das cidades brasileiras, por exemplo, colocam a saúde em uma “cesta básica” na qual não pode faltar o remédio e o pronto atendimento médico. Este perfil de demanda que há muito tempo tem sido estudado pelas Ciências Sociais em saúde (COHN, 1991) é uma das traduções do processo de (re)estruturação urbana, na perspectiva das carências.

A compreensão inter-relacional entre os elementos estruturais da saúde urbana e dos equipamentos para realização de serviços de saúde pública é fundamental para a pragmática das políticas públicas de saúde urbana. Porém, a segunda parte da citação demonstra o caráter

determinante que apresenta a participação política da comunidade em forçar o poder público a efetuar políticas que observem a complexidade a que a cidade é submetida, para que se evite uma atuação insuficiente e onerosa que, além de despender recursos públicos, não consegue atender as demandas populacionais por deixarem de atuar devidamente sobre os problemas de saúde pública.

Por isso se faz importante a compreensão das teorias de biopolítica de Foucault, pois esses referenciais de saúde urbana colocam, como diz Cohn (1991) na fala acima: “este perfil de demanda que há muito tempo tem sido estudado pelas Ciências Sociais em saúde”. Porque não se encontra resposta às demandas sociais dessas camadas populacionais? A resposta se encontra nalguma biopolítica. Essas comunidades se encontram em territórios estruturados por uma racionalidade segregacionista. Portanto, o que deve se colocar em crise não é a atuação da política urbana em si, mas a racionalidade que à constitui, assim como constitui a reflexão existencial da sociedade, comunidade e sujeitos.

El reconocimiento de esta percepción funda en gran medida la mayoría de críticas tradicionales de la modernidad, ya se dirijan al nihilismo y a su proclamación de la voluntad de poder como esencia del ser, a la cosificación entendida como el devenir-objeto del ser humano o a la subordinación de cada cosa a una lógica impersonal y al reino del cálculo y de la racionalidad instrumental. Lo que estas críticas discuten implícitamente, desde una perspectiva antropológica, es una definición de lo político como relación guerrera por excelencia. También ponen en tela de juicio la idea de que la racionalidad propia a la vida pase necesariamente por la muerte del Otro, o que la soberanía consista en la voluntad y capacidad de matar para vivir. (Mbembe p.25)

As políticas urbanas, enquanto mantidas sobre a racionalidade de uma soberania verticalizada que impinge ao Outro a premente aniquilação em nome da segurança e da sobrevivência hegemônica, não terá sucesso em edificar o capital social de comunidades, nem reforçar a cidadania dos sujeitos excluídos sem, de alguma maneira reproduzir *dispositivos* de exclusão social. Foucault, trabalha (2002) que as políticas soberanas, ao estar imersa nessa racionalidade de controle, trabalhará de forma a gerenciar os ilegalismos. Isso quer dizer que, mesmo as políticas urbanas que tenham efeitos benéficos a populações segregadas se dão como formas de *rituais de verdade*, ou seja, apresentam uma roupagem democrática e algumas pequenas soluções, mas reproduzem a exclusão social. Também complementa o autor que isso não se realiza como um complô, mas como manutenção de privilégios exercido pelo poder soberano e hegemônico.

Contra isso deve-se superar a ideia de que o conflito social interno e a necessidade de um estado punitivo, *populismo punitivo*, verticalmente soberano é um pressuposto inerente à humanidade. Essa é a razão vulgar deve ser que torna indiferente as violências sofridas pela população e causa uma sensação anestésica das dores que vivem os sujeitos nos espaços de exclusão (TIMM DE SOUZA, 2012).

A razão vulgar é, literalmente, a razão indiferente de cada dia, na qual todas as violências se combinam com a anestesia advinda da massa obtusa de aconteci-

mentos que se precipitam, dando à homogeneização violenta do real a aparência de variedade infinita dos significantes, aparência que não é senão jogo infindo de espelhos que se refletem mutuamente, mas que não são senão imagens autoreplicas – pois a alternativa verdadeira é sobremaneira rara, e não se encontra incólume no espaço inóspito da totalização, da Totalidade fática. É a expressão medíocre de um viver por inércia, um semi-viver kafkiano, o pretenso “habitar” um mundo sem realmente percebê-lo. Pela razão vulgar, transforma-se insignificâncias em relevância, e se retira da relevância seu significado, sua singularidade, inofensibilizando-a.

A continuidade da racionalidade punitiva que assola cidadãos brasileiros que vive na periferia os submetem a uma constante vida em dor. Um estado de paralisia e impossibilidade de emancipação e de perspectiva de futuro, engessamento do tempo, um viver permanente de um presente desesperador, repleto de medo e terror criado e reproduzido pela soberania estatal. Como coloca Mbembe ao observar a vida daqueles que são controlados em territórios de segregação, afastados biologicamente e culturalmente de qualquer possibilidade de inclusão:

Vivir bajo la ocupación contemporánea es experimentar de forma permanente la <<vida en el dolor>>: estructuras fortificadas, puestos militares, barreras incesantes; edificios ligados a recuerdos de humillación, interrogatorios, palizas, toques de queda que mantienen prisioneros a centenares de miles de personas en alojamientos exiguos desde el crepúsculo al alba; soldados patrullando las calles oscuras, asustados por su propia sombra; niños cegados por balas de caucho; padres humillados y apaleados delante de su familia; soldados orinando en las barreras, disparando sobre las cisternas para distraerse; cantando eslóganes agresivos, golpeando las frágiles puertas de hojalata para asustar a los niños, confiscando papeles, arrojando basura en mitad de una residencia vecina; guardas fronterizos que vuelcan una parada de legumbres o cierran las fronteras sin razón; huesos rotos; tiroteos, accidentes mortales... Una cierta forma de locura.

A vida em dor impossibilita qualquer forma de desenvolvimento da vida humana, clamar por ideais de liberalismo ou meritocracia é negligenciar, de forma ignóbil, todo o terror a que essas populações são submetidas diariamente. Portanto, não se pode tratar de políticas urbanas sem alertar-se sobre que alicerces paradigmáticos os planos arquitetônicos se calcirão. A segregação social e o genocídio das populações vulneráveis no Brasil é uma realidade que não pode mais ser ignorada. Os paradigmas punitivos se encontram em crise e devem ser repensados a partir de subjetividades comunitárias, tolerantes e inclusivas e para que isso ocorra não se pode ignorar uma soberania estatal que reproduz massacres.

Considerações finais

As explanações até aqui expostas cumprem o objetivo do presente trabalho que propõe um diálogo inicial sobre a abordagem das políticas urbanas brasileiras sob a ótica da *biopolítica* e *sociedade punitiva* de Foucault. O referencial foucaultiano, possibilita o aprofundamento da discussão urbana ao trazer conceitos científicos que permitem denunciar a realidade dos

massacres urbanos que ocorrem nas cidades brasileiras sob a égide da soberania verticalizada do atual Estado do Brasil.

A política desurbanizante que mantém a *favela* como lugar de segregação, ou seja, um espaço territorial onde se *depositam* cidadãos excluídos, culturas e modos de vida que não interessam às estruturas de mercado global, é promovida por paradigmas de exclusão social e executadas pela soberania vertical. Essa forma de soberania afasta as tentativas de aprimoramento de uma democracia horizontal, participativa, que dá ouvidos ao sofrimento das populações vulneráveis e que poderia reforçar políticas que viriam atender demandas das comunidades locais atualmente segregadas.

Esses paradigmas de segregação, de racismo e de punição, presentes na forma de governar os espaços e as populações inviabilizam o desenvolver de políticas urbanas inclusivas e protegem interesses hegemônicos alheios às demandas sociais locais. A forma verticalizada de soberania que se utiliza no exercício dessas políticas garantem o entrenchamento desses interesses e asseguram o exercício de mecanismos de controle sobre as populações excluídas de maneira não possam incluir-se nem rebelar-se, pois esses são considerados uma ameaça. Ao fazer isso a soberania vertical institucionaliza o genocídio dessas populações, imputa a esses cidadãos a identidade desumanizante do *inimigo*, do *bandido*, para que sejam deixados à morte sem que haja qualquer comoção social.

Dito isso, lembra-se que em uma democracia esses paradigmas de exclusão social não devem vigorar, a soberania deve ser horizontalizada e o Estado deve cumprir com suas obrigações constitucionais através de políticas públicas. Denuncia-se a emergência de se discutir essas questões para que seja possível organizar o espaço urbano em favor daqueles que ali vivem e não mais de interesses globalizados que imputam aos sujeitos excluídos *viver em dor*.

Referências bibliográficas

- AGAMBEN, Giorgio. *Homo sacer: o poder soberano e a vida nua*. v. 1. Belo Horizonte: UFMG, 2002.
- AMARAL, Augusto Jobim. *Direitos Humanos e terrorismo*. (org.) AMARAL, Augusto Jobim do; PEREIRA, Gustavo Oliveira de Lima; BORGES, Rosa Maria Zaia. Porto Alegre: EDIPUCRS, 2014.
- AMARAL, Augusto Jobim; ROSA, Alexandre Morais da. *Cultura da Punição: a ostentação do horror*. Florianópolis: Empório do Direito, 2017.
- BITOUN, Jan. *Tipologia das cidades brasileiras*. Rio de Janeiro: Letra Capital, 2009.
- CAPONI, Sandra, Michel Foucault: desdobramentos. (Org) NALLI, Marcos; MANSANO, Sonia Regina Vargas. Belo Horizonte: Autêntica Editora, 2016.
- CASTELLS, Manuel. *A questão urbana*. São Paulo: Paz e Terra, 2011.
- COHN, Amélia. *A saúde como direito e como serviço*. São Paulo: Cortez, 1991.
- FOUCAULT, Michel. *É preciso defender a sociedade*. Curso no Collège de France (1975-1976). Tradução de Carlos Correia Monteiro de Oliveira. Lisboa: Livros do Brasil, 2006.
- FOUCAULT, Michel. *História da sexualidade*. Volume I – vontade de saber. 13ª Ed. Rio de Janeiro: Graal, 1988.

- FOUCAULT, Michel. *Sociedade punitiva*. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GUIMARÃES, Raul Borges. Saúde urbana: velho tema, novas questões. São Paulo: *Terra Livre*, nº 17, p.155-170, 2001-2.
- IPEA. http://www.ipea.gov.br/portal/index.php?option=com_content&view=article&id=30253
- LEFÈBVRE, Henry. *La presencia y la ausencia*. Contribucion a la Teoria de las Representaciones. Cidade do México: Fondo de Cultura Econômica, 1983.
- *O direito à cidade*. São Paulo: Editora Moraes, 1991.
- MBEMBE, Achille. *Necropolítica: Sobre el gobierno privado indirecto*. Santa Cruz de Tenerife: Melusina, 2011.
- OSÓRIO, Letícia Marques; MENEGASSI, Jaqueline. A reapropriação das cidades no contexto da globalização. In. OSÓRIO, Letícia Marques; MENEGASSI, Jaqueline (Org.). *Estatuto da cidade e reforma urbana: novas perspectivas para as cidades brasileiras*. Porto Alegre: S. Fabris, 2002.
- RAFFESTIN, Claude. *Por uma geografia do poder*. São Paulo: Ática, 1993.
- SANTOS, Milton. Desenvolvimento econômico e urbanização em países subdesenvolvidos: os dois sistemas de fluxo da economia urbana e suas implicações espaciais. *Boletim Paulista de Geografia*, n. 53. São Paulo: AGB, 1977.
- *Pobreza urbana*. São Paulo: Hucitec, 1979.
- *Ensaio sobre a urbanização latino-americana*. São Paulo: Hucitec, 1982.
- *Espaço e sociedade*. Petrópolis: Vozes, 1982.
- *Manual de Geografia urbana*. São Paulo: Hucitec, 1989.
- *A urbanização brasileira*. 3.ed. São Paulo: Hucitec, 1996(c).
- *O espaço do cidadão*. São Paulo: Nobel, 2000.
- *O espaço dividido*. São Paulo: Edusp, 2004.
- *Da totalidade ao lugar*. São Paulo: Edusp, 2008.
- *Por uma outra globalização*. Rio de Janeiro: Record, 2011.
- SINGER, Paul. *Prevenir e curar: o controle social através dos serviços de saúde*. Rio de Janeiro: Forense Universitária, 1978.
- SPÓSITO, Maria Encarnação. *Capitalismo e urbanização*. São Paulo: Contexto, 2000.
- SPÓSITO, Maria Encarnação. *Multi(poli)centralidade urbana*. Presidente Prudente, UNESP/GASPERR, 1996.
- SPÓSITO, Roberto. *Bios: biopolítica e filosofia*. Lisboa: Edições 70, 2010.
- TIMM DE SOUZA, Ricardo. *o nervo exposto*. 2012. <http://timmsouza.blogspot.com.br/2012/09/o-nervo-exposto.html>
- TÜRCKE, Christoph. *Sociedade Excitada*. São Paulo: Unicamp, 2010
- WEIZMAN, Eyal. *Hollow Land*. London: New Left Books. 2007.
- ZAFFARONI, Eugenio Raúl. *A questão criminal*. 1ªed. Rio de Janeiro: Revan, 2013.

Los paraísos fiscales y el intercambio de información tributaria⁵⁷

GILBERTO ATENCIO VALLADARES⁵⁸

Universidad de Salamanca

I. Introducción

En la actualidad, estamos experimentando una verdadera revolución en relación a los paraísos fiscales o jurisdicciones *off-shore*.

Somos testigos de los recientes escándalos sobre la divulgación de datos personales de inversiones en paraísos fiscales, por parte de políticos, artistas, deportistas, etc. Obviamente, se trata de un hecho noticioso muy relevante, pero que debemos analizar a la luz de los derechos de los contribuyentes.

En primer lugar, debemos decir que la utilización con fines delictivos de las jurisdicciones *offshore* se ha incrementado en los últimos tiempos y por ese motivo, se intenta disminuir y eliminar el listado actual de paraísos fiscales. Por este motivo, hemos comentado en otra ocasión que, «no cabe la menor duda, como dan cuenta de ello los acontecimientos, que en los últimos años ha habido un progreso a una velocidad verdaderamente acelerada con relación al intercambio de información tributaria y las llamadas jurisdicciones *offshore*»⁵⁹.

⁵⁷ Esta ponencia y artículo también se presentó en el I Congreso Internacional de Derecho, Gobernanza I Innovación (CIDIGIN), en la Universidad de Santiago de Compostela.

⁵⁸ (Doctor en Derecho, Mención Europea, Universidad de Salamanca. Profesor Invitado, Universidad de Santiago de Compostela).

⁵⁹ Vid. ABACHE CARVAJAL, Serviliano y ATENCIO VALLADARES, Gilberto: «Tema II: Nuevos retos de la fiscalidad internacional. Informe de la Relatoría General», en GARCÍA PACHECO, Ingrid (Coordinadora General), Los nuevos retos de la fiscalidad internacional. Memorias de las XV Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario, t. III, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2016, pg. 93.

Ahora bien, desde otro punto de vista, se podría considerar –sin ánimo de entrar en consideraciones de otro tipo que exceden el ámbito de estudio e investigación académica y jurídica- que la utilización *per se* de este tipo de jurisdicciones no pueden convertirse automáticamente en una práctica ilegal o en una situación de reproche social e internacional. Siempre habrá que determinar de forma individual la finalidad de utilizar alguna jurisdicción de este tipo, para poder hacer el juicio de valoración correspondiente.

Nos proponemos en estas breves notas, analizar a la luz del Derecho venezolano, la situación actual de los paraísos fiscales, con especial énfasis en las nuevas tendencias de intercambio de información tributaria a nivel global, la legislación doméstica y el delito de legitimación de capitales.

II. Contenido

1. Intercambio de información fiscal y jurisdicciones offshore

1.1. Situación actual

Podemos decir que el punto de inflexión que desencadenó toda una «revolución fiscal»⁶⁰ y que ha conllevado a una reestructuración de todo el panorama global ha sido la crisis económica financiera internacional.

En esta reestructuración, también se ha prestado especial énfasis en la evasión tributaria internacional y en la utilización de las jurisdicciones *offshore* o paraísos fiscales, con finalidades delictivas.

Por ello, la agenda de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) se centró en dos puntos claves. Por un lado, eliminar la evasión fiscal y, por otro, lograr el intercambio y la transparencia e intercambio de información.

Por este motivo, uno de los principales retos de la fiscalidad internacional en la actualidad es lograr erradicar la evasión y elusión fiscal internacional, por medio del intercambio de información tributaria a nivel global, entre otras herramientas que se han diseñado, especialmente, por parte de la OCDE. Tal como lo ha mencionado la doctrina, el «tema de los “paraísos fiscales” siempre ha sido objeto de discusión a nivel de la Administración tributaria de todos los países, de los especialistas y de instituciones internacionales involucradas en las políticas tributarias (creación o modificación de los impuestos y su inserción en la actividad financiero del Estado) y de administración tributaria (mejoramiento de la recaudación, es decir, articulación de políticas de reducción de los márgenes de evasión fiscal)»⁶¹.

⁶⁰ Tomamos como referencia la terminología que utilizaron los profesores Jacques Malherbe, Carol Trello y María Amparo Grau, para aludir a la «revolución» fiscal del 2014, con relación a FATCA (Foreign Account Tax Compliance Act); BEPS (Base Erosion and Profit Shifting) y OVP (Offshore Voluntary Disclosure Program). Vid. MALHERBE, Jacques, TRELLO, Carol y GRAU RUIZ, María Amparo: La revolución fiscal del 2014. FATCA, BEPS, OVDP, Instituto Colombiano de Derecho Tributario, Legis, Bogotá, 2015.

⁶¹ Vid. PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo: «La política de Administración Tributaria en la globaliza-

El ordenamiento jurídico venezolano –aunque con menor intensidad- no se escapa de esta situación. Sin embargo, denotamos un retraso importante en todo lo relacionado con el intercambio de información tributaria y los nuevos desafíos a nivel de la fiscalidad internacional, quedando este ordenamiento en un oscurantismo fiscal global.

Otro punto que nos parece interesante indicar en estas breves notas es la especie de «paranoia mundial» que existe en relación a las jurisdicciones *offshore* o paraísos fiscales. Durante el año 2016 especialmente, ha existido una especie de reproche social mundial, a raíz de la divulgación de los datos de los contribuyentes en el escándalo de los mal llamados «*Panama papers*».

1.2. Paraísos fiscales: Enfoque desde el Derecho venezolano

Los paraísos fiscales han existido, existen y probablemente seguirán existiendo, a pesar del intento de lograr un intercambio de información tributaria a nivel global.

Tal como lo ha mencionado la doctrina venezolana⁶², el Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Impuesto sobre la Renta en Venezuela⁶³, en su artículo 194, define a las jurisdicciones de baja imposición de la siguiente forma:

«Para efectos del presente Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley, se consideran jurisdicciones de baja imposición fiscal, aquellas que sean calificadas como tales por las Administración Tributaria, mediante Providencia Administrativa».

En este sentido, en la Providencia Administrativa (instrumento normativo de rango sub-legal) SNAT 2004/0232, se establece un listado o *black list* de países que son considerados como paraísos fiscales o jurisdicciones *offshore*. De esta forma, según el artículo 1 de esta Providencia:

«Se califican como jurisdicciones de baja imposición fiscal, aquellas donde la tributación que grave a la totalidad de la renta, la totalidad del patrimonio, o cualquier parte de los mismos, sea nula o hasta alícuota igual o inferior al 20%, por ese concepto.

Para tales efectos será considerada la legislación del referido país o territorio aplicable a las personas naturales o a las personas jurídicas, según la naturaleza de la entidad creada o constituida de acuerdo al derecho extranjero ubicada en dicha dirección, con o mediante la cual haya sido realizada la operación».

ción», Administración Tributaria. En conmemoración a los 20 años del Seniat. Memorias de las XIII Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario, tomo I, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2014, pg. 209.

⁶² Vid. ABACHE CARVAJAL, Serviliano: «Venezuela y las medidas BEPS», en Memorias de las XXVIII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario, Academia Mexicana de Derecho Fiscal, Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, Ciudad de México, 2015, pg. 355.

⁶³ Publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria N° 6.210, de fecha 30 de diciembre de 2015.

Posteriormente, en el artículo 2 se incluye un listado cerrado de jurisdicciones de baja imposición fiscal. Así, se incluyen las siguientes jurisdicciones: Anguila, Antigua y Barbuda, Archipiélago de Svalbard, Aruba, Ascensión, Belice, Bermudas, Brunei, Campione D'Italia, Commonwealth de Dominica, Commonwealth de las Bahamas, Emiratos Árabes Unidos, Estado de Bahrain, Estado de Kuwait, Estado de Qatar, Estado Independiente de Samoa Occidental, Estado Libre Asociado de Puerto Rico, Gibraltar, Gran Ducado de Luxemburgo, Granada, Groenlandia, Guam, Hong Kong, Islas Caimán, Islas de Christmas, Isla Norfolk, Isla de San Pedro y Miguelón, Isla del Hombre, Isla Queshm, Isla Cook, Islas de Cocos y Kelling, Islas del Canal (Islas de Guernesey, Jersey, Aldemey, Great Sart, Herm, Little Sark, Brechou, Jethou y Lihou), Islas Malvinas, Islas Pacífico, Islas Salomón, Islas Turcas y Caicos, Islas Vírgenes Británicas, Islas Vírgenes de Estados Unidos de América, Kiribati, Labuán, Macao, Malta, Montserrat, Niue, Palau, Pitcairn, Polinesia Francesa, Principado de Andorra, Principado de Liechtenstein, Principado de Mónaco, Reinado de Swazilandia, Reino Hachemita de Jordania, República Dominicana, República Gabonesa, República Libanesa, República de Albania, República de Angola, República de Cabo Verde, República de Chipre, República de Djibouti, República de Guayana, República de Honduras, República de Liberia, República de Mauricio, República de Nauru, República de Panamá, República de Seychelles, República de Túnez, República de Vanuatu, República de Yemen, República Oriental del Uruguay, República Socialista Democrática de Sri Lanka, Samoa Americana, San Vicente y las Granadinas, Santa Elena, Serenísima República de San Marino, Sultanato de Omán, Tokelau, Tristán de Cunha, Tuvalu, Zona Especial Canaria y Zona Libre Ostrava.

En este mismo orden de ideas, en el artículo 3 de esta Providencia, se establece que los países o jurisdicciones con los cuales se haya suscrito un convenio para evitar la doble tributación y se encuentren vigentes según las normas jurídicas internas de Venezuela, no serán consideradas como jurisdicciones de baja imposición fiscal. Sin embargo, según el artículo 4 de esta Providencia, aquellos países o territorios que no proporcionen información que le sea solicitada con base en la cláusula de intercambio de información del respectivo convenio, serán considerados jurisdicciones de baja imposición fiscal, a los fines de la Ley de Impuesto sobre la Renta venezolana.

Por otro lado, se establece en el artículo 103.7 del Decreto con Rango, Valor y Fuerza de Ley de Código Orgánico Tributario venezolano⁶⁴, que la falta de presentación de la declaración de inversiones en jurisdicciones de baja imposición fiscal, con clausura de establecimientos de diez días continuos y multa de dos mil unidades tributarias⁶⁵. En el caso que se presente con retardo esta declaración informativa, la sanción será mil unidades tributarias (1.000 U.T.).

2.1. Legislación en materia de legitimación de capitales

Tal como se ha comentado, una de las principales finalidades por las cuales se utilizan los paraísos fiscales –aunque no siempre es así–, es precisamente para legitimar capitales,

⁶⁴ Publicado en la Gaceta Oficial Extraordinaria núm. 6.152, de fecha 18 de noviembre de 2014.

⁶⁵ La Unidad Tributaria es un valor de unidad aritmética que se actualiza anualmente para intentar actualizar el pago de tributos y sanciones con la economía inflacionaria típica venezolana.

evadir impuestos o bien, financiar actividades ilícitas y vinculadas al terrorismo. Por ello, observamos una vinculación clara entre estas jurisdicciones y el delito de legitimación de capitales, para lo cual indicamos algunas disposiciones en el ordenamiento jurídico venezolano, que pueden resultar de interés en esta materia.

En el caso del ordenamiento jurídico venezolano, a nivel constitucional se consagra en el artículo 116 lo siguiente:

«No se decretarán ni ejecutarán confiscaciones de bienes sino en los casos permitidos por esta Constitución. Por vía de excepción podrán ser objeto de confiscación, mediante sentencia firme, los bienes de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, responsables de delitos cometidos contra el patrimonio público, los bienes de quienes se hayan enriquecido ilícitamente al amparo del Poder Público y los bienes provenientes de las actividades comerciales, financieras o cualesquiera otras vinculadas al tráfico ilícito de sustancias psicotrópicas y estupefacientes».

Ahora bien, en el caso venezolano, existe una ley especial relacionada a la prevención de la legitimación de capitales. Así, la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y Financiamiento al Terrorismo⁶⁶, tiene por objeto prevenir, investigar, perseguir, tipificar y sancionar los delitos relacionados con la delincuencia organizada y el financiamiento del terrorismo.

De esta manera, se establece en el artículo 9 de esta ley, los sujetos obligados en los términos siguientes:

«Se consideran sujetos obligados de conformidad con esta Ley, los siguientes:

- 1. Las personas naturales y jurídicas, cuya actividad se encuentra regulada por la ley que rige el sector bancario.*
- 2. Las personas naturales y jurídicas, cuya actividad se encuentra regulada por la ley que rige el sector asegurador.*
- 3. Las personas naturales y jurídicas, cuya actividad se encuentra regulada por la ley que rige el sector valores.*
- 4. Las personas naturales y jurídicas, cuya actividad se encuentra regulada por la ley que rige al sector de bingos y casinos.*
- 5. Los hoteles, empresas y centros de turismo autorizados a realizar operaciones de cambios de divisas.*
- 6. Las fundaciones, asociaciones civiles y demás organizaciones sin fines de lucro.*
- 7. Las organizaciones con fines políticos, los grupos de electores, agrupaciones de ciudadanos y ciudadanas y de las personas que se postulen por iniciativa propia para cargos de elección popular.*
- 8. Oficinas Subalternas de Registros Públicos y Notarías Públicas.*

⁶⁶ Publicada en la Gaceta Oficial N° 39.212, de fecha 30 de abril de 2012.

9. *Los Abogados, administradores, economistas, y contadores en el libre ejercicio de la profesión, cuando éstos lleven a cabo, transacciones para un cliente con respecto a las siguientes actividades:*

- a. compraventa de bienes inmuebles;*
- b. administración del dinero, valores y otros activos del cliente;*
- c. administración de cuentas bancarias, de ahorro o valores;*
- d. organización de aportes para la creación, operación o administración de compañías;*
- e. creación, operación o administración de personas jurídicas o estructuras jurídicas, y compra y venta de entidades comerciales.*

10. *Las personas naturales y jurídicas, cuya actividad económica sea:*

- a. Compra venta de bienes raíces.*
- b. Construcción de edificaciones (centros comerciales, viviendas, oficinas, entre otros).*
- c. Comercio de metales y piedras preciosas.*
- d. Comercio de objetos de arte o arqueología.*
- e. Marina mercante.*
- f. Servicios de arrendamiento y custodia de cajas de seguridad, transporte de valores y de transferencia o envío de fondos.*
- g. Servicio de asesoramiento en materia de inversiones, colocaciones y otros negocios financieros a clientes, cualesquiera sea su residencia o nacionalidad.*
- h. Las empresas de compraventa de naves, aeronaves y vehículos automotores terrestres.*
- i. Los establecimientos destinados a la compraventa de repuestos y vehículos usados».*

Nos parece importante alertar sobre esta disposición, la obligación que tienen los abogados, administradores, economistas y contadores en el libre ejercicio de la profesión, cuando realicen actividades relacionadas con la compraventa de bienes inmuebles, administración del dinero, valores y otros activos del cliente; administración de cuentas bancarias, de ahorro o valores; organización de aportes para la creación, operación o administración de compañías; creación, operación o administración de personas jurídicas o estructuras jurídicas, y compra y venta de entidades comerciales. En estos supuestos, los profesionales mencionados deberán cumplir con todas las obligaciones en materia de prevención de legitimación de capitales señaladas en la ley comentada.

3. Divulgación de datos en paraísos fiscales y consecuencias para los contribuyentes

Hemos sido testigos de cómo durante el año 2016, se ha originado una verdadera revolución fiscal en materia de paraísos fiscales.

Como bien se sabe, los mal denominados «*Panama papers*» han generado un escándalo y repercusiones mediáticas. Se trata de una divulgación indebida de datos personales de los contribuyentes, sin ningún tipo de autorización por parte de éstos y vulnerando derechos y garantías de los contribuyentes.

En este sentido, sin fijar una posición de defensa o ataque hacia el listado de contribuyentes que aparecen en estas famosas y polémicas listas de los mal denominados «*Panama papers*», podemos decir desde el punto de vista objetivo y técnico, que existe una clara violación a los derechos y garantías de los contribuyentes. Las consecuencias a nivel mediático, sin que haya un pronunciamiento a nivel oficial, han sido devastadoras. No es posible que por medio de una divulgación de datos, en donde han hecho eco los medios de comunicación, ya exista un reproche social hacia esos contribuyentes, sin que exista la posibilidad de alegar defensa alguna.

En este polémico caso, los «*grandes olvidados*» han sido precisamente los derechos y garantías de los contribuyentes que aparecen en estos listados. Ya el tema es polémico a nivel del intercambio de información tributaria entre las Administraciones Tributarias e instituciones desde el punto de vista formal. Por ello, la doctrina⁶⁷ ha planteado que «cuando hay intercambio de información, hay una doble quiebra del derecho de la intimidad del contribuyente afectado. Primero, se vulnera la intimidad cuando se obtiene la información, una vulneración aceptada por el ordenamiento en función de una ponderación de intereses. Y hay una segunda, cuando se cede la información a otro país que va a hacer un uso de la misma, y sería bueno poder controlar la dimensión de ese uso». Sin embargo, en el supuesto de los mal denominados «*Panama papers*», la vulneración ha sido grotesca, porque se ha extraído la información de una base de datos de forma ilegal y se ha hecho pública a nivel internacional en listados de reproche a nivel social. Este tipo de actuaciones no pueden ocurrir en pleno siglo XXI, cuando hay una consolidación a nivel internacional, de los derechos fundamentales de los contribuyentes.

Bajo la óptica del Derecho venezolano, podemos decir que en el artículo 49 de la Constitución, se consagra el debido proceso. De esta manera, se estipula claramente en esta disposición lo siguiente:

«El debido proceso se aplicará a todas las actuaciones judiciales y administrativas y, en consecuencia:

1. La defensa y la asistencia jurídica son derechos inviolables en todo estado y grado de la investigación y del proceso. Toda persona tiene derecho a ser notificada de los cargos por los cuales se le investiga, de acceder a las pruebas y de disponer del tiempo y de los medios adecuados para ejercer su defensa. Serán nulas las pruebas obtenidas mediante violación del debido proceso. Toda persona declarada culpable tiene derecho a recurrir del fallo, con las excepciones establecidas en esta Constitución y la ley.

2. Toda persona se presume inocente mientras no se prueba lo contrario.

3. Toda persona tiene derecho a ser oída en cualquier clase de proceso, con las debidas garantías y dentro del plazo razonable determinado legalmente, por un tribunal competente, independiente e imparcial establecido con anterioridad. Quien no hable castellano o no pueda comunicarse de manera verbal, tiene derecho a un intérprete.

⁶⁷ Vid. GARCÍA NOVOA, César: *Hacia un derecho tributario global*, Vergara & Asociados, Plural editores, 2016, pg. 155.

4. *Toda persona tiene derecho a ser juzgada por sus jueces naturales en las jurisdicciones ordinarias, o especiales, con las garantías establecidas en esta Constitución y en la ley. Ninguna persona podrá ser sometida a juicio sin conocer la identidad de quien la juzga, ni podrá ser procesada por tribunales de excepción o por comisiones creadas para tal efecto.*

5. *Ninguna persona podrá ser obligada a confesarse culpable o declarar contra sí misma, su cónyuge, concubino o concubina, o pariente dentro del cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad.*

La confesión solamente será válida si fuere hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

6. *Ninguna persona podrá ser sancionada por actos u omisiones que no fueren previstos como delitos, faltas o infracciones en leyes preexistentes.*

7. *Ninguna persona podrá ser sometida a juicio por los mismos hechos en virtud de los cuales hubiese sido juzgada anteriormente.*

8. *Toda persona podrá solicitar del Estado el restablecimiento o reparación de la situación jurídica lesionada por error judicial, retardo u omisión injustificados. Queda a salvo el derecho del o de la particular de exigir la responsabilidad personal del magistrado o magistrada, juez o jueza y del Estado, y de actuar contra éstos o éstas».*

De igual forma, en el artículo 28 de la Constitución venezolana, se establece el derecho a la protección de los datos personales. Así, se indica lo siguiente:

«Toda persona tiene derecho a acceder a la información y a los datos que sobre sí misma o sobre sus bienes consten en registros oficiales o privados, con las excepciones que establezca la ley, así como de conocer el uso que se haga de los mismos y su finalidad, y a solicitar ante el tribunal competente la actualización, la rectificación o la destrucción de aquellos, si fuesen erróneos o afectasen ilegítimamente sus derechos. Igualmente, podrá acceder a documentos de cualquier naturaleza que contengan información cuyo conocimiento sea de interés para comunidades o grupos de personas. Queda a salvo el secreto de las fuentes de información periodística y de otras profesiones que determine la ley».

Con lo cual, si bien no es nuestro interés defender a ultranza la utilización de este tipo de jurisdicciones, ni entrar en debates en otro contexto, no podemos dejar de mencionar la clara vulneración a los derechos fundamentales de los contribuyentes con la divulgación de datos personales, sin el consentimiento de éstos, especialmente, del derecho al debido proceso, derecho a la defensa, prueba y la protección de los datos personales.

III. Conclusiones

(i) Las jurisdicciones *offshore* o paraísos fiscales se encuentran en pleno auge en la comunidad internacional y la agenda actual a nivel global se centra en la eliminación de estas jurisdicciones.

(ii) Las jurisdicciones *offshore* o paraísos fiscales constituyen jurisdicciones que no intercambian información tributaria y, en muchas ocasiones –aunque no todas-, se utilizan con la finalidad de evadir tributos y legitimar capitales.

(iii) En el ordenamiento jurídico venezolano, existe una lista negra o *black list* de jurisdicciones que son consideradas de baja imposición fiscal.

(iv) En el Derecho venezolano, existe una regulación específica en materia de prevención del delito de legitimación de capitales, contemplada en la Ley Orgánica contra la Delincuencia Organizada y el Financiamiento del Terrorismo. Existe una clara vinculación entre las jurisdicciones *offshore* y la legitimación de capitales.

(v) La utilización de las jurisdicciones *offshore* no es *per se* una práctica ilegal. Es importante revisar la parte material del instrumento utilizado en la jurisdicción *offshore* para determinar su grado de reprochabilidad o no.

(vi) La divulgación masiva de datos de los contribuyentes, sin el consentimiento de éstos y con el reproche de los medios de comunicación social, constituyen una vulneración a los derechos fundamentales de los contribuyentes, especialmente, al derecho al debido proceso, derecho a la defensa, prueba y protección de los datos personales.

IV. Bibliografía

ABACHE CARVAJAL, Serviliano: «Venezuela y las medidas BEPS», en *Memorias de las XXVIII Jornadas Latinoamericanas de Derecho Tributario*, Academia Mexicana de Derecho Fiscal, Instituto Latinoamericano de Derecho Tributario, Ciudad de México, 2015.

ABACHE CARVAJAL, Serviliano y ATENCIO VALLADARES, Gilberto: «Tema II: Nuevos retos de la fiscalidad internacional. Informe de la Relatoría General», en GARCÍA PACHECO, Ingrid (Coordinadora General), *Los nuevos retos de la fiscalidad internacional. Memorias de las XV Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario*, t. III, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2016.

GARCÍA NOVOA, César: *Hacia un derecho tributario global*, Vergara & Asociados, Plural editores, 2016.

MALHERBE, Jacques, TRELLO, Carol y GRAU RUIZ, María Amparo: *La revolución fiscal del 2014. FAT-CA, BEPS, OVDP*, Instituto Colombiano de Derecho Tributario, Legis, Bogotá, 2015.

PALACIOS MÁRQUEZ, Leonardo: «La política de Administración Tributaria en la globalización», *Administración Tributaria. En conmemoración a los 20 años del Seniat. Memorias de las XIII Jornadas Venezolanas de Derecho Tributario*, tomo I, Asociación Venezolana de Derecho Tributario, Caracas, 2014.

A ação civil pública como proteção constitucional aos direitos de cidadania: efetividade das políticas públicas

GIANPAOLO POGGIO SMANTO⁶⁸

ANDRÉIA R. SCHNEIDER NUNES CARVALHAES⁶⁹

Universidade de São Paulo

1. Construção da tutela jurisdicional dos direitos de cidadania

No contexto da segunda metade do século XX, notadamente a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, de 1948, que consagrou valores básicos universais em respeito à dignidade humana, somado ao Pacto Internacional dos Direitos Econômicos, Sociais e Culturais que expandiu o catálogo de direitos trazidos pela Declaração, implicou mudanças de orientação da proteção jurisdicional internacional e também no âmbito nacional.

Até então prevalecia o direito de ação voltado à proteção dos direitos individuais e de propriedade do indivíduo, cujo objeto de tutela somente assumiu novos rumos a partir da implantação do Estado Social, ao ampliar o campo de proteção aos interesses da sociedade como um todo ou aos seus grupos representativos.⁷⁰

⁶⁸ Doutor e Mestre em Direito pela PUC-SP. Coordenador da Pós-Graduação Stricto Sensu da Universidade Presbiteriana Mackenzie. Professor convidado da Escola Superior do Ministério Público, da Escola Superior da Advocacia e do Damásio Educacional. Procurador-Geral de Justiça do Estado de São Paulo. E-mail: *gianpaolosmanio@gmail.com*

⁶⁹ Doutoranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie. Mestra em Teoria do Direito e do Estado pelo Centro Universitário Eurípides de Marília. Pesquisadora dos Grupos de Pesquisa cadastrados no CNPq “Políticas Públicas como Instrumento de Efetivação da Cidadania” e “Estado e Economia no Brasil”. Editora de livros jurídicos. Professora de Processo Civil. E-mail: *andreaschnunes@gmail.com*

⁷⁰ THEODORO JÚNIOR, Humberto. Algumas considerações sobre a ação civil pública e outras ações coletivas. *Revista dos Tribunais* 788. Jun. 2001, p. 57.

Para Humberto Theodoro Júnior,⁷¹

Naturalmente, não se desprezou nem abandonou o direito clássico de proteção ao indivíduo, sua pessoa, seus bens e seus direitos individuais. Tudo o que o homem, como pessoa central do organismo social, logrou conquistar no domínio do direito persiste sob amparo da ordem jurídica tradicional. O que se fez foi ampliar o campo de atuação do direito para nele incluir situações coletivas que até então permaneciam à margem dos mecanismos de disciplina, garantia e sanção do direito positivo.

A complexidade das relações decorrentes de novos direitos que envolvem a sociedade ou determinados grupos sociais, a exemplo dos direitos difusos e coletivos, associada às relações econômicas, fez gerar problemas até então desconhecidos às lides meramente individuais e passou a demandar uma proteção de ordem coletiva.⁷²

Nesse sentido, Mauro Cappelletti assevera que:

Daí deriva que também as situações de vida, que o Direito deve regular, são tornadas sempre mais complexas, enquanto, por sua vez, a tutela jurisdicional - a “Justiça” - será invocada não mais somente contra violações de caráter individual, mas sempre mais frequente contra violações de caráter essencialmente coletivo, enquanto envolvem grupos, classes e coletividades. Trata-se, em outras palavras, de “violações de massa”.⁷³

Justamente em razão da nova dimensão do Estado Social e de suas funções de cunho prestacional e coletivo, os novos direitos clamavam por proteção material e processual. Isso porque, para Antônio Carlos Wolkmer: “É necessário transpor, portanto, o modelo jurídico individualista, formal e dogmático, adequando seus conceitos, institutos e instrumentos processuais no sentido de contemplar, garantir e materializar ‘novos’ direitos.”⁷⁴

Tanto é assim que: “Os direitos e os deveres não se apresentam mais, como nos Códigos tradicionais, de inspiração individualística-liberal, como direitos e deveres essencialmente individuais, mas meta-individuais e coletivos.”⁷⁵

Por força dessa necessidade, ainda de forma incipiente, o ordenamento jurídico brasileiro trouxe a ação coletiva inicialmente como faculdade às associações de classe de funcionários públicos para promoverem a representação coletiva perante as autoridades administrativas e

⁷¹ Idem, *ibidem*.

⁷² CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. Trad. por Nelson Renato Palaia Ribeiro de Campos. Revista de Processo. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano II, n. 5, jan./mar. 1977, p. 130.

⁷³ Idem, *ibidem*.

⁷⁴ WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In: WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (org.). Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 21.

⁷⁵ CAPPELLETTI, Mauro. Op. cit., p. 130.

a justiça ordinária, nos termos da Lei 1.134/1950. Nesse sentido, o Estatuto da Ordem dos Advogados também passou a autorizar a representação judicial dos interesses gerais da classe dos advogados, tal como a Lei 6.708/1979, que facultou aos sindicatos apresentar reclamação como substituto processual de seus associados para assegurar a percepção dos valores salariais corrigidos.

Em continuidade à construção normativa sob o viés coletivo, ingressa no ordenamento jurídico ação coletiva para proteção de patrimônio público, abrangendo direitos de valor econômico, artístico, estético histórico ou turístico, por meio da ação popular, consagrada na Lei 4.717/1965, cuja legitimidade é conferida ao cidadão. Posteriormente, já em sede constitucional, o objeto da ação popular ampliou no sentido de anular ato lesivo ao patrimônio público, à moralidade administrativa, ao meio ambiente e ao patrimônio histórico e cultural, nos moldes do artigo 5.º, LXXIII, da Constituição Federal de 1988.

A partir desse novo contexto é que a atuação do Ministério Público vai além da fiscalização da lei e passa a zelar pelos interesses da coletividade, com destaque para a proteção de interesses difusos e coletivos, a exemplo da atribuição de legitimidade para ajuizar ação de responsabilidade civil e criminal por danos causados ao meio ambiente, instituída pela Lei 6.938/1981 – Política Nacional do Meio Ambiente, bem como pela Lei Complementar 40/1981 ao relacionar dentre as suas funções institucionais a de promover a ação civil pública.

Mas o marco da virada da tutela de direitos difusos e coletivos adveio com a Lei da Ação Civil Pública, Lei 7.347/1985, principal responsável pela proteção jurisdicional dos direitos de cidadania. À época de sua promulgação, a legitimidade era restrita ao Ministério Público, União, Estados e Municípios, bem como por autarquia, empresa pública, fundação, sociedade de economia mista ou por associação.

Na medida em que a ação civil pública passou a receber proteção constitucional, integrando as funções institucionais do Ministério Público, no artigo 129, III, da Constituição Federal, passou a ter natureza jurídica de garantia constitucional, extraída da cláusula constitucional aberta prevista no artigo 5.º, § 2.º.⁷⁶

Nesse sentido, Gregório Assagra de Almeida:⁷⁷

Com base nesta cláusula aberta dos direitos e garantias constitucionais fundamentais, a *ação civil pública* possui também, seja pela sua relevância e dimensão social, seja por força do art. 5.º, XXXV, da CF, que garante o acesso amplo e irrestrito à justiça, natureza jurídica de *garantia constitucional fundamental*.

E, posteriormente, ampliou o rol de legitimados, a exemplo da legitimação da Defensoria Pública pela Emenda Constitucional 80/2014, tornou-se instrumento processual em maior potencial para alcançar a efetividade dos direitos de cidadania elencados no artigo 1.º da Lei

⁷⁶ ALMEIDA, Gregório Assagra de. Objeto material da ação civil pública: algumas questões polêmicas. In: MILARÉ, Édís (coord.). Ação civil pública após 30 anos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 323.

⁷⁷ Idem, *ibidem*.

7.347/1985 e salvaguardados pela cláusula aberta atinente a “qualquer outro interesse difuso e coletivo”.

Trata-se de ação que versa sobre a proteção de interesses metaindividuais – difusos e coletivos em sentido estrito – ou individuais homogêneos, todos fundados na mesma base jurídica coletiva e cuja natureza jurídica é pública, não em razão de seus legitimados serem representados apenas por órgãos públicos, mas sim por que seu objeto material carrega em si demasiada relevância social.

A respeito do caráter terminológico de ação civil pública, Rodolfo de Camargo Mancuso esclarece que:

A ação da Lei 7.347/85 objetiva a tutela de interesses metaindividuais, de início compreensivos dos *difusos* e dos *coletivos em sentido estrito*, aos quais na sequência se agregaram os *individuais homogêneos* (Lei 8.078/90, art. 81, parágrafo único, III, c/c os arts. 83 e 117); de outra parte, essa ação não se diz ‘pública’ por conta de o Ministério Público poder promovê-la, a par de outros colegitimados, mas sim porque seu *objeto* abrange um largo espectro de interesses e valores de inegável relevância social, permitindo o acesso à justiça de certos conflitos metaindividuais que, de outra forma, remanesceriam num certo ‘limbo jurídico’.⁷⁸

Foi por meio do Código de Defesa do Consumidor, no artigo 81, parágrafo único, que a tutela coletiva foi disciplinada e conceituou os bens tutelados como direitos ou interesses difusos e coletivos, bem como os interesses ou direitos individuais homogêneos, formando o chamado microsistema jurídico de proteção coletiva.

Pelo teor da legislação consumerista, os interesses difusos e coletivos são entendidos como metaindividuais e de natureza indivisível, sendo que os primeiros têm como titulares pessoas indeterminadas e ligadas por circunstâncias de fato, e os segundos correspondem a um grupo, categoria ou classe de pessoas ligadas entre si ou com a parte contrária por uma relação jurídica base. Já os interesses individuais homogêneos são oriundos de origem comum. Aqui, apesar de o legislador não ter sido tão preciso, refere-se a direito coletivo divisível, “tendo cada titular uma dimensão própria equivalente a seu exclusivo direito.”⁷⁹

Outra concepção trazida pelo Código de Defesa do Consumidor foi a de atribuir a proteção dos interesses individuais homogêneos às chamadas ações coletivas, por meio de seu Capítulo II intitulado ‘Das *ações coletivas* para a defesa de interesses individuais homogêneos’, que permitiu a “[...] distinção entre (i) *ação civil pública* (tutela de interesses difusos e coletivos) e (ii) *ação coletiva* (tutela de interesses individuais homogêneos).⁸⁰

⁷⁸ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/1985 e legislação complementar. 14. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 27.

⁷⁹ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Controle judicial. In: _____; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. Tratado de direito administrativo: controle da administração pública e responsabilidade do Estado. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, v. 7, p. 114.

⁸⁰ MANCUSO, Rodolfo de Camargo. Op. cit., p. 29.

Não é o propósito deste trabalho entrar no mérito semântico se este desmembramento em ação civil pública e ação coletiva traz alguma distinção na prática, na verdade, a nosso ver, não há. O que é importante observar a partir do Código de Defesa do Consumidor é que os interesses individuais homogêneos, ainda que individualmente considerados, passaram a ser tutelados mediante ação coletiva.

Com a definição substantiva dos bens tutelados pela legislação consumerista, acaba por clarear a natureza processual da Lei 7.347/1985, já que predomina em seu texto o procedimento dos meios processuais cabíveis de proteção aos interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

A par disso, a ação civil pública é o principal instrumento da jurisdição coletiva, responsável pela resolução de macroconflitos e de amplos espectros, incluindo conteúdo de política pública, cuja pretensão é fundada na proteção de interesses difusos, coletivos e individuais homogêneos.

Apesar de o artigo 1.º da Lei 7.347/1985 elencar um rol de hipóteses de cabimento para a propositura da ação civil pública, não significa que seu objeto esteja taxativamente restrito a elas. Com inclusão do IV ao artigo 1.º pelo Código de Defesa do Consumidor, o alcance do objeto da ação civil pública foi ampliado a partir da cláusula “a qualquer outro interesse difuso ou coletivo” e, tão logo, em razão da interpretação conforme a Constituição em face de seu artigo 127, III.

A ampliação do objeto da ação civil pública voltada à implementação dos direitos fundamentais contribuiu para o controle judicial de políticas públicas, que, em face de sua natureza coletiva, passa a ser o principal instrumento de acesso à justiça ante a violação de direito metaindividuais ou individuais ou eventual omissão por parte da Administração Pública, seja mediante o cumprimento de obrigação de fazer ou não fazer, seja por condenação em dinheiro (artigo 3.º da Lei 7.347/1985).

Por outro lado, é importante uma análise crítica do seu objeto, já que a cláusula aberta do inciso IV do artigo 1.º abrange desde o patrimônio público e social, o meio ambiente, o consumidor, a moralidade administrativa e, eventualmente, os direitos individuais homogêneos. Tamanha sua elasticidade que a proteção da língua portuguesa contra o uso de palavras estrangeiras em documentos públicos já foi defendida por José Carlos Barbosa Moreira como objeto de ação civil pública.⁸¹

Não é para menos que a ação civil pública ampliou a participação da sociedade e democratizou o acesso à justiça, alterando o paradigma tradicional do processo civil em torno de ações meramente interindividuais. A partir da Lei 7.347/1985 foi possível promover a proteção dos interesses difusos e coletivos, bem dos interesses individuais homogêneos, sob o respaldo constitucional e da legislação consumerista.

A ação civil pública veio para consolidar e alterar o modo de prestação da tutela jurisdicional, agora sob o viés coletivo, principalmente no campo da fiscalização e efetivação de políticas públicas. Sob o olhar processual, Araken de Assis retrata sua importância:

⁸¹ BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A ação civil pública e a língua portuguesa. Revista síntese jurídica. v. 48, n. 276, p. 5-8, out. 2000.

A importância desse diploma é transcendente no cenário nacional. Ele democratiza o acesso à Justiça. O processo civil contemporâneo se caracteriza por três linhas evolutivas: (a) do abstrato ao concreto; (b) do individual ao social; (c) do nacional ao internacional. A Lei 7.347/1985 rompeu, decisivamente, o esquema clássico do direito processual, voltado à tutela dos interesses individuais, no qual só a muito custo identificam-se fórmulas para proteção de bens coletivos. Não constitui exagero afirmar que o diploma operou verdadeira revolução. Completou-a decisivamente, advindo a CF/1988, a função institucional do Ministério Público em promover o inquérito civil e a ação civil pública para a proteção do patrimônio público e social, do meio ambiente e de outros interesses difusos e coletivos. Formou-se, assim, o arcabouço do processo coletivo comum.⁸²

Tanto é assim que antes mesmo da publicação da Lei 7.347/1985, Nelson Nery Junior, ao falar sobre as tendências de atuação do Ministério Público no âmbito civil, atribuiu a sua desenvoltura ao exercício da tutela jurisdicional dos interesses difusos mediante a ação civil pública, tamanha sua convicção a respeito do êxito da ação civil pública.⁸³

Se na ocasião de sua criação já havia a preocupação em tutelar os novos direitos de cidadania, na sociedade atual se faz ainda mais necessária a proteção dos interesses difusos e coletivos ante a pluralidade de interesses. Tanto é assim que, soma-se ao microsistema de proteção o Estatuto de Defesa do Torcedor (Lei 10.671/2003), o Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003), a Lei da Biossegurança (Lei 11.105/2005), a Lei da Violência Doméstica (Lei 11.340/2006), a Lei do Mandado de Segurança Individual e Coletivo (Lei 12.016/2009), o Estatuto da Igualdade Racial (Lei 12.288/2010), o Marco Civil da Internet (Lei 12.965/2014), Estatuto da Pessoa com Deficiência (Lei 13.146/2015) e a recente Lei do Mandado de Injunção (Lei 13.300/2016).

Se ainda há questões de direitos fundamentais, difusos e coletivos a serem resolvidos pelo nosso ordenamento jurídico, as novas demandas por direitos da modernidade, hoje chamada de hipermodernidade, transformam a sociedade e trazem ainda maior relevância para os instrumentos jurídicos de efetivação de direitos e garantias, como a ação civil pública.

Justamente em razão desse cenário é que se exige maior articulação entre os Poderes Públicos, as instituições públicas e privadas e a sociedade como um todo para a efetivação de direitos. Do contrário, a ausência de articulação governamental se torna um problema jurídico e o controle judicial se faz necessário.

2. Ação civil pública como instrumento de controle judicial de políticas públicas

Ainda que as políticas públicas não componham o rol de objeto de tutela da ação civil pública, nos moldes do artigo 1.º da Lei 7.347/1985, não significa que os atos da Administra-

⁸² ASSIS, Araken. Processo civil brasileiro. Parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 181-182.

⁸³ NERY JUNIOR, Nelson. A ação civil pública. *Justitia*. p. 84. Vol. CXX. Ano XLV. jan.-mar., 1983.

ção Pública não mereçam proteção e fiscalização por meio de controle judicial, já que diante da cláusula aberta do inciso IV (“a qualquer outro interesse difuso ou coletivo”) não há que se limitar as hipóteses de cabimento.

É importante se ater que as políticas públicas propriamente ditas não serão o objeto da ação civil pública, mas sim os direitos por elas abrangidos, que retratam interesses ou direitos difusos ou coletivos. Uma vez omissa ou ineficiente a Administração Pública no tocante ao cumprimento dos deveres constitucionais da prestação positiva do direito à saúde, à educação e à segurança, por exemplo, o instrumento da ação civil pública vem a legitimar o controle pelo Poder Judiciário na adequação ou execução da política pública.

Em verdade, se uma política pública for institucionalizada normativamente, trazendo o conceito do programa, as prioridades, as metas e os meios de execução, em tese, é provável que o controle judicial seja mais efetivo, pois os critérios para a fiscalização estarão delineados no ato normativo. O ponto de partida há de ser a verificação se a política pública já é existente.

A título de exemplo, cabe a menção à Política Pública de Atendimento ao Idoso, em cumprimento ao artigo 230 da Constituição Federal e institucionalizada por meio do Estatuto do Idoso (Lei 10.741/2003), de modo que o atendimento é dado mediante um conjunto articulado de ações governamentais e não governamentais da União, Estados, Distrito Federal e Municípios.

Por força do Estatuto do Idoso, o Estado regulamenta o modo pelo qual oferecerá a prestação positiva aos idosos, de natureza fática e jurídica, e descreve o conteúdo do programa de ação governamental que deve ser articulado entre as esferas dos Poderes Públicos e os particulares, bem como fixa as ações a serem implementadas, define as entidades de atendimento e suas obrigações e atribui a fiscalização aos Conselhos do Idoso, ao Ministério Público, Vigilância Sanitária e a outros legitimados previstos em lei.

Se o propósito da política pública não for devidamente atendido, garantindo a participação do idoso na comunidade e assegurados o seu bem-estar, a dignidade e o direito à vida, nos termos da norma constitucional – artigo 230 –, a fiscalização e o controle de sua execução pode se dar mediante a atuação da sociedade e, no caso em estudo, pelos instrumentos processuais adequados à proteção dos direitos ou interesses sociais.

É o caso da Ação Civil Pública proposta pelo Ministério Público de São Paulo em face do Município de São Vicente, que, mediante lei municipal, restringiu o acesso ao transporte público gratuito aos idosos e impôs a obrigação de apresentar documento específico.

A Lei Municipal 1.660-A, em seu artigo 22, ao prever que o acesso ao transporte coletivo gratuito ao idoso com mais de 60 (sessenta) anos e aos seus acompanhantes, se comprovada a necessidade no auxílio à locomoção, é limitado à quantidade de dois passageiros por veículo e exige a apresentação de documento específico expedido pela Secretaria de Trânsito Municipal, caminha na contramão da previsão constitucional do artigo 230, § 2.º, e do Estatuto do Idoso, artigo 39.

Ao mesmo tempo em que estendeu o acesso aos idosos com mais de 60 (sessenta) anos, ao restringir o ingresso a dois idosos por veículo, violou o direito fundamental do idoso com

mais de 65 (sessenta e cinco) anos, que possui pleno acesso ao transporte coletivo gratuito, além de excluir o acesso dos idosos de outros municípios.

Diante do descumprimento do dever constitucional em oferecer serviço gratuito de transporte coletivo urbano aos idosos maiores de 65 (sessenta e cinco) anos e por exigir documento específico, fez-se necessário o controle judicial por meio da Ação Civil Pública, visando à condenação do Município em obrigação de fazer e não fazer para garantir o transporte público aos idosos, sem qualquer restrição, sob pena de violação ao princípio da igualdade.

A restrição normativa a direito social difuso, levou, também, ao reconhecimento da procedência do incidente de inconstitucionalidade pelo Órgão Especial do Tribunal de Justiça de São Paulo, declarando inconstitucional o inciso II do § 1.º e § 2.º, ambos do artigo 22 da Lei Municipal 1660-A.⁸⁴

Tal casuística retrata claro exemplo em que o controle judicial se mostrou efetivo e dentro dos limites jurídicos, sem que o julgador assumisse a posição do Administrador ou do Legislador e contrariasse os parâmetros das políticas públicas de atendimento ao idoso já em curso.

Não se trata de admitir a ingerência desmedida do Poder Judiciário na esfera de juízo de oportunidade e conveniência dos demais Poderes, mediante o ingresso de ação civil pública. Mas ao se falar em direitos sociais, viabilizados por políticas públicas, a finalidade do controle judicial é a verificação dos parâmetros racionais e objetivos para a ação do Estado quanto ao dever de implementação de direitos. “É o tipo de ação do Poder Público (ou sua eventual omissão quando tem o dever de agir) que será objeto de averiguação”.⁸⁵

Exatamente nesse sentido, o controle judicial concretizado na Ação Civil Pública em análise identificou que os objetivos delineados pelos Poderes Legislativo e Executivo municipal eram incompatíveis com a Constituição Federal e com o Estatuto do Idoso, inviabilizando a efetivação do direito social do idoso.

Nota-se que o exercício do controle judicial por intermédio da Ação Civil Pública não implica atribuir ao julgador o poder de criar políticas públicas, mas sim o de impor a execução daquelas já estabelecidas pela Constituição Federal, pelas leis ou adotadas pelo próprio governo.⁸⁶

3. A efetividade das decisões judiciais em ação civil pública: descumprimento de ordem judicial e possíveis sanções

É certo que durante o andamento do processo de ação civil pública, que envolva controle judicial de política pública, inúmeras dificuldades se farão presentes, ora para verificar a

⁸⁴ Ver julgado: TJSP, Apelação 0166837-07.2007.8.26.0000, 13.ª Câmara de Direito Público, rel. Peiretti de Godoy, j. 28.09.2011.

⁸⁵ DUARTE, Clarice Seixas. O ciclo das políticas públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLINI, Patrícia Tuma Martins (Orgs.). O direito e as políticas públicas no Brasil. São Paulo: Atlas, 2013, p. 36-37.

⁸⁶ MIRRA, Álvaro Luiz Valery. O problema do controle judicial das omissões estatais lesivas ao meio ambiente, Revista de Direito Ambiental, n. 15, p. 77, jul.-set. 1999.

adequação da escolha do poder público, do mínimo existencial, ora para enfrentar a questão da reserva do possível. Mas é no momento do cumprimento da sentença que reside o maior problema de efetividade da tutela de direitos.

Muito embora se trate de decisão que contemple técnica de tutela específica de obrigação de fazer ou não fazer, com determinação de medidas de apoio e de coerção para a satisfação da tutela, nos termos do artigo 536 do Código de Processo Civil e do artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor,⁸⁷ há casos em que o administrador não cumpre a decisão judicial.

Se os limites à intervenção judicial na esfera da Administração Pública forem estritamente observados, legitimando o controle, e mesmo assim o administrador descumprir a ordem ou decisão judicial que determina a implementação de política pública, é preciso encontrar vias que levem à efetividade da tutela jurídica processual.

O problema recai justamente no modo pelo qual se alcançará a efetividade do direito assegurado na sentença. De nada adiantará o exercício do controle judicial se não tiver meios que exija o cumprimento da decisão judicial. Do contrário, o Poder Judiciário reconhecerá o direito dos cidadãos, mas não terá autoridade para garantir sua concretude.⁸⁸

Não se está a defender que o Poder Judiciário deva ser soberano em relação aos demais Poderes, mas que, dentro de suas funções democráticas, exerça o controle judicial a fim de restabelecer o equilíbrio entre eles e garantir a supremacia da Constituição.

Partindo do pressuposto que a intervenção judicial em política pública não foi discricionária, o juiz também assume a responsabilidade em assegurar a exequibilidade de suas decisões. Tanto é assim que Ada Pellegrini Grinover entende que: “O juiz deve ser o responsável pelo controle do cumprimento de sua sentença e poderá, para tanto, servir-se do poder de sub-rogação em pessoa que possam cuidar do cumprimento das obrigações que determinou.”⁸⁹

Segundo esse propósito, Ada Pellegrini Grinover elenca as possíveis sanções para o alcance da efetividade:

- a) a aplicação de multa diária (*astreintes*) ou a título de ato atentatório ao exercício da jurisdição; b) a responsabilização por ato de improbidade administrativa; c) a intervenção no Estado ou no Município; d) a responsabilização criminal.⁹⁰

A começar pela aplicação da medida de coerção patrimonial, ou seja, imposição de multa diária ou *astreintes* ao poder público para impulsioná-lo a cumprir a decisão judicial dentro

⁸⁷ Regime de execução específica de obrigação de fazer ou não fazer similar à regra do artigo 84 do Código de Defesa do Consumidor.

⁸⁸ CARDOSO, Antonio Pessoa. Desobediência às decisões judiciais, 2012. Disponível em: <<http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI157312,61044-Desobediencia+as+decisoes+judiciais>>. Acesso em: 9 de nov. de 2017.

⁸⁹ GRINOVER, Ada Pelegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; WATANABE, Kazuo. O controle jurisdicional de políticas públicas. 2 ed. São Paulo: Forense, 2013, p. 140.

⁹⁰ Idem, *ibidem*.

da maior brevidade possível,⁹¹ prevista no artigo 536, § 1.º, do Código de Processo Civil, no artigo 84, § 4.º, do Código de Defesa do Consumidor e no artigo 11 da própria Lei de Ação Civil Pública. Apesar de ser a mais recorrente sanção dada em face do descumprimento de decisão judicial, nem sempre é a mais eficaz.

Isso porque, quando o juiz determina obrigação de fazer ou não fazer ao poder público, sob pena de cominação de multa diária, não a faz na figura do administrador, mas sim do ente público como um todo. Significa dizer que a penalidade recairá no patrimônio público, bem de todos,⁹² sendo inscrita sob regime de precatório.

Na verdade, a multa diária não foi criada para ser paga, mas para obrigar o devedor a cumprir a obrigação específica, ou seja, tem natureza apenas inibitória e instrumento de execução indireta. Isso porque, “[...] o devedor deve sentir ser preferível cumprir a obrigação na forma específica a pagar o alto valor da multa fixada pelo juiz”.⁹³

No entanto, diante da ineficácia de resultado prático, há entendimento por parte da doutrina que a aplicação de multa por descumprimento de decisão judicial só alcançaria sua efetividade se recaísse no patrimônio particular do administrador público responsável pela ação ou omissão estatal, pois, do contrário, oneraria ainda mais o erário.⁹⁴

Na mesma linha de Eurico Ferraresi, Leonardo Carneiro da Cunha entende que para conferir efetividade ao cumprimento da decisão judicial, a multa deve ser destinada ao gestor público responsável e à própria pessoa jurídica de direito público, pois é “[...] possível admitir a fixação da multa ao agente público, fazendo prevalecer o princípio da efetividade, erigido a uma garantia constitucional.”⁹⁵

Já se decidiu que a aplicação de *astreintes* pode ser direcionada não só à Fazenda Pública, mas também pessoalmente aos gestores públicos responsáveis pelo cumprimento das determinações judiciais.⁹⁶

Por outro lado, a extensão dos efeitos acaba por incorrer em dois problemas que não podem ser desprezados: o gestor público não é parte do processo e não se confunde com a pessoa jurídica de direito público.

O STJ pacificou o seu entendimento jurisprudencial no sentido da admissão de aplicação de multa diária à Fazenda Pública para assegurar o cumprimento da obrigação determinada judicialmente, mas não sendo possível direcioná-la ao agente político que não é parte do

⁹¹ Conforme, TRF-5.ª Região, 3.ª T., Apelação Cível 2001.83.00.001752-1, rel. Des. Federal Paulo Gadelha, j. 03.02.2005.

⁹² GRINOVER, Ada Pellegrini. Op. cit., p. 140.

⁹³ NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. Código de Processo Civil comentado. 16 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 1.682.

⁹⁴ FERRARESI, Eurico. Modelos de processos coletivos: ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.

⁹⁵ CUNHA, Leonardo Carneiro da. Algumas Questões sobre as *Astreintes* (Multa Cominatória). Revista Dialética de Direito Processual, São Paulo, n. 15, p. 104, junho de 2004.

⁹⁶ STJ, REsp 1111562/RN, 2.ª T., j. 25.08.2009, rel. Min. Castro Meira, DJe 18.09.2009.

processo e não teve a oportunidade de exercer seu direito constitucional de ampla defesa.⁹⁷ “A extensão ao agente político de sanção coercitiva aplicada à Fazenda Pública, ainda que revestida do motivado escopo de dar efetivo cumprimento à ordem mandamental, está despida de juridicidade.”⁹⁸

Mesmo configurando o descumprimento de decisão judicial como ato atentatório à dignidade da justiça, enquanto *contempt of court*, contemplado no artigo 77 do Código de Processo Civil, quando se trata de multa à Fazenda Pública não se mostra eficaz.⁹⁹

Em substituição à aplicação da multa diária, o bloqueio de verbas públicas é medida excepcional para a efetividade de direitos tuteláveis por políticas públicas diante da urgência na prestação positiva estatal. No tocante ao fornecimento de medicamento, o STJ sedimentou entendimento no julgamento do REsp 1.069.810, em sede de recurso repetitivo:

Tratando-se de fornecimento de medicamentos, cabe ao Juiz adotar medidas eficazes à efetivação de suas decisões, podendo, se necessário, determinar até mesmo, o sequestro de valores do devedor (bloqueio), segundo o seu prudente arbítrio, e sempre com adequada fundamentação.¹⁰⁰

Isso porque, diante da omissão estatal da Administração Pública no fornecimento de medicamento, o Poder Judiciário não pode compactuar com a transgressão do poder público. Inevitavelmente incorrerá uma colisão entre o direito fundamental à saúde e a insuficiência de recursos públicos, o qual, neste caso, o primeiro tende a prevalecer.¹⁰¹

Pode-se propor, também, para a mobilização ao cumprimento da obrigação de fazer ou não fazer, a responsabilização por ato de improbidade administrativa, nos termos do artigo 11 da Lei 8.429/1992, por violação aos princípios constitucionais da Administração Pública.

Consuelo Yatsuda Moromizato Yoshida e Gianfranco Silva Caruso ilustram como medida de maior efetividade o aparelhamento da ação civil pública por improbidade administrativa, visando a responsabilização pessoal e cominação de sanções aos próprios agentes públicos, como no caso de omissão no controle de epidemia de dengue na cidade de Cruzeiro/SP.¹⁰²

Isso se deu em razão das omissões administrativas por parte do Município, a ponto de saltar a incidência de casos de dengue de 1, em 2009, para 6.579 em 2013, segundo dados

⁹⁷ STJ, REsp 1315719/SE, 2.^a T., j. 27.08.2013, rel. Min. Herman Benjamin, Dje 18.09.2013.

⁹⁸ STJ, REsp 747.371/DF, 5.^a T., rel. Min. Jorge Mussi, DJe de 26.04.2010.

⁹⁹ GRINOVER, Ada Pelegrini. Op. cit., p. 141.

¹⁰⁰ STJ, REsp 1.069.810/RS, 1.^a Seção, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 06.11.2013.

¹⁰¹ A orientação jurisprudencial pode mudar, a depender do julgamento dos RE 566471 e RE 657718 que versam sobre fornecimento de medicamento de alto custo.

¹⁰² YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato; CARUSO, Gianfranco Silva. A ação civil pública e sua relevância como fato/ato político-social. In: MILARÉ, Édís (coord.). Ação civil pública após 30 anos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015, p. 199.

de distribuição dos casos confirmados de dengue autóctones fornecidos pela Secretaria de Estado da Saúde.¹⁰³

A partir do controle da ação governamental pela via jurisdicional da ação civil pública por ato de improbidade administrativa, com potencial capacidade de impor sanções ao administrador público, somada à participação da sociedade, providências políticas foram tomadas no combate e erradicação da dengue. Tamanha a eficácia da medida que após um ano já havia caído para 45 casos.¹⁰⁴

Esse é o sentido político-institucional do controle judicial de políticas públicas no Estado Democrático de Direito. Segundo Maria Paula Dallari Bucci, “Não se trata de conceber o Poder Judiciário como mera arena de conflitos, mas respeitar que a exigência judicial de direitos seja uma alternativa possível”.¹⁰⁵

Outras medidas podem ser tomadas se o prefeito deixar de cumprir a determinação judicial sem que ofereça justificativa sobre a recusa ou a impossibilidade de seu cumprimento, por escrito, à autoridade competente. Neste caso, havendo dolo do agente político,¹⁰⁶ constituirá crime de responsabilidade, nos termos do artigo 1.º, XIV, do Decreto-lei 201/1967.

No âmbito penal, o STJ já afastou a incidência de crime de desobediência por descumprimento de ordem judicial pelo poder público, inclusive em sede de mandado de segurança, ao condicionar sua configuração à inexistência de previsão de sanção civil, processual ou administrativa, salvo se permitida a cumulação por lei.¹⁰⁷

Sem a possibilidade da imposição de penalidades, a efetividade das decisões judiciais em controle judicial de políticas públicas fica comprometida. Para que a tutela específica assegurada na decisão judicial seja concretizada faz-se necessária a adoção de medidas executivas e coercitivas, a fim de tornar o comando judicial potencialmente mais efetivo¹⁰⁸.

Referências bibliográficas

ALMEIDA, Gregório Assagra de. Objeto material da ação civil pública: algumas questões polêmicas. In: MILARÉ, Édís (coord.). *Ação civil pública após 30 anos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

ARRUDA ALVIM. *Novo contencioso cível no CPC/2015*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.

¹⁰³ Dados estatísticos disponibilizados em: <<http://portal.saude.sp.gov.br/cve-centro-de-vigilancia-epidemiologica-prof.-alexandre-vranjac/areas-de-vigilancia/doencas-de-transmissao-por-vetores-e-zoonoses/agrivos/dengue/dados-estatisticos>>. Acesso em: 9 de nov. de 2017.

¹⁰⁴ YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato; CARUSO, Gianfranco Silva. Op. cit., p. 199.

¹⁰⁵ BUCCI, Maria Paula Dallari. Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 197.

¹⁰⁶ STJ, HC 304474 / SP, 5.ª T., j. 19.05.2016, rel. Min. Ribeiro Dantas, DJe 27.05.2016.

¹⁰⁷ STJ, HC 92.655/ES, 5.ª T., j. 18.12.2007, rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 25.02.2008; STJ, HC 312.513/RS, 5.ª T., j. 21.05.2015, rel. Min. Jorge Mussi, DJe 28.05.2015.

¹⁰⁸ ARRUDA ALVIM. *Novo contencioso cível no CPC/2015*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016, p. 405.

- ASSIS, Araken. Processo civil brasileiro. Parte geral: fundamentos e distribuição de conflitos. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.
- BARBOSA MOREIRA, José Carlos. A ação civil pública e a língua portuguesa. *Revista síntese jurídica*. v. 48, n. 276, p. 5-8, out. 2000.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Fundamentos para uma teoria jurídica das políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- CAPPELLETTI, Mauro. Formações sociais e interesses coletivos diante da justiça civil. Trad. por Nelson Renato Palaia Ribeiro de Campos. *Revista de Processo*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, ano II, n. 5, jan./mar. 1977.
- CARDOSO, Antonio Pessoa. *Desobediência às decisões judiciais*, 2012. Disponível em: < <http://www.migalhas.com.br/dePeso/16,MI157312,61044-Desobediencia+as+decisoes+judiciais>>. Acesso em: 9 de nov. de 2017.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Controle judicial. In: _____; ALMEIDA, Fernando Dias Menezes de. *Tratado de direito administrativo: controle da administração pública e responsabilidade do Estado*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, v. 7.
- CUNHA, Leonardo Carneiro da. Algumas Questões sobre as Astreintes (Multa Cominatória). *Revista Dialética de Direito Processual*, São Paulo, n. 15, p. 104, junho de 2004.
- DUARTE, Clarice Seixas. O ciclo das políticas públicas. In: SMANIO, Gianpaolo Poggio; BERTOLINI, Patrícia Tuma Martins (Orgs.). *O direito e as políticas públicas no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2013.
- FERRARESI, Eurico. Modelos de processos coletivos: ação popular, ação civil pública e mandado de segurança coletivo. 2008. Tese (Doutorado em Direito) – Faculdade de Direito, Universidade de São Paulo, São Paulo.
- GRINOVER, Ada Pelegrini. O controle jurisdicional de políticas públicas. In: GRINOVER, Ada Pelegrini; WATANABE, Kazuo. *O controle jurisdicional de políticas públicas*. 2 ed. São Paulo: Forense, 2013.
- MANCUSO, Rodolfo de Camargo. *Ação civil pública: em defesa do meio ambiente, do patrimônio cultural e dos consumidores: Lei 7.347/1985 e legislação complementar*. 14. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- MIRRA, Álvaro Luiz Valery. O problema do controle judicial das omissões estatais lesivas ao meio ambiente, *Revista de Direito Ambiental*, n. 15, p. 77, jul.-set. 1999.
- NERY JUNIOR, Nelson. A ação civil pública. *Justitia*. p. 84. Vol. CXX. Ano XLV. jan.-mar., 1983.
- NERY JUNIOR, Nelson; NERY, Rosa Maria de Andrade. *Código de Processo Civil comentado*. 16 ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2016.
- THEODORO JÚNIOR, Humberto. Algumas considerações sobre a ação civil pública e outras ações coletivas. *Revista dos Tribunais* 788. Jun. 2001.
- WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. In: WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (org.). *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas – uma visão básica das novas conflituosidades jurídicas*. São Paulo: Saraiva, 2003.
- YOSHIDA, Consuelo Yatsuda Moromizato; CARUSO, Gianfranco Silva. A ação civil pública e sua relevância como fato/ato político-social. In: MILARÉ, Édís (coord.). *Ação civil pública após 30 anos*. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2015.

La protección constitucional del patrimonio cultural en el ordenamiento jurídico brasileño: mención especial al patrimonio cultural subacuático

RUBÉN MIRANDA GONÇALVES¹⁰⁹

Universidad de Santiago de Compostela

Introducción

Hoy en día quizás no hay duda de la importancia que tiene conservar y proteger el patrimonio cultural como símbolo y relación que tiene una sociedad con la historia y todos sus antepasados. En este sentido, además de ayudar a los ciudadanos de ese pueblo a identificarse, también sirve a otros para conocer cuál fue la historia del mismo.

El patrimonio cultural de un pueblo es muy abundante y no sólo se refiere a los bienes materiales y tangibles como puede ser un monasterio, un pecio hundido en el océano etc., sino que también, cuando se habla de patrimonio cultural, nos estamos refiriendo a lo inmaterial, lo que no se puede tocar, pero existe, y forma parte del legado de ese pueblo como por ejemplo la música, la lengua etc., por eso cuando se aborda la protección del patrimonio cultural, en general, se trata siempre por separado el patrimonio cultural material y el patrimonio cultural inmaterial.

Como podrá imaginar el lector, dentro de cada uno de esos tipos –material e inmaterial– las variantes que pueden incluirse como patrimonio cultural son numerosas. Uno de los tipos

¹⁰⁹ Profesor en el Máster en Seguridad, Paz y Conflictos Internacionales en la Universidad de Santiago de Compostela; profesor de Derecho Administrativo en el Máster de Abogacía de la Universidad Europea de Madrid; doctorando en Derecho Administrativo, Máster en Derecho de las Administraciones e Instituciones Públicas y Licenciado en Derecho, con grado (sobresaliente), por la Universidad de Santiago de Compostela. *Ruben.miranda@usc.es*

Este trabajo se enmarca dentro del proyecto de investigación DER2017-83436-C2-1-R, concedido por el Ministerio de Economía y Competitividad en el marco del Programa Estatal de I+D+I Orientada a los Retos de la Sociedad.

de patrimonio cultural material es el patrimonio cultural subacuático y es a este al que queremos dedicar mayor atención y ver cómo está protegido en la Constitución de Brasil de 1988.

1. La protección del patrimonio cultural en la Constitución Federal de Brasil de 1988

En la Constitución Brasileña de 1988 se encuentran varias referencias a la protección del patrimonio cultural en general. Por ejemplo, la primera alusión que puede encontrarse está en el apartado IV del artículo 23 cuando señala que “es competencia común de la Unión, de los Estados y del Distrito Federal y de los Municipios (...) impedir la evasión, la destrucción y la descaracterización de obras de arte y de otros bienes de valor histórico, artístico o cultural”. Claramente, con este artículo comienza la protección del patrimonio cultural brasileño. En este mismo sentido, los entes con competencia para legislar sobre esta protección serán la Unión, los Estados y el Distrito Federal, y así se infiere del apartado VII del artículo 24 del texto constitucional.

Como se apuntó *ut supra*, los Municipios tienen competencia para impedir que el patrimonio cultural radicado en su territorio sufra cualquier tipo de ataque y, a mayores, el texto constitucional los dota de competencia para “promover la protección del patrimonio histórico-cultural local, observada la legislación y acción fiscalizadora federal y estatal” tal y como se infiere del apartado IX del artículo 30 de la Constitución

Por patrimonio cultural brasileño, la Constitución se refiere a los “bienes de naturaleza material e inmaterial, tomados individualmente o en conjunto, portadores de referencia a la identidad, a la acción, a la memoria de los diferentes grupos formadores de la sociedad brasileña”, así se desprende del artículo 216 del texto constitucional. Con esta regulación se engloba tanto al patrimonio material como al inmaterial y la propia Constitución recoge una lista entre los que se incluyen: formas de expresión, modos de crear, hacer y vivir, creaciones científicas, artísticas y tecnológicas, obras, objetos, documentos, edificaciones, conjuntos urbanos y sitios de valor histórico, paisajístico, artístico, arqueológico entre otros.

En cuanto a su protección, el párrafo primero del artículo 216 señala que será el Poder Público el que promoverá y protegerá al patrimonio brasileño con la colaboración de la comunidad. Entre esa protección se encuentra la confección de inventarios, registros, vigilancia etc., y cualquier tipo de daño y amenazas al patrimonio cultural serán punidos según las formas previstas en la ley.

Con el ánimo de acotar el análisis de los tipos de patrimonio cultural, nos gustaría centrarnos en el patrimonio cultural subacuático, un tipo de patrimonio que, a diferencia de los demás, se encuentra en el agua.

1.1. La protección del patrimonio cultural subacuático en la Constitución Federal de Brasil de 1988.

La Constitución Brasileña de 1988, en su art. 20.10 reconoce como bienes de la Unión, las “cuevas naturales subterráneas y los parajes arqueológicos y prehistóricos”, de forma que

el patrimonio cultural subacuático debe de interpretarse englobados en estos términos¹¹⁰. En su defecto podría quedar englobado dentro de otros bienes que forman parte de la Unión al encontrarse el patrimonio cultural subacuático bajo el lecho de diferentes bienes.

Brasil ha sido uno de los países más afectados por una política de dejadez administrativa y gubernamental. Ello ha dado lugar al expolio de múltiples yacimientos debido a la corrupción sistemática que ha padecido el país a lo largo de amplios periodos de tiempo y a la figura del caza tesoros RAMBELLI y FUNARI (2007), pp. 32-45. Como defiende CASTRO, “*el negocio de ellos no es encontrar galeones con tesoros debajo del agua sino inversionistas ricos o suficientemente estúpidos que les paguen las cuentas (...) Desentierran de entre los archivos la historia de un naufragio cualquiera, con un tesoro, real o imaginario. A veces se inventan una historia y le mezclan elementos de plausibilidad*”, *se unen junto con los políticos corruptos y la prensa sensacionalista, todo esto con el fin de atraer patrocinadores que se dejan llevar por el “canto de la sirena”* CASTRO (2004), pp. 51-53.

A pesar de no ser uno de los países signatarios de la Convención de 2001, el patrimonio cultural subacuático está protegido por la Ley nº 7542, de 26 de septiembre de 1986, a través de la modificación que se produjo con la Ley nº 10.166, de 27 de diciembre de 2000 que trata sobre la búsqueda, exploración, remoción y demolición de los bienes hundidos, bajo el mar, encallados o perdidos en aguas brasileñas o de su competencia RAMBELLI y GUSMÃO (2014), pp. 119-215 y RAMBELLI y FUNARI (2007), pp. 32-45. Debido a la influencia anglosajona, en Brasil se utiliza el término arqueología pública como sinónimo de destinada al público en general y no en el sentido de que sean bienes de dominio público o patrocinados por una entidad con personalidad pública RAMBELLI (2009) pp. 53-62.

La Marina brasileña viene realizando, desde 2010, esfuerzos para crear y proteger de la manera más eficaz el patrimonio cultural subacuático. Tal esfuerzo ha provocado la creación del “*Atlas dos Sítios de Naufrágio da Costa do Brasil*” MARTINS GUSMÃO (2016), pp. 86

Otro de los logros del país es el centro de Estudios de Arqueología Náutica y Subacuática, en adelante CEANS, en el Núcleo de Estudos e Pesquisas Ambientais de la Universidad Estadual de Campinas, en adelante NEPAM/UNICAMP, MARTINS GUSMÃO (2016), pp. 39.

¹¹⁰ Estos otros bienes son:

- “1. Los que actualmente le pertenecen y los que pudieran serle atribuidos;
2. las tierras desocupadas indispensables para la defensa de las fronteras, de las fortificaciones y construcciones militares, de las vías definidas en la ley;
3. los lagos, los ríos y cualesquiera corrientes de agua en terrenos de su dominio, o que bañen más de un Estado, sirvan de límites con otros países, o se extiendan a territorio extranjero o provengan de él, así; como los terrenos marginales y las playas fluviales;
4. las islas fluviales y lacustres en las zonas limítrofes con otros países; las playas marítimas, las islas oceánicas y las costeras, excluidas de éstas las áreas referidas en el artículo 26 II.
5. los recursos naturales de la plataforma continental y de la zona económica exclusiva;
6. el mar territorial;
7. los terrenos de marina y sus aumentos;
- (...) 9. los recursos minerales, incluso los del subsuelo; (...)
11. las tierras tradicionalmente ocupadas por los indios”.

La influencia de la Convención de 2001 se ha hecho notar en Brasil en el sentido de que ha supuesto un cambio en régimen de concesiones de exploraciones y en los rescates y recuperación de objetos. De esta forma, Brasil convocó el I Simposio Internacional de Arqueología Marítima de las Américas en 2007, con sede en Itaparica en el Estado de Bahía, y a los que acudieron no sólo países americanos sino también europeos y oceánicos. Las principales conclusiones de dicho Simposio los siguientes EUGENIA AMARANTE y BAVA DE CAMARGO (2017), pp. 252-279:

— Son cada vez más los países que reconocen los beneficios sociales, económicos y culturales de la protección del patrimonio cultural subacuático, de la ratificación de la Convención de 2001 e invita Brasil a ratificarla. Y recuerda que la ICOMOS siempre está disponible para prestar cualquier ayuda e información sobre el patrimonio cultural subacuático EUGENIA AMARANTE y BAVA DE CAMARGO (2017), pp. 262.

La doctrina también está haciendo esfuerzo por concienciar e intentar crear una legislación acorde con la Convención de 2001 o que al menos permita disfrutar de dicho patrimonio a las generaciones venideras. En este sentido, podemos encontrar a BARCELOS DE FREITAS que explica dicha tesis con estas palabras: “(...) *engatinha na direção do zelo para com o patrimônio cultural submerso em suas águas, mas com suas portas escancaradas aos piratas atuais, não obstante o empenho da classe dos arqueólogos para mudar a posição oficial*” BARCELOS DE FREITAS (2012).

2. La regulación del patrimonio cultural subacuático en la legislación estatal brasileña

La Lei Nº 10.166, de 27 de Dezembro de 2000, en su versión actual acerca de la investigación, exploración, remoción y demolición de cosas o bienes hundidos, sumergidos, encaillados y perdidos en aguas bajo jurisdicción nacional, en terreno de marina y sus mayores y en terrenos marginales, como consecuencia de siniestro, aligeramiento o fortuna del mar, es la norma aplicable en Brasil a la protección del patrimonio cultural subacuático, EUGENIA AMARANTE y BAVA DE CAMARGO (2017) pp. 252-279. Por la descripción del enunciado de la propia ley se puede dar a entender que esta norma no está pensada en sí misma para proteger los bienes que componente el patrimonio cultural subacuático, sino más bien para rescatar y proteger bienes derivados de accidentes o extraviados de embarcaciones o naves.

En sus capítulos iniciales se dedica a definir lo que se debe considerar como bienes perdidos y no lo que engloba el patrimonio subacuático como realizan otras normas¹¹¹. Es en el

¹¹¹ Los primeros artículos de la norma detallan cuando se consideran bienes perdidos y como estos pasan a ser de “dominio público”:

“Art 3º As coisas ou bens referidos no art. 1º desta lei serão considerados como perdidos quando o seu responsável:

I - declarar à Autoridade Naval que o considera perdido;

II - não for conhecido, estiver ausente ou não manifestar sua disposição de providenciar, de imediato, a flutuação ou recuperação da coisa ou bem, mediante operação de assistência e salvamento.

Art 4º O responsável por coisas ou bens referidos no art. 1º desta lei poderá solicitar à Autoridade Naval licença para pesquisá-los, explorá-los, removê-los ou demoli-los, no todo ou em parte.

art. 20 cuando se empieza hablar de bienes con valor artístico, histórico o arqueológico y que no pueden ser objeto de apropiación directa o a través de licitación. Destaca el contenido del art. 32.1 que, pese a no hablar de patrimonio subacuático, sí que protege de manera explícita y clara ciertos bienes con un pasado histórico y con determinados rasgos al indicar que “los restos de buques de casco de madera hundidos en los siglos XVI, XVII y XVIII se incorporan automáticamente en el dominio de la Unión, independientemente del lapso de tiempo de un año”, siendo por tanto objeto de protección y de “dominio público”. No obstante, dicha protección podría extenderse a épocas anteriores y no sólo al periodo colonial, pudiendo ser objeto de protección genérica tanto el siglo XIX como las épocas precolombinas.

Se otorga la potestad al Ministerio de Marina para coordinar, el control y la fiscalización de las operaciones y actividades investigación, explotación, remoción y demolición de cosas o bienes hundidos, sumergidos, encallados y perdidos en aguas bajo jurisdicción nacional, en terrenos de marina, así como en aquellos casos producidos como consecuencia de un siniestro, pudiendo el Ministro delegar la ejecución de tales servicios a otros órganos.

Será esta entidad la que autorice a que se celebre un contrato. En él se puede establecer un pago o recompensa por la remoción y extracción de los bienes de valor artístico, histórico y arqueológico no pudiendo ser superior al 40% del total del valor que se atribuya a los bienes. También se puede establecer una fianza, así como un sistema de responsabilidad subsidiaria por las acciones que se lleven a cabo.

Los objetos rescatados deben ser evaluados por una comisión de peritos convocada por la Autoridad Naval o por el Ministerio de Cultura, que decidirá si tienen valor artístico, histórico y arqueológico y teniendo además que detallar el valor de los mismos de acuerdo al mercado internacional. El Estado siempre se guardará la potestad de elegir y adjudicar los bienes rescatados o encontrados, así como las formas de adjudicación de los mismos.

La ley establece como se deberá pagar este 40% sobre el valor de los bienes encontrados y rescatados, ya sea en dinero en efectivo o con valores. Con independencia del pago, todos

Art 5º A Autoridade Naval, a seu exclusivo critério, poderá determinar ao responsável por coisas ou bens, referidos no art. 1º desta lei, sua remoção ou demolição, no todo ou em parte, quando constituírem ou vierem a constituir perigo, obstáculo à navegação ou ameaça de danos a terceiros ou ao meio ambiente.

Parágrafo único. A Autoridade Naval fixará prazos para início e término da remoção ou demolição, que poderão ser alterados, a seu critério.

Art 6º O direito estabelecido no art. 4º desta lei prescreverá em 5 (cinco) anos, a contar da data do sinistro, alijamento ou fortuna do mar.

Parágrafo único. O prazo previsto neste artigo ficará suspenso quando:

- I - o responsável iniciar a remoção ou demolição;
- II - a Autoridade Naval determinar a remoção ou demolição;
- III - a remoção ou demolição for interrompida mediante protesto judicial.

Art 7º Decorrido o prazo de 5 (cinco) anos, a contar da data do sinistro, alijamento ou fortuna do mar, sem que o responsável pelas coisas ou bens referidos no art. 1º desta lei tenha solicitado licença para sua remoção ou demolição, será considerado como presunção legal de renúncia à propriedade, passando as coisas ou os bens ao domínio da União.

Art 8º O responsável pelas coisas ou pelos bens referidos no art. 1º desta lei poderá ceder a terceiros seus direitos de disposição sobre os mesmos”.

los bienes recuperados deben ser entregados a la Autoridad Naval para llevar a cabo el análisis, hasta ese momento el autorizado está obligado a asegurar los bienes y la conservación de los mismos hasta que se efectuó la entrega.

La Autoridad puede cancelar y retirar la autorización siempre que el autorizado no realice las operaciones en el plazo establecido de inicio, cuando estas no sean acordes a lo establecido, cuando se haya verificado que se han producido riesgos inaceptables para la seguridad de la navegación, daños a terceros, al medio ambiente o acciones declaradas ilícitas de acuerdo a otra normativa. Al mismo tiempo, la Autoridad Naval también está autorizada para obligar al autorizado a terminar las obras que venía realizando. En estos casos no se hará efectivo ningún pago al afectado por el incumplimiento de lo autorizado.

Hay que destacar como esta ley cumple con la función de difusión cultural, puesto que en el caso de submarinismo para las zonas con gran valor en patrimonio cultural subacuático, basta con la comunicación al Ministerio de Marina o al Instituto Brasileiro de Turismo. La única condición es que no represente ningún riesgo inaceptable para la seguridad de la navegación, para terceros o para el medio ambiente. Dado que el submarinismo es la forma más fácil de acceder a los lugares con valor patrimonio cultural subacuático y la poca protección que reciben este tipo de bienes de forma legal, ha sido utilizado por la doctrina para fomentar el uso de los arqueólogos submarinistas de forma que se consiga no solo un reconocimiento al patrimonio cultural subacuático sino que se amplió a los pecios y lugares de las aguas interiores de Brasil y no sólo a las costeras RAMBELLI (2009), pp. 53-62.

3. CONCLUSIONES

Si la protección del patrimonio cultural en general no es una tarea fácil, mucho menos va a ser proteger el patrimonio que se encuentra sumergido. Son muchos los países que no contemplan una legislación específica que proteja uno de los patrimonios más valiosos y buscados por los *caza tesoros*.

La conclusión a la que se llega con este estudio es que la mejor opción para no dejar lagunas jurídicas o interpretaciones, sería que tanto el legislador brasileño aprobase una normativa específica de acuerdo a los principios básicos que establece la Convención de 2001 y protegiese de manera real y contundente el patrimonio cultural subacuático frente a la exportación y expoliación para poder preservarlo correctamente en beneficio de la humanidad.

4. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALEGRE ÁVILA, J.M., *Evolución y régimen jurídico del patrimonio histórico*, tomos I y II, Ministerio de Cultura, Madrid, 1994.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J.L., *Estudios sobre el Patrimonio Histórico Español*, Civitas, Madrid, 1989.

ÁLVAREZ ÁLVAREZ, J.L., *Sociedad, Estado y Patrimonio Cultural*, Espasa Calpe, Madrid, 1992.

AZNAR GÓMEZ, M.J., *La protección Internacional del Patrimonio Cultural Subacuático con especial referencia al caso de España*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.

- AZNAR GÓMEZ, M.J., “La definición de patrimonio cultural subacuático en la Convención UNESCO de 2001”, *PH Boletín del Instituto Andaluz del Patrimonio Histórico*, núm. 67, 2008, pp. 100-109.
- BARCELONA LLOP, J., “El dominio público arqueológico”, *Revista de administración pública* nº. 151, 2000, pp. 133-166.
- BARCELONA LLOP, J., “Patrimonio cultural submarino: dominio público, titularidad y competencias de las comunidades autónomas”, *Revista Vasca de Administración Pública*, nº. 99-100, 2014, pp. 493-512.
- BARCELOS DE FREITAS, G., “Arqueologia Subaquática: as legislações brasileira e portuguesa a luz da Convenção sobre a proteção do Patrimônio Cultural subaquático de 2001” (<http://www.webartigos.com/artigos/arqueologia-subaquatica-as-legislacoes-brasileira-e-portuguesa-a-luz-da-convencao-sobre-a-protecao-do-patrimonio-cultural-subaquatico-de-2001/92877> consultado el 28 de septiembre de 2017).
- CASAR FURIO M. E. y TABERNER PASTOR. F., “El concepto de entorno y su delimitación en los BIC Valencianos” *Práctica Urbanística*, Nº 99, Sección Perspectivas sectoriales, Diciembre 2010, p. 51.
- CASTRO F.V., “Caçadores de tesouros: proposta de uma taxomia” *Revista Eletrônica História e-História*. 2004, pp.51-53.
- DE MIGUEL RIERA. L., “Estrategias actuales en la aplicación de la Convención del Patrimonio Mundial. El papel del Ministerio de Cultura” *Patrimonio Cultural de España. El Patrimonio Mundial en España: una visión crítica*, nº 2, 2009, p.133.
- EUGÊNIA AMARANTE C. y BAVA DE CAMARGO P. F., “Arqueologia Subaquática Brasileira: porquê o país aproveita mal sua capacidade científica?”. *Cadernos do Lepaarq*. Vol. XIV, nº 27, 2017. Pp. 252-279.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E., “Consideraciones sobre una nueva legislación del patrimonio artístico, histórico y cultural”, *Revista Española de Administración*, nº. 39, 1983, pp. 575-594.
- MARTINS GUSMÃO D., *Patrimônio cultural subaquático: preservação por meio da conscientização*. IV Seminario de Preservação de Patrimônio Arqueológico, Rio de Janeiro, 2016.
- MIRANDA GONÇALVES, R., “Análisis de la nueva ley 5/2016, de 4 de mayo, de patrimonio cultural de Galicia y la protección del patrimonio cultural subacuático en la Comunidad Autónoma de Galicia”, *Os novos horizontes do constitucionalismo global*, Instituto Politécnico do Cávado e do Ave, Barcelos, pp. 105-113.
- MIRANDA GONÇALVES, R., “Las bases jurídicas de la protección del patrimonio cultural subacuático en España”, *Ius Publicum*, núm. 36, 2016, pp: 141-159.
- MIRANDA GONÇALVES, R., “Análisis de la reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional Español sobre el marco competencial en materia de patrimonio histórico y cultural. La sentencia 122/2014, de 17 de julio”, *Diario La Ley*, núm. 8836, 2016, pp: 1-11.
- MIRANDA GONÇALVES, R., “La protección del patrimonio cultural subacuático en la Convención sobre la Protección del Patrimonio Cultural Subacuático de 2001”, *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Norte*, año24; núm. 1, 2017, pp. 247-262.

- MIRANDA GONÇALVES, R., “A proteção do património cultural subaquático e a sua regulação jurídica na legislação espanhola”, *Revista do Direito de Língua Portuguesa*, núm. 9, 2017, pp. 255-264.
- MIRANDA GONÇALVES, Rubén “Legal aspects of the underwater cultural heritage in Spain. Current state legislation”, *Veredas do Direito*, núm. 14, Vol. 30, pp: 39-51.
- MIRANDA GONÇALVES, Rubén “La protección del patrimonio cultural subacuático en el ordenamiento jurídico español y brasileño”, *Propostas de modernización do dereito*, Xunta de Galicia, 2017, pp. 127-138.
- PRIETO DE PEDRO, J., “Concepto y otros aspectos del patrimonio cultural en la Constitución”, *Estudios sobre la Constitución Española. Homenaje al Profesor Eduardo García de Enterría*, tomo II, Civitas, Madrid, 1991.
- RAMBELLI, G., “A arqueologia subaquática no Brasil”. *Revista do Museu de Arqueologia e Etnologia, São Paulo, Anais da 1 Semana de Arqueologia, Suplemento 8*, 2009.
- RAMBELLI, G, y A FUNARI P. P., “Patrimonio cultural subacuático en Brasil: pensamientos varios” *Memorias, Revista Digital de Historia y Arqueológica desde el Caribe*. Año 4, N° 7, 2007. Uninorte. Barranquilla.
- RUIZ MANTECA, R., *El régimen jurídico del patrimonio cultural subacuático. Aspectos de derecho interno y de derecho internacional, público y privado*, Ministerio de Defensa, 2012.

El dilema jurídico de la gestación subrogada

LAURA MIRAUT MARTÍN¹¹²

Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

1. El sentido de la regulación

La gestación subrogada es un fenómeno con muy importantes implicaciones que reclama una regulación cuidadosa. Nadie podría cuestionar lo acertado de esta afirmación, porque su práctica afecta sensiblemente a la posición personal y a la realización de los derechos e intereses al menos de la gestante, de los comitentes y del niño que resultaría en caso de llevar a término el acuerdo de gestación subrogada. Lo paradójico es que ese afán por la regulación parte en muchas ocasiones de un equívoco: se regula el modo de llevarla a cabo y los efectos que derivan de ella, en definitiva, la propuesta de regulación presupone la caracterización del objeto a regular como un fenómeno legal, conforme a derecho. Por eso mismo los defensores de la regulación dan a entender que en la situación actual la gestación subrogada es contraria a derecho o, por lo menos, jurídicamente discutible.

Paralelamente, los contrarios a la gestación subrogada se suelen abstener de realizar propuestas de regulación porque entienden que ya con el marco legal actual la gestación subrogada resulta contraria a derecho. Se acude para ello al artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida que señala que: “1. Será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. 2. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. 3. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales”.

¹¹² Profesora Titular de Filosofía del Derecho en la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria. Coordinadora del Grupo de Investigación “La decisión judicial. Especial consideración del problema migratorio” y coordinadora del Grupo de Innovación Educativa “Juristas ante el reto de la convergencia europea” de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria.

Es el hecho de que, aun a pesar de esa regulación supuestamente desfavorable, haya mucha gente que acude a ese tipo de técnica de reproducción reclamando después la inscripción registral y la aplicación de los correspondientes efectos legales al nacido lo que ha motivado el movimiento pro regulación. No tienen en cuenta quienes demandan esa regulación que cabe también que la regulación tenga un sentido negativo, esto es, que se establezca expresamente la prohibición del uso de técnicas de gestación subrogada o de la formalización de acuerdos o contratos con ese fin, disponiendo las correspondientes sanciones para los infractores. Es esta una solución que no suelen proponer los contrarios a la gestación subrogada al entender que ya resulta en la actualidad no permitida jurídicamente la gestación subrogada¹¹³.

En realidad, esta es una idea equivocada: no hay en la actualidad una prohibición expresa de la gestación subrogada en nuestro ordenamiento jurídico, y tampoco cabe deducir esa prohibición de la negación de efectos jurídicos al contrato en el que se acuerda la gestación. Manuel Atienza lo ha expresado con precisión a partir de la diferencia entre las normas regulativas, que prohíben, permiten u obligan a llevar a cabo una determinada conducta, y las normas constitutivas, que establecen las condiciones para que se genere el resultado normativo pretendido. Entiende en este sentido que la disposición del artículo 10.1 de la Ley 14/2006 es una norma constitutiva que no prohíbe ni tampoco impone ningún tipo de comportamiento limitándose a dejar sin ningún efecto jurídico al contrato que plasmara la voluntad de los individuos implicados para poner en práctica un procedimiento de gestación subrogada¹¹⁴. Atienza excluye la caracterización de esta norma como indicativa tácitamente de la prohibición porque no consta en ningún sitio esa prohibición y tampoco podría deducirse de la voluntad del legislador que permite rastrear la lectura de la Exposición de Motivos de la Ley¹¹⁵. Nos parece discutible que se pueda descartar la existencia de una voluntad del redactor del texto legal contraria a la gestación subrogada porque ya el hecho de que elimine de entrada cualquier efecto jurídico del contrato indicado es sintomático de ello. Pero son dos planos diferentes los que puede tener en su cabeza el legislador: la eliminación de cualquier efecto del contrato que contempla la realización de una gestación subrogada y la posible valoración jurídica de la conducta de los sujetos que la suscriben o que incluso la llevan a cabo. Y mientras no se disponga otra cosa habrá que entender que todo lo no prohibido está permitido. La cláusula general de libertad permite deducir que mientras no haya una norma que las prohíba las conductas de los sujetos que

¹¹³ Hay, no obstante, excepciones. Así, por ejemplo, GONZÁLEZ PÉREZ DE CASTRO, Maricela, *La verdad biológica en la determinación de la filiación*, Dykinson, Madrid, 2013, pág. 349, quien señala que: “La nulidad es una sanción civil al contrato de gestación por sustitución. No obstante, considero que es una medida insuficiente para evitar la celebración de estos contratos. Es imperativo que las conductas de las partes contratantes, así como la de los centros médicos que actúan como intermediarios en la realización de la técnica sean castigadas con otro tipo de penas”. Se sumaba así a quienes, como PÉREZ MONGE, Marina, “La filiación derivada de los términos de reproducción asistida”, *Centro de Estudios Registrales*, Madrid, 2002, págs. 351-352, y “Cuestiones actuales de la maternidad subrogada en España: regularización versus realidad”, en *Revista de Derecho Privado*, Año nº 94, Mes 4, julio-agosto 2010, págs. 48-49, consideraba aplicables los artículos 220 y 221 del Código Penal.

¹¹⁴ ATIENZA, Manuel, “Gestación por sustitución y prejuicios ideológicos”, en *El Notario del Siglo XXI*, núm. 63, septiembre - octubre 2015, págs., 95-96.

¹¹⁵ *Ibidem*, pág. 96.

pactan o llevan a cabo una gestación subrogada resultan permitidas por el ordenamiento jurídico español. O, por lo menos, toleradas¹¹⁶.

Es verdad que entre las razones de la pérdida de efectos jurídicos de los contratos se encuentra en un lugar destacado el carácter antijurídico de la conducta de los individuos que lo sellan. Pero no siempre es así. Cabe por ejemplo que el ordenamiento considere que se debe privar de efectos a lo estipulado porque entienda por ejemplo que contribuye a consolidar una situación de hecho perjudicial a los intereses de la sociedad sin que medie una desvaloración jurídica de la actuación de los estipulantes, que supuestamente estarían actuando al estipularlo en el uso legítimo de su libertad. La identificación de una voluntad prohibitiva tácita por parte del legislador requeriría la indicación de algún tipo de conexión entre la eliminación de los efectos y la desvaloración de la conducta, que creemos que no concurre en este caso. En resumen, el ordenamiento jurídico español no contempla ninguna prohibición, ni expresa ni tácita, de la gestación subrogada. La alternativa regulativa no sería, pues, la legalización sino la prohibición. El hecho de que los contrarios a la gestación subrogada no muestren por lo general más entusiasmo en su ilegalización obedece por un lado a que son los resultados prácticos antes que la valoración jurídica de las conductas que se proponen producirlos lo que de verdad les interesa, y por otro a que se asume muchas veces como normal una cierta impunidad de las conductas prohibidas, derivada de que el propio sistema jurídico no se ocupa suficientemente de garantizar, mediante la previsión de concretas técnicas coercitivas, la realización efectiva de la voluntad prohibidora del legislador.

La inexistencia de la prohibición y la nulidad del contrato por el que se conviene la gestación subrogada resultan compatibles porque no hay ningún impedimento lógico para ello. La situación genera no obstante importantes repercusiones sociales que debieran ser resueltas con la implantación de un régimen jurídico que no se plantee sólo el problema en términos de legitimidad o ilegitimidad de la puesta en acto de la técnica de gestación subrogada, sino que atienda a todas sus vertientes y matices. Y muy en particular a su repercusión sobre la posición jurídica y los derechos e intereses de la gestante, los comitentes y el niño, evitando la consolidación de situaciones de injusticia, opresión y discriminación de los afectados. Pero el análisis del tema no debe perder de vista, al menos en principio, la posible opción por alguno de los polos opuestos que busca eludir la regulación actual: la plena efectividad de los contratos en que se conviene la gestación subrogada por un lado, y su prohibición expresa con la correspondiente previsión de sanciones para el infractor de la norma por otro.

La consideración del modo en que quedan afectados los derechos e intereses de los sujetos del proceso nos permitirá justificar nuestra posición al respecto. Vemos a continuación la posición de cada uno de ellos por separado.

¹¹⁶ No falta desde luego quien ha visto en la regulación del artículo 10 de la Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida, la existencia de una “prohibición legal expresa”. Así, SELMA PENALVA, Alejandra, “Los nuevos retos de la prestación por maternidad ante los avances médicos en materia de reproducción asistida”, en *Revista Bioderecho.es*, Vol 1, núm. 1, 2014, pág. 4. Desde una perspectiva diferente LASARTE ÁLVAREZ, Carlos, “La reproducción asistida y la prohibición legal de la maternidad subrogada admitida de hecho por vía reglamentaria”, en *Diario La Ley*, N° 7777, 2012, págs. 94-99, hablará de una admisión de hecho de lo que en sí representa la prohibición legal de la maternidad subrogada.

2. Destinos cruzados

2.1. *La gestante*

Entre los argumentos favorables a la gestación subrogada está el del interés que la propia gestante tiene en ejecutar el acuerdo pactado para asumir la gestación de un niño cuya maternidad legal se pretende que corresponda a otra persona a cambio de una prestación económica que puede ir desde la estricta cobertura de los gastos ocasionados con motivo de la gestación hasta una remuneración relevante. Se distinguen en este punto dos posibles tipos de intereses: el interés solidario de ayudar a los demás y de sentir en su propio ser la gratificación que genera la prestación de esa ayuda a quienes tienen dificultades para concebir hijos o sencillamente no quieren emplear su tiempo y esfuerzos en ello, y el interés económico que resultará tanto más fuerte e impulsivo cuanto más agudizada sea su situación de necesidad.

En ambos casos el acuerdo se legitimaría como expresión de la voluntad de la gestante, si bien se trataría de una voluntad manifiestamente condicionada cuando la gestante vive en una situación de necesidad económica. Es por eso que, en general, las propuestas favorables a la gestación subrogada en los países del primer mundo suelen contemplar como requisito el que se trate de una donación altruista.

Evidentemente disminuye en este caso la fuerza del argumento de la condicionalidad de la voluntad, lo que no quita que se planteen obligaciones inherentes al mero hecho de la gestación subrogada desde la perspectiva de la gestante, al entender que rompe el carácter unitario de la persona de la gestante configurando la visión del cuerpo de la mujer como un “algo, un objeto disponible y susceptible de cualquier transacción... reducido a desempeñar un papel puramente instrumental”¹¹⁷.

Habría que plantearse, no obstante, que también caben condicionamientos de la voluntad de carácter no estrictamente económico. El coste en términos de salud derivado de un proceso de hormonización, de un parto practicado mediante cesárea y de una recuperación del parto en la extraña circunstancia de sentir desvinculación con respecto al recién nacido es suficientemente grande como para pensar que el altruismo de la decisión de asumir la gestación sólo podrá tener un carácter excepcional¹¹⁸. La mujer que lo asume tiene muy claro que supone un sacrificio en beneficio de terceros. No se descarta que esa llamada a beneficiar a otros sea un

¹¹⁷ APARISI, Ángela, “Maternidad subrogada y dignidad de la mujer”, *Cuadernos de Bioética*, XX-VIII, 2017/2^a, pág. 172.

¹¹⁸ Dejamos de lado la referencia al cambio de modo de vida que conlleva todo el proceso del embarazo que algunos pueden interpretar como satisfactorio por la sensación de llevar vida dentro de sí. Nos parece que esa satisfacción, si se da, tiene un carácter poco relevante como argumento a favor porque va a ser siempre una satisfacción frustrada en alguna medida por la separación con respecto al recién nacido. Sería si acaso una satisfacción temporal, muy poco relevante a efectos de legitimación del asunto. Omitimos, no obstante, su presencia en el texto entre las causas que generan coste en términos de salud no para relativizar su importancia, sino para señalar que en esos casos se produce una afectación inevitable de la salud ni siquiera atenuada por la supuesta satisfacción del momento. La hormonización, la cesárea o las molestias postparto no conllevan en sí mismos ninguna satisfacción, son actos de sacrificio, aunque puedan ser sacrificios dirigidos a generar una situación satisfactoria.

impulso natural, sobre todo cuando le unen a los beneficiados lazos familiares o de amistad. Pero tampoco hay que descartar que la decisión de acceder a la gestación de un niño ajeno sea fruto de una presión importante por parte de los comitentes. Más bien hay que presumir la existencia de esta presión, que puede adquirir muy diversas formas no necesariamente compulsivas. Hablar en este sentido de incondicionalidad de la voluntad por el mero hecho de que no exista retribución económica es una simplificación.

Más absurdo todavía es que se proclame la libertad de consentimiento por el mero hecho del no pacto de una retribución por la gestación cuando existe una situación de desequilibrio económico radical entre la gestante y los comitentes. No tiene sentido pensar en un acto de solidaridad de una mujer necesitada hacia una pareja que dispone de una mayor capacidad económica¹¹⁹. Habrá que inducir en estos casos la existencia de algún tipo de prestación oculta, o lo que es peor, algún tipo de engaño o sugestión por parte de los comitentes que, al disponer de una posición socioeconómica más favorable, posiblemente tengan una cierta capacidad de influencia sobre las decisiones y el modo de pensar de la gestante. Es ese desequilibrio en la posición económica de las partes del contrato el que está indicando por sí mismo que no hay libertad auténtica del consentimiento más allá de que se estipule o no una remuneración por la prestación gestacional. Lo normal es que el desequilibrio económico se traduzca también en un cierto desequilibrio cultural con el riesgo evidente de que la parte más débil del contrato no conozca con detalle las consecuencias que sobre su salud física y psicológica puede acarrear sobrellevar un embarazo destinado a la ruptura del vínculo natural con el recién nacido.

Hay que pensar además en el efecto expansivo que puede provocar el posible reconocimiento de efectos jurídicos a los contratos de gestación subrogada. Ese reconocimiento no generará seguramente un aumento considerable de la oferta de madres gestantes entre las mujeres de los países desarrollados que ofrecen posibilidades ciertas de acceso al bienestar a través del trabajo. Pero inevitablemente provocará un aumento de la demanda que se proyectará sobre los países en que más difícil resulta eludir las situaciones de necesidad económica. En este sentido se ha hablado de “nuestra responsabilidad como países compradores” al indicar que “la legalización de una subrogación restringida y garantista en España es irresponsable porque no tiene en cuenta sus efectos fuera de nuestras fronteras”¹²⁰.

En una primera impresión cabría imaginar que esa hipotética legalización iba a acabar con el negocio de la gestación subrogada por parte de las agencias que se lucran al ofrecer a los comitentes sus servicios por superar los obstáculos que plantea la nulidad de efectos del contrato de gestación subrogada. Podría pensarse que una vez legalizada la situación están de sobra los intermediarios. Es una impresión engañosa porque, con independencia de que se lleve a cabo el proceso en el país de la gestante o de los comitentes el hecho de tener que buscar gestantes en los países no desarrollados seguirá siendo un motivo para el negocio. Un negocio lucrativo que se aprovecha de la desesperación de los comitentes y de la situación de necesidad de las gestantes. El hecho de que la legalización de esos pactos incluya como

¹¹⁹ NUÑO GÓMEZ, Laura, “Una nueva cláusula del Contrato Sexual: vientres de alquiler”, en *Isegoría, Revista de Filosofía Moral Y Política*, núm. 55, julio-diciembre, 2016, pág. 692.

¹²⁰ ALBERT, Marta, “La explotación reproductiva de mujeres y el mito de la subrogación altruista: una mirada global al fenómeno de la gestación por sustitución”, en *Cuadernos de Bioética*, XXVIII, 2017/2^a, pág. 195.

condición el carácter altruista de la gestación no solucionaría mucho porque la desproporción entre la oferta y la demanda que se iba a generar entonces iba a derivar inevitablemente en situaciones de fraude con remuneraciones encubiertas a las gestantes. Se iba a generar así un mercado negro de la gestación subrogada que siempre iba a provocar un incremento de los costes de intermediación a pagar a las agencias que se ocuparan de ello. La gestante a la que se hace consciente de que cualquier beneficio económico que pudiera obtener resultaría clandestino, por vulnerar la cláusula del altruismo no podría sentirse muy legitimada para exigir a las agencias un alto porcentaje de la cantidad que ponen en juego los comitentes en el proceso. En definitiva, se iba a ver envuelta en una situación de mayor explotación quedando a expensas de las migajas del negocio que le pudieran ofrecer los intermediarios.

Ante la “realidad sin fronteras” que representa en la actualidad la gestación subrogada¹²¹ la lógica del mercado siempre buscará una salida para esquivar los obstáculos que le impusieran las legislaciones nacionales. Una salida que sitúa a la gestante en una posición de mayor debilidad todavía. No sólo es una mujer que consiente en llevar a cabo una práctica muy difícilmente explicable en condiciones de auténtica libertad, sino que además lo hace obligada a ocultar, por resultar ilegal, la retribución económica que pudiera recibir. Pensar que la imposición del carácter altruista de la gestación subrogada iba a frenar la explotación a que se ven sometidas las mujeres que asumen el papel de gestantes es autoengañarse. La explotación resultará mayor todavía cuando se le obliga a la mujer a aceptar el papel formal de altruista, solidaria con la voluntad ajena de acceder a la paternidad a costa de su propio sacrificio. A la incomodidad, el riesgo físico, el daño psicológico que comporta para ella saber que forma parte del propio acuerdo de voluntades la desvinculación material con el recién nacido, se unirá también en estos casos, el miedo y la inseguridad que supone saberse situada en la clandestinidad, esto es, saber que ni siquiera la retribución económica que realmente le mueve a aceptar el destino que le impone el mercado le es jurídica y socialmente reconocida.

En los casos en que el interés económico resulta declarado la mujer se sentirá seguramente más sólida en su posición al ver cuando menos retribuida la degradante instrumentalización de su cuerpo por parte de quien dispone del poder económico suficiente para imponérsela. Pero tampoco puede ese dato representar una razón para legitimar un negocio en el que siempre saldrá ganando quien ocupa la posición de poder real, en lo económico y en lo social, en el punto de partida. Con razón se ha dicho que el problema ético de la remuneración del embarazo subrogado no difiere mucho de cualquier tipo de prestación por una necesidad material: es un problema de clasismo, de relaciones de poder económico y social, es decir, de un intercambio desigual¹²². Un problema que se hace más evidente al comprobar que son las gestantes pertenecientes a países desarrollados las que imponen más elevadas cantidades económicas por su prestación, aunque vayan estas camufladas bajo el concepto de compensación por los perjuicios económicos inherentes al proceso.

La lógica del lucro cesante se impone en este punto sin duda al papel redistribuidor que supuestamente comportaría la consideración de la gestación subrogada como fenómeno

¹²¹ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen, “Gestación por sustitución: una realidad y dos soluciones en la experiencia jurídica española”, en *InDret, Revista para el Análisis del Derecho*, octubre, 4/2018, pág. 38.

¹²² VELÁZQUEZ, Lourdes, “Algunos aspectos acerca del consentimiento informado en la gestación subrogada”, en *Dilemata, Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, núm. 26, 2018, pág. 20.

global¹²³. Alicia Puleo ha denunciado esta situación como una “forma de extractivismo reproductivo”, en la medida en que “aprovecha una situación de extrema necesidad de amplias capas de la población, escudándose en una supuesta voluntad libre de la mujer contratada para gestar y se basa en el concurso de los gobiernos, utilizando, como en la exportación de bienes y recursos de países empobrecidos, los limbos jurídicos o una legislación que le es abiertamente favorable”¹²⁴. Resulta ciertamente escandaloso que esta forma de “neocolonialismo” que toma el cuerpo de la mujer como instrumento¹²⁵ pretenda legitimarse como expresión de la capacidad de la mujer para asumir sus propios planes de vida. No puede hablarse de consentimiento libre mientras no exista una situación de paridad entre las partes que firman el contrato y una información suficiente acerca de los riesgos que para la salud física y síquica de las gestantes supone llevar a cabo los términos del acuerdo estipulado.

Ya de entrada parece imposible que pueda prever de antemano la mujer la situación de desgaste emocional que le puede ocasionar la separación en su momento del niño que va a dar a luz¹²⁶. Ciertamente podrían las gestantes alegar que ese es un riesgo que ellas quieren asumir denunciando el carácter paternalista de cualquier intervención dirigida a limitar por su propio bien su capacidad de decisión. Pero el tema es en qué condiciones se toma esa decisión¹²⁷. Lo que no tiene sentido en principio es que el Estado pueda favorecer el mantenimiento de una estructura de mercado en la que se constata la situación de desequilibrio de las partes contratantes con el riesgo cierto de generar situaciones de explotación. Cobran sentido así las palabras de Laura Nuño Gómez cuando señala que “la libre decisión de las gestantes no sólo es falsa sino irrelevante. El consentimiento éticamente relevante es el de una sociedad que tolera un baby business a costa de la explotación de la capacidad reproductiva de las mujeres, que permite que sus cuerpos sean tratados como fábricas reproductivas a demanda del libre mercado y que ignora la intersección que se produce entre el sexo biológico de las personas sometidas a tales prácticas, su situación económica y su lugar de nacimiento”¹²⁸.

Por otra parte, no puede tampoco olvidarse la propia situación familiar de la gestante, obligada a desempeñar un papel que en último término reproduce el papel subordinado que le corresponde en la sociedad patriarcal como ser humano entregado a la procreación para provecho muchas veces de sus propios maridos, que en último término van a disfrutar también de la retribución económica de la gestante como ingreso económico familiar sin haber contribuido en nada a hacerlo efectivo. El colmo es que la mujer que tradicionalmente se ha visto obligada a realizar trabajos supuestamente específicos de su sexo en el ámbito familiar

¹²³ Frente al argumento redistribuidor de la llegada de divisas que para los países que han legalizado la situación supone la demanda de mano de obra dispuesta a asumir la gestación se destaca el escaso rédito que a igual servicio reciben quienes más agudizada tienen su situación de necesidad material.

¹²⁴ PULEO, Alicia H., “Nuevas formas de desigualdad en un mundo globalizado. El alquiler de úteros como extractivismo”, en *Revista Europea de Derechos Fundamentales*, núm. 29, primer semestre, 2017, pág. 182.

¹²⁵ *Ibidem*, pág. 178.

¹²⁶ NUÑO GÓMEZ, Laura, “Una nueva cláusula del Contrato Sexual: vientres de alquiler”, *cit.*, pág. 691.

¹²⁷ *Ibidem*, pág. 690: “Para que el consentimiento sea válido ha de ser un acto libre e informado y en la gestación comercial no se produce ni lo uno ni lo otro. La teoría de la libre elección no sólo desdibuja cómo y a qué se consiente, sino en qué condiciones y por qué”.

¹²⁸ *Ibidem*, pág. 694.

pueda ahora encontrarse realizando como trabajo específico de su sexo la gestación para otros como aportación económica al sostenimiento familiar¹²⁹.

La otra cara de la moneda en su propio ámbito familiar es que la gestante desempeña la función que le atribuye el contrato firmado ante los ojos de sus propios hijos que, en función de la edad que puedan tener, contemplarán cómo su madre lleva a cabo un embarazo de un niño que en realidad no va a ser nunca considerado como su hermano¹³⁰. El impacto emocional que sobre los hijos puede tener una situación tan desquiciada es imprevisible. Lo que es seguro es que les romperá la idealización que puedan tener de su propia gestación como un vínculo de unidad y afectividad único con su madre. Una vez que ven que su madre desempeña esa misma función material con otros seres ajenos a la unidad familiar todo el encanto de ese encuentro primario madre-hijo se hunde. Y ese mismo efecto desencantador del proceso del embarazo que recae sobre sus hijos de sangre no dejará tampoco de afectar psicológicamente a la madre. Es muy duro comprobar que los propios hijos asisten a un proceso de procreación artificial que tiene a su madre como protagonista y sobre todo no saber hasta qué punto pueden resultar psicológicamente afectados, sufrir en consecuencia, por ello.

Esa afectación psicológica que sin duda se produce, aunque no se sepa en qué exacta medida, se proyecta sin duda sobre la propia psicología de la gestante, obligada así a experimentar una ruptura radical del vínculo que le une al niño que lleva dentro durante el embarazo y un cambio de la relación con sus propios hijos motivado sobre todo por ese no saber exactamente qué piensan al respecto y hasta qué punto son capaces de soportar anímicamente una situación que además tiene muy poco que ver con las situaciones que están acostumbrados a ver en el caso de los demás niños de su edad¹³¹.

Hay que contar siempre además con lo que de imprevisible tiene la ejecución de este tipo de estipulaciones contractuales que necesariamente se prolonga en el tiempo al menos durante todo el período que dura la gestación. En posible en efecto que fallezca alguno de los comitentes y el otro no quiera hacerse cargo del niño. O que fallezcan los dos y no haya nadie a quien pedir responsabilidades al respecto. O que se haya producido una ruptura sentimental entre ellos que lleve a que no deseen ya tener el hijo que encargaron. En estas circunstancias podrá seguramente la gestante desvincularse del niño sin mayor problema legal, pero resulta en principio indescifrable conocer de antemano el impacto psicológico que le puede representar desvincularse de un niño que no tiene ya a los padres comitentes para acogerle y criarle. No es lo mismo desprenderse de un niño cuando se sabe que hay unos padres que le esperan con devoción, que cuando se le entrega a un destino incierto, y en principio, nada halagüeño.

¹²⁹ Se destaca en este punto el hecho de que en muchos de los países que han legalizado la gestación subrogada el contrato que firma la gestante al respecto y la posterior renuncia al niño recién nacido requiere la aprobación de su marido. En definitiva, el marido aprueba y dirige la realización de un proceso cuya carga de sacrificio corre enteramente a costa de su mujer.

¹³⁰ Hay que tener en cuenta que por lo general los países que tienen legalizada plenamente la gestación subrogada exigen tenga ya descendencia la gestante antes de iniciar el proceso que estipula el contrato.

¹³¹ El carácter excepcional de la situación que viven esos niños contribuye sin duda a acentuar su sentimiento de extrañeza y desencanto porque la niñez es una etapa en la que se interpreta el mundo en buena medida en función de lo que se ve, y se interpreta también a la propia realidad familiar que se vive en términos inevitablemente comparados.

Es también posible que se observe algún tipo de malformación en el feto que obligue a la gestante a abortar en ejecución del acuerdo estipulado, con todo lo que ello conlleva de trauma difícil de superar. Aunque ninguna de estas circunstancias llegara a darse, el mero hecho de pensar que pudieran acaecer durante el embarazo contribuirá también a acentuar el estado de angustia y nerviosismo de la gestante.

La compensación económica que pueda recibir podrá llegar a satisfacer las expectativas de la gestante. Pero serán siempre unas expectativas concebidas en una situación de necesidad que acentúan el significado instrumental del cuerpo de la mujer que conlleva siempre la gestación subrogada. Se incide por ello en la necesidad de su eliminación como una forma de hacer efectiva la “desmercantilización de la reproducción humana”¹³² promoviendo una sociedad en la que la libertad y la igualdad de los individuos de los dos sexos sean reales y efectivas.

Esa condición instrumental del cuerpo de la mujer ha sido interpretada muchas veces como un ataque a su dignidad. Nos parece una interpretación acertada. Manuel Atienza ha deslindado esta idea tradicional a partir del imperativo kantiano que señala “obra de tal modo que uses la humanidad, tanto en tu persona como en la persona de cualquier otro, siempre como un fin al mismo tiempo y nunca solamente como un medio”. Sin poner en cuestión que en el proceso de gestación subrogada la gestante cumple un papel de medio para satisfacer una expectativa de los comitentes llama la atención acerca del trato de ella solamente como un medio que requeriría la versión kantiana de la dignidad para considerar que se hubiera producido su vulneración¹³³. El texto de Atienza creemos que permite vislumbrar alguno de los equívocos que suscita la interpretación subjetiva de la dignidad cuando se le quiere dar un carácter objetivo a la idea de la instrumentalización del ser humano. Abre en este sentido los ojos acerca del carácter indeterminado del concepto de dignidad porque la alusión a “solamente” resulta igualmente imprecisa. En términos rigurosos nadie trata a otro ser humano solamente como como un instrumento, y si lo hace es en un ámbito concreto que no excluye que se reconozca a ese ser humano la posibilidad de desempeñarse autónomamente en otra esfera de la vida. Pero cabe perfectamente que en un ámbito concreto como es el de la realización por parte de los comitentes de su deseo de tener descendencia estos se desentiendan de cualquier consideración respecto de la personalidad y las circunstancias vitales de la gestante para atender exclusivamente a su función reproductora. El hecho de que muchos comitentes manifiesten expresamente su voluntad de no conocer personalmente a la gestante ni saber nada de sus circunstancias rompiendo cualquier posible contacto futuro entre el niño que ha llevado en su vientre y ella se parece mucho desde luego a un uso de la persona solamente como un medio. Incluso dentro de esta concepción estricta de la dignidad podría entenderse así a la gestación subrogada como un ámbito en el que con frecuencia se producen vulneraciones de la dignidad de la gestante.

Pero es que además la idea de vulneración de la dignidad no es algo que se produce en términos de sí o no. Es, por el contrario, una idea flexible que admite distintos grados de

¹³² GUERRA PALMERO, María José, “Contra la mercantilización de los cuerpos de las mujeres. La “gestación subrogada” como nuevo negocio transnacional”, en *Dilemata, Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, núm. 26, 2018, pág. 49.

¹³³ ATIENZA, Manuel, “Gestación por sustitución y prejuicios ideológicos”, *cit.*, pág. 98.

vulneración que cada individuo valorará desde luego de manera subjetiva. Creemos, en este sentido, que el sacrificio que en muchos aspectos conlleva para la gestante este proceso y la presunción de que en una situación de paridad entre las partes contratantes resultaría difícil que pudiera estipularse a menos que fuera con una contrapartida casi imposible de imaginar para la gestante representa una intensa instrumentalización de su cuerpo, que muchos pueden ver como una vulneración en grado alto, aunque no fuera absoluto, de la dignidad de la gestante. Por otro lado, la constancia de que el propio ámbito de la gestación subrogada ofrece ejemplos constantes en que sí que cabe hablar de uso de la gestante solamente como un medio para la consecución de un fin hace razonable que se mantengan reservas a este tipo de prácticas reproductivas por razón de salvaguarda de la dignidad de la gestante.

2.2. *Los comitentes*

Los comitentes desempeñan un papel fundamental en la gestación subrogada. El proceso se activa para dar satisfacción a sus deseos y son ellos quienes buscan, bien directamente bien a través de agencias especializadas, una gestante para asegurar su realización. Su posición de comitentes puede obedecer a razones muy distintas. Así, la imposibilidad manifiesta de engendrar, la mala experiencia que les hubiera supuesto un embarazo que no pudo llegar a buen término en su momento, o, sin más la voluntad de evitarse la incomodidad del embarazo. A su vez la imposibilidad manifiesta de engendrar puede obedecer a motivos de infertilidad, enfermedad, etc..., o a motivos naturales al tratarse, por ejemplo, de una pareja homosexual. Se da en cualquier caso por descontada la voluntad de tener descendencia y formar con ella una familia, o completarla en su caso. La cuestión es entonces determinar hasta qué punto tiene el individuo ese derecho a tener descendencia y formar una familia cuando, como es evidente, resultan afectados con la puesta en práctica de los procesos de gestación subrogada determinados valores e intereses sociales.

A primera vista esa decisión de tener descendencia y formar una familia tendría su fundamento en la idea de libertad individual que el artículo 1 de la Constitución española reconoce como valor superior del ordenamiento jurídico, y el artículo 10, bajo la forma de libre desarrollo de la personalidad como fundamento del orden político y de la paz social. Además, el artículo 39.1 del propio texto constitucional señala que “los poderes públicos aseguran la protección social, económica y jurídica de la familia”. Y difícilmente puede darse protección a la familia si se ponen obstáculos a su constitución. Los poderes públicos quedarían así comprometidos a facilitar a los individuos el ser padres, aunque no, evidentemente, a cualquier precio.

La primera cuestión a determinar es, no obstante, si existe un derecho a tener hijos, y en caso afirmativo en qué consiste exactamente ese derecho. Pablo Ignacio Fernández Muñiz plantea la posible doble vertiente del mismo como derecho a “evitar injerencias en la actividad reproductiva” o como derecho a “la garantía del Estado para conseguirlo mediante la prestación de los medios necesarios en caso de no ser posible de manera natural mediante el acto sexual ni de técnicas de reproducción asistida, ya fuere por cuestión médica o incluso, yendo más allá, por orientación sexual o deseo personal”¹³⁴. Presenta así una doble faceta

¹³⁴ FERNANDEZ MUÑIZ, Pablo Ignacio, “Gestación subrogada, ¿cuestión de derechos?”, en *Dilemata, Revista Internacional de Éticas Aplicadas*, núm. 26, 2018, pág. 32.

como derecho de abstención y derecho a la remoción por parte del Estado de los obstáculos que dificulten su realización. Está claro en todo caso que se trataría de un derecho de carácter limitado, no absoluto, susceptible de entrar en colisión con otros derechos o valores.

Los planteamientos contrarios a la gestación subrogada suelen incidir en la idea de la descalificación de ese deseo de paternidad como derecho¹³⁵. A favor de esta idea jugaría la falta de un reconocimiento expreso en nuestro texto constitucional y en otros textos constitucionales de nuestro entorno. El ser padre o madre quedaría así limitado a ser una expresión concreta de la libertad de acción, que sí que ampara, ciertamente, el texto constitucional aun cuando resulte menos intensa la garantía de su realización. Ello no impediría el reconocimiento del compromiso del Estado al efecto. Así se ha sostenido que “aunque concluyéramos que es un deseo, parece lícito que el Estado lo considere bueno y lo fomente hasta donde los representantes de los ciudadanos consideren oportuno”¹³⁶, o incluso que “cada Estado debe crear un ambiente que maximice las posibilidades de éxito y felicidad para las personas que quieren formar una familia, en lugar de establecer desventajas o estigmatizarlas”¹³⁷.

Se plantea, no obstante, el problema de por qué ha de utilizarse necesariamente esta técnica reproductiva que como ya hemos visto plantea algunos problemas desde la perspectiva de la salvaguarda de la dignidad de la mujer gestante. El problema sería reconducible en este sentido al tema de la adopción, que quedaría como opción preferente. Es posible, sin embargo, que esta opción no satisfaga el interés de los aspirantes a progenitores, precisamente porque éstos estarían buscando con la gestación subrogada la perpetuación del patrimonio genético¹³⁸. La cuestión es entonces si tiene sentido llevar esa libertad de acción amparada además por la garantía constitucional de la protección de la familia hasta el extremo de incorporar en ella la realización del deseo de perpetuar el patrimonio genético en los hijos. Es un tema complicado. Por un lado está claro que la idea del libre desarrollo de la personalidad acogería en principio este explayamiento máximo de la libertad. No habría pues limitación de orden jurídico para llevarla a cabo¹³⁹. Pero por otro lado, se constata el hecho claro de que

¹³⁵ NUÑO GÓMEZ, Laura, “Una nueva cláusula del Contrato Sexual: vientres de alquiler”, *cit.*, pág. 693, quien expresamente señala que “no existe el derecho a ser padre o madre, por mucho que se desee, como no lo existe respecto al tráfico de órganos por mucho que esté la vida en juego”.

¹³⁶ FERNANDEZ MUÑIZ, Pablo Ignacio, “Gestación subrogada, ¿cuestión de derechos?”, *cit.*, pág. 32.

¹³⁷ LAMM, Eleonora; RUBAJA, Nieve, “Parámetros jurisprudenciales en los casos de gestación por sustitución. Los lineamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y sus repercusiones en el contexto global”, en *Revista de Bioética y Derecho*, núm. 37, 2016, pág. 170.

¹³⁸ FANLO CORTÉS, Isabel, “Derechos reproductivos y libertad de las mujeres”, en *Revista de Derecho Privado*, núm. 32, enero-junio 2017, pág. 37, considera a este dato como expresión de una matriz patriarcal al concretar sobre todo en el género masculino esa exigencia de reproducir en los hijos el propio patrimonio genético. Es éste, en cualquier caso, un dato a demostrar fruto de una observación sociológica que en principio no responde a la lógica de la técnica de la gestación subrogada porque cabe también que esa misma gestación subrogada se practique con la incorporación de material genético de la madre comitente.

¹³⁹ Eso no impide que se pueda acudir a argumentos de carácter extrajurídico en su contra. Así, por ejemplo, FERNANDEZ MUÑIZ, Pablo Ignacio, “Gestación subrogada, ¿cuestión de derechos?”, *cit.*, pág.32, señala que la conexión del derecho a tener descendencia con la perpetuación genética “no tiene consistencia como para romper un vínculo tan robusto como el maternofilial que se establece con la gestación y el nacimiento”.

el auge de la gestación subrogada, que garantiza esa perpetuación del patrimonio genético, ha corrido paralelo a un importante descenso del número de adopciones internacionales, que evidentemente no pueden garantizarla al resultar el menor adoptado genéticamente ajeno a los padres adoptivos.

La decisión del legislador deberá ponderar los valores enfrentados del máximo explayamiento de la libertad y de la protección del menor que ve en la adopción un cauce adecuado para salvaguardarla en la medida de lo posible. El atractivo que puede generar a los comitentes la idea de una “criatura a estrenar desde el primer día de su nacimiento sin experiencias biográficas previas”¹⁴⁰ contribuye desde luego también a acentuar la preferencia de los aspirantes a progenitores por el modelo de la gestación subrogada frente al de la adopción. Pero esta preferencia no necesariamente ha de ser tomada en consideración por el legislador para satisfacer los deseos de los padres. Al contrario, puede representar un motivo para promover políticas legislativas destinadas a frenar ese deseo dirigiendo las posibilidades de acceder a la condición de progenitores a la tradicional vía de la adopción que se entiende que constituye un instrumento útil para resolver los problemas de los niños. A diferencia de la gestación subrogada que no puede resolver ningún problema de los niños, porque, sencillamente, no existen todavía ellos en el momento del inicio del proceso con la firma del contrato y la subsecuente intervención médica.

Otra cuestión a valorar es la situación de desigualdad que provoca entre los aspirantes a progenitores al encontrarse algunos de ellos en condiciones adecuadas para afrontar el coste económico de la gestación subrogada, cosa que no podrían hacer otros. Laura Nuño Gómez ha identificado en esta situación “una nueva noción de ciudadanía censitaria, según la cual sólo aquellas personas con capacidad económica suficiente tienen garantizada descendencia a demanda”¹⁴¹. Esta idea de la ciudadanía censitaria la remite la autora al ámbito de la gestación comercial, que es donde ciertamente va a desarrollar toda su fuerza. Pero ya hemos visto que tampoco la hipotética opción del legislador por dar inminente validez jurídica a los contratos de gestación por sustitución que tengan carácter gratuito, en los que la compensación pactada no vaya más allá de los perjuicios objetivables ocasionados a la gestante en el proceso, va a evitar que se cuele en el sistema formas clandestinas de mercantilización reproductiva que conducen, además de a la explotación de la gestante, a la reproducción de los estratos sociales en las posibilidades de realización efectiva de un interés que tendría sin embargo carácter universal, ya se trate de un derecho específico o de un derecho legítimamente canalizado a través de la libertad de acción, que sí dispone de un inequívoco fundamento constitucional.

La esterilidad es un problema real que afecta decisivamente a ese interés común a la procreación. Es un obstáculo que encuentran algunos hombres y mujeres que incorpora un motivo natural de discriminación. El derecho debe empeñarse en superar ese obstáculo adecuando fórmulas que permitan alcanzar a todos de manera no discriminatoria la realización de ese deseo de descendencia. Pero tampoco es razonable que uno de los sistemas dirigidos a superar esa discriminación vaya a su vez a tolerar formas discriminatorias de acceso al mismo. No se lucha contra la discriminación que provoca la esterilidad con un sistema que parece llevar en sí el germen de la discriminación. Las soluciones jurídicas que se arbitren

¹⁴⁰ NUÑO GÓMEZ, Laura, “Una nueva cláusula del Contrato Sexual: vientres de alquiler”, *cit.*, pág. 687.

¹⁴¹ *Ibidem*, pág. 684.

con respecto a la posible validez jurídica de los contratos de gestación subrogada deberán ser muy cuidadosas en la evitación de este problema. Aunque ello parezca a primera vista tan difícil como para justificar a juicio de muchos que se descarte, entre otras cosas también por su carácter discriminatorio, esta concreta técnica reproductiva. Se trataría en este sentido de hacer efectivo también en este ámbito “el compromiso constitucional, esta vez diáfano y explícito, en contra de la discriminación (artículos 14 y 9.2) en virtud del cual se deben considerar inválidas aquellas opiniones legislativas que generan real o potencialmente efectos antagónicos a la igualdad entre las personas y las relaciones de convivencia que éstas son capaces de desarrollar”¹⁴².

2.3. *El niño*

La figura del niño asume un protagonismo absoluto en la gestación subrogada. Todo el proceso se desarrolla en función de asegurar a los contratantes la descendencia. El nacimiento del niño marca la consecución del objetivo final. A partir de ese momento desaparece la figura de la gestante, que ya ha cumplido su función¹⁴³. Se inicia entonces un nuevo período en el que el niño pasa a convivir con los comitentes. Ese tránsito desde el seno materno hasta la ubicación en una relación familiar con sus nuevos padres no se puede saber a ciencia cierta qué transcendencia puede tener en la formación de la personalidad del niño pero está claro que elimina el hábitat natural del niño, el que ha configurado su formación como tal y ha promovido su propia presentación en el mundo exterior. La separación en ese preciso momento de la persona que le ha acompañado durante todo el proceso de gestación alguna huella tiene que dejar. Y más cuando se trata de separaciones bruscas consecuencia común de cláusulas de no retorno como son normalmente las estipuladas en los contratos de gestación subrogada.

Hay que pensar que el niño va a encontrar una excelente acogida en el nuevo ambiente familiar. El empeño de los padres por tenerle como hijo que da sentido a todo el proceso de gestación subrogada permite ciertamente presumirlo. Pero por mucho afecto que pueda recibir a partir de entonces está claro que algo pierde el niño cuando se separa de quien hasta ese momento representaba el cobijo de su vida, de su formación como ser humano. Se ha escrito mucho acerca de la conexión especial que se establece en los momentos posteriores al parto entre la madre y su bebé. Que en ese período tan especial se produzca una sustitución personal es una circunstancia contradictoria con el instinto del bebé, que siempre buscará el contacto con la gestante. Esta remoción brusca de su hábitat natural es un elemento inherente a la gestación subrogada que debe lógicamente tenerse en cuenta a la hora de su valoración como técnica reproductiva. Por mucho que sea el afecto que encuentre el niño en el nuevo ambiente

¹⁴² RUÍZ-RICO RUÍZ, Gerardo, “La problemática constitucional derivada de las técnicas de reproducción humana asistida (TRHA): el caso de la maternidad subrogada”, en UNED, *Revista de Derecho Político*, núm. 99, mayo-agosto, 2017, p. 76.

¹⁴³ La renuncia a la filiación por parte de la gestante adquiere un cierto carácter automático porque no es más que la ejecución de una de las cláusulas del contrato firmado entre ella y los comitentes. Es un momento que, sin embargo, no está exento de problemas porque para la gestante supone la ruptura de un vínculo natural. Aunque se trate de una ruptura obligada por los términos del contrato no siempre es aceptada pacíficamente por las gestantes que hacen valer en ocasiones la legitimidad que entienden que les da el hecho de haber gestado y alumbrado al recién nacido.

familiar éste siempre será sucesivo a una ruptura traumática. Ya no solo por la propia sensación momentánea de vacío que puede experimentar. También porque probablemente captará la emotividad especial que experimenta la gestante en el momento crucial de la despedida.

Es una circunstancia que no se suele tomar en consideración. La valoración que se hace de la figura del niño atiende en general al futuro que le espera y no tanto al impacto real de la separación. Lo efímero del momento parece que le priva de importancia. Se piensa además que el afecto que a partir de ese momento va a recibir compensa con creces cualquier impacto negativo instantáneo. Sin embargo, hay aquí un elemento radical de diferenciación entre la vida del niño nacido a través de gestación subrogada y el niño alumbrado por su propia madre. Una diferenciación que opera en sentido negativo para el niño en los supuestos de gestación subrogada y que no es seguro tampoco que vaya a ser compensada por un afecto reequilibrador en su nuevo ambiente familiar. Nada hace pensar que los niños nacidos a través de un proceso natural vayan a recibir menos cariño que él. Ciertamente en el caso de la gestación subrogada queda de entrada excluida la posibilidad del bebé no deseado. Aquí no hay concepción por accidente. Al contrario, es una concepción cuidadosamente deseada y buscada. Pero también puede ser el caso de las demás concepciones. Y tampoco hay por qué presumir un menor confort postparto del bebé por el hecho de que no se haya buscado concienzudamente su venida al mundo.

Se ha insistido mucho también en el impacto negativo que para el niño puede tener conocer en el futuro que fue concebido exclusivamente para cubrir necesidades puntuales de sus padres, como un objeto destinado a colmar vacíos afectivos. Es esta, sin embargo, una crítica sin sentido. No se podría condenar a los padres comitentes por ningún imaginario uso instrumental de sus hijos. El hecho de que sean buscados muchas veces con desesperación no va para nada en perjuicio de su consideración como fin en sí mismo, un fin al que por lo demás los padres han consagrado ya por lo general bastantes sacrificios. Y es razonable pensar que seguirán haciéndolo. Pensar en un motivo especialmente denigrante con respecto al deseo de ser padre en el caso de la gestación subrogada carece de sentido¹⁴⁴. El problema no es el motivo, sino si acaso el coste que para el niño pueda representar.

El niño perderá probablemente el sentimiento de la unidad materna de referencia, en el momento en que tome conciencia de que no fue concebido en el útero de quien siempre ha considerado su madre. No se excluye tampoco que contemple su pasado en clave de construcción artificiosa. Los momentos de felicidad que ha vivido en su entorno familiar podrán cristalizar en un recuerdo desasosegante en el que casi todo lo que hasta entonces era considerado valioso entra en discusión. Experimentará un sentimiento de diferencia con respecto a quienes componen su entorno social que le podrá llevar a la automarginación. Eso por no hablar de las dificultades que pueda encontrar para conocer su identidad a la vista de la pluralidad de personas que pueden haber intervenido en su proceso de gestación¹⁴⁵. Y la incomodidad que

¹⁴⁴ No podemos en este sentido compartir la tesis de FERNANDEZ MUÑIZ, Pablo Ignacio, “Gestación subrogada, ¿cuestión de derechos?”, *cit.*, pág. 35, para quien la gestación subrogada conlleva un notable riesgo de “cosificación del hijo”, convertido en cierto modo en un “objeto de consumo”.

¹⁴⁵ NUÑO GÓMEZ, Laura, “Una nueva cláusula del Contrato Sexual: vientres de alquiler”, *cit.*, pág. 689. El carácter abierto del proceso de gestación subrogada permite en efecto que en el mismo intervengan hasta cinco personas: la gestante, los comitentes, la mujer que dona su óvulo o el hombre que dona su esperma.

le pueda provocar el hecho de que le sean reconocidas identidades diferentes en su lugar de nacimiento y en el país de residencia.

La información que en el futuro vaya a recibir el niño de las circunstancias que rodearon a su procreación no le va a aliviar la carga de su pasado. Es un derecho que le asiste, y como tal debe ser garantizado por los poderes públicos. Pero su realización no va a contribuir precisamente a hacerle más feliz. Peor sería evidentemente que se le negara esa información. Vemos pues como el niño resulta en cierto modo la víctima necesaria del proceso. Víctima en el sentido de que la peculiaridad de su gestación no le va a proporcionar en principio ningún tipo de beneficio y sí le va a ocasionar algunos problemas que en alguna medida podrían quedar compensados desde luego por la felicidad y el confort emocional que haya podido experimentar en el proceso que conduce a la edad adulta. Habría que hablar en este sentido de una especial responsabilidad de los padres para asegurar esa comodidad y confort. En la gestación subrogada podría en cierto modo decirse que ganan, al menos desde el punto de vista formal, todos menos él. Los comitentes hacen realidad su sueño de ser padres. La gestante, aun instrumentalizada en su función de satisfacer deseos ajenos, recibe una cierta contraprestación. La agencia que pone en contacto a los comitentes y a la gestante aprovecha las situaciones de desesperación, emocional en el caso de los comitentes y económicas en el de la gestante, para lucrarse convenientemente. El único que sufre los inconvenientes de asumir una posición social diferente sin que nadie le asegure ninguna compensación por ello es el niño.

No parece razonable en este punto que los poderes públicos mantengan una actitud pasiva al respecto. El compromiso para garantizar la felicidad y el confort emocional del niño va más allá de los padres, les alcanza a ellos también. Lo que no puede ser es que el Estado tenga una actitud tolerante con la gestación subrogada y se lave las manos a la hora de asumir las obligaciones por los resultados que esa misma actitud ha podido provocar. La complejidad del tema y los derechos o intereses implicados en ella podrían justificar una actitud negativa del Estado con respecto a la gestación subrogada, una actitud que puede ir desde la prohibición drástica hasta el establecimiento de medidas de desaliento. Pero en ningún caso deberían esas medidas de desaliento proyectarse en una discriminación de la situación jurídica del niño nacido por gestación subrogada con respecto a los demás.

Una cosa es procurar que no nazcan niños por gestación subrogada y otra muy distinta desentenderse de los niños que ya han nacido. La utilización de esas técnicas de desaliento que pudieran proyectarse en la figura del niño, obstaculizando, por ejemplo, el reconocimiento legal de su filiación, deben ser descartadas de inmediato porque ellas sí suponen desde luego una utilización instrumental del niño. Las consecuencias de una actuación de los padres intencionales no deseada por los poderes públicos no pueden recaer sobre los propios niños, que ya resultan en cierto modo víctimas de las peculiaridades inherentes a su procreación. La actitud de los poderes públicos debería asumir una línea inequívoca de defensa y garantía del niño que no tiene la culpa de haber nacido a través de un procedimiento discutible, evitando cualquier tentación ejemplarizante o disuasoria desde el “momento posterior del nacimiento en el que toda decisión debe tener como objetivo proteger el interés superior del niño”¹⁴⁶.

¹⁴⁶ SÁNCHEZ HERNÁNDEZ, Carmen, “Gestación por sustitución: una realidad y dos soluciones en la experiencia jurídica española”, cit., pág. 36.

El modelo de la adopción en lo que respecta a las prestaciones sociales o a las cuestiones vinculadas con la intimidad del niño debería seguirse en este punto. Se trata evidentemente de modelos diferentes. La adopción atiende directamente al interés del niño. La gestación subrogada al de los padres, por la sencilla razón de que son éstos quienes la impulsan sin que en el momento de poner en marcha el proceso exista todavía el niño. Se explica por ello la diferente actitud, alentadora en el caso de la adopción y posiblemente desalentadora en el de la gestación subrogada. Pero esa diferente actitud no tiene ningún sentido cuando ya ha nacido el niño, porque a partir de ese momento todos los niños, los adoptados y los nacidos por gestación subrogada, merecen idéntico respeto. Un respeto que en el caso de la gestación subrogada debe ser cuidado con el máximo esmero, precisamente para evitar que se proyecten sobre los niños los prejuicios que pueda tener la sociedad con respecto al procedimiento a través del cual han llegado al mundo.

3. La necesidad de un replanteamiento de los términos del problema

No puede en sentido estricto decirse que exista en España una regulación de la gestación subrogada. Ya hemos visto que el artículo 10 de la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida establece la nulidad del contrato de gestación subrogada si bien no puede deducirse de ello que exista una prohibición de su práctica, debiéndose entender que a falta de prohibición expresa rige el principio general de libertad. A mayor abundamiento el número 3 del propio artículo 10 expresa que “queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico conforme a las reglas generales”. Es decir, se contempla sin mayor problema la hipótesis del padre biológico que acude a esa técnica reproductiva. No es cuestión de negarle su condición de padre que tampoco debería serle privada por el hecho de incurrir en un supuesto ilícito. Pero la falta de cualquier reproche al mismo cuando se contempla su caso de manera expresa creemos que pone de manifiesto que no puede considerarse una práctica contraria a derecho. Una cosa es ser contraria a derecho y otra muy distinta ser una práctica desestimada por el ordenamiento jurídico. La nulidad de los contratos de gestación subrogada evidencia un afán por parte del legislador de inducir que no se recurra a la técnica en cuestión, pero en ningún caso una declaración de ilegalidad. Hay que pensar que si el legislador hubiera querido hacerla la hubiera hecho.

La política seguida por la Dirección General de los Registros y del Notariado posibilitando la inscripción registral de los niños nacidos a través de gestación subrogada no puede ciertamente considerarse sintomática del carácter lícito de su práctica. La Dirección General de los Registros y del Notariado no tiene otra opción que facilitar la inscripción porque lo contrario supondría vulnerar el principio del interés superior del menor que recoge el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño que ha sido reiterado recientemente en la Ley 26/2015, de 28 de julio, de modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia que modifica el artículo 2 de la Ley de Protección Jurídica del Menor estableciendo expresamente la primacía del interés superior de los niños sobre “cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir” y atribuyéndole ya una triple dimensión como derecho sustantivo, como principio general de carácter interpretativo y como norma de procedimiento. Alegar esta posición de la Dirección General de los Registros y del Notariado para deducir de ella una licitud tácita de la gestación subrogada carece de sentido. Son dos

cuestiones absolutamente diferentes. La Dirección General de los Registros y del Notariado se hubiera visto igualmente obligada a inscribir a los niños aun en el caso de que se hubiera prohibido expresamente el uso de esa técnica reproductiva, incluso sancionando penalmente a los inductores, facilitadores o ejecutores de la misma. No se trataría en este sentido de generar ningún “efecto rebote” que llevara tanto a la gestante como a la madre de intención a ocupar en el plano legal la posición contraria a la que desean¹⁴⁷, sino de anteponer frente a cualquier otra consideración el interés superior de quien, aun no habiendo participado en la estipulación del contrato, resulta inevitable protagonista de su ejecución.

Los niños no tienen ninguna culpa de haber llegado al mundo a través de un procedimiento discutible. Y los poderes públicos tienen el deber inexcusable de que no sufran ningún tipo de discriminación por ello. Es más, el carácter discutible de la técnica reproductiva y el reproche social latente que sobre ella se pudiera observar ha de ser el mejor estímulo para preservar al recién nacido de cualquier efecto colateral por una decisión que no le es imputable. Habrá pues que decidir si se sanciona o no a los promotores del proceso de gestación subrogada, si se declara o no como prohibida esa técnica reproductiva. Pero cuanto mayor sea el reproche social y jurídico que vaya a merecer su puesta en práctica mayor debe ser el cuidado en evitar que ese reproche pueda alcanzar al niño, y sobre todo en evitar que pueda traducirse en ningún obstáculo a la plena asunción y ejecución de las decisiones que impone la consideración de su interés superior.

Resulta en este punto absolutamente criticable la sentencia del Tribunal Supremo de 6 de febrero de 2014 que rechaza la inscripción en el Registro Civil español del Acta registral expedida por Registro Civil norteamericano en el que consta el nacimiento en California de dos menores a través de gestación subrogada figurando como progenitores los comitentes, dos varones homosexuales españoles, al entender que vulnera el orden público español ofreciendo para ello una interpretación desconcertante de la cláusula del orden público español que, como bien se ha dicho, viene entendido como interés “inferior”¹⁴⁸ del menor.

No se acierta a entender que diga el Tribunal Supremo que la aceptación del argumento de que el interés superior del menor tiene como único modo de satisfacción en el reconocimiento de la filiación recogida en el asiento registral de California “llevaría a concluir que el legislador español, al considerar nulo de pleno derecho el contrato de gestación por sustitución y atribuir la condición de madre a la mujer que da a luz al niño, no reconociendo por tanto la relación de filiación respecto de los padres intencionales o comitentes, ha vulnerado el interés superior del niño”. El legislador español ha asumido una razonable técnica desalentadora de la práctica de la gestación subrogada que no afecta en absoluto en principio al interés superior del menor, precisamente porque interpreta que la mejor manera de protegerlo es que no nazcan niños en condiciones que considera perjudiciales para su integridad personal. Pero una vez que el niño ha nacido se impone lógicamente el interés superior del menor a cualquier otra consideración.

¹⁴⁷ FERNÁNDEZ ECHEGARAY, Laura, “Gestación por sustitución”, en Silvia TAMAYO HAYA (Dir.), *La maternidad y la paternidad en el siglo XXI*, Comares, Granada, 2015, pág. 137.

¹⁴⁸ CALVO CARAVACA, Alfonso Luis; CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, “Gestación por sustitución y Derecho Internacional Privado. Más allá del Tribunal Supremo y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Cuadernos de Derecho Transnacional*, octubre, 2015, Vol. 7, núm. 2, pág. 77.

Lo mismo cabe decir de esta otra consideración: “La aplicación del principio de la consideración del interés superior del menor ha de hacerse para interpretar y aplicar la ley y colmar sus lagunas, pero no para contrariar lo expresamente previsto en la misma. No hacerlo así podría llevar a la desvinculación del juez con respecto al sistema de fuentes, que es contraria al principio de sujeción al imperio de la ley que establece el artículo 117.1 de la Constitución. Hay cambios en el ordenamiento jurídico que, de ser procedentes, debe realizar el parlamento como depositario de la soberanía nacional, con un adecuado debate social y legislativo, sin que el juez pueda ni deba suplirlo”. En definitiva, procede el Tribunal Supremo nada menos que a considerar al interés superior del menor como un principio extralegal, cuando lo cierto es que “se trata de un principio jurídico perfectamente integrado y que, además, goza de superior rango jerárquico sobre lo establecido en las Leyes españolas”¹⁴⁹.

Con todo, por si pudiera aun haber alguna duda al respecto la Ley 26/2015, de 28 de julio, de Modificación del sistema de protección a la infancia y a la adolescencia lo reconoce expresamente declarando su primacía sobre cualquier otro interés legítimo. Ya no se trata de un mero criterio interpretativo como parece declarar el Tribunal Supremo, sino de un auténtico derecho sustantivo. Así lo reconoce expresamente el Preámbulo de la citada Ley. Y como tal derecho sustantivo legalmente reconocido tiene desde luego capacidad para contrariar lo expresamente dispuesto en otra norma. Es más, la dicción literal de la Ley exige que, llegado el caso, se proceda efectivamente a contrariarlo.

Es verdad que en la fecha de la sentencia del Tribunal Supremo, 6 de febrero de 2014, no había entrado todavía en vigor la Ley 26/2015. Pero tampoco parece razonable que, estando entonces vigente la Ley de Protección Jurídica del Menor y teniendo en cuenta a la Convención sobre los Derechos del Niño, se redujera la efectividad jurídica del interés superior del menor hasta ese punto. Decir que la consideración especial del interés superior del menor es simplemente calificarlo como un criterio interpretativo más es suprimir de golpe todo su alcance transformador. En cualquier caso, hoy ya no caben dudas porque está efectivamente consagrado como principio de aplicación preferente sobre cualquier otro interés legítimo que se le pudiera oponer.

No se explica en este punto que la Dirección General de los Registros y del Notariado mantenga su correcta opción por inscribir a los niños nacidos por gestación subrogada alegando como razón legitimante la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Tiene en la legislación española fundamentos más que suficientes para ello. En realidad los tenía ya antes de la entrada en vigor de la Ley 26/2015. Pero a partir de esa fecha el propio planteamiento del problema resulta superfluo. Se impone en este punto una consideración del interés superior del menor en concreto, como fórmula que prescribe en cada caso atribuir la mejor solución para el menor cuya particular posición se está valorando. Y en ese punto no cabe duda que la inscripción registral de los menores que negó el Tribunal Supremo no era precisamente la decisión mejor para ellos, para la realización de sus intereses. Y parece también razonable pensar que la inscripción registral sin mayores problemas del menor y la aplicación de todas cuantas medidas puedan beneficiar su derecho a la identidad, a la intimidad personal, a las prestaciones sociales, etc..., son una exigencia igualmente ineludible para la Dirección General de los Registros y del Notariado. Y todo ello por imperativo legal

¹⁴⁹ *Ibidem*, pág. 81.

estricto, no por ninguna fantasiosa construcción teórica destinada a distorsionar el sentido de la ley¹⁵⁰.

Tiene ciertamente razón el Tribunal Supremo cuando afirma que la situación actual de la gestación subrogada ha llevado a un acceso desigual de los ciudadanos a la técnica reproductiva que parece quedar restringida a quienes disponen de medios económicos suficientes para asumir las elevadas cantidades que representa llevar a cabo el proceso. Es ésta una apreciación que podría justificar el refuerzo de las técnicas de desestimulación a que aludíamos antes. Pero de ninguna manera podría justificarse el sacrificio de los derechos del menor y de su interés superior, que en el caso del niño nacido de gestación subrogada reclama ante todo su inscripción registral.

Se constata, por lo demás, una tendencia en los distintos ordenamientos jurídicos a dar un papel relevante en las decisiones a tomar con respecto a la gestación subrogada a la existencia de un vínculo biológico entre los padres comitentes y los niños concebidos con esa técnica reproductiva. El vínculo biológico perderá probablemente en un futuro no lejano la dimensión esencial que hoy se le atribuye para ceder el papel relevante a la situación familiar de hecho que se genera también como consecuencia del proceso de gestación subrogada¹⁵¹. Pero mientras se llega a esa situación es siempre conveniente que se restrinja su exigencia al ámbito estricto de lo que en sí representa la gestación subrogada, como requisito para acceder a ella, sin que en ningún caso pueda considerársele condición para el establecimiento de la filiación¹⁵².

El interés superior del menor, que reclama una identidad clara, definida y única, no puede tampoco detenerse en consideraciones biológicas. Claro es que para el menor resultará en principio mejor, por ser menos conflictivo y resultar más asumido socialmente, tener una vinculación biológica con sus padres y haber sido gestado en el vientre de su madre. Pero si el Estado no se ha decidido a prohibir este tipo de situaciones, limitándose a activar técnicas desalentadoras, no podría ahora desquitarse de su actitud obstaculizando el ejercicio efectivo y no discriminatorio de los derechos del menor. Tampoco está claro que en los casos en que media una situación real de infertilidad deba asumir esa incondicional actitud prohibidora. Pero ese es otro debate. Lo que interesaba dejar claro aquí es que el menor no puede en ningún caso resultar víctima de las políticas jurídicas que puedan asumir los poderes públicos con respecto a la gestación subrogada.

¹⁵⁰ *Ibidem*, pág. 83: “Un “interés superior” no es una frase hecha, no es un truco de prestidigitador de feria de pueblo que se usa para alterar el sentido de la Ley. No es un conjunto de palabras bonitas pero capciosas ni una mera afirmación políticamente correcta. Es un interés jurídicamente protegido a un nivel tan elevado que debe imponerse sobre otros intereses que puedan entrar en conflicto con él. Por eso es un interés “superior””.

¹⁵¹ Ese es el pronóstico de GARCÍA SAN JOSÉ, Daniel, “La gestación por sustitución y las obligaciones emanadas para los Estados parte en el Convenio Europeo de Derechos Humanos: repercusiones en el ordenamiento jurídico español del activismo y de la autolimitación judicial del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en relación con la gestación por sustitución”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 113, 2018, pág. 128.

¹⁵² LAMM, Eleonora, “Una vez más sobre gestación por sustitución, porque sin marco legal se siguen sumando violaciones a derechos humanos”, en *Ars Iuris Salmanticensis*, ESTUDIOS, Vol. 4, junio, 2016, pág. 101.

Florestas e água: breves comentários sobre o novo código florestal brasileiro e as áreas de preservação permanente

PEDRO CURVELLO SAAVEDRA AVZARADEL¹⁵³

Universidade Federal Fluminense

Introdução

Editado em 1965, o Segundo Código Florestal - Lei 4.771¹⁵⁴, vigeu até o maio de 2012. Durante a sua vigência, foi objeto de varias alterações decorrentes da edição de leis e medidas provisórias anteriores à Emenda Constitucional n. 32 do ano de 2001. Esta lei, conhecida como Código de 1965, substituiu o anterior (de 1934). A um só tempo, era considerada uma lei ambientalmente avançada e difícil de ser colocada em pratica.

Após mais de duas décadas de aplicação tímida, o Código de 1965 ganha novos contornos práticos com a Constituição Ecológica de 1988¹⁵⁵, a volta de um cenário democrático, as

¹⁵³ Doutor em Direito da Cidade pela Universidade do Estado do Rio de Janeiro (UERJ). Professor Adjunto da Universidade Federal Fluminense (UFF). Pos-Doutorando em Direito Ambiental pela Universidade Paris I Pantheon Sorbonne, com apoio da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nivel Superior (CAPES/BRASIL). E-mail: pedroavzaradel@id.uff.br

¹⁵⁴ BRASIL. Lei 4.771, de 15 de setembro de 1965. Institui o Novo Código Florestal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 15 set. 1965. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4771impressao.htm>. Acesso em: 31 out. 2012.

¹⁵⁵ Idem. Constituição da República Federativa do Brasil De 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 11 set. 2017. Conforme afirmamos antes, “

Sem prejuízo de um capítulo específico (Art. 225), a Constituição brasileira traz normas pulverizadas ao longo do texto, erigindo um sistema protetivo constitucional sem precedentes no Brasil” (AVZARADEL, Pedro Curvello Saavedra Breve panorama do direito constitucional ambiental no Brasil e seus desafios In: GARCIA, José E; Soriano; SADDY, Andre (Dir). Direito Constitucional Ambiental Ibero-Americano. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, v.1, p. 135).

novas configuração e atribuições do Ministério Público e a realização no Brasil da Conferência das Nações Unidas conhecida como Cúpula da Terra, em 1992. Neste cenário aumentaram os conflitos envolvendo os principais institutos da Lei 4.771/1965: as áreas de preservação permanente e as áreas de reserva legal florestal.

Como destacam Joana Chiavari e Cristina Lopes:

Apenas na década de 1990 é que os poderes executivo e judiciário passaram a exigir de forma contundente o cumprimento de suas regras. A aplicação da lei desagradou produtores rurais que pretendiam usar suas terras sem qualquer interferência ou limitação legal. Posteriormente, novas alterações no código aumentando a proteção das florestas na Amazônia Legal acabaram provocando um movimento em favor de sua revisão¹⁵⁶.

Desde 1999, o mencionado Código de 1965 esteve em processo de revisão no Congresso Nacional, com destaque ao PL 1876/1999, que visava à sua substituição. Nos dois anos que antecederam a alteração legislativa, acirrou-se o debate entre setores do mercado, ambientalistas e instituições sociais as mais diversas, todos respaldados em estudos, relatórios e premissas em geral divergentes.

Então argumentara o setor produtivo, em especial o agropecuário, ser impossível aplicar a Lei n. 4.771/1965, uma vez que fazê-lo “criminalizaria pequenos agricultores” e “criaria um custo altíssimo, tornado a produção nacional pouco competitiva frente aos concorrentes internacionais”. Já os ambientalistas alegam que as alterações pretendidas anistiarão os infratores da lei então em vigor, trazendo graves consequências para o meio ambiente e o bem estar das populações humanas. Mais do que isso: seriam desnecessárias para garantir a competitividade do setor, considerando-se as melhores técnicas disponíveis e as dimensões continentais do Brasil¹⁵⁷.

Produziram-se, em paralelo, sobretudo entre os anos de 2010 e 2012, relatórios e documentos técnicos por instituições do Estado brasileiro e por associações civis, cabendo destacar as Notas Técnicas da Agência Nacional de Águas, o relatório conjunto da Academia Brasileira de Ciências com a Sociedade Brasileira para o Progresso da Ciência, as manifestações, relatórios e estudos apresentados pela Associação Brasileira de Professores de Direito Ambiental, pela Associação Brasileira de Entidades Estaduais de Meio Ambiente, pelo Ministério Público Federal e Organizações Não Governamentais diversas¹⁵⁸.

Defendiam tais estudos, relatórios, notas e manifestos a manutenção de institutos e regras do Código de 1965 e repudiavam as mudanças pretendidas. Não obstante, não lograram grandes repercussões nos debates parlamentares ou no texto que viria a ser aprovado. Após a

¹⁵⁶ CHIAVARI, Joana ; LOPES, Cristina L. Policy brief: Brazil’s New Forest Code. Part I: how to navigate the complexity. INPUT, 2015. Available at http://www.inputbrasil.org/wp-content/uploads/2015/11/FORESTCODE_policybrief_PartI_CPI-1.pdf. Access on the 25th October 2017.

¹⁵⁷ C.F . AVZARADEL, Pedro Curvello Saavedra. Novo Código Florestal: enchentes e crise hídrica no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

¹⁵⁸ Idem. Ibidem.

aprovação, na Câmara dos Deputados, de um substitutivo global em 24/05/2011, de relatoria do Deputado Aldo Rebelo, a tramitação do PL 1876/99 e seus anexos teve o ritmo acelerado. E o desfecho já então era previsível¹⁵⁹.

Aprovada com ampla maioria pelo Congresso Nacional, a Lei seguiu para a sanção presidencial às vésperas de uma conferência ambiental das Nações Unidas a ser realizada no Brasil. Tendo em conta os vários vetos feitos ao texto, editou-se para preencher os vazios a Medida Provisória (MP) n. 571, publicada em 28/05/2012 no Diário Oficial da União juntamente com a Lei 12.651/2012¹⁶⁰. Em seguida, a medida provisória foi convertida sem grandes alterações.

Dentre os fundamentos consagrados no artigo inaugural da lei, destacamos a “afirmação do compromisso soberano do Brasil com a preservação das suas florestas e demais formas de vegetação nativa, bem como da biodiversidade, do solo, dos recursos hídricos e da integridade do sistema climático, para o bem estar das gerações presentes e futuras”¹⁶¹.

No mês seguinte à publicação do atual marco florestal, ocorreu na cidade do Rio de Janeiro a Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável - chamada de Rio +20. Desta resultou o documento “o futuro que queremos”, com a renovação de compromissos internacionais anteriores e avaliações sobre com itens específicos sobre o assunto destacando-se o reconhecimento dos “benefícios sociais, econômicos e ambientais das florestas para as pessoas”¹⁶².

Percebe-se da leitura do trecho reproduzido acima o reconhecimento do papel fundamental das florestas no enfrentamento das questões climáticas, sendo estratégicos nesse sentido a diminuição do desmatamento (e de suas emissões correspondentes) e o reflorestamento, com o aumento das áreas florestadas (e dos estoques de carbono).

Em 2014 fora assinada em Nova York uma Declaração sobre Florestas envolvendo alguns governos Estaduais da Região Amazônica, povos originários, empresas e Organizações Não Governamentais. O Brasil enquanto Estado soberano não assinou o documento. O documento, de natureza não vinculante, traz metas importantes, mas acabou por ter o seu âmbito de aplicação muito restrito em razão do baixo número de adesões¹⁶³.

¹⁵⁹ Idem. *Ibidem*.

¹⁶⁰ BRASIL. Lei 12.651, de 25 de maio de 2012. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nos 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nos 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória no 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências (2012). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/L12651compilado.htm. Acesso em 20 mar. 2017.

¹⁶¹ Idem. *Ibidem*, art. 1º, § único, inciso I.

¹⁶² ONU. Declaração final da Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável. Rio de Janeiro: 2012. Disponível em <http://www.mma.gov.br/port/conama/processos/61AA3835/O-Futuro-que-queremos1.pdf>. Acesso em 10 de set. 2017.

¹⁶³ ONU. New York Declaration on Forests. New York: 2014. Available at http://www.un.org/climatechange/summit/wp-content/uploads/sites/2/2014/07/New-York-Declaration-on-Forests_1-Dec-2015.pdf. Access on the 16th October 2017.

Por isso, pode-se considerar que, após a Rio +20, o momento mais importante na construção de uma agenda internacional ambiental tenha sido o Acordo de Paris, resultado da 21ª Conferência das Partes da Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas, realizada no final do ano de 2015. Cabe destacar o artigo 5º do Acordo, que trata especificamente dos sumidouros de gases de efeito estufa e destaca nesse sentido as florestas:

1.As partes deveriam tomar medidas para conservar e, se for caso disso, reforçar os sumidouros e reservatórios de gases com efeito de estufa a que se refere o artigo 4.o, n.o 1, alínea d), da convenção, nomeadamente as florestas. 2.As partes são incentivadas a tomar medidas para aplicar e apoiar, incluindo através de pagamentos em função dos resultados obtidos, o quadro existente definido nas orientações e decisões pertinentes já acordadas no âmbito da convenção respeitante: às abordagens estratégicas e incentivos positivos para as atividades relacionadas com a redução de emissões provenientes da desflorestação e da degradação florestal e o papel da conservação, da gestão sustentável das florestas e do aumento das reservas de carbono das florestas nos países em desenvolvimento; e às abordagens estratégicas alternativas, como as que combinam a atenuação e a adaptação para a gestão integral e sustentável das florestas, ao mesmo tempo que se reafirma a importância de promover, se for caso disso, os benefícios de uma economia não dependente do carbono decorrentes dessas abordagens¹⁶⁴.

Como se pode ver, durante os cinco primeiros anos após a promulgação da Lei 12.651/2012 no Brasil, a comunidade internacional reafirmou a importância das florestas e dos benefícios atrelados a sua correta gestão, com destaque para aqueles relacionados ao enfrentamento das mudanças climáticas.

Faz-se mister destacar que o Brasil não apenas assinou o Acordo de Paris como o ratificou e promulgou por meio do Decreto 9.053 de 5 de junho de 2017¹⁶⁵. Igualmente, foram antes ratificados e promulgados a Convenção¹⁶⁶ das Nações Unidas sobre Mudanças Climáticas e o Protocolo de Quioto¹⁶⁷.

¹⁶⁴ Idem. Acordo de Paris. Paris: 2015. Disponível em <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2016/04/Acordo-de-Paris.pdf>. Paris: 2015. Acesso em 20 mar. 2017.

¹⁶⁵ BRASIL. Decreto nº 9.073, de 5 de junho de 2017. Promulga o Acordo de Paris sob a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, celebrado em Paris, em 12 de dezembro de 2015, e firmado em Nova Iorque, em 22 de abril de 2016. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9073.htm. Acesso em 15 jul. 2017.

¹⁶⁶ Idem. Decreto nº 2.652, de 1º de julho de 1998. Promulga a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, assinada em Nova York, em 9 de maio de 1992. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2652.htm. Acesso em 21 mar 2017.

¹⁶⁷ Idem. Decreto nº 5.445, de 12 de maio de 2005. Promulga o Protocolo de Quioto à Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, aberto a assinaturas na cidade de Quioto, Japão, em 11 de dezembro de 1997, por ocasião da Terceira Conferência das Partes da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5445.htm. Acesso em 21 mar 2017.

Ademais, no que diz respeito ao plano interno, o país possui a Política Nacional de Mudanças Climáticas - aprovada pela Lei 12.187 de 2009¹⁶⁸. Esta política visará, conforme o seu artigo 4º, inciso VII, “à consolidação e à expansão das áreas legalmente protegidas e ao incentivo aos reflorestamentos e à recomposição da cobertura vegetal em áreas degradadas”. Dentre os instrumentos, destacamos “os Planos de Ação para a Prevenção e Controle do Desmatamento nos biomas”¹⁶⁹.

Crise hídrica, florestas e processos ecológicos fundamentais

Embora seja, à priori, abundante a quantidade no planeta, a qualidade e a disponibilidade das águas potáveis diminuem consideravelmente com o tempo. De toda a água existente, apenas um percentual ínfimo corresponde às águas potáveis e de fácil acesso – em regra superficiais. No Brasil a distribuição das águas superficiais e de fácil acesso é desigual entre as regiões, concentrando-se nas áreas menos povoadas¹⁷⁰.

Neste contexto, a Política Nacional de Recursos Hídricos, ao elencar no artigo inaugural seus fundamentos, dispõe que a água é, ao mesmo tempo, “um bem de domínio público” e “um recurso natural limitado, dotado de valor econômico”, devendo sua gestão visar à garantia dos múltiplos usos dele possíveis¹⁷¹.

Além do aumento da população mundial, contribuem para esse quadro, dentre outros fatores: a poluição dos rios, a contaminação dos reservatórios naturais de água, a ineficiência e/ou inexistência dos sistemas de saneamento básico. Devido a esse complexo cenário, embora seja em princípio um recurso renovável, a disponibilidade das águas doces hoje já representa um fator de preocupação e fala-se na existência de uma crise hídrica¹⁷².

E um dos fatores negligenciados que justifica essa crise - e fundamental para superá-la - é justamente o papel das florestas. Elas regulam e maximizam a infiltração da água no solo e, desta forma, a renovação dos estoques naturais (ex. lençóis freáticos, aquíferos). Ainda, regulam e minimizam processos de erosão e assoreamento, prejudiciais para rios, nascentes, lagos e lagoas. De outro lado, contribuem para que a umidade por elas liberada possa circular em grandes distâncias – o que se convencionou chamar de rios voadores¹⁷³.

¹⁶⁸ Idem. Lei 12.187, de 29 de dezembro de 2009. Institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima - PNMC e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/112187.htm. Acesso em 21 mar 2017.

¹⁶⁹ Idem. Ibidem, artigo 6º, inc III.

¹⁷⁰ AVZARADEL, Pedro Curvello Saavedra. Reflexões sobre o papel da educação ambiental e das florestas na crise hídrica e energética. In: In: A Crise Hídrica e o Direito. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, v.1, p. 69-92.

¹⁷¹ BRASIL. Lei 9.433, de 8 de janeiro de 1997. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9433.htm. Acesso em 9 set 2017

¹⁷² Idem. Ibidem.

¹⁷³ AVZARADEL, Pedro Curvello Saavedra. Novo Código Florestal: enchentes e crise hídrica no

Traduzindo isto para a chave constitucional, esses processos ecológicos garantidos pelas florestas e relativos ao ciclo d'água são essenciais, possuindo claro amparo no § 1º, inciso I¹⁷⁴, do artigo 225 da Constituição Federal. Como já destacamos anteriormente:

Neste aspecto, cumpre destacar que a ordem constitucional busca não apenas preservar mas também restaurar aqueles processos ecológicos essenciais (como, por exemplo, o ciclo de renovação da água potável). Isso nos remete a uma ideia de melhoria desses processos negativamente afetados, tais como de áreas ambientalmente degradadas com relevantes atributos ambientais, não apenas para as gerações presentes, mas também para as futuras¹⁷⁵.

Assim, quando constatamos que um país como o Brasil, com diversas e bacias hidrográficas de enorme porte, passa por uma crise hídrica, temos que sublinhar também questões como o desmatamento e a proteção das florestas – em especial daquelas estratégicas para a manutenção e o favorecimento do ciclo da água. Isso pressupõe verificar os usos que são feitos do solo e que competem com as florestas, bem como os usos dos recursos hídricos que competem entre si.

Por exemplo, a maior parte do consumo de água no Brasil é para atividades agropecuárias, que exportam produtos para todo o mundo. E nesta conta, que inclui outras commodities como os minérios, vão também para o exterior trilhões de litros de água embutida ou virtual. Dados da UNESCO de 2011 colocam o Brasil como quarto maior exportador de água virtual, com estimados 112 trilhões de metros cúbicos ao ano¹⁷⁶.

Como a produção de energia elétrica esta ancorada numa matriz hidrelétrica, a chamada crise hídrica se fez sentir também nos aumentos sucessivos das contas de luz entre os anos de 2014 e 2015. Ilustra este fato que alguns reservatórios destinados à produção de energia tenham então chegado a um nível abaixo do mínimo convencional, tendo que utilizar o de reserva (volume morto) para o abastecimento de cidades¹⁷⁷. Após, outra crise, a econômica,

Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

¹⁷⁴ Conforme o § 1o, inciso I do artigo 225, incumbe ao Poder Publico, em todas as suas esferas, “preservar e restaurar os processos ecológicos essenciais e prover o manejo ecológico das espécies e ecossistemas” (BRASIL. Ob. Cit). Outras inconstitucionalidades podem ser reconhecidas a partir de outros dispositivos. Neste sentido, confira-se, dentre outros, AVZARADEL, Pedro Curvello Saavedra. Novo Código Florestal: enchentes e crise hídrica no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

¹⁷⁵ AVZARADEL, Pedro Curvello Saavedra Breve panorama do direito constitucional ambiental no Brasil e seus desafios In: GARCIA, José E; Soriano; SADDY, Andre (Dir). Direito Constitucional Ambiental Ibero-Americano. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, v.1, p. 137.

¹⁷⁶ AVZARADEL, Pedro Curvello Saavedra. Licenciamento de usinas hidrelétricas, reservatórios e áreas de preservação permanente. Direito da Cidade., v.7, p.609 - 625, 2015. Confira-se a respeito, igualmente, CARLI, Ana Alice de. A água e seus instrumentos de efetividade. Campinas: Millennium Editora, 2013.

¹⁷⁷ AVZARADEL, Pedro Curvello Saavedra. Licenciamento de usinas hidrelétricas, reservatórios e áreas de preservação permanente. Direito da Cidade., v.7, p.609 - 625, 2015. Convém lembrar a respeito que “Embora se saiba que o uso dos recursos hídricos por instalações hidroelétricas é não-consuntivo - não altera significativamente a quantidade disponível do recurso, compete com outros, o que pode gerar con-

diminuiu a pressão sobre os recursos hídricos e energéticos, escamoteando um problema que não acabou e que pode se agravar nos próximos anos.

Um breve olhar sobre o atual código florestal e os recursos hídricos

Ao nosso ver, a Lei 12.651 está estruturada em torno de três institutos centrais: as áreas de preservação permanente; as áreas de reserva legal florestal e o Cadastro ambiental rural. O último deles foi elevado a instrumento nacional e grande esperança de efetividade da norma, constituindo-se num cadastro eletrônico de base autodeclaratória obrigatório para proprietários e detentores de posses rurais¹⁷⁸. Por sua vez, o penúltimo instrumento já constava do Código de 1965 e corresponde a um percentual da posse ou propriedade rural cuja utilização se faz limitada em razão de finalidades ambientais¹⁷⁹.

Focaremos os nossos esforços no instituto das áreas de preservação permanente (APPs), especificamente daquelas que são essenciais, a nosso ver, para a manutenção da disponibilidade de recursos hídricos utilizados no abastecimento de seres vivos humanos e não humanos - prioritários nos casos de escassez, conforme a Política Nacional de Recursos Hídricos¹⁸⁰.

De forma semelhante ao Código de 1965, a APP está conceituada como “área protegida, coberta ou não por vegetação nativa, com a função ambiental de preservar os recursos hídricos, a paisagem, a estabilidade geológica e a biodiversidade, facilitar o fluxo gênico de fauna e flora, proteger o solo e assegurar o bem-estar das populações humanas”¹⁸¹.

Embora possam ser declaradas por ato do poder público em casos específicos e residuais, em regra as áreas de preservação permanente decorrem diretamente na lei e possuem as

flitos no futuro próximo” (Idem. Ibidem). Embora seja considerada pelo Governo Brasileiro como fonte limpa e renovável de energia, “o fato é que a energia a partir de plantas hidroelétricas vem sofrendo críticas contundentes, seja em relação à geração de gases de efeito estufa (p. ex. a produção de gás metano), seja em relação aos impactos socioambientais (p. ex. o deslocamento de comunidades e a transformação abrupta de pequenas cidades” (Idem. Ibidem).

¹⁷⁸ Nos termos da do artigo 29 da Lei 12.651/2012, consiste o CAR num “registro público eletrônico de âmbito nacional, obrigatório para todos os imóveis rurais, com a finalidade de integrar as informações ambientais das propriedades e posses rurais, compondo base de dados para controle, monitoramento, planejamento ambiental e econômico e combate ao desmatamento” (BRASIL. Ob. Cit).

¹⁷⁹ Conforme o artigo 3o, inciso III, da mesma lei, a reserva legal se constitui na “área localizada no interior de uma propriedade ou posse rural, delimitada nos termos do art. 12, com a função de assegurar o uso econômico de modo sustentável dos recursos naturais do imóvel rural, auxiliar a conservação e a reabilitação dos processos ecológicos e promover a conservação da biodiversidade, bem como o abrigo e a proteção de fauna silvestre e da flora nativa” (BRASIL. Ob. Cit).

¹⁸⁰ Conforme o artigo 1o, inciso III da Lei 9.433/1997, “em situações de escassez, o uso prioritário dos recursos hídricos é o consumo humano e a dessedentação de animais” (BRASIL. Lei 9.433, de 8 de janeiro de 1997. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9433.htm. Acesso em 9 set 2017).

¹⁸¹ BRASIL. Ob. Cit.

seguintes características nucleares: são em regra áreas não edificantes, devendo a intervenção ou supressão de vegetação ficar limitada aos casos de utilidade pública, interesse social e baixo impacto, definidos no artigo 3º da lei; sua manutenção e sua recomposição consistem em obrigações próprias do bem ou reais¹⁸².

O Regime ordinário das APPs esta consagrado nos artigos 4º a 9º da Lei 12.651. Contudo, esta lei estabelece ainda um complexo e criticável regime transitório ou temporário, que possui como tempo final a data de 22 de julho de 2008¹⁸³. Este último regime, por sua complexidade, não será analisado no presente artigo somente sendo mencionado de forma breve.

Quanto ao regime ordinário, destacamos as seguintes definições entre as 11 constantes do artigo 4º, cuja declaração se faz plenamente no diploma em questão:

Art. 4º Considera-se Área de Preservação Permanente, em zonas rurais ou urbanas, para os efeitos desta Lei:

I - as faixas marginais de qualquer curso d'água natural perene e intermitente, excluídos os efêmeros, desde a borda da calha do leito regular, em largura mínima de:

a) 30 (trinta) metros, para os cursos d'água de menos de 10 (dez) metros de largura;

b) 50 (cinquenta) metros, para os cursos d'água que tenham de 10 (dez) a 50 (cinquenta) metros de largura;

c) 100 (cem) metros, para os cursos d'água que tenham de 50 (cinquenta) a 200 (duzentos) metros de largura;

d) 200 (duzentos) metros, para os cursos d'água que tenham de 200 (duzentos) a 600 (seiscentos) metros de largura;

e) 500 (quinhentos) metros, para os cursos d'água que tenham largura superior a 600 (seiscentos) metros;

II - as áreas no entorno dos lagos e lagoas naturais, em faixa com largura mínima de:

a) 100 (cem) metros, em zonas rurais, exceto para o corpo d'água com até 20 (vinte) hectares de superfície, cuja faixa marginal será de 50 (cinquenta) metros;

b) 30 (trinta) metros, em zonas urbanas;

III - as áreas no entorno dos reservatórios d'água artificiais, decorrentes de barramento ou represamento de cursos d'água naturais, na faixa definida na licença ambiental do empreendimento;

IV - as áreas no entorno das nascentes e dos olhos d'água perenes, qualquer que seja sua situação topográfica, no raio mínimo de 50 (cinquenta) metros;

(...)

§ 1º Não será exigida Área de Preservação Permanente no entorno de reservatórios artificiais de água que não decorram de barramento ou represamento de cursos d'água naturais.

(...)

¹⁸² AVZARADEL, Pedro Curvello Saavedra. Novo Código Florestal: enchentes e crise hídrica no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 61-76.

¹⁸³ Idem. *Ibidem*, p. 125-153.

§ 4º Nas acumulações naturais ou artificiais de água com superfície inferior a 1 (um) hectare, fica dispensada a reserva da faixa de proteção prevista nos incisos II e III do caput, vedada nova supressão de áreas de vegetação nativa, salvo autorização do órgão ambiental competente do Sistema Nacional do Meio Ambiente - Sisnama¹⁸⁴.

Em comparação com o regime anterior, verificamos alguns requisitos que antes não existiam para a proteção de certos espaços como APPs. No caso dos cursos d'água, lagos e lagoas, a qualificação "naturais" retira a proteção nos casos de obras de urbanização conduzidas pelo poder público e comuns em áreas urbanas. Com isso, passam tais áreas à condição de edificáveis, sujeitas a riscos de inundações capazes de gerar perdas materiais e de vida aos que venham a ali habitar. Vale lembrar que em diversos locais, rios, lagos e lagoas são descaracterizados ou alterados pelo Poder Público para serem utilizados como parte ou única solução de drenagem urbana de águas da chuva e até como partes da rede coletora de esgoto (sobretudo os rios)¹⁸⁵.

E de outro lado, a falta da vegetação nativa nesses espaços (antes protegidos como APPs) desfavorece a regulação natural dos reservatórios naturais de água, favorecendo processos de assoreamento e erosão prejudiciais aos rios, lagos e lagoas. Na mesma linha, os reservatórios artificiais que surjam a partir do barramento de cursos d'água não entendidos como naturais também perdem a proteção das APPs e ficam igualmente vulneráveis.

Aqui cabe registrar que os reservatórios destinados aos serviços públicos de geração de energia elétrica e abastecimento público estão sujeitos a normas específicas e devem ter as respectivas áreas de preservação permanente estabelecidas através do licenciamento ambiental, "observando-se a faixa mínima de 30 (trinta) metros e máxima de 100 (cem) metros em área rural, e a faixa mínima de 15 (quinze) metros e máxima de 30 (trinta) metros em área urbana"¹⁸⁶. Os limites máximos para essas faixas podem ser revelar insuficientes nos casos concretos para que as APPs consigam cumprir com as suas funções ecológicas de forma satisfatória¹⁸⁷.

No caso específico dos cursos d'água, ficaram sem proteção os considerados efêmeros (alimentados em regra por eventos chuvosos isolados e cuja duração esta a eles ligada). Ademais, adotou-se o leito regular ao invés daquele com o nível mais alto conhecido (comum das estações chuvosas) para medir as APPs, o que na prática pode diminuir muito a área a ser protegida e tornar edificantes áreas sujeitas aos mesmos riscos de inundação e erosão já mencionados¹⁸⁸.

Outra nova e incompreensível limitação do instituto, § 4º regulariza intervenções no entorno de lagos, lagoas e reservatórios com até 1 hectare (10 mil metros quadrados) de su-

¹⁸⁴ BRASIL. Ob. Cit.

¹⁸⁵ Confirma-se AVZARADEL, Pedro Curvello Saavedra. Novo Código Florestal: enchentes e crise hídrica no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 77-93.

¹⁸⁶ BRASIL. Ob.Cit., art.5º.

¹⁸⁷ Confirma-se AVZARADEL, Pedro Curvello Saavedra. Novo Código Florestal: enchentes e crise hídrica no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 77-93.

¹⁸⁸ Idem. Ibidem.

perfície. E mesmo novas supressões podem ser autorizadas. Aqui, parte considerável desses espaços perde proteção e fica perigosamente a processos erosivos. As populações que vierem a habitar no entorno desses espaços podem estar sujeitas a sérios riscos de inundações e de perdas materiais periódicas nas estações chuvosas.

Ao proteger somente as nascentes e olhos d'água¹⁸⁹ perenes, a lei nova exclui os intermitentes (cuja existência atrela-se às estações chuvosas), de suma importância para alguns ecossistemas e sobretudo para as populações que neles estão, utilizam e armazenam a água¹⁹⁰.

Sem prejuízo das questionáveis exceções do regime temporário¹⁹¹ eventualmente aplicáveis, o regime ordinário das APPs prevê situações que interessam ao uso e a manutenção dos recursos hídricos. Cabe aqui mencionar, primeiramente, possibilidade de acesso de pessoas e animais às APPs para obter este recurso e realizar atividades de baixo impacto¹⁹². Considera o diploma em questão como de interesse social para fins de intervenção e/ou supressão de vegetação em APP “implantação de instalações necessárias à captação e condução de água e de efluentes tratados para projetos cujos recursos hídricos são partes integrantes e essenciais da atividade”¹⁹³.

Neste último ponto, parece-nos que a melhor solução seria a de exigir, nos moldes do que ocorria com o Código de 1965, como regra geral, a prova em processo administrativo próprio da inexistência de alternativas técnicas e locacionais às citadas instalações para a captação e condução de água ou dos efluentes necessariamente tratados de alguma forma¹⁹⁴.

Conclusões

Procurou-se com o presente artigo demonstrar como um conjunto de dispositivos do atual Código Florestal (Lei 12.651/2012) pode ser prejudicial ao ciclo d'água, violando desta forma o disposto na Constituição Federal de 1988. Vale dizer que selecionamos apenas alguns aspectos relativos a algumas áreas de preservação permanente, sem a pretensão de esgotar o assunto e sem abordar outros pontos igualmente relevantes como outras APPs declaradas pela lei, o regime temporário dessas áreas e o instituto da reserva legal florestal, apenas para citar alguns exemplos.

¹⁸⁹ De acordo com artigo 3o, inciso XVII da Lei 12.651, consiste a nascente num “afloramento natural do lençol freático que apresenta perenidade e dá início a um curso d'água” (BRASIL, Ob. Cit). Por sua vez, o olho d'água consiste num “afloramento natural do lençol freático, mesmo que intermitente” (Idem. Ibidem, art. 3º, XVIII).

¹⁹⁰ Confirma-se AVZARADEL, Pedro Curvello Saavedra. Novo Código Florestal: enchentes e crise hídrica no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 77-93.

¹⁹¹ Vide os artigos 61-A a 68 da Lei 12.651/2012, que limitam a nosso ver de forma inconstitucional a recomposição das áreas de preservação permanente e de reserva legal que foram desrespeitadas durante a vigência do Código de 1965 até o marco de 22 de julho de 2008. As limitações à obrigação de reparar tais danos são de certa forma proporcionais ao tamanho das propriedades, ao invés de serem balizadas por critérios verdadeiramente ambientais. Como frisamos anteriormente, não será possível abordar aqui esta questão em razão da complexidade e quantidade de dispositivos nesse sentido.

¹⁹² BRASIL. Ob. Cit., art ; 9o.

¹⁹³ BRASIL. Ob. Cit., art. 3o, inciso XVIII, alínea ‘e’.

¹⁹⁴ Confirma-se AVZARADEL, Pedro Curvello Saavedra. Novo Código Florestal: enchentes e crise hídrica no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, p. 124.

Acreditamos que o fato de que o Supremo Tribunal Federal esteja no curso da análise das Ações Diretas de Inconstitucionalidade e Declaratórias de Constitucionalidade que dizem respeito ao diploma em questão torna relevante o recorte feito, englobando os diversos dispositivos com potencial impacto deletério na gestão dos já limitados recursos hídricos. Optamos, assim, por privilegiar uma linguagem mais objetiva, comentando tais dispositivos em conjunto.

Ao que tudo indica, o regime trazido pela Lei 12.651/2012 representa um retrocesso do ponto de vista da proteção jurídica das florestas e dos recursos hídricos, desfavorecendo as diversas e estratégicas funções ecológicas que poderiam ser desempenhadas, por exemplo, pelas áreas de preservação permanente citadas no texto.

No caso em foco, além de contribuírem para a questão climática, elas possuem um papel importante na manutenção dos recursos hídricos e seus múltiplos usos. Dessa forma, ao que tudo indica, em comparação com o regime anterior, o atual conjunto de dispositivos apresentado acima – sobre o regime ordinário das APPs de rios, olhos d’água, nascentes, lagos e lagoas - desfavorece o ciclo da água, algo impensável e perigoso se tomarmos em conta o atual momento de escassez deste recurso no Brasil. Parece-nos que tais dispositivos prejudicam a preservação e a restauração desse processo ecológico essencial protegido constitucionalmente no artigo 225 da Constituição Federal brasileira. E isso, por si só, seria suficiente para considerar os aspectos acima elencados como inconstitucionais.

Referências

AVZARADEL, Pedro Curvello Saavedra. Novo Código Florestal: enchentes e crise hídrica no Brasil. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016.

— AVZARADEL, Pedro Curvello Saavedra Breve panorama do direito constitucional ambiental no Brasil e seus desafios In: GARCIA, José E; Soriano; SADDY, Andre (Dir). Direito Constitucional Ambiental Ibero-Americano. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2016, v.1, p. 131-189.

— Reflexões sobre o papel da educação ambiental e das florestas na crise hídrica e energética. In: In: A Crise Hídrica e o Direito. 1 ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2015, v.1, p. 69-92.

— Licenciamento de usinas hidrelétricas, reservatórios e áreas de preservação permanente. Direito da Cidade., v.7, p.609 - 625, 2015.

BRASIL. Lei 4.771, de 15 de setembro de 1965. Institui o Novo Código Florestal. Diário Oficial da União, Brasília, DF, 15 set. 1965. Disponível em: < http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L4771impressao.htm>. Acesso em: 31 out. 2012.

— Constituição da República Federativa do Brasil De 1988. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em 11 set. 2017.

— Lei 9.433, de 8 de janeiro de 1997. Institui a Política Nacional de Recursos Hídricos, cria o Sistema Nacional de Gerenciamento de Recursos Hídricos, regulamenta o inciso XIX do art. 21 da Constituição Federal, e altera o art. 1º da Lei nº 8.001, de 13 de março de 1990, que modificou a Lei nº 7.990, de 28 de dezembro de 1989. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9433.htm. Acesso em 9 set 2017

— Decreto nº 2.652, de 1º de julho de 1998. Promulga a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, assinada em Nova York, em 9 de maio de 1992. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2652.htm. Acesso em 21 mar 2017.

- Decreto nº 5.445, de 12 de maio de 2005. Promulga o Protocolo de Quioto à Convenção Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, aberto a assinaturas na cidade de Quioto, Japão, em 11 de dezembro de 1997, por ocasião da Terceira Conferência das Partes da Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2005/decreto/d5445.htm. Acesso em 21 mar 2017.
 - Lei 12.187, de 29 de dezembro de 2009. Institui a Política Nacional sobre Mudança do Clima - PNMC e dá outras providências. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2007-2010/2009/lei/l12187.htm. Acesso em 21 mar 2017.
 - Lei 12.651, de 25 de maio de 2012. Dispõe sobre a proteção da vegetação nativa; altera as Leis nos 6.938, de 31 de agosto de 1981, 9.393, de 19 de dezembro de 1996, e 11.428, de 22 de dezembro de 2006; revoga as Leis nos 4.771, de 15 de setembro de 1965, e 7.754, de 14 de abril de 1989, e a Medida Provisória no 2.166-67, de 24 de agosto de 2001; e dá outras providências (2012). Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2012/lei/L12651compilado.htm. Acesso em 20 mar. 2017.
 - Decreto nº 9.073, de 5 de junho de 2017. Promulga o Acordo de Paris sob a Convenção-Quadro das Nações Unidas sobre Mudança do Clima, celebrado em Paris, em 12 de dezembro de 2015, e firmado em Nova Iorque, em 22 de abril de 2016. Disponível em http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9073.htm. Acesso em 15 jul. 2017.
- CARLI, Ana Alice de. A água e seus instrumentos de efetividade. Campinas: Millennium Editora, 2013.
- CHIAVARI, Joana ; LOPES, Cristina L. Policy brief: Brazil's New Forest Code. Part I: how to navigate the complexity. INPUT, 2015a. Available at http://www.inputbrasil.org/wp-content/uploads/2015/11/FORESTCODE_policybrief_PartI_CPI-1.pdf. Access on the 25th October 2017.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS (ONU). COMISSÃO DAS NAÇÕES UNIDAS PARA MEIO AMBIENTE E DESENVOLVIMENTO. Nosso Futuro Comum, 1987. Rio de Janeiro: Fundação Getúlio Vargas, 1991.
- Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento. Rio de Janeiro: 1992a. Disponível em <www.un.org>. Acesso em 15 jul. 2010.
 - Declaração de princípios não vinculantes para um consenso global sobre o manejo, a conservação e o desenvolvimento sustentável de todos os tipos de florestas. Rio de Janeiro/ 1992b. Disponível em <http://www.un.org/documents/ga/conf151/aconf15126-3annex3.htm>. Acesso em 23 mai. 2017.
 - Agenda 21. Rio de Janeiro: 1992c. Disponível em <http://bd.camara.gov.br/bd>. Acesso em 23 mai. 2017.
 - Declaração final da Conferência das Nações Unidas sobre Desenvolvimento Sustentável. Rio de Janeiro: 2012. Disponível em <http://www.mma.gov.br/port/conama/processos/61AA3835/O-Futuro-que-queremos1.pdf>. Acesso em 10 de set. 2017.
 - New York Declaration on Forests. New York: 2014. Available at http://www.un.org/climatechange/summit/wp-content/uploads/sites/2/2014/07/New-York-Declaration-on-Forests_1-Dec-2015.pdf. Access on the 16th October 2017.
 - Acordo de Paris. Paris: 2015. Disponível em <https://nacoesunidas.org/wp-content/uploads/2016/04/Acordo-de-Paris.pdf>. Paris: 2015. Acesso em 20 mar. 2017.

Reflexões sobre a proteção jurídica dos migrantes venezuelanos no Brasil

ANA PAULA TEIXEIRA DELGADO¹⁹⁵

Universidade Estácio de Sá

Introdução

O presente trabalho é devotado à análise da tutela jurídica aos grupos de venezuelanos que migraram para o Brasil após o acirramento da crise em 2014. Tal análise é realizada sob a perspectiva do ordenamento interno, por meio da releitura da política e da normativa migratória brasileira. O tema se mostra de relevância por tratar-se de um fluxo de migração que vem crescendo exponencialmente nos últimos três anos. Cerca de mais de 12.000 venezuelanos ingressaram e permaneceram no Brasil desde 2014. A partir desse ano, o número de venezuelanos que ficaram no Brasil aumentou mais de cinco vezes, alcançando 7.150 pessoas durante os onze primeiros meses de 2016.¹⁹⁶ O Brasil tornou-se alternativa de vida para boa parte dos venezuelanos, os quais vieram em busca de recomeço, mas a condição de refugiados não lhes foi reconhecida, a despeito de estarem presentes os requisitos legais para sua concessão, o que contribuiu para torná-los cada vez mais invisíveis aos olhos da sociedade e das instituições brasileiras, situação que viola o princípio da dignidade de pessoa humana.

Embora tenha sido forjado um sistema internacional de proteção dos refugiados a partir da Convenção de 1951, é inegável que este sistema não apresenta respostas ao gravíssimo problema dos refugiados nos dias atuais, tampouco permite a proteção a outros movimentos

¹⁹⁵ Doutora em Direito Público e Evolução Social pela UNESA. Mestre em Direito pela UGF. Pesquisadora integrante do Programa Pesquisa Produtividade da UNESA. Professora dos cursos de Graduação e Pós-graduação lato sensu da UNESA. Advogada.

¹⁹⁶ “Venezuela: Crise Humanitária Alastra-se para o Brasil”. Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt/news/2017/04/18/302397>>. Acesso em: 15.05.2017.

migratórios, como os decorrentes de catástrofes ambientais e de negação pelos Estados de oportunidades de subsistência viáveis para as condições mais básicas de vida.

Verifica-se a necessidade de estender o conceito teórico de refugiado à luz das novas características e riscos apresentados pela globalização. A ortodoxia interpretativa e o formalismo normativo afetam a efetividade dos instrumentos jurídicos internacionais e nacionais, além de se constatar que, no plano interno, o não reconhecimento da condição de ‘refugiado’ para este segmento contradiz obrigações internacionais assumidas pelo Estado brasileiro, ferindo o princípio *pacta sunt servanda*.

A admissão desses migrantes no Brasil, e a maneira como esta situação tem sido tratada, revela a fragilidade das instituições públicas nacionais no que concerne a lidar com questões imigratórias, além de traduzir a debilidade da política migratória no Brasil. Apesar da grave situação, observa-se que este tema não tem merecido a relevância que lhe é devida. A literatura jurídica analítica é escassa e não tem dispensado atenção à presente temática, seja como objeto de construção teórica ou mesmo na prática. Depreende-se daí a necessidade de se proceder a uma investigação da proteção jurídica dos migrantes venezuelanos, nos seus aspectos internos e externos.

Acredita-se que cada nova abordagem referente à dinâmica das migrações forçadas, em especial, ao caso singular do fluxo de venezuelanos no Brasil, ampliará mais os parâmetros de compreensão acerca de suas consequências e dos desafios trazidos por tão instigante tema, que reclama mais do que figuras retóricas.

1. Venezuelanos no Brasil

A imigração venezuelana para o Brasil constitui um caso atípico, pois sua causa não remonta à ocorrência de conflitos armados ou à perseguição por razões de ordem política, religiosa ou étnica, mas a uma profunda crise humanitária que a Venezuela atravessa. O fluxo migratório de venezuelanos para o Brasil teve início em 2014, após o acirramento da crise na Venezuela, e começou a adquirir maior expressão do final de 2015. Através do ideal bolivariano de Hugo Chaves, foram propostas transformações em âmbito, político, econômico e social, tais como reforma agrária, restrição da participação de multinacionais na exploração de petróleo e autorização para o regime de cogestão entre o Estado e funcionários a fim de reerguer empresas falidas, dentre outras medidas de cunho nacionalista, que desagradaram setores conservadores do país.

Em 2009, portanto, antes de Nicolas Maduro assumir, ocorreu grave crise petrolífera, produto principal da economia venezuelana, o que trouxe uma série de impactos até os dias atuais. Em contexto de extrema polarização, a Venezuela tem sucumbido a uma profunda crise, com desdobramentos sociais, políticos e econômicos gravíssimos e tem se demonstrado incapaz de prover a dignidade e as necessidades básicas de seus cidadãos. Grande parte dos venezuelanos que chegam ao Brasil, informam que não possuem recursos financeiros para adquirir medicamentos, insumos médicos básicos e alimentos, primeiramente, em razão de os preços estarem muito altos.

Famílias de classe média, devido ao empobrecimento da população, não possuem mais condições de adquirir produtos, ainda que básicos, sujeitos ao controle de preços do governo. O segundo fator, mais recorrente, deve-se à falta destes produtos no mercado, tendo em vista que os estoques estão extremamente reduzidos no país, de tal forma que muitos venezuelanos não conseguem prover o sustento de suas famílias, tampouco obter assistência médica adequada. A já grave situação da população é potencializada no caso dos indígenas da tribo *warao*, um dos povos mais antigos que habitam o Delta do Orinoco, no nordeste da Venezuela, que se encontra em condições de extrema vulnerabilidade.

A despeito de o governo venezuelano negar a existência de crise no país, ao final do mês de março deste ano o presidente Nicolás Maduro solicitou cooperação à Organização das Nações Unidas para obter medicamentos. Em âmbito interno, em meio à instabilidade política e econômica, também não são verificadas medidas para melhorar as condições de vida das pessoas. Políticas públicas não são implementadas para reduzir os riscos sociais aos quais a população tem sido exposta, o que certamente desencadeará crescimento do fluxo de migrantes para os Estados vizinhos, como Colômbia e, em especial, o Brasil.

O ingresso de venezuelanos se dá por meio da fronteira entre Santa Elena de Uairén, na Venezuela, e a pequena cidade de Pacaraima, no Brasil. Entretanto, muitos venezuelanos ingressam de modo clandestino ao longo da uma fronteira terrestre de 2.200 quilômetros de extensão entre os dois países. Em geral, os venezuelanos saíram de Caracas, capital da Venezuela, e de nove estados – Aragua, Anzoátegui, Bolívar, Carabobo, Mérida, Miranda, Monagas, Sucre e Zulia.

Mais de 12.000 venezuelanos ingressaram e permaneceram no Brasil desde 2014. A partir desse ano, o número de venezuelanos que ficou no Brasil aumentou mais de cinco vezes, alcançando 7.150 pessoas durante os onze primeiros meses de 2016. Muitos venezuelanos estão vivendo em condições precárias nas ruas e em um abrigo em Boa Vista, capital de Roraima.

Os venezuelanos em sua maioria têm migrado para o Brasil, porque não possuem acesso à assistência médica e não possuem recursos para adquirir alimentos, os quais são bastante limitados. Trata-se de caso de migração por sobrevivência. Alexander Betts denomina “*survival migration*” a essa situação.¹⁹⁷ Diz respeito a uma categoria de migrações forçadas em razão do medo e do desespero de continuar (sobre)vivendo em Estados falidos, em situação de colapso político e econômico, que impede os cidadãos de desfrutarem de seus direitos mais básicos, razão pela qual deveriam ser tratados como refugiados, ainda que não se configure a perseguição individualizada, conforme previsto na Convenção de 1951.

Não obstante na concepção do regime jurídico dos refugiados tenha sido previsto que a definição iria evoluir ao longo do tempo com vistas a adaptar-se às condições presentes, ainda não é dada a devida proteção aos chamados migrantes por sobrevivência, posto que não se ajustam à definição ortodoxa da Convenção de 1951. A lacuna existente no tocante aos movimentos migratórios forçados, que se enquadram fora do entendimento convencional de

¹⁹⁷ BETTS, Alexander. State fragility, refugee status and ‘survival migration’. Forced Migration Review. Disponível em: <<http://www.fmreview.org/en/fragilestates/betts.pdf>>.

perseguição, seria suprida através de acordos suplementares por meio da jurisprudência dos Estados ou, ainda, através da extensão das normas do Direito Internacional dos Direitos Humanos. Entretanto, observa-se que tal extensão é insuficiente e não cria, por si só, obrigação legal dos Estados com relação àqueles que migram por sobrevivência em virtude de privação da própria dignidade, tampouco prevê mecanismos para assegurar que os direitos deles sejam efetivos. Com relação a essas categorias de migrantes, a proteção fica condicionada à política e não à lei, pelo que é arbitrária e inconsistente.

No caso dos deslocamentos forçados em contextos pacíficos, motivados pela falência e por colapso dos Estados, tal não constitui causa menos graves do que aquelas previstas na Convenção de 1951, razão pela qual se aduz que a perseguição não pode ser concebida como requisito essencial à condição de refugiado e à sua consequente proteção jurídica.

Nessa perspectiva, considerando que o indivíduo desprovido de sua dignidade é incapaz de sobreviver sem deixar o país, não há sentido em conceber a perseguição como requisito para que se configure a situação de refugiado. Betts alerta que, no mundo atual, há a tendência de que menos pessoas fujam de perseguições resultantes de atos dos Estados, ao passo que será maior o fluxo migratório de indivíduos vítimas das privações de direitos resultantes de omissões de Estados.

Neste contexto, para Rotberg, os Estados entram em falência devido à total impossibilidade de fornecer “*political goods*” para os seus habitantes. De acordo com tal formulação, vários aspectos contribuem para isso, entretanto, aquele que assume maior importância para a configuração da falência de um Estado, é a incapacidade de prover a segurança, em especial, a humana, considerada aí como o bem político maior, dotado de hierarquia superior aos demais bens políticos.¹⁹⁸

2. Fundamentos Constitucionais para concessão de refúgio no Brasil

No que concerne ao refúgio no Brasil, encontram-se fundamentos constitucionais para sua concessão. Conforme mencionado, a cláusula geral de proteção à pessoa humana, contida no art. 1º, III, norteia todo o direito ao refúgio, bem como quaisquer diplomas normativos que com ela não se coadunem.

O princípio constitucional da solidariedade também fundamenta a proteção jurídica interna aos refugiados. A solidariedade está presente do art. 3º, I, que prevê a construção de uma sociedade livre, justa e solidária como objetivo fundamental da República Federativa do Brasil. A solidariedade implica o dever de cooperação de todos como poderoso instrumento para eliminar os obstáculos que obstem o desenvolvimento humano, com vistas a mitigar a pobreza e todas as iniquidades sociais. Nesse passo, a despeito de a solidariedade ser mencionada apenas no inciso I, depreende-se também da leitura dos demais incisos – garantir o desenvolvimento nacional, erradicar a pobreza, reduzir as desigualdades sociais e regionais e promover o bem de todos, sem quaisquer preconceitos e discriminação.

¹⁹⁸ ROTBERG, Robert. Failed States, collapsed states, weak states: causes and indicators. In: ROTBERG, Robert. **When States fail**. Princeton University Press, 2004, p.3

A solidariedade que se extrai do texto constitucional incorpora o dever de auxiliar os menos favorecidos e de olhar e respeitar o outro como igual, apesar das diferenças que existem. Neste contexto, a solidariedade e a aceitação da diversidade são indissociáveis. Não há que se falar em solidariedade sem que haja o reconhecimento da pluralidade. Em sociedades marcadas pela desigualdade, o respeito à solidariedade e às diferenças é requisito para que haja maior harmonia e desenvolvimento, considerados aí todos os seus aspectos. Deste modo, o respeito à pluralidade é condição de possibilidade para que seja alcançada uma sociedade livre, justa e solidária.

Nessa óptica, também é preciso agregar a tolerância à solidariedade, implícita ao art. 1º, V, da Constituição, que estabelece o respeito ao pluralismo como fundamento do Estado, além do mencionado art. 3º, IV, que define a promoção do bem de todos, sem quaisquer formas de discriminação, como um dos objetivos fundamentais da República. Pela interpretação do texto constitucional, infere-se que a falta de aceitação daquele que é diferente e, no caso aqui abordado, do migrante, é totalmente refutada.

Argumentos contra a tolerância e a aceitação são construídos com base em crises econômicas e políticas, contudo não encontram amparo constitucional para justificar atos e medidas que impliquem a discriminação a quaisquer pessoas e grupos, sobretudo aqueles considerados minoritários e vulneráveis, como é o caso de refugiados recebidos em nosso país, que objetivam reconstruir suas vidas com um mínimo de condições de dignidade.

Em julho de 1997, foi promulgada e publicada a Lei 9474, o que representou um marco na proteção dos refugiados no Brasil. Sua principal característica é a ampliação da definição de refugiado, dando um passo além em direção à maior proteção, comparativamente à Convenção de 1951. Imbuída do “espírito de Cartagena”, a lei exterioriza a necessidade de serem protegidas também as pessoas vítimas de graves e generalizadas violações de direitos humanos, além das causas clássicas mencionadas na Convenção de 1951, que levam à solicitação de refúgio. Neste contexto, durante a apreciação do pedido individual de refúgio, confere-se maior importância à análise da conjuntura política e institucional do país.

Boa parte dos países da América do Sul que participaram da Convenção de 1951 e do Protocolo de 67 promulgaram normas sobre os mecanismos de implementação destes documentos, a saber: Venezuela (2001), Paraguai e Peru (2002), Bolívia (2005), Argentina e Uruguai (2006), Colômbia (2009) e Chile (2010). O Equador aprovou o Decreto nº 3.301 de 1992 para a aplicação das normas da Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967. O Suriname, embora tenha ratificado a Convenção de 1951 e do Protocolo de 1967, não possui normas internas para a implementação da Convenção. No continente sul-americano, somente a Guiana e a Guiana Francesa (Departamento da França) não ratificaram os aludidos documentos de proteção internacional.¹⁹⁹

Apesar de muitos países do continente terem implementado a convenção através de normativas internas, constata-se que, em termos comparativos, a lei brasileira avançou ao prever garantias mais dilatadas de proteção ampla aos refugiados, tais como o estabelecimento de regras para o ingresso em território nacional, o estabelecimento de procedimento para de-

¹⁹⁹ Base de dados disponível em: <www.acnur.org>. Acesso em: 23.07.2015.

terminação da condição de refugiado, bem como os direitos e obrigações dos refugiados, incluindo ainda em seu bojo a busca de soluções duradouras.

Isso denota a posição de vanguarda do Brasil, sob uma perspectiva comparada no âmbito da América Latina, no tocante à proteção legal dos refugiados. Além de constituir um país que ocupa posição de destaque em termos geopolíticos na região, o Brasil apresenta a legislação mais avançada nessa temática, podendo servir de modelo em alguns aspectos para os demais países da região.

Além da definição ampliada de refugiados, o art. 2º também prevê a extensão da condição de refugiados aos familiares: “Os efeitos da condição dos refugiados serão extensivos ao cônjuge, aos ascendentes e descendentes, assim como aos demais membros do grupo familiar que do refugiado dependerem economicamente, desde que se encontrem em território nacional”.

Outro diferencial desta lei é a possibilidade de solicitação de refúgio a qualquer autoridade imigratória a qualquer tempo, conforme colacionado no artigo 7º, bem como a impossibilidade de deportação do solicitante de refúgio, o que exprime a observância do princípio internacional do *non-refoulement*, colacionado na Convenção de 51. Estes dispositivos refutam assim a possibilidade de a migração forçada ser tratada como infração no sistema jurídico brasileiro.

3. A postura do CONARE

O crescimento do número de venezuelanos no Brasil coincide com a crise que se acirrou na Venezuela nos últimos anos. De acordo com um relatório da Organização dos Estados Americanos (OEA) para Roraima, o número de venezuelanos em busca de refúgio no Brasil aumentou de 54, em 2013, para 208 em 2014, 825 em 2015 e 2.595 entre janeiro e 1 de dezembro de 2016. Em Roraima, 9 venezuelanos pediram refúgio em 2014, 234 em 2015 e 2.230 em 2016.²⁰⁰

Considerando que não há número suficiente de servidores para atender às grandes demandas de refúgio, foi criado um procedimento com base na distribuição de comprovantes de agendamento para venezuelanos apresentarem suas solicitações de refúgio meses depois. Ainda que não sejam deportados, os venezuelanos que se encontram na lista de espera estão vulneráveis à exploração, já que não podem obter carteira de trabalho.

Nestes termos, de acordo com informações do *Human Rights Watch*,²⁰¹ “em fevereiro, a Polícia Federal recebeu, em média, de 50 a 70 solicitações de refúgio por dia, e estava agendando aproximadamente 200 pessoas por dia para apresentarem suas respectivas solicitações em uma oportunidade posterior”. Apesar de não estar disponível ainda o número de pedidos

²⁰⁰ Dados disponíveis em:

<http://www.acnur.org/fileadmin/scripts/doc.php?file=fileadmin/Documentos/portugues/Estatisticas/Sistema_de_Refugio_brasileiro_-_Refugio_em_numeros_-_05_05_2016>.

²⁰¹ “Venezuela: Crise Humanitária Alastra-se para o Brasil” disponível em <<https://www.hrw.org/pt/news/2017/04/18/302397>>. Acesso em: 15.05.2017.

de refúgio formulados em 2017, o fluxo de ingresso continua a crescer no norte do país. A situação se agrava com relação aos indígenas Warao, posto que sequer formulam pedido de refúgio, não falam português nem espanhol e muitos são portadores de doenças infectocontagiosas.

A maioria dos pedidos de refúgio pelos venezuelanos foi negada pelo CONARE com base no aludido do art. 1º, III da Lei 9.474/97, destacando que “para ser reconhecido como refugiado, o solicitante deve apresentar um fundado temor de perseguição causado pelo seu Estado de origem em função de sua raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas”. Pode, ademais, ser reconhecido por ser nacional de um Estado que experimenta uma situação de grave e generalizada violação de direitos humanos. Aliás, “todos os casos resolvidos pelo CONARE materializam, em maior ou menor grau, a importância crucial da perseguição materializada e/ou o fundado temor de perseguição consubstanciado por parte do solicitante para a concessão do refúgio face à Lei 9.474/97”.²⁰²

O não reconhecimento pelo CONARE do status de refugiados aos venezuelanos foi grave e revelou um retrocesso do Brasil quanto à causa dos refugiados. Não reconhecer a migração dos venezuelanos como forçada é negar a recuperação da dignidade deste grupo, que tem passado por situações adversas desde sua terra natal, desde o agravamento da crise social e política na Venezuela. Diante da recusa em reconhecer a materialidade do art. 1º, III da lei, o CONARE concedeu o chamado “visto humanitário”.

Cabe destacar que o visto de residência por questões humanitárias surgiu através da Resolução Recomendada 8 do Conselho Nacional de Imigração (CNIg), de dezembro de 2006, que foi acatada pelo CONARE em março de 2007, por meio da Resolução nº13. Esta Resolução propõe que o CONARE encaminhe ao CNIg os casos que não preencham os requisitos de elegibilidade previstos na Lei 9.474/97, mas, devido a questões humanitárias, o CONARE entenda como adequada a concessão de autorização de permanência legal no Brasil. Em 2017, o visto humanitário foi colacionado na Lei 13.445 (nova Lei de Migração).

No tocante à aludida interpretação do CONARE, há duas observações a serem registradas. Primeiramente, é paradoxal não reconhecer o instituto do refúgio com fundamento em violações de direitos humanos a nacionais de um país que se encontra sob a égide de uma grande crise, capaz de desprover sua população das condições mais básicas de sobrevivência. Em seguida, na concepção do CONARE, o inciso III é independente do requisito de fundado temor de perseguição, o que na maioria dos casos não se caracteriza no caso dos venezuelanos que migraram para o país a partir de 2010.

Conforme salientado, a lei 9474/97 ao se espelhar na Declaração de Cartagena de 1984, não prevê a necessidade do fundado temor para a caracterização da situação de refúgio por violações de direitos humanos. Trata-se, assim, de entendimento equivocado, posto que não há base legal para a exigência deste requisito. Mais que isso, a utilização de um conceito obsoleto para qualificar refugiados viola a Lei 9.474/97 e compromete sua própria efetividade.

²⁰² CONECTAS (2012). Carta do CONARE. Disponível em:

<<http://www.conectas.org/institucional/conectas-questiona-governo-sobre-medidas-migratorias-para-haitianos>>. Acesso em: 09.11.2012.

Em paralelo, outro ponto de destaque com relação ao visto humanitário é a maneira como vem sendo emitido. O Comitê Nacional para os Refugiados prevê, através da Resolução Recomendada nº 8/2006, a possibilidade de o Conselho Nacional de Imigração (CNI) emitir vistos por questões humanitárias aos solicitantes de refúgio que não sejam passíveis da concessão, mas possam permanecer no país, a critério do CONARE, por razões humanitárias.

Cabe destacar que o CONARE teve postura similar no caso dos haitianos, ao se recusar em reconhecê-los como refugiados, deferindo ao Conselho Nacional de Imigração a concessão de visto humanitário especificamente aos haitianos, nos termos da Resolução Normativa 97/2012. No entanto, o CONARE previu a possibilidade de concessão de visto humanitário a pessoas afetadas pelos conflitos armados na Síria e região que desejem chegar ao Brasil em busca de refúgio, através da Resolução Normativa 17/2014, objetivando agilizar os trâmites burocráticos para concessão do refúgio, bem como reafirmar seu compromisso humanitário perante a sociedade internacional.

É inquestionável que devam ter seu ingresso facilitado em território nacional aqueles que fogem dos conflitos armados na Síria, a fim de obter com maior agilidade a concessão de refugiados. No entanto, o visto humanitário, concebido para regularizar a permanência de estrangeiros que se situam fora da definição tradicional de refugiado, passa a ser emitido provisoriamente para receber grupo de sírios que fogem da guerra civil, como etapa anterior, que busca facilitar a atribuição do status de refugiado pelo CONARE. Não se trata aqui de conceder o “status humanitário” para permanência, mas para assegurar proteção antes da concessão do estatuto. Portanto, destaca-se aqui a diferença de tratamento concedida a grupos de migrantes forçados, quais sejam, sírios, haitianos e venezuelanos

Há ainda que se ressaltar que os venezuelanos que ingressam clandestinos no Brasil e não solicitam refúgio estão sujeitos a condições de vida degradantes e, não raro, estão fadados à mendicância e à exploração, quando não são deportados. Em 2016, a Polícia Federal deportou 540 venezuelanos e deteve aproximadamente 450 venezuelanos indígenas, incluindo por volta de 200 crianças, que dormiam na rua de um mercado da capital.²⁰³ Neste contexto, é imperioso ressaltar que a nova Lei de Migração sancionada em maio de 2017 veda a deportação em massa, conforme previsto em seu art. 61: “Não se procederá à repatriação, à deportação ou à expulsão coletivas”, considerada como aquela que não individualiza a situação migratória irregular de cada pessoa.

Com relação à área da saúde, o governo de Roraima está construindo dois novos hospitais com previsão para funcionamento em junho de 2017. Tais hospitais contribuirão para o aumento de leitos, todavia, esta medida está longe de ser vista como uma política eficaz no que diz respeito à assimilação e inclusão dos venezuelanos que chegam em Roraima com frequência.

²⁰³ “MP contra exploração de venezuelanos”. Disponível em: <<http://g1.globo.com/rr/roraima/noticia/2016/10/mp-faz-operacao-contra-exploracao-de-venezuelanos-na-fronteira-de-rr.html>>. Acesso em: 20/05/2017.

Em que pese o estado de Roraima ter criado o Gabinete Integrado de Gestão Migratória, formado por várias autoridades do estado para elaborar políticas públicas a fim de responder ao impacto da imigração venezuelana no estado, dentre elas o Centro de Referência ao Imigrante para apoiar imigrantes, as dificuldades persistem, em razão da falta de condições para assimilar e integrar venezuelanos à sociedade. Estas informações denotam que as políticas públicas referentes a migrantes e refugiados são extremamente tímidas e praticamente ineficazes.

Conclusão

A postura do CONARE representa uma visão ortodoxa sobre deslocamentos forçados, ignorando-se os valores constitucionais que permeiam o instituto do refúgio. Pensar qualquer instituto à luz da realidade atual é condição para que haja a adequada aplicação da norma. Necessário se faz, pois, atribuir sentidos ao texto da norma que permitam aplicá-la de maneira coerente, em respeito às condições presentes.

Fora das condições de refúgio, os estrangeiros são regidos pela nova Lei 13.445/2017 que apesar de estar em sintonia com os princípios da Constituição de 1988, ainda não é suficiente para tutelar grupos de estrangeiros que se encontram em situação de extrema vulnerabilidade econômica e social, tal como os “tradicionalmente” concebidos como refugiados. Trata-se de situação de extrema gravidade, pois acolhê-los como meros imigrantes retira-lhes a possibilidade de inclusão e de real assimilação no Brasil. Na falta do reconhecimento e da proteção jurídica, são subjugados ao assistencialismo do Estado, o que é constatado pela concessão do visto humanitário, que sequer existe na legislação.

É imperioso ressaltar que estender o conceito ‘refugiado’ de modo a abarcar pessoas com necessidades similares ou, até mesmo, maiores de proteção é apenas o próximo passo para devolver-lhes sua humanidade, conforme a construção *harendtiana*. O processo de inclusão e de aceitação não pode ser paradoxal, de modo a deixar migrantes à margem da sociedade, não lhes reconhecendo direitos.

No entanto, não basta reconhecê-los juridicamente. É imprescindível que os Estados busquem soluções de cunho social por meio de políticas públicas de inclusão e de cunho político-jurídico, garantindo-lhes direitos fundamentais e vinculação à comunidade política no Estado que os recebe. A reestruturação jurídica deve vir acompanhada inevitavelmente de mudança na política migratória, a despeito de novos riscos que possam vir a surgir.

A postura do Brasil diante destes migrantes evidencia grave lacuna legal e representa uma visão ortodoxa sobre deslocamentos forçados, ignorando-se os valores constitucionais que permeiam o instituto do refúgio. Pensar qualquer instituto à luz da realidade atual é condição para que haja adequada aplicação da norma. Necessário, pois, se faz atribuir sentidos ao texto da norma que permitam aplicá-la de maneira coerente, em respeito às condições presentes.

No caso do ingresso dos venezuelanos em território brasileiro, o não reconhecimento da condição de refugiado acaba por fragilizar o próprio instituto do refúgio no Brasil, que

se torna refém de decisões administrativas incoerentes, além de constituir violação à lei que incorporou instrumentos jurídicos internacionais.

Decisões como esta impactam diretamente a vida de seres humanos, que têm a dignidade violada novamente, e traduz o amadorismo das instituições públicas no que toca ao desenvolvimento responsável de políticas de imigração.

Referências

- ARAUJO, Nadia; ALMEIDA, Guilherme Assis de (coord.). **O Direito Internacional dos Refugiados**. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ARENDRT, Hanna. **As Origens do Totalitarismo**. São Paulo: Companhia das Letras, 1999.
- BAUMAN, Zygmunt. **Estranhos à Nossa Porta**. São Paulo: Zahar, 2017
- BRASIL. Lei 13.445/2017. **Lei de Migração**. Brasília. DF, Senado, 2017.
- BETTS, Alexander. **State fragility, refugee status and ‘survival migration’**. *Forced Migration Review*. Disponível em: <<http://www.fmreview.org/en/fragilestates/betts.pdf>>.
- CANÇADO TRINDADE, Antônio Augusto. **Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos**. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, v.1, 1998
- CONECTAS (2012). **Carta do CONARE**. Disponível em: <<http://www.conectas.org/institucional/conectas-questiona-governo-sobre-medidas-migratorias-para-haitianos>>. Acesso em: 09.11.2012.
- DELGADO, Ana Paula Teixeira. **Muito distantes do Eldorado**: perspectivas jurídicas da proteção dos haitianos no Brasil. Tese de Doutorado. Universidade Estácio de Sá, 2016.
- DUSSEL, Enrique. **Filosofia da Libertação**: crítica à ideologia da exclusão. Trad. de George I. Maisiat. São Paulo: Paulus, 1995.
- DWORKIN, Ronald. **Uma Questão de Princípios**. 2.ed. São Paulo: Martins Fontes, 2005.
- GIDDENS, Anthony. **Para além da esquerda e direita**. São Paulo: UNESP, 1996.
- HUMAN RIGHTS WATCH. “Venezuela: Crise Humanitária Alastra-se para o Brasil”. Disponível em: <<https://www.hrw.org/pt/news/2017/04/18/302397>>.
- JESUS, Tiago Schneider de. **Um novo desafio ao direito**: deslocados/migrantes ambientais. Reconhecimento, proteção e solidariedade. 2009. Dissertação. Faculdade de Direito Universidade Caxias do Sul, 2009.
- JUBILUT, Líliliana Lyra. **O direito internacional dos refugiados e sua aplicação no ordenamento jurídico brasileiro**. São Paulo: Método, 2007.
- MILESI, Rosita. **Refugiados**: realidade e perspectivas. Brasília: CESEM/IMDH. Edições Loyola, 2005.
- MORAES, Isaiás; ANDRADE, Carlos Alberto de Alencar; MATTOS, Beatriz Rodrigues. A imigração haitiana para o Brasil: causas e efeitos. **Revista Conjuntura Austral**, v.4, n.20, out/nov 2013.
- PACHECO PACÍFICO, Andrea Maria Calazans. Os migrantes nas relações de trabalho no Brasil. **Revista Âmbito Jurídico**. Disponível em <http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=6642>.

- ROTBURG, Robert. Failed States, collapsed states, weak states: causes and indicators. In: ROTBERG, Robert. **When States fail**. Princeton University Press, 2004.
- SANTOS, Fernanda Naomi Zaphiro e VASCONCELOS, Thamires Marques. “Venezuelanos no Brasil: da crise econômica para a crise política e midiática”. In: **Anais do XVII Encontro de História da ANPUH-Rio**, 2016.
- SILVA, Nadia Teixeira Pires da. PARREIRA, Carolina Genovez. **Desconhecidos e Invisíveis: os refugiados no Mundo das Maravilhas**. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=8c8a58fa97c205ff>>. Acesso em: 29.08.2014.

**Mais ordem, menos direitos:
abordagens críticas à Lei 13.491/2017 e seus impactos
sobre a segurança pública e na tutela dos Direitos Humanos.**

LUCIANA SANTOS SILVA²⁰⁴

HILDERIM DOS SANTOS TOMAZ²⁰⁵

Universidade PUC-SP

1. Introdução

O presente trabalho tem por desiderato analisar a Lei 13.491/2017, que entrou em vigor no Ordenamento Jurídico brasileiro, alargando a competência jurisdicional da Justiça Militar em detrimento da Justiça Comum para os crimes dolosos contra a vida praticados por militares das Forças Armadas contra civis.

A pretensão deste paper é promover reflexões sobre os possíveis impactos da Lei 13.491/2017 no campo da Segurança Pública e na tutela dos Direitos Humanos, os quais requerem como método de investigação a imersão do tema em seu contexto social e histórico.

Partindo dessa premissa, podemos afirmar que a trajetória de formação do Estado Brasileiro, enquanto país ibero-americano, carrega consigo as marcas históricas de um desenvolvimento desigual, desde sua formação colonial-portuguesa, com muitas oscilações e instabilidades nas formas de governos implementadas e materializadas, ao cabo, em um lento processo de consolidação dos direitos sociais em uma perspectiva mais democrática, notadamente a partir de 1988, quando a tutela dos direitos humanos passam a integrar a ordem constitucional com a roupagem inicial de direitos fundamentais.

²⁰⁴ Doutora em Ciências Sociais pela PUC-SP e Professora Adjunta do Curso de Direito na Universidade Estadual do Sudoeste da Bahia (UESB).

²⁰⁵ Mestre em Educação, Instrutor Internacional de Polícia Comunitária (SENASP/JICA) e Capitão da Polícia Militar da Bahia.

As violências engendradas nesse terreno de desigualdades têm se mantido historicamente de formas e intensidades diferentes e reverberado em efeitos nocivos, até os presentes dias, na produção de estratificações e estigmas, de natureza social, econômica, cultural e etnicorracial, não obstante os avanços concretizados por meio de lutas no campo das assimetrias de poder que se expressam em diversos espaços da vida pública ou mesmo nas relações privadas.

Assim, inobstante conquistas no plano legislativo, constitucional e infraconstitucional em prol da concretização dos Direitos Humanos, ainda observamos que o campo de produção e reprodução da violência social, com recorte para a manifestação dos atuais índices de criminalidade violenta, vem dando guarida ao discurso social e político da expansão do sistema penal como vetor primário, e único, na resolução de conflitos em detrimento de políticas públicas que suscitem outras formas mais políticas e mais pacíficas de se intervir no respectivo cenário.

Os estudos têm evidenciado reiteradamente que algumas das marcas mais brutais dessas violências sociais, dizem respeito à histórica segregação etnicorracial que têm se mantido enfaticamente na relação Estado-sociedade, através de seu aparato punitivo-penal com processos de encarceramento em massa e vitimizações letais de residentes de comunidades socialmente vulnerabilizadas, a maioria composta por jovens negros e pardos geograficamente territorializados de cidades brasileiras. (ABREU, 1995; WACQUANT, 1999; ZALUAR, 2004; MALAGUTT, 2012).

As políticas públicas que têm sido destinadas a esses territórios vulneráveis, cujo estágio de desenvolvimento materializa os contrastes históricos com outras localidades e expõem a atuação desigual do Estado, esta traduzida muito mais em invisibilidades e ausências (de concessão de condições dignas de vida aos seus residentes, no âmbito da educação, da saúde, do saneamento, da assistência social, do trabalho e da renda) do que em presença de políticas que reduzam essas desigualdades e produzam inclusão social. Por outro lado, a única política – e política de Estado – que parece se perpetuar, desde a época da escravidão brasileira sobre o público georreferenciado nessas comunidades, tem sido materializada por práticas policiais de criminalização das condutas que cada vez mais têm se militarizado para o suposto enfrentamento da “anomia” e da “desordem”, alimentada atualmente pelo discurso midiático da guerra ao tráfico de drogas.

Em um momento bastante efusivo da história nacional brasileira, em que se constata uma insatisfação popular generalizada com graves repercussões para o aumento da descredibilidade nas instituições públicas, quer seja pelos escândalos de corrupção em diversos níveis das esferas de governo, ou mesmo com os retrocessos na garantia de direitos sociais no âmbito previdenciário (PEC 287/2016), trabalhista (Lei 13.467/2017), educacional (13.475/2017), bem como o congelamento de gastos com a educação e a saúde por 20 anos (PEC 241), é que a Lei 13.491/2017 entrou em vigor. A leitura de Silva Sánchez (2011) se faz bastante providencial nesse contexto, quando afirma que um estado social mínimo exige um estado penal máximo.

Neste cenário de minimalismo do Estado Social em que o fenômeno da militarização vem se apresentado como o único meio em que o estado chega a populações segregadas historicamente visando à manutenção da ordem no espaço urbano de grandes cidades, propomos a discutir os possíveis impactos da Lei 13.491/2017 no âmbito da Segurança Pública sobre a tutela dos Direitos Humanos. Para tanto, fizemos o recorte de estudo da migração

de competência da Justiça Comum para a Justiça Militar para julgar crimes dolosos contra a vida de civis praticados por militares das forças armadas, em operações de “Garantia da Lei da Ordem (GLO)” no campo da Segurança Pública brasileira.

Tratando-se de paper, foi feita análise comparativa da redação do art. 9º do Código Penal Militar antes e após a vigência da Lei 13.491/2017. A justificativa do projeto que deu origem à referida Lei foi considerada como fonte documental, bem como a ata de votação do Senado Federal. Além disso desejando compreender os contextos de interação entre o campo da segurança pública e o campo político-legislativo estabelecemos como suporte os estudos da criminologia crítica, análise da doutrina, da jurisprudência e dos atos normativos.

2 Abordagens Críticas Sobre Violência, Criminalidade e Controle Social: a ordem como instrumento à militarização da Segurança Pública

No tratamento à criminalidade no Brasil, as relações de poder que operam nas redes de coerção social são permeadas pela lógica punitivo-penal incumbida de vigiar a disciplina no cotidiano da vida civil, sob o imperativo da lei e da ordem. (FOUCAULT, 2008). Esse discurso da lei e da ordem insito na legislação militar foi constantemente invocado na justificativa no projeto que deu origem a lei sob análise.

Acontece que a forma única eleita para realizar esse monitoramento coercitivo pelo Estado evidencia ares neoliberais, quando seletivamente se direciona à criminalização da pobreza alcançando os mais vulneráveis social e etnicorracialmente, desprezando outros fatores que se imbricam na complexa relação multifatorial de produção da violência social no Brasil.

São estes mesmo princípios de lei e ordem que impactam as instituições de controle estatal da violência a maximizarem seu esforços na implementação de políticas de coerção delineando o Estado Policial (BATISTA, 2011) ou Estado Penal (WACQUANT, 1999), constantemente vigilante e prontamente punitivo em manutenção da Ordem Pública, que, ao final das contas, constitui-se em manutenção de uma Ordem Social, alicerçada tanto na manutenção de valores, ora regulada por uma moral conservadora hegemônica, quanto na atribuição de estigmas, direcionados para qualquer um que transgrida as suas regras.

Becker (2008) comenta que as regras sociais são fruto da criação de grupos sociais específicos, fazendo menção à possibilidade de rotulação de desordeiro, delinquente, infrator ou criminoso a qualquer um que, em determinado momento, construa ou decida seguir seus próprios valores se estes forem diferentes daqueles que integram as regras estabelecidas por aqueles grupos. O autor declara que “O delinquente de classe baixa que luta para defender seu “território” faz apenas o que considera necessário e direito, mas professores, assistentes sociais e a polícia vêem isso de maneira diferente.” (BECKER, 2008, p.28).

Este processo de rotulação do infrator, ao qual, não raramente, direciona-se o controle e a punição devida ao indivíduo delinquente para transformação e reajustamento às regras (FOUCAULT, 2008) e à ordem, exclui a possibilidade de análise crítica e compreensão de outras leituras acerca dos contextos promotores ou etiquetadores da “infração”, algo que seria possível de se perceber a partir do lugar de quem a comete.

Contudo, no Brasil, os processos de estigmatização no campo da segurança pública e, especificamente, na atuação das forças estatais, tem se desenhado historicamente desde a abolição da escravatura, em 1864, quando as forças policiais se encarregavam de “vigiar mais de perto” e incessantemente aqueles que seriam os potenciais criminosos: os escravos alforriados, mas postos em liberdade sem condições mínimas de sobrevivência. Podemos perceber isso nas contribuições históricas de Holoway (1997):

a polícia funcionava como extensão, sancionada pelo Estado, do domínio da classe proprietária sobre as pessoas que lhe pertenciam. A polícia cresceu acostumada a tratar os escravos e as classes inferiores livres de maneira semelhante, e com a diminuição do número de escravos na população após meados do século as atitudes e práticas do sistema de repressão foram aos poucos sendo transferidas para as classes inferiores não-escravas — e perduraram (HOLLOWAY, 1997, p.215)

Uma das grandes questões que se apresenta como relevante neste trabalho, consubstancia-se na perspectiva etnicorracial, que informará que os corpos destes mesmos negros, séculos mais tarde, serão alvos letais do próprio Estado, numa política militarizada de guerra aos inimigos internos em favor da lei e da ordem.

O geógrafo Marcelo Lopes de Souza, em 2008, lançava mais uma obra de grande relevância para a discussão desta temática: *Fobópole: o medo generalizado e a militarização da questão urbana*, onde, com muita habilidade e bom senso, apresentava sua principal preocupação em compreender quais políticas poderiam ser implementadas sobre uma realidade da vida cotidiana, diante da escalada da violência que se aplacava sobre as grandes cidades brasileiras.

O referido autor, ao manejar bem as categorias da geografia humana, tais como territorialização e fragmentação sociopolítica-espacial, fê-las dialogar com categorias de outros campos do saber, como a sociologia, a criminologia e a administração pública, promovendo a necessária interdisciplinaridade cuja simbiose nos oferece uma importante referência para compreendermos a complexidade envolvida no processo de identificação dos múltiplos fatores que, concomitantemente, concorrem para a gestão da segurança pública brasileira na primeira década do século XXI. Escritos que resgatamos para repensar, hoje, quase 10 anos depois, a influência da Lei 13.492/2017 sobre o atual cenário segurança pública na atualidade.

Souza (2008) já informava que a questão da militarização urbana não se tratava de algo novo e nem de pregação, “Ela é uma realidade. Há anos ela vem aos poucos constituindo-se em um fato, conforme o autor do presente livro tem alertado desde o começo da década de 90 (SOUZA, 1993a; 1993b; 1996a; 2000;2006b)” (SOUZA, 2008, p.144).

O autor deixa claro que, a partir daquela década, as questões relativas à segurança pública passaram a figurar com destaque em enquetes sobre as principais preocupações dos brasileiros, assim como os traficantes de varejo e os grupos de extermínio paramilitares passaram a disputar com as instituições estatais de coerção e “defesa da ordem” a exclusividade das ações de controle social armado e até mesmo a “legitimidade” e aceitação social dessas ações (*Ibidem*, p.145), pondo em xeque a própria noção do monopólio legítimo da violência por parte do Estado.

Este contexto estaria a forçar o Estado a uma resposta generalizadamente repressiva em busca do controle estatal – e moral – perdido, transformando a segurança pública em “paradigma de governo”, afirmando que

Nesse ambiente, criminalizam-se grupos específicos da sociedade, e o medo do crime, da “desordem”, dos “distúrbio”, e da violência é utilizado como pretexto para um eficaz controle social, além de alimentar poderosas engrenagens do capitalismo contemporâneo: “*o mercado da segurança*” e o “*mercado da informação*”. (Souza, 2008, p.152)

Esse é o contexto em que podemos triangular três fatores, (a segurança pública, a mídia e o mercado) que, juntos, promoverão confluências e influências no campo político-legislativo para formulação de políticas públicas e alterações formais de diplomas que regulam as atividades das forças de ordem no país.

Neste sentido, ele comenta que a lógica do risco, apropriada por discursos midiáticos que o potencializam sem nenhuma mediação, “amplificam e retroalimentam o medo” (*Ibidem*, p.30), fatores que, associados ao parco desenvolvimento cidadão de uma sociedade heterônoma como a brasileira, encontrada em meio uma “guerra civil molecular”²⁰⁶, delineiam um ambiente no qual

o crime rende boas manchetes, o medo do crime vende jornais e encontra ampla audiência – da mesma forma que, cada vez mais, o medo rende bons negócios (de carros de passeio blindados a armas, de “condomínios exclusivos” aos serviços de firmas de segurança particular) e promete render votos a candidatos no Executivo e no Legislativo. (SOUZA,2008, p.30)

O campo político-legislativo que recepciona as pressões de diversos campos, neste caso, o da segurança pública e da mídia, precisa ser melhor analisado, notadamente em como têm sido engendradas relações definidoras das políticas de Segurança Pública no Brasil.

3. Incursões na Lei 13.491/2017: Trajetória de aprovação e ilegalidades.

A Lei 13.491/2017 teve origem no projeto 44/2016 e foi sancionada pelo Presidente da República em 16 de outubro de 2017. Originalmente o deslocamento da competência da Justiça Comum para a Justiça Militar da União tinha caráter temporário, ou seja, o projeto

²⁰⁶ O autor utiliza os conceitos do ensaísta alemão Enzenberger (1993:20) acerca a guerra civil molecular para responder em que consistem “conflitos de significativa magnitude e de grande repercussão, associados em termos imediatos ao mundo da criminalidade ordinária (prisões, territórios, controlados por traficantes de varejo) e ambientados em grandes cidades e metrópoles modernas como Rio de Janeiro e São Paulo? [...] algo próximo ou aparentado a uma guerra civil, ou simplesmente um tipo desconcertante dentro dessa categoria situado na charneira entre guerra civil e violência urbana criminosa: uma... ‘guerra civil molecular’” (SOUZA, 2008, p.31)

foi idealizado para ter vigência durante o lapso temporal que coincidia com a realização das Olimpíadas no Brasil que ocorreu no ano de 2016.

Neste diapasão, o projeto de lei 44/2016 foi aprovado na Câmara dos Deputados, deslocando competência da Justiça Comum para a Justiça Castrense para julgar dos crimes dolosos contra a vida de civil praticado por militares das Forças Armadas, com a previsão de cláusula de vigência até 31 de dezembro de 2016. O Brasil adota o sistema bicameral em que as leis ordinárias devem ser aprovadas pela Câmara dos Deputados e pelo Senado Federal, sendo, em seguida, enviada para análise do Presidente da República, o qual pode sancionar em sua inteireza ou vetar, total ou parcialmente, o projeto aprovado. Diante disso, após aprovação com vigência temporária pela Câmara dos deputados o projeto seguiu para análise do Senado Federal que votou mantendo o seu caráter temporário.

Interessante notar que o Senado, em Outubro de 2017, aprovou o projeto de Lei que previa vigência até 31 de dezembro de 2016. Foram trinta e nove votos favoráveis a aprovação e oito contrários.

Em verdade, analisando a Ata da Sessão de aprovação no Senado, constatamos que o jogo de interesses subliminares na defesa do projeto de Lei 44/2016, constitui-se em uma manobra de legalidade e moralidade duvidosas. O projeto foi aprovado mesmo com a vigência vencida para evitar seu retorno para a Câmara dos Deputados para nova votação e assim acelerar seu trâmite. Durante os debates foi revelado um escuso acordo político da base governista, no qual os Senadores aprovariam o projeto - ainda que com o prazo exaurido - e o Presidente da República, Michel Temer, vetaria o artigo da lei que fazia referência ao prazo, tornando a vigência da lei por prazo indeterminado. E assim foi feito! O artigo atingido pelo veto presidencial tinha a seguinte redação: “Art. 2º Esta Lei terá vigência até o dia 31 de dezembro de 2016 e, ao final da vigência desta Lei, retornará a ter eficácia a legislação anterior por ela modificada”. (SENADO FEDERAL, 2017b, p.386).

Nesses meandros questionáveis do ponto de vista jurídico e ético que a Lei 13.491/2017 passou a ter vigência, houve o deslocamento da competência da Justiça Comum para a Justiça Militar nos casos de crimes dolosos contra a vida praticados por militares das Forças Armadas contra civil, se praticados no seguinte contexto: cumprimento de atribuições que lhes forem estabelecidas pelo Presidente da República ou pelo Ministro de Estado da Defesa; cumprimento de ação que envolva a segurança de instituição militar ou de missão militar, mesmo que não beligerante, ou de atividade de natureza militar, de operação de paz, de garantia da lei e da ordem ou de atribuição subsidiária. Quanto aos crimes dolosos contra a vida praticados por militares estaduais e do Distrito Federal, os policiais militares, contra civil, a competência continua sendo da Justiça Comum, no caso: o Tribunal do Júri.

A Constituição Federal em seu 5º, XXXVIII, garante a competência do Júri para julgar os crimes dolosos contra a vida sendo entendido pela doutrina pátria que essa norma tem o status de direito fundamental. Este fundamento é endossado, quando a competência do Tribunal do Júri é reafirmada em norma constitucional inserida pelo §4º do art. 125, no momento em que prevê sua competência, no julgamento de crimes militares, quando estes crimes se enquadrarem nos dolosos contra a vida praticados por militares estaduais contra civis, contexto em que estes devem ser julgados pelo Tribunal Popular.

Logo, a ausência de previsão constitucional sobre a competência de crimes dolosos contra a vida praticados por militares das Forças Armadas contra civil, não autoriza lei infraconstitucional, a exemplo da lei 13.491/2017, disciplinar a matéria. O citado 5º, XXXVIII, que impõe a competência do Tribunal do Júri para julgar os crimes dolosos contra a vida não traz nenhuma exceção a esta competência, ao revés, reitera seu comando com o § 4º do art. 125, ao determinar o julgamento dos policiais militares pelo Tribunal Popular.

No mais, o § 4º do art. 125 indica que crime doloso contra a vida de civil praticado por militar estadual não tem a natureza jurídica de crime militar próprio, esses, sim, da competência da Justiça Militar. A Justiça Castrense deveria ser cada vez mais rara, sobretudo nos regimes democráticos, sendo sua competência, nos países em que ainda se faz presente, limitadas ao julgamento de crimes militares próprios.

A Lei sob análise, portanto, traz distinção ilegal entre o crime doloso contra a vida de civil que praticado por militares estaduais e do Distrito Federal e o praticado por militares das Forças Armadas. Para os primeiros, o referido crime é da competência do Tribunal do Júri, enquanto que, para os segundos, a competência é da Justiça Militar. Na contramão da interpretação sistemática Constituição Federal e em afronta a hierarquia desta, a Lei 13.491/2017 traz a definição de crime militar próprio não pelo bem jurídico a ser tutelado, mas apenas pela condição de quem o pratique, no caso, o militar das Forças Armadas.

Na seara dos Direitos Humanos, o “Pacto de São José da Costa Rica”, de 1969, do qual o Brasil é signatário, garante como prerrogativa da jurisdição a imparcialidade, a qual fica prejudicada quando militar julga militar em face de crime em que a vítima é um civil.

A Lei 13.491/2017 tem vício legais e éticos desde o seu nascedouro, sobretudo quando restringe a competência do Tribunal do Júri que é norma constitucional por meio de norma infraconstitucional, violando a hierarquia axiológica e normativa da Carta Maior e conspurcando o princípio da imparcialidade do julgador. Além disso, a referida Lei solapa o viés garantista do sistema penal diante das afrontas ao postulado constitucional e da sua capacidade, como será analisado adiante, de fragilização na tutela de direitos humanos, notadamente, quando considerados os impactos segundo os contextos históricos de produção da violência social no Brasil.

4. A Lei 13.491/2017: sentidos e efeitos práticos na tutela dos Direitos Humanos.

A Lei 13.491/2017 reforça esse viés de militarização da segurança pública centrando o debate no combate e invisibilizando propostas de prevenção, inserindo no campo discursivo da expansão do campo penal como vetor primário na resolução de conflitos sociais. Para além do aspecto jurídico, um dos impactos da referida Lei no campo da segurança pública, é a abertura de um espaço para a atuação mais frequente das Forças Armadas no cenário da violência urbana que, em geral, tem como palco as zonas de exclusão social onde os supostos “inimigos” são segregados. Como matiz desse discurso engendrado pelo ideário da lei e da ordem, da militarização, da expansão e recrudescimento penal voltado de forma seletiva para grupos determinados, o projeto que gerou a Lei 13.491/2017 faz constar como fundamento da necessidade da mudança legislativa a seguinte premissa:

“Cumpra ressaltar que as Forças Armadas encontram-se, cada vez mais, presentes no cenário nacional atuando junto à sociedade, sobretudo em operações de garantia da lei e da ordem. Acerca de tal papel, vale citar algumas atuações mais recentes, tais como, a ocorrida na ocasião da greve da Polícia Militar da Bahia, na qual os militares das Forças Armadas fizeram o papel da polícia militar daquele Estado; a ocupação do Morro do Alemão, no Estado do Rio de Janeiro, em que as Forças Armadas se fizeram presentes por longos meses; e, por fim, a atuação no Complexo da Maré, que teve início em abril de 2014” (SENADO FEDERAL, 2017c, p.155)

Essa justificativa sinaliza para a ampliação da atuação das Forças Armadas na intervenção de conflitos sociais os quais se concretizam em zonas urbanas seletivamente georreferenciadas como aponta a fundamentação do projeto de lei. A partir dos três exemplos citados como motivação para a atuação frequente das Forças Armadas na segurança pública, na tentativa de justificar a alteração legislativa promovida pela Lei 13.491/2017, dois dos exemplos são de intervenções em comunidades socialmente vulneráveis denominadas popularmente como favelas.

Observa-se que o ensejo das Olimpíadas, embora constasse do artigo segundo do projeto 44/2016, e posteriormente vetado pelo Presidente da República, não consta da fundamentação da alteração legal. Apesar de não ser propósito nosso neste paper, manifestarmos-nos concordando ou não com a atuação das Forças Armadas nas Olimpíadas ocorridas no Brasil em 2016, o que chamamos a atenção é que em nenhum momento os termos “olimpíadas” ou “grandes eventos” aparecem na justificativa atualizada do projeto de lei, no qual, ao revés, consta duas citações de intervenções em favelas sinalizando para o viés seletivo e de exortamento da atuação das Forças Armadas em zonas de exclusão social. O que predomina na justificativa do projeto de lei é a fundamentação da garantia da lei e da ordem.

A ocupação do Complexo da Maré citado no projeto que deu origem a Lei 13.491/2017 foi concluída com um saldo de vinte e um mortos. Certamente com a mundaça legislativa que cria uma espécie de foro privilegiado fomentará a maior intervenção das Forças Armadas para a suposta “manutenção da lei e ordem”. Na seara dos Direitos Humanos umas das garantias da jurisdição é imparcialidade do julgador que traduz o dever da pessoa ou entidade ser justo, reto, equitativo ou neutro.

O direito a um julgamento imparcial é assegurado pelo Pacto Internacional sobre Direitos Civis e Políticos, adotado pela Assembleia Geral das Nações Unidas, em 16 de dezembro de 1966 (art. 14.1) e na Convenção Americana sobre Direitos Humanos, adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos, em San José da Costa Rica, em 22 de dezembro de 1969 (art. 8.1), sendo o Brasil signatários de ambos.

A imparcialidade é um princípio norteador do sistema jurídico pátrio pois a sua existência é necessária como desdobramento de outros direitos. Segundo Lopes Júnior (2010), este princípio é uma construção do Direito, que impõe ao juiz um afastamento estrutural, um alheamento em relação à atividade das partes.

Essa garantia é violada quando o militar das Forças Armadas ao praticar crime doloso contra a vida de civil passa a ter a prerrogativa, senão privilégio, de ser julgado por seus pares,

em um contexto que, embora esteja sendo argumentado por seus defensores como de excepcionalidade, cada vez mais tem sido se tornando frequente no campo da Segurança Pública. Não há, neste caso, o afastamento estrutural estrutural citado por Lopes Júnior (2010) e o alheamento em relação à atividade das partes, já que os julgadores estarão impregnados pelos valores e pela cultura militar²⁰⁷ comprometendo sua parcialidade.

O projeto de Lei 44/2016 sinaliza a violação do princípio da imparcialidade quando demonstra, em sua fundamentação, a preocupação em tutelar o militar das Forças Armadas que cometa crime doloso contra a vida de civil em detrimento deste, conforme a seguinte justificativa que fundamenta a Lei 13.491/2017: “Com a modificação do efetuada no inciso I do § 2º, que compreende o acréscimo da figura do Presidente da República, busca-se **ampliar a guarida a ser conferida aos militares (...)**” (SENADO FEDERAL, 2017c, p.155, grifo nosso). O Senador Pedro Chaves, Relator da Comissão de Relações Exteriores e Defesa Nacional, assim justifica a proteção dos militares das Forças Armadas:

“Dessa forma, estando cada vez mais recorrente a atuação do militar em tais operações nas quais, inclusive, ele se encontra mais expostos á prática da conduta delituosa em questão, nada mais correto do que buscar-se deixar de forma clarividente o seu amparo no projeto de lei”. (SENADO FEDERAL, 2017c, p.155).

Esse clarividente amparo do militar das Forças Armadas traduz a cristalina mácula do projeto de lei que determina a competência da Justiça Militar como forma de tutela injustificada e favorecimento ilegal a uma das partes. Esse amparo da Justiça Castrense citado no projeto viola às escancaras o Princípio da Imparcialidade. Fica o questionamento provocativo: por que (ou, para quem?) o julgamento da Justiça Militar, sem afastamento estrutural, ampara ou dá guarida? Por que o julgamento da Justiça Comum desampararia?

5. Considerações Finais

A Lei 13.491/2017 entra em vigor no ordenamento jurídico pátrio em um cenário no qual outras lei passaram a vigorar com a tônica de restrição do estado social. Sob o discurso da lei e da ordem a mudança de competência da Justiça comum para a Justiça Militar dos crimes dolosos contra a vida de civil praticados por militares das Forças Armadas reflete uma das facetas mais violentas da militarização da segurança pública, como política pública eleita pelo Estado para resolver conflitos no referido campo.

²⁰⁷ Para se compreender um pouco a cultura militar destacamos as contribuições de Celso Castro quando, ao descrever a formação do militar [no Exército], informa que a notícia que eles transmitem é clara: “os militares são diferentes dos paisanos. E não apenas diferentes, mas também melhores. São melhores – nessa visão – não por características singulares que os militares tenham ou venham a ter individualmente, mas porque eles – enquanto coletividade, corpo – viveriam da maneira correta.” (CASTRO, 2004, p. 46). Neste sentido, o julgamento de atuação de um militar na Segurança Pública possui efeitos nocivos à vida civil podendo fazer dos naturais fenômenos de diversidade democrática um insulto à ordem a ser estabelecida beligerantemente.

A Lei 13.491/2017 deve ser criticada para além dos seus aspectos de legalidade (ou melhor, ilegalidade) em razão da violação do procedimento de votação, com ofensa às normas regimentais de forma a privilegiar os conchavos políticos que ferem a moralidade administrativa e envergonham os pilares éticos do processo de representatividade democrática. Ele deve ser criticada, sobretudo, em relação ao que representa essa Lei para além de seus aspectos formais, mas no que diz respeito aos impactos no atual modelo de segurança pública, cuja debilidade se vê materializada no histórico processo de recrudescimento da violência social, apesar dos enormes investimentos na tradicional política de coerção punitivo-penal sob o argumento da guerra. Nesse viés, a mudança de competência da Justiça Comum para a Justiça Militar no julgamento de crimes dolosos contra a vida cometidos por militares das Forças Armadas, não apenas reforça a adesão do estado brasileiro ao expansionismo do campo penal historicamente segregador, produtor e reproduzidor de desigualdades, rotulações, exclusões e seletividades, o qual em tese, deveria ser a *ultima raccio*, mas, principalmente, aumenta as possibilidades de uso da força em um nível cada vez mais letal contra segmentos populacionais socialmente vulneráveis.

A adesão ao discurso da lei e da ordem representa mais ordem e menos direitos para um público pré-selecionado para ser alvo da atuação das Forças Armadas, que agora recebem um cheguem em branco para atuar com a segurança de serem julgados pelos seus pares. Os exemplos dados para sustentar o projeto já sinalizam que as favelas, sob o amparo do discurso de combate à criminalidade violenta e sobretudo ao tráfico de drogas, serão os alvos prioritários das operações das Forças Armadas, como já têm sido nas operações policiais de Segurança Pública. Enquanto isso a criminalidade de colarinho branco permanece invisibilizada, com raras e hodiernas exceções, sangrando a dignidade nacional e os cofres públicos. Se Lei e ordem são para as favelas, a liberalidade imoral (ou libertinagem) parece se acomodar tranquilamente no ambiente dos poderes políticos, onde a ilegalidade, o desrespeito às normas constituídas e os conchavos permitem tanto a aprovação de uma lei com data de vigência já superada quanto a sanção presidencial expressa de tal forma a lhe conceder abrangência ilimitada e atemporal.

O foro privilegiado para policiais militares das Forças Armadas além de violar garantias de direitos humanos pode se configurar em verdadeira pena do morte institucionalizada, diante da potencial imparcialidade manifesta pelo julgador. Mais ordem e menos direitos para quem?

Referências

ABREU, S. F. A. Discriminação racial e justiça criminal. *Novos Estudos. Cebrap*. São Paulo: Cebrap, 1995. N.43, pp. 45-63.

BATISTA, V. M. **Difíceis ganhos fáceis**: drogas e juventude pobre no Rio de Janeiro. Rio de Janeiro: REVAN, 2003.

— O Alemão é muito mais complexo. Texto apresentado no **17º Seminário Internacional de Ciências Criminais**, São Paulo: 2011. Disponível em: <http://gajop.org.br/justicacitada/wp-content/uploads/O-Alem%C3%A3o-%C3%A9-muito-mais-complexo.pdf>

BOURDIEU, Pierre; PASSERON, Jean-Claude. **A Reprodução**. Rio: Francisco Alvez, 1975.

- CASTRO, Celso. **O Espírito Militar: um antropólogo na caserna**. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2004.
- FOUCAULT, Michel. **Vigiar e punir: nascimento da prisão**. Tradução de Raquel Ramalhete. 35. ed. Petrópolis: Vozes, 2008.
- LOPES JR, Aury. **Direito processual penal e sua conformidade constitucional**. 6.ed. Rio de Janeiro: Lúmen Júris. 2010.
- ORGANIZAÇÃO MUNDIAL DE SAÚDE. **Relatório Mundial sobre Violência e Saúde**. Violência: uma prioridade de saúde pública. (Tradução Krug EG et al.) Geneva: OMS, 2002. Disponível em: <https://www.opas.org.br/wp-content/uploads/2015/09/relatorio-mundial-violencia-saude.pdf>
- SENADO FEDERAL. **Resolução n.º 93, de 1970**. Disponível em: <https://www25.senado.leg.br/documents/12427/45868/RISFCompilado.pdf/cd5769c8-46c5-4c8a-9af7-99be436b89c4>
- SENADO FEDERAL. Ata de Sessão de Votação do Projeto de Lei 44/2016. In: **Diário do Senado Federal n.º 151**. Senado Federal, 2017a, pp.489. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=11/10/2017&paginaDireta=00048>
- SENADO FEDERAL. Projeto de Lei da Câmara 44/2016. In: **Diário do Senado Federal n.º 151**. Senado Federal, 2017b, pp.384-386. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=11/10/2017&paginaDireta=00385>
- SENADO FEDERAL. Parecer 76 (Projeto de Lei na Câmara). In: **Diário do Senado Federal n.º 133**, publicado em 15 de setembro de 2017. Senado Federal, 2017c, pp.355. Disponível em: <http://legis.senado.leg.br/diarios/BuscaDiario?tipDiario=1&datDiario=15/09/2017&paginaDireta=00152>
- SILVA SÁNCHEZ, Jesús-María. **A expansão do direito penal: aspectos da política criminal nas sociedades pós-industriais**. São Paulo: RT, 2011.
- SOUZA, Marcelo Lopes de. **Fobópole: o medo generalizado e a militarização da questão urbana**. Rio de Janeiro. Bertrand Brasil, 2008.
- **A prisão e agora**. Reflexões sobre a democratização do planejamento e da gestão das cidades. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2006b.
- **O desafio metropolitano: um estudo sobre problemática sócio-espacial nas metrópoles brasileiras**. Rio de Janeiro: Bertrand Brasil, 2000.
- **Urbanização e desenvolvimento no Brasil atual**. São Paulo: Ática, 1996a.
- **Armut, sozialräumliche segregation und sozialer konflikt in der metropolitanregion von Rio de Janeiro: ein beitrag zur analyse der “stadtfrage” in brasilien**. Selbstverlag des geographischen Instituts der Universität Tübingen: Tübingen, 1993a.
- **“Miseropolização” e clima de guerra civil: sobre o agravamento das condições e as condições de superação da “questão urbana” na metrópole do Rio de Janeiro**. Anais do 3.º Simpósio Nacional de Geografia Urbana. Rio de Janeiro: AGB/CNPq/UFRJ/IBGE, 1993b
- ZALUAR, A. **Integração Perversa: pobreza e tráfico de drogas**. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2004. 440p.
- WACQUANT, Loïc. **As Prisões da Miséria**. RJ: Zahar, 1999.

Bioética y nuevos desafíos jurídicos. Derecho humano de seguridad en el orden iberoamericano

JOÃO PROENÇA XAVIER²⁰⁸

Universidad de Coímbra (Portugal)

El Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo de 1989, indicaba sobre lo desarrollo humano titulado “Nuevas dimensiones de la seguridad humana” integrando lo concepto de “seguridad humana” en el sistema de la ONU. Este informe ya destacaba cuatro características principales: universalidad, interdependencia, con lo centro en las personas y garantizada preferencialmente mediante la atención: a la seguridad personal, a la seguridad comunitaria y política, a la seguridad alimentaria, a la seguridad económica, a la seguridad ambiental y a la seguridad de la Salud.

Por eso aquí dejamos algunos datos de nuestra investigación legal, en Bioética y Biodecho comparado en Europa (hasta 2015), que pueden ayudar a la reflexión de que en materia de seguridad de la Salud, las cuestiones que se plantean en este apartado de la bioética **son muchas**, o que coloca grandes desafíos con enfoque en la protección de este “nuevo Derecho Humano”, a los estados y a la comunidad internacional, sabiendo que los ejemplos de legislación aportados aquí, solo se refieren mayoritariamente a normas de países Europeos... e

²⁰⁸ Pósdoctoral Research Scientist - “Derechos Humanos en Perspectiva Comparada Brasil España”. Instituição: IURJ- Instituto Universitário do Rio de Janeiro y Universidad de Salamanca. Bolsero de Merito de la Fundación General de la Universidad de Salamanca / CEB - Centro de Estudios Brasileños de la Universidad de Salamanca - Doctor en Derechos Humanos PPDH/USAL – por la Universidad de Salamanca – España, experto en Derechos Humanos / Derecho Comparado / Medicina de la Reproducción y Derecho Biomédico. joao.proenca.xavier@usal.es - Miembro del Instituto Jurídico Portucalense – IJP da Universidad Portucalense Infante D. Henrique, OPorto – Portugal – Miembro del Grupo Internacional “Dimensions of Human Rights”. Investigador Principal: Fundação da Ciência e Tecnologia – FCT - Integrado en el CEIS 20 Centro de Estudos Interdisciplinares do Século XX – **Universidad de Coímbra – Portugal**. Jurisconsulto en pareceria con FAF Sociedade de Advogados, SP, RL. Miembro Fundador del OEHD – Observatório de Especialidade em Direitos Humanos do Conselho Regional da Ordem dos Advogados de Coimbra; ABOGADO EUROPEO con la Insignia del Ilustre Colegio de Abogados de Salamanca – España. Miembro de la Sociedad Portuguesa de la Medicina de la Reproducción – SPMR.

apenas a los problemas de bioética reproductiva por mi estudiados y a que demos a final un enfoque Ibérico...sin embargo pensamos que nuestra retrospectiva Ibérica encontrará respaldo en el Ordenamiento Iberoamericano que buscamos presentar solo en la disertación de Estudios Posdoctorado Iberoamericano que tenemos en curso...

En su “Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico – Civilísticas” por la Facultad de Derecho de la Universidad de Coímbra, Stela Marcos de Almeida Neves Barbas dice que: “a Lei Espanhola 35/88 de 22 de Noviembre e o seu espírito “eminente progressivo e liberal”: autoriza la intervención/ manipulación/ investigación in pré – embriones y su posterior destrucción, hasta el 14^a día después de la fecundación, porque considera que hasta esta fecha no hay existencia de vida humana individualizada. También en su tesis, Neves Barbas considera que la Ley Española 42/1998 de 28 de Diciembre pone determinadas restricciones a la elección de sexo y a la investigación con embriones.

Según la misma autora, la Ley Inglesa de 1990, dispone de forma diferente, consagrando la autorización (bajo condiciones) de eliminar embriones sobrantes, donarlos a parejas infértiles o, en caso de relevancia científica, usarlos en investigaciones, así como autorizar experiencias con embriones producidos por ese fin.

Según la investigadora de la Universidad de Coímbra, en Alemania la Ley de 1990 prohíbe la producción de embriones sobrantes, el anonimato del donante y la donación de ovocitos. Por su parte Suecia, en la Ley 1140/84 de 20 de Diciembre, no permite el anonimato del donante y, en la Ley 711/88 de 14 de Junio, impide la donación de gametos; también Noruega, tres años más tarde, en la Ley 68/87 de 12 de Junio, prohíbe el anonimato y la investigación, al paso que Suiza, según Referéndum de 1992, no autoriza la congelación de embriones y según Resolución de 1988 no autoriza la inseminación heteróloga. En Francia, la Ley 94-653 sobre el respeto del cuerpo humano y la Ley 94-654, las dos de 29 de Julio de 1994, “permiten” la donación y utilización de elementos y productos del “*corps humain*” en el ámbito de la Procreación Medicamente Asistida y el diagnóstico prenatal (con los debidos consentimientos), pero donde se prohíbe la investigación con embriones humanos.

La autora portuguesa, al referirse a Portugal al final del siglo XX lo define como “*Vazio Legislativo em Portugal*”.²⁰⁹

Para Guilherme de Oliveira, Profesor de Derecho de La Familia y Presidente del Centro de Estudios de Derecho Biomédico de La Universidad de Coimbra, citado por Neves Barros, afirma é necessário legislar sobre estas matérias: “*Parece fora de uma causa que o direito aceite imediatamente e globalmente tudo o que a Ciência pode fazer mesmo considerando apenas o âmbito da reprodução humana assistida. Esta atitude significa admitir sem reboço, a inseminação post mortem, a experimentação livre em embriões produzidos para este fim, a seleção de quaisquer características dos embriões e, mais tarde, a clonagem.*”²¹⁰

²⁰⁹ Cít. Neves Barbas, S. en “Direito ao Património Genético” – Almedina, Coimbra, 2006, pág. 46.

²¹⁰ Oliveira Guilherme, de “Legislar sobre Procriação Assistida”, Publicações de Direito Biomédico da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, n°2, Coimbra, 1993, pág. 88.

Esta legislación específica citada se apoya en un proceso previo de reconocimiento internacional de los Derechos Humanos²¹¹ -tema ya citado- y varios instrumentos de carácter universal que reconocen a todas las personas derechos esenciales, de ello son ejemplo la Declaración Universal de los Derechos Humanos y la Dignidad del ser Humano proclamada por la Asamblea General de la ONU en 1948, el Convenio para la protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales de 1950, la Carta Social Europea de 1961, la Convención Europea de los Derechos del Hombre y el propio Pacto de la ONU de 1966.

En 1959 la Declaración Internacional de los Derechos de los Niños ya hablaba de la protección de los niños antes del nacimiento, el Consejo de la Europa creó en 1983 el “Ad hoc Committee of Experts on Ethical and Legal Problems relating to Human Genetics”(CAHGE), en 1986 la Asamblea Parlamentaria del Consejo de la Europa en la Recomendación 1046/86 contempla la problemática de la utilización de embriones y fetos humanos para fines diagnósticos, terapéuticos, científicos, industriales y comerciales. Otros textos internacionales de la UNESCO tuvieron mucha importancia por la influencia que han ejercido principalmente en la legislación Española, conforme confirma la investigadora Hidalgo Ordás, como la Declaración Universal de los Derechos Humanos de las Generaciones Futuras de 26 de Febrero de 1994, el Comité Internacional de Bioética²¹², el Anteproyecto de Declaración Universal de 1996, sobre el genoma humano y los derechos humanos y la Declaración Universal sobre el genoma humano y los derechos humanos de 1998.

Según la cronología presentada por la Abogada y Doctora en Derecho y Biología Hidalgo Ordás, en su libro,²¹³ también existen múltiples textos emitidos por el Consejo de Europa sobre reproducción asistida; esta Catedrática de Biología elige como los más importantes los que paso a citar:

Recomendaciones y Resoluciones:²¹⁴

*“Recomendación sobre Inseminación Artificial de 1979.”*²¹⁵

²¹¹ Véase: Sobre esta cuestión, lo Convenio hecho en Oviedo (Asturias), el 4 de Abril 1997, en francés y en inglés, con texto/textos depositados en lo Archivo del Consejo de Europa y firmado por varios Estados Europeos entre los cuales España y Portugal que lo firmaran en 04/04/1997: <http://www.boe.es/boe/dias/1999/10/20/pdfs/A36825-36830.pdf> (Instrumento de Ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997. (Consultado en 15/01/2015).

²¹² Que de entre otras funciones, tiene por objetivo dinamizar la reflexión en torno de las cuestiones éticas y jurídicas que se plantean con la investigación sobre las ciencias de la vida y su desarrollo, e incrementar el intercambio de ideas e informaciones, en particular mediante la educación pública en estas materias. Véase: http://www.europarl.europa.eu/transl_es/plataforma/pagina/maletin/colecc/actual/genetica/comitebio.htm (Consultado en 15/01/2015).

²¹³ Véase: “Análisis jurídico-científico del concebido artificialmente” Bosch, Barcelona – 2002 pág. 205/ss.

²¹⁴ Véase: Romeo Casabona, C. (ed.) “Código de Leyes Sobre Genética.” Cátedra de Derecho y Genoma Humano – Universidad de Deusto, Bilbao 1997.

²¹⁵ Véase: A propósito, Hidalgo Ordás, C. “Análisis jurídico-científico del Concebido artificialmente”... pág. 207, cit.: “En 1979 en París, el Consejo de Europa presenta el proyecto redactado ese año que recoge las recomendaciones sobre la inseminación artificial. En éstas se acepta la IAH (inseminación arti-

*“Resolución n° 4 376 de 1979: Declaración de los Derechos del niño no nacido.”*²¹⁶

*“Recomendación 934 (1982) relativa a la ingeniería genética.”*²¹⁷

*“Recomendación 16 (1984) relativa a la notificación de trabajos en los que se utilice ADN recombinante.”*²¹⁸

*“Recomendación 1.046 (1986) relativa a utilización de embriones y fetos humanos con fines diagnósticos, terapéuticos, científicos, industriales y comerciales.”*²¹⁹

*“Recomendación 1.100 (1989) sobre la utilización de embriones y fetos humanos en la investigación científica.”*²²⁰

*“Recomendación 13 (1990) sobre cribado genético prenatal, diagnóstico genético prenatal y sobre consejo genético conexo.”*²²¹

*“Recomendación 1 (1992) sobre la utilización del análisis de DNA dentro del marco de la administración de justicia penal.”*²²²

*“Recomendación 3 (1992) sobre pruebas genéticas y de cribado con fines sanitarios.”*²²³

*“Recomendación 1.213 (1993) relativa al desarrollo de la Biotecnología y a las consecuencias para la agricultura.”*²²⁴

*“Recomendación 1.240 (1994) relativa a la protección y patentabilidad de los productos de origen humano.”*²²⁵

*“Recomendación 11 (1994) sobre el cribado como instrumento de medicina preventiva.”*²²⁶

ficial homologa) y la IAD (inseminación artificial de donante), esta última siempre que el donante no sea conocido.”

²¹⁶ Resolución del Consejo de Europa de 6 de Octubre de 1979.

²¹⁷ Véase: Romeo Casabona, C. (ed.) “Código de Leyes Sobre Genética”, pág. 520/ss.

²¹⁸ Véase: Romeo Casabona, C. (ed.) “Código de Leyes Sobre Genética”, pág. 526/ss.

²¹⁹ Véase: Romeo Casabona, C. (ed.) “Código de Leyes Sobre Genética”, pág. 530/ss.

²²⁰ Véase: Romeo Casabona, C. (ed.) “Código de Leyes Sobre Genética”, pág. 538/ss.

²²¹ Véase: Romeo Casabona, C. (ed.) “Código de Leyes Sobre Genética”, pág. 550/ss.

²²² Véase: Romeo Casabona, C. (ed.) “Código de Leyes Sobre Genética”, pág. 557/ss.

²²³ Véase: Sobre fines sanitarios, la opinión de Hidalgo Ordás, C. “Análisis jurídico-científico del Concebido artificialmente”...cit.: “...entendemos por atención sanitaria...: Diagnosticar y clasificar una enfermedad genética. Identificar portadores no afectados de un gen defectuoso para asesorarlos del riesgo de tener hijos afectados. Detectar una enfermedad genética grave antes de la manifestación clínica de los síntomas. Identificar personas con riesgo de contraer la enfermedad.”

²²⁴ Véase: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2290/34.pdf> (Consultado en 09/01/2015).

²²⁵ Véase: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2290/35.pdf> (Consultado en 10/01/2015).

²²⁶ Véase: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2290/36.pdf> (Consultado en 10/01/2015)

Convenios:²²⁷

“*Convenio de los Derechos Humanos y la Biomedicina*”²²⁸ de 19 de Noviembre de 1996.

Este convenio surge con la necesidad de conjugar los avances de la Biomedicina y el respeto por la dignidad humana. La necesidad de desarrollar la experimentación Biológica “en provecho de la presente generación y de las futuras” no debe olvidarse de los peligros de la realización de acciones que amenacen a la persona en cuanto individuo como también toda la especie humana.²²⁹

La Abogada Hidalgo Ordás destaca como puntos más sobresalientes de este Convenio, los que se siguen:

“Primacía del ser humano.”

“El consentimiento como regla general.”

“Protección de los incapaces.”

“Derecho a la intimidad.”

“Las intervenciones en el genoma humano serán con fines preventivos, diagnósticos o terapéuticos y no pueden modificar el genoma de la descendencia.”

“Toda investigación sobre embriones *in vitro* debe asegurar una protección adecuada del embrión.”

“El cuerpo humano y sus partes no pueden ser fuente de lucro.”

Hidalgo Ordás destaca también en su libro en la sección “*Legislación Europea... a tener en cuenta en el estudio de la reproducción asistida*”, resoluciones y directivas del Parlamento Europeo “relacionadas con la reproducción asistida”, con interés para el estudio de esta problemática y que son:

Resoluciones:

“*Resolución del Parlamento Europeo de 16 de Marzo de 1989, sobre los problemas éticos y jurídicos de la manipulación genética.*”²³⁰

Esta resolución tiene como puntos más importantes:²³¹

²²⁷ En nuestra opinión, dentro de los textos más importantes emitidos por el Consejo de Europa, sobre la reproducción Asistida está lo “Convenio de los Derechos Humanos y la Biomedicina”.

²²⁸ Véase: Romeo Casabona, C. (ed.) “Código de Leyes Sobre Genética”, pág. 501/ss.

²²⁹ Cit. Hidalgo Ordás, M.C. en su libro “Análisis jurídico-científico del concebido artificialmente” Bosch, Barcelona, 2002, pág. 206.

²³⁰ Véase: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2290/3.pdf> (Consultado en 20/01/2015)

²³¹ Véase: Hidalgo Ordás, M.C. “Análisis jurídico – científico del concebido artificialmente”, Bosch,

Definir el estatuto jurídico del embrión, para poder garantizar su protección adecuada. Esta resolución viene a prohibir categóricamente la terapia en la línea germinal, penalizando toda la transferencia de genes a células germinales humanas. Prohibiendo también cualquier investigación arbitraria manifestando la importancia “necesaria” de la protección del cigoto. Tiendo en cuenta primordialmente que la intervención sobre los embriones sólo se realice en beneficio del niño, reclama la definición vinculante de los ámbitos de aplicación de la investigación, del diagnóstico y de las terapéuticas prenatales, recomendando que el cribado o análisis de detección de genes en recién nacidos se lleve a cabo en casos de enfermos que son curables. Determina que deberá establecerse la prohibición penal del mantenimiento de la vida por métodos artificiales y de embriones humanos con el fin de extraer en su momento tejidos u órganos. Indica como deseable la penalización de la utilización de embriones o fetos con fines comerciales e industriales, *(en el cual incluye la producción de embriones fecundados in vitro con estos fines)*. Esta resolución de 1989 del Parlamento Europeo propugna la crioconservación de embriones humanos (para la implantación en la mujer) por tiempo limitado, indicando que debe prohibirse el tráfico de embriones criopreservados. También indica que toda la clonación de seres humanos debe estar prohibida, así como todas las experiencias con este fin. Indicando que deben prohibirse la creación de “quimeras” o embriones híbridos, conteniendo cruzamiento genético entre humanos y animales y viceversa... Y la “Resolución del Parlamento Europeo de 16 de Marzo de 1989, sobre la fecundación artificial in vitro.” tiene como puntos importantes:²³²

Considerar que en la fecundación *in vitro* se fecunden únicamente los óvulos que sean necesarios por la reproducción y que solo se recurra a la congelación de embriones cuando por cualquier razón sea imposible su inmediata implantación en el útero. Además indica que la crioconservación de embriones no debe exceder los tres años y descarta la posibilidad de su destrucción posterior, estipulando que debe sancionarse el tráfico. Define que la FIV debe tener indicación médica y el fin terapéutico de vencer la esterilidad. Esta Recomendación del PE considera no recomendada la fecundación artificial heteróloga, *(pero si algún Estado miembro la admite debe darle los siguientes requisitos)*:

*“Esterilidad insuperable o diagnóstica de graves malformaciones. Consentimiento de las parejas y juicio de idoneidad sobre ellas. Imposibilidad de exigir al donante que preste alimentos. Que se realice en Centros autorizados.”*²³³

Al final esta Recomendación, rechaza la maternidad de subrogación, temática que forma parte de los “Temas Fuertes de la Reproducción Medicamente Asistida” de nuestra Tesis y de que hablaremos más adelante (y profundizaremos en nuestro estudio comparado Iberoamericano a presentar en el trabajo final de investigación Posdoctoral en que seguimos trabajando actualmente...).

Barcelona – 2002, pág.220/ss.

²³² Véase: Hidalgo Ordás, M.C. (idem), pág.220/ss.

²³³ Véase: Hidalgo Ordás, M.C. (idem), pág.220/ss.

Directivas:

“Directiva del Consejo 90/219/CEE de 23 de Abril de 1990, relativa a la utilización confirmada de microorganismos modificados genéticamente.”²³⁴

“Directiva de Consejo 90/220/CEE de 23 de Abril de 1990, sobre la liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente.”²³⁵

“Directiva de la Comisión 94/15/CE de 15 de Abril de 1994, por la que se adapta al progreso técnico la Directiva 90/220/CEE, sobre la liberación intencional en el medio ambiente de organismos modificados genéticamente.”²³⁶

“Directiva de la Comisión 94/51/CE de 7 de Noviembre de 1994, por la que se adapta al progreso técnico la Directiva 90/219/CEE de Consejo, relativa a la utilización confinada de microorganismos modificados genéticamente.”²³⁷

Propuestas de Directivas:

Considerando que una protección eficaz y armonizada en el conjunto de los Estados es esencial para mantener e impulsar la inversión en el ámbito de la biotecnología, véase el informe de la Comisión de Asuntos Jurídicos y Derechos de los Ciudadanos del Ponente Willi Rothley sobre la propuesta de Directiva del Consejo de 1995.²³⁸

“Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de Diciembre de 1995, relativa a la protección jurídica de las invenciones biotecnológicas.

El Profesor de Derecho Civil y Sacerdote González Morán en la *Colección Cátedra de Bioética de La Universidad Pontificia Comillas* apunta otros “países con una legislación específica sobre reproducción asistida”:²³⁹

En Alemania Federal, se publicó en 1976 una ley sobre contratos de adopción, y en 1986 se publicó un Anteproyecto de Ley “sobre protección del embrión con disposiciones relativas a la producción mediante FIV de embriones sobrantes no destinados a ser transferidos a la mujer, desarrollo de embriones in vitro más allá del décimo cuarto día, experimentación embrionaria.”²⁴⁰ En 1989 se incorporó una enmienda a la ley de 1976 con el nombre de “Ley

²³⁴ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV:121157> (Consultado en 01/02/2015)

²³⁵ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A31990L0220> Consultado en 02/02/2015)

²³⁶ <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:31994L0015> (Consultado en 05/02/2015).

²³⁷ <https://www.boe.es/doue/1994/297/L00029-00030.pdf> (Consultado en 05/02/2015).

²³⁸ <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A4-1997-0222+0+DOC+PDF+V0//ES> (Consultado en 06/02/2015).

²³⁹ Morán González, L. en el libro “De la Bioética al Bioderecho – Libertad, vida y muerte”, Comillas Dykinson, Madrid, 2006 pág. 616/ss.

²⁴⁰ Véase también sobre este tema, González Morán: “Procreación humana asistida – aspectos técni-

sobre contratos de adopción de niños y sobre la prohibición de los contratos de maternidad de subrogación.”²⁴¹

Año siguiente, 1990, Alemania aprobó a la Ley sobre protección de embriones. Conforme lo defendido por la Profesora Neves Barbas, esta Ley alemana prohíbe la donación de ovocitos, pero no incluye de donación de espermatozoides, pero sobre esta donación, según el Relatório Benda,²⁴² surgen grandes objeciones. Ya en 1989 la Ley tampoco consignaba el anonimato del donante y existe la tendencia de disminuir la reproducción heteróloga.

A su vez el Acto Legislativo de 1990 no autoriza la producción de embriones sobrantes, y se castiga esta violación de la Ley con pena de multa y de prisión de hasta tres años. Sobre este asunto Neves Barbas escribe “*A lei alemã designa de embrião o óvulo humano fecundado y susceptible de desenvolvimento a partir do momento da fusão de núcleo e, ainda, qualquer célula totipotente retirada de um embrião que (se estiverem reunidas as condições necessárias) se possa dividir y originar uma pessoa. Nas 24 horas após a fusão do núcleo considera-se a célula humana fecundada como passível de desenvolvimento, excepto se se verificar, mesmo antes de decorrido esse tempo, que a célula humana fecundada já não se pode desenvolver para além do estágio unicelular... (in Alemania) Com a entrada em vigor em 1 de Janeiro de 1991 da ESchG (Embryonenschutzgesetz - Proyecto de Ley aprobado por el Parlamento Federal Alemán) proibiu-se, nestes moldes, a fecundação de óvulos para outros fins que não o de possibilitar uma gravidez... Impediu-se, desta forma, não só a produção de embriões supranumerários através da proibição da fecundação de óvulos excedentários e de toda a submissão do embrião a procedimentos que não tenham apenas como objectivo a sua conservação.*”

En Suecia, Gonzáles Morán destaca, “*La Ley sobre inseminación artificial*” de 1984 y “*La Ley sobre Fecundación in vitro*” de 1988 – Ley 711/1988 que según Stella Marcos Neves no consiente la donación de gametos, aquí la inseminación de una mujer con un óvulo fecundado *in vitro* solo es posible si el ovulo fuera de la mujer y fuera del marido o de pareja de hecho el semen fecundante. En 1991 se publican la Ley 114, sobre la utilización de determinadas técnicas en el marco de los exámenes generales de salud, y la Ley 115, sobre las medidas con fines de investigación o de tratamiento en relación con los embriones.

En Noruega, la ley 68/1987, sobre fecundación artificial prohíbe la donación de gametos, prohíbe el anonimato del donante, prohíbe la investigación en óvulos fecundados y prevé una fecha de 12 meses para la criopreservación del semen y de embriones pero impide la criogenización de óvulos no fecundados.

En Dinamarca, hay que considerar la Ley de junio de 1987 – Ley sobre el establecimiento de un Consejo Ético y la regulación de algunos experimentos biomédicos, sobre las técnicas de reproducción asistida y la experimentación de embriones. También la Ley 460/1997, sobre reproducción artificial en relación con el tratamiento médico, diagnóstico e investigación y sus desarrollos sobre el tratamiento de fecundación *in vitro* y diagnóstico preimplantatorio.

cos éticos y legales”. Universidad Pontificia Comillas Madrid – Madrid 1998, pág. 114/ss.

²⁴¹ (ídem) Gonzáles Morán: “Procreación humana asistida – aspectos...pág. 114/ss.

²⁴² Neves Barbas, S. “Direito ao Património Genético”, Almedina – Coimbra, 2006, pág. 58/ss.

En Suiza, en 1985, la Académie Suisse des Sciences Medicales, publicó “*Directives médico-éthiques pour le traitement de la sterilité par fécondation in vitro et transfert d’embryons.*”²⁴³ En 1988 se dicta resolución no autorizando la inseminación artificial heteróloga, que en 1989 el Tribunal Federal Suizo declaró inconstitucional; aunque en 1991 una nueva ley con el “mismo” contenido fue aprobada por el Parlamento del Cantón Suizo de Bâle Ville. En 1992 un artículo constitucional es “*refrendado*” y prohíbe la congelación de embriones y ordena la transferencia para el útero de todos los embriones obtenidos en un ciclo de tratamiento, no existiendo así embriones sobrantes.

En Italia, no había legislación específica para RMA, y no la hubo durante largo tiempo; se tenían en cuenta las reglas del Código de Deontología Médica de 1989, que determinaba del uso de las técnicas de reproducción asistida dentro del derecho a la salud. Los italianos tuvieron gran número de proyectos de ley, con posiciones restrictivas y permisivas pero no llegaron nunca a aprobación por el gran debate mantenido indefinidamente entre las distintas posiciones políticas y jurídicas. Así se quedarán con una “*norme in materia di procreazione medicalmente assistita*” que es una norma restrictiva, la Ley 40/2004 de 19 de Febrero.

En Austria, el decreto de 1988 de la Cancillería Federal, sobre las pruebas del semen por la inseminación artificial, indica condiciones para donación de semen, completado por la Ley Federal de 1994, sobre las actividades con organismos modificados por técnicas genéticas. Según Hidalgo Ordás, las finalidades de esta Ley son “*proteger la salud del ser humano, incluyendo a su descendencia, frente a los daños que puedan producirse directamente en el genoma humano, por análisis genéticos en el ser humano o por efectos producidos en éste por organismos modificados genéticamente.*”²⁴⁴

Quedarán aún según la misma autora, otras experiencias legislativas a analizar (Bulgaria, Holanda, Hungría, República Checa, antigua Unión Soviética, Reino Unido, Francia, Grecia, etc.)²⁴⁵ (Que en nuestra opinión) podríamos presentar aquí y cuyo análisis y comparación con nuestra evaluación Ibérica sería muy interesante para el estudio de nuestra problemática, pero las vamos también a dejar para un desarrollo posterior, con el seguimiento de la investigación de nuestra “Tesis” a la nueva fase de “Pos- Doc.”, que nos conducirá naturalmente a una análisis comparada con la área Iberoamericana, donde pensamos que esta temática de los nuevos desafíos jurídicos será igualmente problematizada a la luz de los nuevos derechos humanos y su nuevo paradigma planteado en las norma de la ONU, demostrando que la temática Europea aquí estudiada no estará del todo “cerrada” con el estudio presentado en nuestro enfoque Ibérico de nuestra “Tesis Doctoral”, que se pretende abierta a que la reflexión europea se madure y se encamine a un pensamiento consensual y actual fruto de la tradición histórica de humanismo y de defensa de los derechos humanos (conforme apunta nuestro contexto ibérico) correspondiendo así al desarrollo del estatuto intelectual de nuestro “Viejo Continente” ... Sin prescindir, pensamos que nuestro enfoque irá influenciar bastante lo derechos huma-

²⁴³ Neves Barbas, S. “Direito ao Património Genético” – Alguns dados de Direito Comparado, pág. 60.

²⁴⁴ Hidalgo Ordás, M. C. “Análisis jurídico – científico del concebido artificialmente”, op. Cit. pág. 195.

²⁴⁵ Por una visión más alargada de la regulación Europea de la PMA, leyese artículo de, Vega M, Vega J, Martínez Baza P., “Regulación de la Reproducción Asistida en el ámbito Europeo. Derecho Comparado,” en: <http://www.bioeticaweb.com/regulacion-de-la-reproduccion-asistida-en-el-ambito-europeo/> (Consultado en 27-12-2015).

nos en un contexto más amplio en el entorno Iberoamericano, que pretendemos estudiar en el Proyecto Posdoctoral de derecho comparado en que estamos trabajando actualmente, y cuyos resultados se esperan revelar en el primero cuartel de 2018 próximo...²⁴⁶

En Conclusión:

Citando, la Estimada Catedrática de la Universidad Portucalense - Oporto – Portugal, experta en Derechos Humanos, querida Profesora Doctora D. Esther Martínez Quinteiro: “*los contenidos, requerimientos y políticas públicas relacionadas con el cada vez más multidimensional y progresivo derecho humano de seguridad, (...) “hoy (...) requiere tanto la seguridad del respeto al derecho de las personas a su integridad física y patrimonial y del respeto a sus libertades, como la seguridad alimentaria, o la seguridad asistencial, la seguridad laboral, la seguridad medioambiental, la ciberseguridad, (y mucho importante en nuestra opinión) la seguridad de la conservación del patrimonio genético de la especie” (...)*”

Bibliografía:

- Abellán, F. y Caro, J.S., *Bioética y Ley en reproducción humana asistida: Manual de Casos Clínicos*, Granada, Comares, 2009.
- Alkorta Idiákez, I., *Regulación jurídica de la medicina reproductiva: derecho español y comparado*, Navarra, Aranzadi, 2003.
- Arroyo |Amayuelas, Esther, “Interpretación de testamento contraria a los Derechos Humanos”, in *Derecho Privado y Constitución*, 2004, 18, pp. 7 -87.
- Ara Pinilla, I., “*Las Transformaciones de los Derechos Humanos*”, Madrid, Tecnos, 1994.
- Assembleia da República Portuguesa, “Questões de Bioética”, in *Colecção Temas 1*, Procriação Medicamente Assistida, Utilização do Embrião, 1992, Vol. II.
- Barbas, S. Marcos Neves, “Aspectos Jurídicos da Inseminação artificial “post mortem”, in *Colectânea de Jurisprudência*, 1999, tomo II, 7º, pp. 21 – 24.
- Barbas, S. Marcos Neves, “Da problemática jurídica dos embriões excedentários”, in *Revista de Direito e de Estudos Sociais*, 2000, Jan/Jun., pp. 103 – 113.
- Barbas, S. Marcos Neves, “*Direito ao Património Genético*”, Coimbra, Almedina, 2006.
- Cárcaba Fernández, M., “*Los problemas jurídicos planteados por las nuevas técnicas de procreación humana*”, Barcelona, J.M. Bosch, 1995.
- Coelho, Pereira y Oliveira, Guilherme de, *Curso de Direito da Família*, Vol. I (3ª ed.), Centro de Direito da Família, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.
- Conseil de L’Europe, “*Le Droit au Respect de la Vie Privée et Familiale*”, Dossier sur les Droit de L’Homme, 7, Strasbourg, 1985.

²⁴⁶ Véase: Proyecto de Ley nº 138/XII (Presentado por lo Grupo Parlamentar del Partido Social Democrata Portugués en Janeiro 2012) que pretende alterar la Lei nº 32/2006, de 26 de Julio, que regula la utilización de las técnicas de procreación medicamente asistida.

- Díaz, Martínez A., “*Régimen de la reproducción asistida en España: El proceso legal de reformas*”, Madrid, Dykinson S.L., 2006.
- Goday Vázquez, M. Olaya, “*Régimen jurídico de la tecnología reproductiva y la investigación biomédica con material humano embrionario*”, Madrid, Dykinson S.L., 2014.
- Gomes Cobacho, José António, “*Comentarios a la Ley 14/2006 de 26 de Mayo, sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida*”, Madrid, Thomson Aranzadi, 2007.
- Hidalgo Ordás, M.C., “*Análisis jurídico – científico del concebido artificialmente: En el marco del experimentación génica*”, Barcelona, Bosch, 2002.
- Human Fertilisation and Embryology Authority (HFEA), “*The HFEA guide to infertility and directory clinics*”, 2005/2006.
- Idiákez Itiziar, Alkorta, “*Regulación Jurídica de la Medicina Reproductiva – Derecho Español y comparado*”, Navarra, Thomson Aranzadi, 2003.
- Lledó Yague, F. y Ochoa Marieta, C. y Monje Balmaseda, O., “*Comentarios científico – jurídicos a la Ley sobre Técnicas de Reproducción Humana Asistida: Ley 14/2006 de 26 de Mayo*”, Madrid, Dykinson, 2007.
- Mota Pinto, Paulo, “*Indeminização em caso de “Nascimento Indevido” e de “Vida Indevida” (“Wrongful Birth” e “Wrongful Life”)*”, in *Lex Medicinæ*, 4, 7, 2007.
- Oliveira, Guilherme De, “*Um Caso de Selecção de Embriões*”, in *Lex Medicinæ*, 1, 2004.
- Oliveira, Guilherme De, “*Beneficiários da Procriação Assistida*” in *Temas de direito da medicina*”, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 31 – 58.
- Pérez Luño, A.E., “*La Tercera Generación de Derechos Humanos*”, Navarra, Aranzadi, 2006.
- Raposo, Vera Lúcia, “*O direito à Imortalidade – O exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*” Coimbra, Almedina, 2014.
- Romeo Casabona, C., (Ed.), “*La cuestión jurídica de la obtención de células troncales embrionarias humanas con fines de investigación biomédica. Consideraciones de política legislativa*”, in *Revista Derecho y Genoma Humano*, 24, enero/julio 2006, pp. 75/ss.
- Serrão, D., “*Livro Branco - Uso de Embriões Humanos em Investigação Científica*”, Lisboa, Ministério da Ciência e do Ensino Superior, 2003.
- Vale e Reis, R., “*O direito ao conhecimento das origens genéticas*”, Coimbra, Coimbra Editora, 2008.
- Vale e Reis, R., “*Responsabilidade Penal na Procriação Medicamente Assistida – Criminalização do Recurso à Maternidade de Substituição e Outras Soluções Criminalmente Duvidosas*”, in *Lex Medicinæ*, 7, 13, 2010.
- Proença Xavier, João, “*Ensayo sobre la Problemática de los Embriones Excedentarios en la Reproducción Medicamente Asistida*”, Tesina Doctorado “*Pasado y Presente de Los Derechos Humanos*”, Salamanca, 2012.
- Proença Xavier, João, “*Temas Fuertes de la Reproducción Asistida (en contexto ibérico)-Análisis comparativo da la Ley Española 14/2006 y la Ley Portuguesa 32/2006*”, Universidad de Salamanca, 2016.

Legislación:

Instrumento de Ratificación del Convenio para la protección de los derechos humanos y la dignidad del ser humano con respecto a las aplicaciones de la Biología y la Medicina (Convenio relativo a los derechos humanos y la biomedicina), hecho en Oviedo el 4 de abril de 1997. <<http://www.boe.es/boe/dias/1999/10/20/pdfs/A36825-36830.pdf>> [30 diciembre 2015].

Lei Portuguesa de Procriação Medicamente Assistida, Lei 32/2006 de 26 de Julho fdunl.pt, <http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/tpb_MA_4022.pdf> [30 diciembre 2015]. (Versão actualizada Lei 59/2007 de 4 de Setembro onde o Artigo 4.º da Lei nº59/2007 de 04 de Setembro - Aditamento à Lei n.º 32/2006, de 26 de Julho), <http://www.pgdlisboa.pt/leis/lei_mostra_articulado.php?artigo_id=930A0004&nid=930&tabela=lei_velhas&pagina=1&ficha=1&nversao=1> [30 diciembre 2015].

Ley Española de Procreación Medicamente Asistida, Ley 14/2006 de 26 de Mayo, (versión incluida en la Tesis del Autor). <<http://www.bioeticaweb.com>> [30 diciembre 2015]. Ley 14/2006, de 26 de mayo, sobre técnicas de reproducción humana asistida.

Jefatura del Estado «BOE» núm. 126, de 27 de mayo de 2006. Referencia: BOE-A-2006-9292 Texto Consolidado - Última modificación: 14 de julio de 2015). <<http://www.boe.es/buscar/pdf/2006/BOE-A-2006-9292-consolidado.pdf>> [30 diciembre 2015].

Análise econômica do direito: necessidade de imposição de limites no aproveitamento dos critérios econômicos pelo direito

VINICIUS FIGUEIREDO CHAVES²⁴⁷

NILTON CÉSAR DA SILVA FLORES²⁴⁸

Universidade de Estácio de Sá

Introdução

Na quadra final do século XX a *Análise Econômica do Direito* foi alçada à condição de movimento teórico de maior força na realidade anglo-saxã, particularmente norte-americana²⁴⁹, espraiando-se também para uma série de outros países partidários de sistemas jurídicos de formação e características distintas²⁵⁰.

²⁴⁷ Doutor em Direito pela UERJ. Professor permanente do PPGD da UNESA. Professor adjunto da UFRJ. Professor adjunto da UFF. Pesquisador do Programa Pesquisa Produtividade da UNESA.

²⁴⁸ Doutor em Direito pela UFSC. Professor permanente do PPGD da UNESA. Professor adjunto da UFF.

²⁴⁹ Posiciona-se Cristiane de Oliveira Coelho: “Nas últimas décadas do século XX, o movimento conhecido como ‘Análise Econômica do Direito’, ou simplesmente como ‘Law and Economics’, deixou de ser um pequeno e alternativo programa de pesquisa nas áreas do Direito e da Economia, para estabelecer-se como uma das principais escolas jurídicas dessa época. Seu desenvolvimento e aplicação resultaram em profundas mudanças tanto no contexto disciplinar das Faculdades de Direito como na prática jurídica norte-americanas. Prova disso é que a partir de 1980, pelo menos um economista fazia parte do corpo docente das mais conceituadas escolas de Direito dos Estados Unidos, quando também passaram a ser publicadas diversas revistas especializadas no em Law and Economics”. COELHO, Cristiane de Oliveira. *A Análise Econômica do Direito enquanto Ciência: uma explicação do seu êxito sob a perspectiva da História do Pensamento Econômico*. In: **Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers (Anais)**. Berkeley: University of California (Berkeley Program in Law and Economics), 2007, p. 1-2. Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/47q8s2nd>>. Acesso em: 06 mar. 2017.

²⁵⁰ Sobre a formação e características dos sistemas jurídicos contemporâneos, remete-se o leitor às obras dos juristas Mario Giuseppe Losano e René David: LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurí-**

Em decorrência da ampliação desta tendência de análise do Direito sob o prisma econômico, aprofundaram-se discussões a respeito de seu enquadramento no âmbito das ciências sociais. Há, neste sentido, quem a identifique como uma forma geral de aplicação da teoria econômica na explicação do Direito²⁵¹; outros chegam a apontá-la como uma verdadeira teoria do Direito²⁵².

Seja na condição de teoria econômica para explicação do Direito, ou mesmo de teoria do Direito, o fato é que, tal como a Pirâmide de Pei²⁵³, a *Análise Econômica do Direito* não pode ser ignorada. Existem, neste sentido, justificativas para as mais distintas abordagens a respeito do movimento e suas concepções, na medida em que, em última análise, a intersecção entre a Economia e o Direito, campos do conhecimento distintos no âmbito do pensamento social, possibilita a construção de uma perspectiva mais ampla da realidade social em geral, assim como de cada um desses campos em particular.

De um modo geral, dentre outras aplicações sugeridas, os adeptos da *Análise Econômica do Direito* propõem apontar as diferentes implicações provenientes de escolhas normativas²⁵⁴. Busca-se a compreensão dos efeitos das normas sobre o comportamento de atores relevantes e a consequente análise se tais efeitos são socialmente desejáveis. De acordo com este raciocínio, a Economia disporia de teorias matemáticas e métodos empíricos precisos para analisar os efeitos dos preços implícitos que as leis atribuem ao comportamento de atores relevantes. Para tanto, são utilizados os chamados *critérios de eficiência*.

Em meio a uma série de possíveis problematizações em torno do tema, uma em especial merece análise: a questão da dimensão do aproveitamento dos critérios econômicos pelo

dicos – introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. São Paulo: Martins Fontes, 2007; DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

²⁵¹ ALVAREZ, Alejandro Bugallo. *Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 29, jul./dez. 2006, p. 52. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Bugallo_n29.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2017.

²⁵² Para Robert Cooter e Jody S. Kraus, a *Análise Econômica do Direito* pode ser compreendida como uma verdadeira teoria do Direito, constituindo um marco ao lado do Formalismo e do Realismo. COOTER, Robert; KRAUS, Jody S. *The Measure of Law and Economics*. In: **Law and Economics Workshop**. Berkeley: University of California (Berkeley Program in Law and Economics), p. 1-56, 2014. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1005&context=law_econ>. Acesso em: 06 mar. 2017.

²⁵³ Aqui, toma-se emprestada a interessante referência construída por Robert Cooter e Jody S. Kraus, os quais utilizam o exemplo da Pirâmide de Pei, grande estrutura de vidro e metal situada no pátio do Palácio do Louvre, que serve de entrada principal do Museu do Louvre, em Paris. Segundo mencionam, alguns gostam dela, outros querem demoli-la, mas ninguém a ignora. O movimento Direito e Economia (para Cooter e Kraus, verdadeira teoria do Direito, constituindo um marco ao lado do Formalismo e do Realismo), representaria a pirâmide no pátio do palácio: alguns juristas amam, outros odeiam, mas ninguém pode ignorar. COOTER, Robert; KRAUS, Jody S. *The Measure of Law and Economics*. In: **Law and Economics Workshop**. Berkeley: University of California (Berkeley Program in Law and Economics), 2014, p. 1. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1005&context=law_econ>. Acesso em: 06 mar. 2017.

²⁵⁴ A aplicação do instrumental econômico não se restringe às escolhas normativas, sendo também comum a sua utilização em abordagens acerca de políticas públicas e decisões judiciais.

Direito, particularmente nos países aderentes à tradição jurídica do *civil law*. Com intuito de contribuir para a discussão, formula-se o seguinte problema de pesquisa que se buscará responder ao longo do trabalho: A eficiência pode ser considerada como critério exclusivo para a fundamentação de escolhas normativas?

O objetivo geral do artigo é, sem questionar as possibilidades de utilização desse instrumental econômico, que permite efetivar o diálogo entre os campos do conhecimento da Economia e do Direito, demonstrar a necessidade de imposição de certos limites no aproveitamento dos critérios econômicos pelo Direito.

Com a finalidade de analisar a questão norteadora exposta acima, em busca tanto da construção de resposta adequada quanto do atingimento do objetivo geral assinalado, realizou-se pesquisa qualitativa, seguindo uma linha de raciocínio dedutivo, de cunho interdisciplinar, com levantamento e análise da literatura nos campos econômico, jurídico, jus-econômico e jus-filosófico. Foram exploradas doutrinas em âmbito nacional e internacional.

Análise Econômica do Direito: o que é e o que propõe?

Atualmente²⁵⁵, *Análise Econômica do Direito* (ou *Direito e Economia*) vem sendo definido como “um corpo teórico fundado na aplicação da economia às normas e instituições político-jurídicas”²⁵⁶, apresentando-se como uma peculiar maneira de se buscar “[...] compreender o pensamento jurídico por meio da aplicação da teoria econômica para o exame da formação, estrutura e impacto econômico causado pelo Direito, aplicado sob o enfoque da ciência econômica”²⁵⁷.

²⁵⁵ A limitação do artigo em 10 páginas torna desaconselhável a discussão mais detalhada sobre os possíveis fundamentos filosóficos da Análise Econômica do Direito. Para Carlos Santiago Nino, por exemplo, a análise econômica do Direito (ou o enfoque econômico do Direito) configura uma projeção do utilitarismo no campo jurídico. De acordo com esta perspectiva, o nascedouro do campo de estudos que envolve a análise econômica do Direito remonta então ao século XVIII, com a obra do filósofo e jurista inglês Jeremy Bentham. NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do Direito**. Tradução de Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 472.

²⁵⁶ SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Direito e Economia? **Revista do Curso de Direito da UNIFACS**, n. 160, out. 2013, p. 3. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2793/2033>>. Acesso em: 02 mar. 2017.

²⁵⁷ PARREIRA, Liziane; BENACCHIO, Marcelo. Da análise econômica do Direito para a análise jurídica da Economia: a concretização da sustentabilidade. **Prisma Jurídico**, São Paulo, vol. 11, n. 1, jan.- jun./2012, p. 184. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/pdf/934/93426128010.pdf>>. Acesso em: 02 mar. 2017. No mesmo sentido, a doutrina de Everton das Neves Gonçalves e Joana Stelzer: “A LaE busca a compreensão do universo jurídico partindo de pressupostos e valores metajurídicos pertencentes ao mundo do econômico, aplicáveis, tanto, quando da criação da norma jurídica como quando de sua verificabilidade, já em instância de caso concreto, nas barras dos tribunais”. GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Eficiência e direito: pecado ou virtude; uma incursão pela análise econômica do direito. **Revista Jurídica – UNICURITIBA**, Curitiba, v. 1, n. 28, p. 77-122, 2012. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/412>>. Acesso em: 02 mar. 2017.

A disciplina²⁵⁸ se presta a estudar as respostas a duas questões fundamentais. Uma questão definida como *positiva*, ligada ao impacto das leis e regulamentos no comportamento dos indivíduos no que diz respeito a suas decisões e seus consequentes reflexos para a prosperidade social; e uma questão entendida como *normativa*, esta última atrelada às relativas vantagens das normas jurídicas em termos de eficiência e ganhos de prosperidade social²⁵⁹.

Para a apreensão dessas dimensões positiva e normativa – que implicam a avaliação dos efeitos das normas sobre o comportamento de atores relevantes e a consequente análise se tais efeitos são socialmente desejáveis²⁶⁰ – propõe-se a utilização de um instrumental teórico e empírico da Economia “para se tentar compreender, explicar e prever as implicações fáticas do ordenamento jurídico”²⁶¹ e, também, a sua própria lógica e racionalidade. Deste modo, a disciplina da análise econômica é apresentada como forma de exame e compreensão dos impactos do arcabouço legal sobre o mundo dos fatos, com implicações na atribuição de num novo significado para o sujeito jurídico ao atrelá-lo ao *homo oeconomicus*, elemento central do paradigma econômico.

A questão é bem explicitada por Robert Cooter e Thomas Ullen²⁶², mediante a utilização das variáveis *sanções* e *preços* e avaliações acerca de seus impactos nos comportamentos dos indivíduos. Conforme sua definição, a Economia provê uma teoria científica que permite prever os efeitos das sanções legais sobre os comportamentos, sendo que tais efeitos são defendidos como respostas consideradas relevantes para fazer, revisar, revogar e interpretar as leis. De acordo com este raciocínio, economistas encontram coincidências entre sanções e preços e, presumivelmente, as pessoas respondem a essas sanções legais da mesma forma como respondem aos preços. Seu exemplo: como uma resposta a preços mais elevados, as pessoas consomem menos do bem mais caro; como resposta a sanções legais severas, fazem menos da atividade sancionada.

Com base na lógica descrita acima, os adeptos da *Análise Econômica do Direito* defendem que a Economia tem teorias matemáticas precisas (tais como a *teoria dos preços* e a *teoria dos jogos*) e alguns métodos empíricos (tais como a *estatística* e a *econometria*)²⁶³ para

²⁵⁸ Ronald H. Coase, em fala proferida na John M. **Olin Centennial Conference in Law and Economics**, realizada na Faculdade de Direito da Universidade de Chicago (7-9 de abril de 1992), já sinalizava o reconhecimento da Análise Econômica do Direito como uma disciplina ou subcampo autônomo de estudos. O teor da exposição de Coase veio a ser publicado no ano seguinte, no *Journal of Law and Economics*. COASE, Ronald H. *Law and Economics at Chicago*. **Journal of Law and Economics**, Chicago, v. 36, n. 1, abr. 1993, p. 254.

²⁵⁹ GAROUPA, Nuno; GINSBURG, Tom. Análise Econômica e Direito Comparado. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 139-140.

²⁶⁰ KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. *Economic Analysis of Law*. In: AUERBACH, Alan J.; FELDSTEIN, Martin. (edit.). **Handbook of Public Economics**, v. 3, Elsevier, 2002, p. 1.666.

²⁶¹ GICO JR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. Análise Econômica e Direito Comparado. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 14.

²⁶² COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 6. ed. Chicago: Pearson, 2010, p. 3.

²⁶³ Dentre outros, esta é a afirmação de Robert Cooter e Jody S. Kraus. COOTER, Robert; KRAUS, Jody S. **The Measure of Law and Economics**. In: *Law and Economics Workshop*. Berkeley: University of California (Berkeley Program in Law and Economics), 2014, p. 5. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1005&context=law_econ>. Acesso em: 06 mar. 2017.

analisar os efeitos dos preços implícitos que as leis em geral atribuem ao comportamento dos indivíduos numa economia em concreto.

Para Carlos Santiago Nino²⁶⁴, trata-se de um *enfoque econômico do Direito* cuja ideia básica “[...] é a de que as instituições e soluções de um sistema jurídico podem ser compreendidas e explicadas como tentativas para obter uma adjudicação eficiente de recursos”. Desde esta perspectiva, aponta o autor que o *leitmotiv* da *Análise Econômica do Direito* residiria na busca de obtenção de eficiência por intermédio do Direito.

Necessário, portanto, compreender as bases dos principais critérios e as finalidades que lhes são atribuídas.

Os critérios de eficiência e as suas finalidades

Dentre os principais parâmetros utilizados na metodologia da disciplina se encontram os chamados *critérios de eficiência*, tais como a *eficiência de Pareto* e o *critério de Kaldor-Hicks*²⁶⁵, tidos como aptos para avaliar o atingimento dos melhores resultados com o mínimo de desperdício.

Aponta Stanley L. Brue²⁶⁶ que Pareto demonstrou as condições para a hoje conhecida *otimização de Pareto*, juízo pelo qual o bem-estar máximo “ocorre quando já não há mudanças capazes de deixar uma pessoa em melhor situação, sem deixar outras em situação pior”. Por sua vez, Alfredo Copetti Neto e José Luiz Bolzan de Moraes destacam que, na década de 30, Nicholas Kaldor e John R. Hicks buscaram revigorar a proposta de Pareto conferindo-lhe uma maior sofisticação de sua cientificidade e aplicabilidade, mediante a criação de um outro critério que procura equacionar as relações entre ganhos e perdas numa situação em concreto. Assim, eventuais vencedores em dado caso específico “[...] deveriam ter lucrado mais do que os perdedores teriam perdido, ao ponto de poder compensá-los pelas suas perdas e, ainda assim, permanecer em um estado melhor do que se encontravam anteriormente”²⁶⁷.

De acordo com as pressuposições da *Análise Econômica do Direito*, o emprego desse instrumental econômico, pautado em critérios de eficiência, dá-se com a finalidade de “ex-

²⁶⁴ NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do Direito**. Tradução de Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 472.

²⁶⁵ Para a compreensão detalhada dos critérios de eficiência, recomenda-se a seguinte leitura: COLEMAN, Jules L. **Economics and the Law: A Critical Review of the Foundations of the Economic Approach to Law**. *Ethics*, v. 94, n. 4, p. 649-679, jul.1984. Disponível em: <<http://www.ppge.ufrgs.br/giacomo/arquivos/econ-crime-old/coleman-1994.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2017.

²⁶⁶ BRUE, Stanley L. **História do Pensamento Econômico**. Tradução de Luciana Penteado Miquelino. São Paulo: Cengage Learning, 2013, p. 394.

²⁶⁷ COPETTI NETO, Alfredo; MORAIS, José Luiz Bolzan de. O segundo movimento Law and Economics, a eficiência e o consenso do modelo neoclássico ordenalista subjetivista a partir de Richard Posner: ruptura ou (re) aproximação ao (Estado de) direito contemporâneo? **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, n. 4, jan.-jun. 2011, p. 69-70. Disponível em: <<http://abdconst.com.br/revista5/segundoAlfredoJose.pdf>>. Acesso em: 02 mar. 2017.

pandir a compreensão e o alcance do direito e aperfeiçoar o desenvolvimento, a aplicação e avaliação de normas jurídicas, principalmente com relação às suas consequências²⁶⁸.

Percebe-se, assim, que em termos práticos tem-se uma espécie de leitura do Direito a partir de seus resultados, que se vale de métricas propostas pela Economia e seu instrumental, teórico e empírico, tendo a busca de eficiência como referencial primeiro.

Enquadramento da *Análise Econômica do Direito* no campo do pensamento social

Há quem identifique o movimento da *Análise Econômica do Direito* como uma forma geral de aplicação da teoria econômica na explicação do Direito²⁶⁹. Existe, por outro lado, quem chegue a apontar que se trata de uma verdadeira teoria do Direito²⁷⁰.

Seja na condição de teoria econômica para explicação do Direito ou mesmo na condição de teoria do Direito, o fato é que, desde as últimas décadas do século XX, passou a análise econômica à condição de movimento teórico de abordagem do Direito de maior força na realidade norte-americana²⁷¹, tendo se espalhado também para uma série de outros países adeptos de diferentes tradições jurídicas.

Talvez, mais importante do que refletir sobre seu enquadramento no campo do pensamento social seja perceber que a *Análise Econômica do Direito* não constitui um movimento homogêneo. Em seu âmbito, congrega variadas linhas e tendências de pensamento, diferentes vias bem sintetizadas por Alejandro Bugallo Alvarez²⁷²: i) a tendência ligada à Escola de Chicago, também conhecida como *conservadora* (normalmente identificada com a figura de Richard Posner, e composta, entre outros, por William M. Landes, Alan Schwartz, Edmund W. Kitch e Frank H. Easterbrook); ii) via *liberal-reformista*, tendo Guido Calabresi como figura

²⁶⁸ GICO JR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. *Análise Econômica e Direito Comparado*. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 1.

²⁶⁹ ALVAREZ, Alejandro Bugallo. *Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 29, jul./dez. 2006, p. 52. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Bugallo_n29.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2017.

²⁷⁰ COOTER, Robert; KRAUS, Jody S. **The Measure of Law and Economics**. In: **Law and Economics Workshop**. Berkeley: University of California (Berkeley Program in Law and Economics), p. 1-56, 2014. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1005&context=law_econ>. Acesso em: 06 mar. 2017.

²⁷¹ Neste sentido: PINTO, Paulo Mota. Sobre a alegada “superação” do Direito pela análise econômica: ilustrada com a análise das medidas de indenização contratual. In: NUNES, Antônio José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coords.). **O Direito e o Futuro: o Futuro do Direito**. Coimbra: Almedida, 2008, p. 169; COELHO, Cristiane de Oliveira. A *Análise Econômica do Direito* enquanto Ciência: uma explicação do seu êxito sob a perspectiva da História do Pensamento Econômico. In: Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers (Anais). Berkeley: University of California (Berkeley Program in Law and Economics), 2007, p. 1-2. Disponível em: <<http://escholarship.org/uc/item/47q8s2nd>>. Acesso em: 06 mar. 2017.

²⁷² ALVAREZ, Alejandro Bugallo. *Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações. Direito, Estado e Sociedade*, Rio de Janeiro, v. 9, n. 29, jul./dez. 2006, p. 53. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Bugallo_n29.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2017.

marcante e integrada por autores como A. Mitchell Polinsky, Bruce Ackermann, Lewis A. Korhnhauser, Robert Cooter e Jules L. Coleman); e, iii) tendência *neoinstitucionalista* (distinta das anteriores tanto na temática como na metodologia) e composta por autores como A. Allam Schmid, Warren J. Samuels, Nicholas Mercúrio e Oliver E. Williamson, entre outros.

Não obstante a existência de variadas linhas e tendências de pensamento, pode-se perceber que algumas premissas básicas orientam o movimento. Segundo Jairo Saddi²⁷³, são três: i) A primeira seria a de que “existe maximização racional das necessidades humanas”; ii) A segunda, que “os indivíduos obedecem a incentivos de preços para conseguir balizar o seu comportamento racional; iii) E, a terceira, que “regras legais podem ser avaliadas com base na eficiência de sua aplicação, com a consequente máxima de que prescrições normativas devem promover a eficiência do sistema social”.

Parte-se, então, para a reflexão sobre a questão da dimensão do aproveitamento dos critérios econômicos pelo Direito nas escolhas normativas.

Necessidade de imposição de limites no aproveitamento dos critérios econômicos pelo Direito

Nas pressuposições dos adeptos da Análise Econômica, o Direito é compreendido como um conjunto de incentivos aos agentes econômicos devendo premiar as condutas eficientes e penalizar as ineficientes²⁷⁴. Pode-se dizer que, de uma forma geral, a disciplina se encontra baseada numa perspectiva funcionalista que projeta uma espécie de *economização* do Direito. A este respeito, oportuno resgatar o entendimento de Paulo Mota Pinto:

Assume tal análise um ponto de vista funcionalista, em que o fim social decisivo é, se não a “utilidade total”, a “maximização da riqueza” (assim, Richard Posner) ou do “bem-estar”, procedendo a uma “economização do Direito” autolimitada a esses fins (entendidos embora com amplitude, mas deixando de fora os “problemas de distribuição”). E postula, não só um individualismo (metódico e antropológico), como necessariamente uma visão do indivíduo dominado por tal racionalidade utilitária, enquanto maximizador racional dos seus fins, em que aquilo que sente que deve fazer apenas poderia relevar no contexto desta maximização, e o Direito aparece como técnica, operador ou instrumento desse fim²⁷⁵.

No artigo *Consequentialism in Law*, Klaus Mathis, professor da Faculdade de Direito da Universidade de Lucerne/Suíça, explicita de forma clara e precisa esse movimento de

²⁷³ SADDI, Jairo. **Análise Econômica da Falência**. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). *Direito e Economia no Brasil*. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 353.

²⁷⁴ ALVAREZ, Alejandro Bugallo, op. cit., p. 52.

²⁷⁵ PINTO, Paulo Mota. Sobre a alegada “superação” do Direito pela análise econômica: ilustrada com a análise das medidas de indemnização contratual. In: NUNES, Antônio José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coords.). **O Direito e o Futuro: o Futuro do Direito**. Coimbra: Almedida, 2008, p. 170.

apropriação, pelo Direito, do *Consequencialismo da Economia*, via *Análise Econômica do Direito*²⁷⁶.

Para uma compreensão mais adequada do tema, é necessário inserir tal movimento dentro de um contexto mais amplo de transformações observadas em diversos sistemas jurídicos contemporâneos²⁷⁷. Tal como adverte Ivo Gico Jr., tais modificações se edificaram como reação principalmente ao positivismo, mas em perspectivas distintas: enquanto de um lado (na perspectiva de países adeptos da tradição do *civil law*), emergiram o *Pós-positivismo* e o *Neonconstitucionalismo*; do outro (na perspectiva anglo-saxã), surgiram movimentos alternativos como o *Realismo Jurídico* norte americano²⁷⁸.

A perspectiva do *Realismo Jurídico* norte americano é fundamentada, entre outras premissas, na defesa da ideia de emprego de uma abordagem mais pragmática ao Direito, baseada na interdisciplinaridade com os conhecimentos de outros campos do saber, com a finalidade de promover um balanceamento dos interesses sociais²⁷⁹. Tem-se, desta maneira, uma particular compreensão para o papel do Direito, fruto de um clamor pelo diálogo deste para com as demais ciências²⁸⁰, sob a alegação da necessidade de seu afastamento do formalismo e maior aproximação da realidade. Esta concepção, que prevê uma espécie de *instrumentalismo jurídico*, resultou no aparecimento de uma série de escolas de pensamento interdisciplinares, como a *Análise Econômica do Direito* (*Law and Economics*) e os *Estudos Críticos do Direito* (*Critical Legal Studies*), entre outras, que propõem enxergar o mundo de maneira mais realista e pragmática²⁸¹.

Na perspectiva dos países adeptos do *civil law*, referidas alterações e mudanças de fundo decorreram, em grande medida, dos movimentos de implementação do chamado Estado Democrático de Direito Constitucional contemporâneo²⁸². Antônio Cavalcanti Maia aponta

²⁷⁶ MATHIS, Klaus. Consequentialism in Law. In: MATHIS, Klaus (org.) **Efficiency, Sustainability and Justice to Future Generations**. Dordrecht: Springer Science+Business MediaBV, p. 3-29, 2011. Disponível em: <http://www.unilu.ch/fileadmin/fakultaeten/rf/mathis/Dok/6_Mathis_Consequentialism_in_Law.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2017.

²⁷⁷ Sobre a formação e características dos sistemas jurídicos contemporâneos, remete-se o leitor às obras dos juristas Mario Giuseppe Losano e René David: LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos** – introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus. São Paulo: Martins Fontes, 2007; DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 4ª ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.

²⁷⁸ GICO JR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. *Análise Econômica e Direito Comparado*. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2ª ed. São Paulo: Atlas, 2014, p. 7.

²⁷⁹ Idem, p. 7.

²⁸⁰ Notadamente com a Economia.

²⁸¹ GICO JR., Ivo, p. 7.

²⁸² O movimento de transformações no Direito Constitucional, com seus impactos na realidade brasileira, é relatado com precisão por Luís Roberto Barroso. Em seu trabalho, o autor recapitula a trajetória percorrida pelo Direito Constitucional nas últimas décadas, na Europa e no Brasil, tendo em consideração três marcos: i) marco histórico; ii) marco filosófico; e iii) marco teórico. Segundo esclarece Barroso, o marco histórico deste novo Direito Constitucional, na Europa, teria sido o constitucionalismo do pós-guerra, notadamente na Alemanha e na Itália; no Brasil, a Constituição de 1988 e o processo de redemocratização que a mesma ajudou a concretizar. Esta aproximação entre as ideias de constitucionalismo e democracia teria resultado numa nova forma de organização política, à qual se atribuíram nomes diversos como Estado

a principal delas como sendo a atribuição de um novo papel à constituição em uma série de nações seguidoras da tradição jurídica europeia-continental, como Alemanha, Itália, Espanha, Portugal e Brasil. Tem-se, de acordo com esta nova orientação epistemológica presente em diferentes países, na constituição “não mais um texto que sirva como um esboço orientativo

Democrático de Direito, Estado Constitucional de Direito e Estado Constitucional Democrático. Como marco filosófico do novo Direito Constitucional, Barroso aponta o pós-positivismo, modelo que teria superado o jusnaturalismo e o positivismo, estas últimas afirmadas como as duas grandes correntes de pensamento que, até o momento do aparecimento do pós-positivismo, ofertavam paradigmas opostos para o Direito. O alegado fracasso dos arquétipos em questão acabou por descortinar espaço para novas reflexões sobre o Direito, sua função social e interpretação. Tais reflexões se dão em torno de ideias como a retorno da ética e dos valores ao Direito, implicando numa reaproximação entre o Direito e a Filosofia. O novo paradigma pós-positivista, tido como ainda em construção, sem deixar de lado o direito posto busca ir além da legalidade estrita, posição epistêmica que impacta os processos de construção, interpretação e aplicação do Direito, doravante inspirados em teorias de justiça. O marco teórico, sinaliza Barroso, encontra-se atrelado a três grandes transformações que, em sua opinião, acabaram por subverter o conhecimento convencional relativo à aplicação do Direito Constitucional, quais sejam: i) o reconhecimento de força normativa à Constituição; ii) a expansão da jurisdição constitucional; e iii) o desenvolvimento de uma dogmática da interpretação constitucional. BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Themis – Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará*, Fortaleza, v. 4, n. 2, jul./dez. 2006, p. 17-21. Disponível em:

http://esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2008/10/themis_v4_n_2.pdf. Acesso em: 15 maio. 2017.

Sendo o pós-positivismo, no dizer de Barroso, uma reação às concepções do direito natural e do direito positivo (no sentido de positivismo jurídico), parece oportuno, em vez de procurar defini-las, buscar as diferenças entre ambas. Neste sentido, reproduzem-se os seis critérios de distinção propostos por Norberto Bobbio (após cotejar os ensinamentos de Aristóteles, Paulo, Grócio e Glük, retratando o pensamento clássico, o pensamento medieval e o pensamento dos jusnaturalistas dos séculos XVII e XVIII): “a) o primeiro se baseia na antítese universalidade/particularidade e contrapõe o direito natural, que vale em toda parte, ao positivo, que vale apenas em alguns lugares (Aristóteles, Inst. – 1ª definição); b) o segundo se baseia na antítese imutabilidade/mutabilidade: o direito natural é imutável no tempo, o positivo muda (Inst. – 2ª definição -, Paulo); esta característica nem sempre foi reconhecida: Aristóteles, por exemplo, sublinha a universalidade no espaço, mas não acolhe a imutabilidade no tempo, sustentando que também o direito natural pode mudar no tempo; c) o terceiro critério de distinção, um dos mais importantes, refere-se à fonte do direito e funda-se na antítese natura-potestas populus (Inst. – 1ª definição -, Grócio); d) o quarto critério se refere ao modo pelo qual o direito é conhecido, o modo pelo qual chega a nós (isto é, os destinatários), e lastreia-se na antítese ratio-voluntas (Glük): o direito natural é aquele que conhecemos através de nossa razão. (Este critério liga-se a uma concepção racionalista da ética, segundo a qual os deveres morais podem ser conhecidos racionalmente, e, de um modo mais geral, por uma concepção racionalista da filosofia.) O direito positivo, ao contrário, é conhecido através de uma declaração de vontade alheia (promulgação); e) o quinto critério concerne ao objeto dos dois direitos, isto é, aos comportamentos regulados por estes: os comportamentos regulados pelo direito natural são bons ou maus por si mesmos, enquanto aqueles regulados pelo direito positivo são por si mesmos indiferentes e assumem uma certa qualificação apenas porque (e depois que) foram disciplinados de um certo modo pelo direito positivo (é justo aquilo que é ordenado, injusto o que é vedado) (Aristóteles, Grócio); f) a última distinção refere-se ao critério de valoração das ações e é enunciado por Paulo: o direito natural estabelece aquilo que é bom, o direito positivo estabelece aquilo que é útil”. BOBBIO, Norberto. **O Positivismo Jurídico**: Lições de Filosofia do Direito. Compilação por Nello Morra. Tradução e notas por Márcio Pugliesi. São Paulo: Ícone, 2006, p. 22-23

que deve ser simplesmente respeitado pelo legislador, mas sim um programa positivo de valores que deve ser atuado pelo legislador”²⁸³.

Como já descrevera Konrad Hesse, passa-se a um novo quadro de referência em que a constituição traduz a ordem jurídica fundamental de uma coletividade. Assim, determina princípios diretivos, regula procedimentos de superação de conflitos, ordena as maneiras de organização e o procedimento de formação da vontade política e da atividade estatal, e, principalmente (aspecto que guarda maior relação com esta tese), estabelece os alicerces e balizamentos fundamentais para a configuração da ordem jurídica que fundamenta²⁸⁴.

Este quadro de alterações vivenciado em inúmeros países, também verificado na experiência legal brasileira, acabou por gerar a incorporação de conteúdos substantivos ao ápice dos ordenamentos jurídicos, através de processos que implicaram na rematerialização do sentido atribuído aos textos constitucionais. Como resultado, influenciaram a nova dogmática constitucional e os consequentes alicerces de edificação de um modelo ainda em construção: o *Pós-positivismo* e o *Neoconstitucionalismo*²⁸⁵.

Neste sentido, em meio a este cenário de alterações e de ressignificação dos papéis atribuídos aos textos constitucionais e ao próprio Direito não há um quadro comum teórico, mas diferentes movimentos que descrevem o Direito de várias formas e desde inúmeras perspectivas não convergentes. E estas distintas feições emprestadas ao Direito frequentemente têm resultado em diferentes modos de se enxergar os objetos de estudo, na medida em que as percepções se encontram baseadas em certos jeitos de ver a realidade²⁸⁶, influenciados por visões particulares da realidade e que carregam o peso de preocupações diferenciadas entre si²⁸⁷.

Consideradas as questões acima, acredita-se que a intersecção entre a Economia e o Direito, campos do conhecimento distintos no âmbito do pensamento social, possibilita a construção de uma perspectiva mais ampla da realidade social em geral, assim como de cada um desses campos em particular.

No processo de escolhas normativas, parece oportuno, até mesmo imprescindível, procurar compreender os efeitos das normas sobre os comportamentos, no sentido de se tentar prever as diferentes implicações que eventualmente podem decorrer das diferentes opções normativas possíveis. Mas, reconhecer as possibilidades de utilização desse instrumental econômico, que permite efetivar o diálogo entre os campos do conhecimento da Economia e do Direito, e considerar a eficiência como critério para a fundamentação de escolhas não deve implicar em se lhe atribuir peso absoluto. Especialmente nos países adeptos da tradição jurídica do *civil law*.

²⁸³ MAIA, Antônio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Márcio; MORAES, Alexandre de; et al. **20 anos da Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 395.

²⁸⁴ HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998, p. 40.

²⁸⁵ MAIA, Antônio Cavalcanti. p. 396.

²⁸⁶ GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 15-16.

²⁸⁷ TIGRE, Paulo de Barros, p. 105.

Conforme observou Ivo Waisberg²⁸⁸, se não se deve fechar os olhos e desconsiderar as possibilidades das análises econômicas, também não se deve sobrepor a interpretação econômica a outros valores do Direito.

Nas palavras de Carlos Santiago Nino²⁸⁹, este tipo de enfoque econômico atribuído ao Direito é suscetível, tal qual o utilitarismo, concepção que alberga os seus principais fundamentos filosóficos, a uma série de objeções “[...] sobretudo porque ignora os problemas da distribuição, que constituem o núcleo do conceito de justiça”.

Tais objeções podem ser sintetizadas por intermédio de uma interessante sentença formulada por João Carlos Pietropaolo²⁹⁰, defendendo que há uma série de limites no aproveitamento dos critérios econômicos pela ciência jurídica, tanto na criação quanto na interpretação e aplicação do Direito. Apoiado neste raciocínio, pode-se dizer que é de difícil aceitação a ideia de atribuição de apenas um objetivo (promover eficiência econômica) à norma jurídica.

Se, por um lado, “[...] a teoria jurídica é uma teoria social e exige, portanto, influxos, informações e comparação com outras teorias que pretendem organizar o funcionamento social”²⁹¹; por outro, diante dessa comunhão e efervescência de saberes, fruto do diálogo e a interação com outras ciências sociais, deve-se destacar desde logo o não menos importante papel atribuído ao próprio Direito²⁹² nas funções de articulador e coordenador crítico e valo-

²⁸⁸ WAISBERG, Ivo. Direito e Economia – O efeito bumerangue do populismo jurídico. In: WALD, Arnoldo; FONSECA, Rodrigo Garcia da (org.). **A empresa no terceiro milênio**: aspectos jurídicos. São Paulo: Juarez de Oliveira, 2005, p. 652-653. A abordagem do autor teve como foco as decisões judiciais, que constituem (ao lado, por exemplo, das escolhas normativas e das políticas públicas) um dos possíveis campos de utilização da metodologia da análise econômica do Direito. Entende-se que nada impede a utilização dos argumentos de base mais geral nesta tese, não obstante se encontrar direcionada preponderantemente para as escolhas normativas relacionadas ao tema da empresa.

²⁸⁹ NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do Direito**. Tradução de Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 473.

²⁹⁰ A expressão “Limites de critérios econômicos na aplicação do direito [...]”, constitui a primeira parte do título da tese de doutorado de João Carlos Pietropaolo, defendida perante a Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo. PIETROPAOLO, João Carlos. **Limites de critérios econômicos na aplicação do direito**: hermenêutica e análise econômica do direito. São Paulo, 2009, 254f. Tese (Doutorado em Direito). Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade do Estado de São Paulo. Como a abordagem do autor esteve vinculada ao campo da hermenêutica, isto é, de aplicação do Direito (daí a segunda parte do título, “[...] hermenêutica e análise econômica do direito”), optou-se por agregar o vocábulo criação, na medida em que, diferentemente do trabalho de Pietropaolo, a presente investigação tem como foco as escolhas normativas, ou seja, o campo de criação do Direito, sendo a discussão sobre aplicação apenas tangencial.

²⁹¹ Salomão Filho, op. cit., **O Novo...**, p. 541.

²⁹² Adverte Lenio Luiz Streck que “o direito necessita de certa ‘dogmática’, um modo de compreender os institutos jurídicos, cujos elementos são construídos naquilo que podemos chamar de campo jurídico”. STRECK, Lenio Luiz. A relação “texto e norma” e a alografia do direito. **Novos Estudos Jurídicos**, eletrônica, v. 19, n. 1, jan./abr. 2014, p. 13. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5540/2945>>. Acesso em: 25 jan. 2016. O postulado em questão parece autorizar o raciocínio no sentido de se considerar que a eventual abertura (diálogo com outras ciências, a Economia por exemplo)

rativo dos *inputs* e informações vindos das demais áreas do conhecimento que se dedicam ao estudo dos temas.

Conclusão

Com a presente pesquisa, foi possível concluir que a aproximação e a intersecção entre a Economia e o Direito, campos do conhecimento distintos no âmbito do pensamento social, possibilitam a edificação de uma perspectiva mais ampla da realidade social em geral, assim como de cada um desses campos em particular.

O uso do instrumental teórico e empírico da econômica parece oportuno de ser manejado no processo de escolhas normativas, no sentido de permitir a compreensão dos efeitos das normas sobre os comportamentos, tentando prever as diferentes implicações decorrentes das opções normativas em questão.

Como resposta ao problema de pesquisa, defende-se que, não obstante se devam reconhecer as possibilidades de utilização desse instrumental econômico, que permite efetivar o diálogo entre os campos do conhecimento da Economia e do Direito, deve-se simultaneamente considerar a eficiência como critério para a fundamentação de escolhas, mas a ela não se deve atribuir peso absoluto. Especialmente nos países adeptos da tradição jurídica do *civil law*.

Cabem ao Direito as funções de articulação e de coordenação dos *inputs* e informações advindos da aplicação do instrumental econômico, funções estas essenciais para subsidiar escolhas normativas. Tais escolhas devem se operar sem sujeição a determinismos econômicos.

A *Análise Econômica do Direito* deve ser entendida como um importante instrumento, mas exclusivamente analítico, sem que lhe seja atribuído qualquer caráter determinista em relação à indicação direta do sentido das regras jurídicas, que imponha a aceitação automática e absoluta das premissas econômicas²⁹³ pelo Direito.

Referências

- ALVAREZ, Alejandro Bugallo. **Análise econômica do direito: contribuições e desmistificações**. Direito, Estado e Sociedade, Rio de Janeiro, v. 9, n. 29, p. 49-68, jul./dez. 2006. Disponível em: <http://direitoestadosociedade.jur.puc-rio.br/media/Bugallo_n29.pdf>. Acesso em: 28 fev. 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (o triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). **Themis** – Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado do Ceará, Fortaleza, v. 4, n. 2, p. 13-100, jul./dez. 2006. Disponível em: <http://esmec.tjce.jus.br/wp-content/uploads/2008/10/themis_v4_n_2.pdf>. Acesso em: 15 maio. 2017.

do Direito a outros campos do conhecimento não pode implicar na perda de sua autonomia. Em outras palavras, muito embora os outros campos do conhecimento possam contribuir para a explicação e a compreensão de determinados fenômenos que cabem ao Direito disciplinar, é no plano jurídico que se deve operar a construção dos elementos característicos dos institutos jurídicos.

²⁹³ Neste sentido, ver: SALOMÃO Filho, Calixto. **O Novo Direito Societário**. 4. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 42.

- BRUE, Stanley L. **História do Pensamento Econômico**. Tradução de Luciana Penteado Miquelino. São Paulo: Cengage Learning, 2013.
- COASE, Ronald H. Law and Economics at Chicago. **Journal of Law and Economics**, Chicago, v. 36, n. 1, p. 239-254, abr. 1993.
- COELHO, Cristiane de Oliveira. **A Análise Econômica do Direito enquanto Ciência: uma explicação do seu êxito sob a perspectiva da História do Pensamento Econômico**. In: Latin American and Caribbean Law and Economics Association (ALACDE) Annual Papers (Anais). Berkeley: University of California (Berkeley Program in Law and Economics), p. 1-27, 2007. Disponível em: <<http://scholarship.org/uc/item/47q8s2nd>>. Acesso em: 06 mar. 2017.
- COLEMAN, Jules L. **Economics and the Law: A Critical Review of the Foundations of the Economic Approach to Law**. *Ethics*, v. 94, n. 4, p. 649-679, jul.1984. Disponível em: <<http://www.ppge.ufrgs.br/giacomo/arquivos/econ-crime-old/coleman-1994.pdf>>. Acesso em: 03 mar. 2017.
- COOTER, Robert; KRAUS, Jody S. **The Measure of Law and Economics**. In: Law and Economics Workshop. Berkeley: University of California (Berkeley Program in Law and Economics), p. 1-56, 2014. Disponível em: <http://scholarship.law.berkeley.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1005&context=law_econ>. Acesso em: 06 mar. 2017.
- COOTER, Robert; ULEN, Thomas. **Law and Economics**. 6. ed. Chicago: Pearson, 2010.
- COPETTI NETO, Alfredo; MORAIS, José Luiz Bolzan de. O segundo movimento Law and Economics, a eficiência e o consenso do modelo neoclássico ordenalista subjetivista a partir de Richard Posner: ruptura ou (re) aproximação ao (Estado de) direito contemporâneo? **Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional**, Curitiba, n. 4, p. 54-76, jan.-jun. 2011. Disponível em: <<http://abdconst.com.br/revista5/segundo.AlfredoJose.pdf>>. Acesso em: 02 mar. 2017.
- DAVID, René. **Os Grandes Sistemas do Direito Contemporâneo**. 4. ed. São Paulo: Martins Fontes, 2002.
- GAROUPA, Nuno; GINSBURG, Tom. Análise Econômica e Direito Comparado. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, p. 139-157, 2014.
- GICO JR., Ivo. Introdução ao Direito e Economia. Análise Econômica e Direito Comparado. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- GONÇALVES, Everton das Neves; STELZER, Joana. Eficiência e direito: pecado ou virtude; uma incursão pela análise econômica do direito. **Revista Jurídica – UNICURITIBA**, Curitiba, v. 1, n. 28, p. 77-122, 2012. Disponível em: <<http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/412>>. Acesso em: 02 mar. 2017.
- GRAU, Eros Roberto. **O direito posto e o direito pressuposto**. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 2000.
- HESSE, Konrad. **Elementos de Direito Constitucional da República Federal da Alemanha**. Tradução por Luís Afonso Heck. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 1998.
- KAPLOW, Louis; SHAVELL, Steven. Economic Analysis of Law. In: AUERBACH, Alan J.; FELDSTEIN, Martin. (edit.). **Handbook of Public Economics**, v. 3, Elsevier, p. 1.661-1.784, 2002.
- LOSANO, Mario G. **Os grandes sistemas jurídicos – introdução aos sistemas jurídicos europeus e extra-europeus**. São Paulo: Martins Fontes, 2007.

- MAIA, Antônio Cavalcanti. As transformações dos sistemas jurídicos contemporâneos: apontamentos acerca do neoconstitucionalismo. In: MOREIRA, Eduardo Ribeiro; PUGLIESI, Márcio; MORAES, Alexandre de; *et al.* **20 anos da Constituição Brasileira**. São Paulo: Saraiva, p. 395-423, 2009.
- MATHIS, Klaus. Consequentialism in Law. In: MATHIS, Klaus (org.) **Efficiency, Sustainability and Justice to Future Generations**. Dordrecht: Springer Science+Business MediaBV, p. 3-29, 2011. Disponível em: <http://www.unilu.ch/fileadmin/fakultaeten/rf/mathis/Dok/6_Mathis_Consequentialism_in_Law.pdf>. Acesso em: 10 mar. 2017.
- NINO, Carlos Santiago. **Introdução à análise do Direito**. Tradução de Elza Maria Gasparotto. São Paulo: Martins Fontes, 2010, p. 472.
- PARREIRA, Liziane; BENACCHIO, Marcelo. Da análise econômica do Direito para a análise jurídica da Economia: a concretização da sustentabilidade. **Prisma Jurídico**, São Paulo, vol. 11, n. 1, jan.-jun./2012, p. 184. Disponível em: <<http://www.redalyc.org/pdf/934/93426128010.pdf>>. Acesso em: 02 mar. 2017.
- PIETROPAOLO, João Carlos. **Limites de critérios econômicos na aplicação do direito**: hermenêutica e análise econômica do direito. São Paulo, 2009, 254f. Tese (Doutorado em Direito). Pós-Graduação em Direito da Faculdade de Direito da Universidade do Estado de São Paulo.
- PINTO, Paulo Mota. Sobre a alegada “superação” do Direito pela análise econômica: ilustrada com a análise das medidas de indenização contratual. In: NUNES, Antônio José Avelãs; COUTINHO, Jacinto Nelson de Miranda (coords.). **O Direito e o Futuro**: o Futuro do Direito. Coimbra: Almedida, 2008.
- SADDI, Jairo. **Análise Econômica da Falência**. In: TIMM, Luciano Benetti (org.). **Direito e Economia no Brasil**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2014.
- SALAMA, Bruno Meyerhof. O que é Direito e Economia? **Revista do Curso de Direito da UNIFACS**, n. 160, out. 2013, p. 3. Disponível em: <<http://www.revistas.unifacs.br/index.php/redu/article/view/2793/2033>>. Acesso em: 02 mar. 2017.
- SALOMÃO Filho, Calixto. **O Novo Direito Societário**. 4. ed., rev. e ampl. São Paulo: Malheiros, 2011.
- STRECK, Lenio Luiz. A relação “texto e norma” e a alografia do direito. **Revista Novos Estudos Jurídicos**, Eletrônica, v. 19, n. 1, p. 2-20, jan./abr. 2014. Disponível em: <<http://siaiap32.univali.br/seer/index.php/nej/article/view/5540/2945>>. Acesso em: 14 mar. 2017.
- WAISBERG, Ivo. Direito e Economia – O efeito bumerangue do populismo jurídico. In: WALD, Arnoldo; FONSECA, Rodrigo Garcia da (coords.). **A empresa no terceiro milênio**: aspectos jurídicos. São Paulo: Juarez de Oliveira, p. 647-660, 2005.

**Regulatory legislative harmonization
and regulatory convergence processes impacts in the Brazilian Health
Regulatory Agency on Sanitary Surveillance (ANVISA)
as the International Public Policy making system**

CLAUDIA RIBEIRO PEREIRA NUNES²⁹⁴

Universidad Veiga de Almeida (Brazil)

FERNANDO GONZALEZ BOTIJA²⁹⁵

Universidad Complutense de Madrid (España)

PEDRO D. PERALTA²⁹⁶

Universidad Complutense de Madrid (España)

²⁹⁴ PhD in Law, Deputy coordinator and Full Professor at Veiga de Almeida University (UVA) and Researcher at the Complutense University of Madrid (UCM). In Brazil, she is a member of FAPERJ - Research Foundation of the State of Rio de Janeiro. Coordinator of NUPES - Center for Scientific Research in Law at the Community College of Rondônia - IESUR/FAAR. Since 2013, member of both Scientific Law Research Laboratories: (i) Human Rights Laboratory - Working Group, Research and Studies on Human Rights and its dimensions; and (ii) Sustainability Laboratory - Working Group, Research and Studies in Environmental Law and Sustainability. Professor Nunes has taught and published extensively in Brazil, England, Portugal, Spain, USA, India, Greece and China.

²⁹⁵ PhD in Law, Full Professor and Secretary of the Department of Administrative Law of the UCM. It should also be noted that he is a professor at the Institute of Criminology of the UCM where he teaches the subject of Administrative Law II within the program of Studies for Private Detective. He has been an expert associated with the Twinning project of the EU with Romania with a view to the harmonization of Romanian regulations in order to facilitate accession from 2002 to 2004. He is the author of almost one hundred publications in the field of administrative law, with special attention to the law community and the CAP. He has directed more than ten doctoral theses and is a professor of the University Master in environmental policies at IUCA. Professor Botija has taught and published extensively in Israel, Italy, Portugal, Spain, Germany and USA.

²⁹⁶ PhD in Law, has been a lecturer at the Universidad Complutense, activity which has combined with research stays at European and American universities. The result of that has been a series of interna-

1. Preliminary Considerations

One of the Brazilian Health Regulatory Agency on Sanitary Surveillance (ANVISA) functions is the possibility of constant interaction with society, in terms of health promotion to ensure the fundamental citizenship rights. On this way, ANVISA understands regulatory convergence process as the international technical alignment movement that takes into account best practices, principles and internationally recognized standards with the legislative harmonization.

On the international field, the regulatory harmonization - which provides that exactly the same technical requirements are adopted, with the use of identical language by countries and without flexibility for adjustments based on national specificities - regulatory convergence predicts that different measures can be adopted to achieve the same goal, without the loss of regulatory power or national sovereignty. If technically justified, in regulatory harmonization and convergence process enable the application or adaptation of local regulatory requirements to improve the special functions of regulatory system are:

- Regulatory and inspection action on services provided, products and therapeutic inputs of health interest;
- Permanent assessment of the need for risk prevention; and
- Possibility of constant interaction with society, in terms of health promotion, ethics and citizenship rights.

This research address investigation how is function and which is the connections of ANVISA harmonization and regulatory convergence processes.

2. Brazilian Health Regulatory Agency on Sanitary Surveillance – ANVISA

In Brazil, health is a social fundamental right, inscribed in the Federal Constitution of 1988, which also instituted the Brazilian National Health System (SUS) as a means of realizing this right²⁹⁷. In order to regulate the structure and functioning of the SUS, the Organic Law of Health - Law no. 8,080, of September 19, 1990 - which provides for the conditions for the promotion, protection and recovery of health, and the organization and operation of health correspondents. In the art. 6, which are included in the field of performance of Brazilian National Health System (SUS), epidemiological surveillance, sanitary surveillance, the

tional publications on the illegality and liability regimes applicable in the global food and GMO trade, the comparative regulatory regime of medicines and their residues and the analysis of other cases of “double threshold” legislation. More recently, it has developed studies on borderline product with pharmaceutical legislation, such as botanicals, cosmetics and biocides, which has completed its extensive bibliography on the right to health, analysis of sectorial agricultural and rural policies, and regulation of the biotechnology, food and pharmaceutical sectors. Researcher at UCM/UVA. Professor Nunes has taught and published extensively in Brazil, England, Portugal, Spain, USA, India, Greece and China. Professor Peralta has taught and published extensively in Brazil, England, Portugal, Spain, USA, Germany, and Greece.

²⁹⁷ RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (Org.) *Regulação e agências reguladoras: governança e análise de impacto regulatório*. São Paulo: RT, 2009, p. 45.

health of the worker and comprehensive therapeutic care, including pharmaceutical. The Law defines the role and scope of health surveillance:

Art. 6°. Health Surveillance is understood as a set of actions capable of eliminating, reducing or preventing health risks and of intervening in health problems caused by the environment, production and circulation of goods and the provision of services of health interest, covering:

I- the control of consumer goods that, directly or indirectly, relate to health, comprising all steps and processes from production to consumption; and

II- the consumption of the provision of services that are directly or indirectly with health²⁹⁸.

ANVISA's role is to promote the protection of the population's health by executing sanitary control of the production, marketing and use of products and services subject to health regulation, including related environments, processes, ingredients and technologies, as well as the control in ports, airports and borders.

In addition, the Agency exercises control of ports, airports and borders and the dialogue with the Ministry of Foreign Affairs and foreign institutions to deal with international affairs in the area of sanitary surveillance present throughout the national territory.

The Brazilian Health Regulatory Agency on Sanitary Surveillance – ANVISA - is an autarchy linked to the Ministry of Health, being that this relationship is regulated by Management Agreement. The Agency's institutional purpose is to promote health protection of the population through the sanitary control of production and commercialization of products and services subject to sanitary conditions, including environments, processes, inputs and technologies. Due this, the Brazilian Health Regulatory Agency on Sanitary Surveillance has these challenges:

- Simplification of critical working processes;
- Reduction of waiting times for granting market authorizations, performing inspections and issuing import licenses;
- Moving forward in promoting international regulatory convergence, consolidating advancements achieved, alignment to best practices, and joining harmonization initiatives;
- Reaching a workforce size compatible to the extent of the regulatory activity;
- Strengthening post-market and post-use vigilance models; and
- Consolidating a service policy in accordance with good governance, access to information, transparency and communication values²⁹⁹.

²⁹⁸ Available at: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Accessed on August, 23rd, 2017.

²⁹⁹ List of ANVISA challenges available at: <<http://portal.anvisa.gov.br/institutional>>. Accessed on September, 25th, 2017.

Following a worldwide trend, ANVISA pursues strategies to modernize the processes of issuing market authorization to regulated products, maintaining their quality, safety and efficacy.

In this process, it is worth highlighting the following stakeholders: the regulated sector, in charge of delivering safe products and services; the National Congress, legislative body that should act based on qualified technical information; and the society, which must be increasingly aware of health risks and must be able to evaluate the products and services consumed³⁰⁰.

3. The international policy making system: Harmonization standardization and Convergence process in ANVISA

3.1. ANVISA International History on XXI Century's brief

ANVISA aims at reaching the highest standards for sanitary regulation, in line with the best scientific evidence available to date. The results achieved in the last years show an advance in the international leading role of the Agency: ANVISA INTERNATIONAL ACTIVITIES ON XXI CENTURY³⁰¹.

According to the information provides by the Agency itself, the main milestones in its regulatory competences are:

- 2010: Recognized as Regulatory Authority of Regional Reference (NRArr) by the Pan American Health Organization (PAHO)
- 2012: Founder member of the International Medical Device Regulators Forum (IMDRF)
- 2015: Regulatory and monitoring tasks assigned to Anvisa for mutual recognition and equivalence monitoring for pharmaceutical ingredients marketed to/from the UE. Becomes also member of International Cooperation on Cosmetics Regulation (ICCR)
- 2016: Becomes a member of International Council for Harmonization (ICH)

3.2. Harmonization and regulatory convergence processes worldwide: Important aspects

The sector of medicines & health products is a highly delocalised sector under harmonized international standards³⁰². The differences in authorization requirements between dif-

³⁰⁰ COSTA, E. A., *Vigilância Sanitária: temas para debate* [online]. Salvador: EDUFBA, 2009. 237 p. ISBN 978-85-232-0652-9. Available at SciELO Books Plataforma: <<https://static.scielo.org/scielobooks/6bmrk/pdf/costa-9788523208813.pdf>>. Accessed on September, 15th, 2017.

³⁰¹ Information available at: <<http://portal.anvisa.gov.br/institutional>>. Accessed on September, 29th, 2017.

³⁰² Cockburn, I; Henderson, R, *Publicly Funded Science and the Productivity of the Pharmaceutical*

ferent States pose a great obstacle for patent and licensed holders for the global marketing of those products. Different specifications for the same product between the EU, Japan, USA (FDA) or Brazil, for example, are in fact an barrier to trade, since different specifications operates depending on the place of final marketing. Hence the need for private companies to control that a certain pharmaceutical product is marketed exactly to the market for which it has been designed and tested³⁰³.

Some medications may be approved for certain indications in a given country but for others in another. The product needs to be pre-designed before its manufacture and placing on the market. Certain drugs (especially orphan drugs) have serious problems of availability in certain markets because the pharmaceutical company finds extremely costly to meet the specific demand requirements, which are in turn economically unviable³⁰⁴. The labeling also differs. So, for the pharma companys, it is of paramount importance to adopt and implement common international standards, a role that has been assumed by international harmonizing organizations and especially by the International Council for Harmonization of Technical Requirements for Pharmaceuticals for Human Use (ICH), whose standards promote the equal access to the markets with have equivalent specifications. However, the application of other ancillary requirements poses also an additional obstacle.

A) International Council for Harmonization of Technical Requirements for Pharmaceuticals for Human Use (ICH)

ICH has a special status in International Law, resulting from the obligations assumed by the States that join the organization, which in any event is considered as a private organization. The adopted standards are usually of common application by the EU, Japan and USA, and other 10 additional countries (Australia, India, Korea, Mexico, Russia or China are part of ICH). It is a special case of international obligation.

In practice implies that all the main world producers have adopted common requirements for approval and marketing. Those rules have the consideration of binding soft law in the domestic pharmaceutical law since a legislative act refers to them directly, including the content and structure of Common Technical Document (CTD) that many regulatory agencies (including ANVISA) has been adopted. For the time being, more than 60 Guidelines has been published, classified in the 4 technical sections³⁰⁵: Quality - 23 Guidelines; Safety - 14

Industry. In: *Innovation Policy and the Economy*, Jaffe, Lerner and Stern (Coord), Cambridge (MA): MIT Press, 2001, p. 34-35.

³⁰³ For example, the administration of epoetin-alpha resulted in cases of severe anemia in patients who injected the drug under the skin, rather than intravenous. Regulators in Australia and Europe banned the subcutaneous use of the anti-anemia principle, epoetin alfa (Eprex). In January 2003, Health Canada issued a warning against intravenous use in patients with chronic renal failure (CRF), recommending a risk-benefit assessment prior to subcutaneous administration.

³⁰⁴ Cockburn, I. et all. *Pharmaceuticals and Biotechnology*. In: *US Industry in 2000 - Board on Science, Technology and Economic Policy*, Washington (DC): National Research Council, 1999, p. 148.

³⁰⁵ The Guidelines are accesible at <http://www.ich.org/products/guidelines.html>. For example, the Standard Q10 Pharmaceutical Quality System, has been adopted only by (information available on line): EC, Europe - Adopted by CHMP, July 2008, issued as CHMP/ICH/214732/04 / MHLW/PMDA, Japan -

Guidelines; Efficacy - 20 Guidelines; Multidisciplinary - 5 Guidelines Brazil, however, has not adhered to more of these standards.

Other applicable standards are: Electronic Standards for the Transfer of Regulatory Information (ESTRI, E2B), and MedDRA (Standardized Medical Terminology)

B) Common Technical Document (CTD)

The Common Technical Document (CTD) describes the documentation, organised by modules and sections that an applicant must fulfil for the marketing authorization of a medicine for human use in each of the states that have adhered to ICH. The eCTD is defined as an interface for the transfer of regulatory information from the industry to the regulatory agencies and, at the same time, facilitates the creation, revision, life cycle management and electronic filing file. This application starts in June 2003; applicants have the option to submit an eCTD in parallel with the presentation document (CTD)

C) Other Standards - International Organization for Standardization (ISO)

The IDMP standards of ISO are a set of common and global standards for data transmission and common terminologies to identify and exchange exclusive information on medicinal products. The five ISO IDMP standards should improve the connectivity between systems at the European Union level and define common elements for the unique identification and exchange of regulated information. Those standards are: Information on regulated pharmaceutical products (ISO 11616); Information on regulated medicines (ISO 11615); Hazardous substances (ISO 11238); Pharmaceutical dosage forms, presentation units, routes of administration and packaging (ISO 11239); Units of measure (ISO 11240)

D) The position with respect to European Union Law in relation to the competencies of ANVISA in the global market³⁰⁶

The Directive on counterfeit medicinal products (2011/62), amending Directive 2001/83/EC, provides in Article 111b for the inclusion of “equivalent” third countries. From 2 July 2013, third countries may only export API to the EU taking into account:

- The country’s rules for good manufacturing practice;

Adopted 19 February 2010, PFSB/ ELD Notification No. 0219-1 & PFSB/ NCD Notification No. 0219-1 / FDA, US - Published in the Federal Register, 8 April 2009, Vol. 74, No. 66, p. 15990-1 / Health Canada, Canada - Implemented 15 February 2016 File #: 16-101419-273 / Swissmedic, Switzerland - Refer to the press release on Swissmedic, Switzerland’s website. Accessed on July, 29th, 2017.

³⁰⁶ Directive 2001/83 and Regulation 726/2004 (medicinal products for human use) Directive 2001/82/CE and R. 726/2004 (Veterinary use products) (The Directive 90/385/CEE Active Implantable Medical Devices (AIMDD) Directive 93/42/CEE Medical Devices (MDD) and Directive 98/79/CE In Vitro Diagnostic Medical Devices (IVDMD), will be replaced after a 3 or 5 transitional period by Regulation (EU) 2017/745 of the European Parliament and of the Council of 5 April 2017 on medical devices, and Regulation (EU) 2017/746 of the European Parliament and of the Council of 5 April 2017 on in vitro diagnostic medical devices).

- The regularity of inspections to verify compliance with good manufacturing practice;
- The effectiveness of enforcement of good manufacturing practice; and
- The regularity and rapidity of information provided by the third country relating to non-compliant producers of active substances.

E) Role of pharmacopoeias

The European Pharmacopoeia provides a legal and scientific reference for the quality of medicinal products. The Pharmacopoeia is legally binding in 37 Member States that have signed, within the Council of Europe, the Convention on the elaboration of a European Pharmacopoeia (Convention no. 50, CoE)³⁰⁷ and its additional Protocol (Protocol of the Convention for the preparation of the European Pharmacopoeia - no 134 CoE)³⁰⁸.

The European Directorate for Quality of Medicines and Healthcare (EDQM) was created by the European Convention of the Pharmacopoeia. Those standards are recognized as scientific reference worldwide. The European Union (EU) recognizes the binding nature of the Monographs adopted by the European Pharmacopoeia as prior requirement to request authorization for placing in the market of a new medicinal product.

F) Other relevant harmonization systems: chemical products - classification and labelling (GHS)

The Globally Harmonized System of Classification and Labeling of Chemicals (GHS) was adopted in December 2002 by a UN Committee of Experts and formally approved by the UN ECOSOC2 in July 2003. The World Summit on Sustainable Development held in Johannesburg in 2002 urged countries to implement the new EMS as soon as possible with a view to making the system fully operational in 2008³⁰⁹

The Strategic Approach to International Chemicals Management (SAICM) was adopted by an international conference held in Dubai in 2006, which has among its objectives “to promote the application of the common definitions and criteria contained in the GHS”. is hosted by the United Nations Environment Programme. All chemical substances must be identified with a CAS code, a unique numerical identification for chemical compounds, preparations and alloys. (in English CAS- Chemical Abstracts Service). In addition, other classifications are: substances of great concern (SVHC) which is a chemical (or part of a group of chemi-

³⁰⁷ The Council of Europe is an international organization established in 1949, which today has 47 member states. Its main objective is to create a common democratic and legal space throughout the European continent, guaranteeing respect for its fundamental values of human rights, democracy and the rule of law. The Convention is available at: <http://ec.europa.eu/world/agreements/prepareCreateTreatiesWorkspace/treatiesGeneralData.do?step=0&redirect=true&treatyId=480> >.

³⁰⁸ Available at: <http://ec.europa.eu/world/agreements/prepareCreateTreatiesWorkspace/treatiesGeneralData.do?step=0&redirect=true&treatyId=8022> >. Accessed on September, 9th, 2017.

³⁰⁹ See UNECE: https://www.unece.org/trans/danger/publi/ghs/ghs_welcome_e.html >. Accessed on August, 20th, 2017.

cals) for which it has been proposed that use within the European Union shall be subject to authorization under the REACH Regulation. Classified a substance as SVHC by the European Chemicals Agency (ECHA) is the first step in the procedure to restrict the use of this chemical.

3.3. *ANVISA's harmonization and international regulatory connections*

ANVISA's international activities include active participation in bilateral, regional and multilateral forums in which harmonization and regulatory convergence processes occur, which establish the technical and scientific references for the regulation of the Agency³¹⁰. This action is coordinated with competent institutions of the Federal Government and includes the preparation of subsidies and the preparation of proposals for international instruments to be negotiated, the defense of Brazilian health interests in commercial forums and the systematic monitoring of compliance with related commitments to the activities pertinent to the field of sanitary regulation agreed by the Brazilian Government.

ANVISA understands harmonization and regulatory convergence as the international technical alignment movement that takes into account best practices, principles and internationally recognized standards in the regulatory process. In addition to international alignment, regulatory convergence enables the application or adaptation of local regulatory requirements³¹¹.

Unlike the process of regulatory harmonization - which provides that exactly the same technical requirements are adopted, with the use of identical language by countries and without flexibility for adjustments based on national specificities - regulatory convergence predicts that different measures can be adopted to achieve the same goal, without the loss of regulatory power or national sovereignty. International reference building forums work to bring together knowledge, data and experts from different countries in order to build international technical and scientific references that can be used by regulators for their decision-making. Below are the main international forums for regulatory harmonization and convergence that have regular participation by ANVISA:

- A) International Coordination of Medicines Regulatory Authorities – ICMRA.³¹²
- B) International Coalition for Research in Regulatory Science – GCRSR³¹³.
- C) CODEX ALIMENTARIUS³¹⁴.

³¹⁰ BRANDÃO, Dagoberto de Castro. Dificuldades, progressos e desafios da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Monografia (Especialização em Direito Público) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG), 2013, p. 60.

³¹¹ Op. cit. Brandão, 2013, p. 66.

³¹² Available at: <<http://www.icmra.info/drupal/>>. Accessed on October, 19th, 2017.

³¹³ Available at: <<https://www.fda.gov/AboutFDA/CentersOffices/OC/OfficeofScientificandMedicalPrograms/NCTR/WhatWeDo/ucm289679.htm>>. Accessed on October, 10th, 2017.

³¹⁴ Available at: <<http://www.fao.org/fao-who-codexalimentarius/en/>>. Accessed on October, 15th, 2017.

- D) United Nations Commission on Narcotic Drugs - CND³¹⁵.
- E) Technical Barriers to Trade Committees – TBT - and Sanitary and Phytosanitary Measures - SPS - of the World Trade Organization - WTO³¹⁶.
- F) International Conference of Drug Regulatory Authorities - ICDRA³¹⁷.
- G) Framework Convention on Tobacco Control - FCTC³¹⁸.
- H) International Cooperation on Cosmetic Regulation - ICCR³¹⁹.
- I) International Cooperation of Phytotherapeutic Regulators - IRCH³²⁰.
- J) International Forum of Health Product Regulators - IMDRF³²¹.
- L) International Forum of Drug Regulators - IPRF³²².
- M) Group of Experts on Pharmaceutical Products and Chemical Substances of CI-CAD³²³.
- N) Agrochemicals Program of the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) - Working Group on Agrochemicals³²⁴.
- O) International Conference on Harmonization of Technical Requirements for Registration of Pharmaceuticals for Human Use - ICH³²⁵.
- P) Mechanism of Member States on SFFFC³²⁶.
- Q) MERCOSUR^{327 328}.
- R) Pharmaceutical Inspection Cooperation Scheme – PIC/S³²⁹.
- S) International Program of Generic Drug Regulators - IGDRP³³⁰.

³¹⁵ Available at: <<http://www.unodc.org/unodc/en/commissions/CND/>>. Accessed on October, 18th, 2017.

³¹⁶ Both are available at: <https://www.wto.org/english/tratop_e/tbt_e/tbt_e.htm> and <https://www.wto.org/english/tratop_e/sps_e/sps_e.htm>. Accessed on October, 20th to 25th, 2017.

³¹⁷ Available at: <http://www.who.int/medicines/areas/quality_safety/regulation_legislation/icdra/en/>. Accessed on October, 13th, 2017.

³¹⁸ Available at: <<http://www.who.int/fctc/en/>>. Accessed on October, 16th, 2017.

³¹⁹ Available at: <<http://www.iccrnet.org/>>. Accessed on October, 22nd, 2017.

³²⁰ Available at: <<http://www.who.int/medicines/areas/traditional/irch/en/>>. Accessed on October, 27th, 2017.

³²¹ Available at: <<http://www.imdrf.org/>>. Accessed on October, 17th, 2017.

³²² Available at: <<https://www.i-p-r-f.org/en/>>. Accessed on October, 20th, 2017.

³²³ Available at: <http://www.cicad.oas.org/Main/Template.asp?File=/reduccion_oferta/grupoexpertos/ge_quimicosfarmacos_spa.asp>. Accessed on October, 21st, 2017.

³²⁴ Available at: <<http://www.oecd.org/env/ehs/pesticides-biocides/agriculturalpesticidesprogramme.htm>>. Accessed on October, 23rd, 2017.

³²⁵ Available at: <<http://www.ich.org/home.html>>. Accessed on October, 25th, 2017.

³²⁶ Available at: <<http://apps.who.int/gb/SF/>>. Accessed on October, 22nd, 2017.

³²⁷ In Mercosur, “health products” are all those products regulated by Anvisa, except for food. What Anvisa calls “products for health” is referred to in Mercosur as “medical products”.

³²⁸ Available at: <<http://www.mercosur.int/innovaportal/v/6432/11/innova.front/cooperacion-en-el-mercador>>. Accessed on October, 27th, 2017.

³²⁹ Available at: <<https://picscheme.org/>>. Accessed on October, 27th, 2017.

³³⁰ Available at: <<http://www.igdrp.com/>>. Accessed on October, 27th, 2017.

- T) Single Health Products Audit Program - MDSAP³³¹.
- U) Pan American Regulatory Agency - PARF³³².

ANVISA follows the international rules and international reference building forums work to bring together knowledge, data and experts from different countries in order to build international technical and scientific references that can be used by regulators for their decision-making. International negotiations are to use existing international tools to assist the Agency to develop its final role in regulating, monitoring and supervising products subject to health surveillance, avoid duplication of efforts and make better use of available resources, with a focus on to reconcile protection and health promotion with national economic development.

4. Final Consideration

About the institutional relationship, ANVISA, in order to carry out its institutional mission, acts in alignment with various governmental agencies. Among them are the Ministry of Health, the Ministry of Planning, Development and Management, the Ministry of Agriculture, Livestock and Supply, and control bodies such as the Federal Audit Office.

ANVISA follows recommendations towards achieving greater harmonisation in the interpretation and application of technical guidelines and requirements for pharmaceutical product registration and the maintenance of such registrations; contributes to the protection of public health in the interest of patients from an international perspective; avoids divergent future requirements through harmonisation of selected topics needed as a result of therapeutic advances and the development of new technologies for the production of medicinal products; and encourages the implementation and integration of common standards through the dissemination of, the communication of information.

The regulatory legislative harmonization and regulatory convergence processes in the Brazilian Health Regulatory Agency on Sanitary Surveillance (ANVISA) as the International Public Policy making system are on development in a good conception.

5. Acknowledgments

Our thanks to Germán Fernández Farreres, Dean of Administrative Law Department of Universidad Complutense de Madrid - UCM - and Leonardo Rabelo, Dean of Researcher and Degree Coordinator of Veiga de Almeida University – UVA -, who furnished very useful information and provided excellent research assistance for the draft, and is thankful to these institutions which provided financial research and encouraged the systematic study. This study is a work from Research Project on Development, Globalization and Sustainability.

³³¹ Available at: <http://www.who.int/immunization_standards/vaccine_regulation/dcvrn/en/>. Accessed on October, 25th, 2017.

³³² Available at: <http://www.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=11818&Itemid=41774&lang=es>. Accessed on October, 30th, 2017.

The authors are obliged to give particular thanks to her team from GLUC - The Global Comparative Law Institute of the Universidad Complutense de Madrid and Global Comparative Law: Governance, Innovation and Sustainability of Veiga de Almeida University in Brazil, who were very helpful in its form of research and reviewer for allowing us to modify templates they had developed. The first author is grateful to FUNADESP - Brazilian Funding's who support the researcher's study group from Research Project: Economic development, globalization and sustainability.

6. References

- ANVISA - Agência Nacional de Vigilância Sanitária. Available at: <<http://portal.anvisa.gov.br/institucional/>>. Accessed on September, 25th, 2017.
- Processo de Convergência Regulatória. Available at: <<http://portal.anvisa.gov.br/relacoes-internacionais/convergencia-regulatoria/>>. Accessed on October, 9th, 2017.
- BRANDÃO, Dagoberto de Castro. Dificuldades, progressos e desafios da Agência Nacional de Vigilância Sanitária (ANVISA). Monografia (Especialização em Direito Público) - Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (PUC-MG), 2013.
- BRASIL. Segurança sanitária: desafios em um mundo sem fronteira - cooperação entre as agências reguladoras de medicamentos. Brasília: Agência Nacional de Vigilância Sanitária. 2012.
- Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Available at: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Accessed on August, 23rd, 2017.
- CND - United Nations Commission on Narcotic Drugs. Available at: <<http://www.unodc.org/unodc/en/commissions/CND/>>. Accessed on October, 18th, 2017.
- COCKBURN, I. et al. Pharmaceuticals and Biotechnology. In: US Industry in 2000 - Board on Science, Technology and Economic Policy, Washington (DC): National Research Council, 1999.
- Henderson, R, Publicly Funded Science and the Productivity of the Pharmaceutical Industry. In: Innovation Policy and the Economy, Jaffe, Lerner and Stern (Coord), Cambridge (MA): MIT Press, 2001.
- CODEX ALIMENTARIUS. Available at: <<http://www.fao.org/fao-who-codexalimentarius/en/>>. Accessed on October, 15th, 2017.
- COSTA, E. A., Vigilância Sanitária: temas para debate [online]. Salvador: EDUFBA, 2009. P 85. Available from SciELO Books Platform: <<https://static.scielo.org/scielobooks/6bmrk/pdf/costa-9788523208813.pdf>>. Accessed on September, 15th, 2017.
- GCRSR - International Coalition for Research in Regulatory Science. Available at: <<https://www.fda.gov/AboutFDA/CentersOffices/OC/OfficeofScientificandMedicalPrograms/NCTR/WhatWeDo/ucm289679.htm>>. Accessed on October, 10th, 2017.
- Group of Experts on Pharmaceutical Products and Chemical Substances of CICAD. Available at: <http://www.cicad.oas.org/Main/Template.asp?File=/reduccion_oferta/grupoexpertos/ge_quimicosfarmacos_spa.asp>. Accessed on October, 21st, 2017.
- ICCR - International Cooperation on Cosmetic Regulation. Available at: <<http://www.iccrnet.org/>>. Accessed on October, 22nd, 2017.

- ICDRA - International Conference of Drug Regulatory Authorities. Available at: <http://www.who.int/medicines/areas/quality_safety/regulation_legislation/icdra/en/>. Accessed on October, 13th, 2017.
- ICH - International Conference on Harmonization of Technical Requirements for Registration of Pharmaceuticals for Human Use. Available at: <<http://www.ich.org/home.html>> and The Guidelines of Harmonisation for Better Health. Available at <<http://www.ich.org/products/guidelines.html>>. Accessed on July, 29th, 2017. Accessed on October, 25th, 2017.
- ICMRA - International Coordination of Medicines Regulatory Authorities.
Available at: <<http://www.icmra.info/drupal/>>. Accessed on October, 19th, 2017.
- IGDRP - International Program of Generic Drug Regulators. Available at: <<http://www.igdrp.com/>>. Accessed on October, 27th, 2017.
- IMDRF - International Forum of Health Product Regulators. Available at: <<http://www.imdrf.org/>>. Accessed on October, 17th, 2017.
- IPRF - International Forum of Drug Regulators. Available at: <<https://www.i-p-r-f.org/en/>>. Accessed on October, 20th, 2017.
- MERCOSUL - Mercado Común del Sur. Available at: <<http://www.mercosur.int/innovaportal/v/6432/11/innova.front.cooperacion-en-el-mercosur>>. Accessed on October, 27th, 2017.
- OCDE - Organisation for Economic Co-operation and Development. Available at: <<http://www.oecd.org/env/ehs/pesticides-biocides/agriculturalpesticidesprogramme.htm>>. Accessed on October, 23rd, 2017.
- PARF - Pan American Regulatory Agency. Available at: <http://www.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=11818&Itemid=41774&lang=es>. Accessed on October, 30th, 2017.
- PIC/S - Pharmaceutical Inspection Cooperation Scheme. Available at: <<https://picscheme.org/>>. Accessed on October, 27th, 2017.
- RAMALHO, Pedro Ivo Sebba (Org.) Regulação e agências reguladoras: governança e análise de impacto regulatório. São Paulo: RT, 2009.
- UNECE - The United Nations Economic Commission for Europe. Available at: <https://www.unece.org/trans/danger/publi/ghs/ghs_welcome_e.html>. Last access on August, 20th, 2017.
- UE – Union Europe - Convention on the elaboration of a European Pharmacopoeia. Available at: <<http://ec.europa.eu/world/agreements/prepareCreateTreatiesWorkspace/treatiesGeneralData.do?step=0&redirect=true&treatyId=8022>> and the Convention. Available at: <<http://ec.europa.eu/world/agreements/prepareCreateTreatiesWorkspace/treatiesGeneralData.do?step=0&redirect=true&treatyId=480>>. Accessed on September, several days, 2017.
- Directive 2001/83 and Regulation 726/2004 (medicinal products for human use), Directive 2001/82/CE and Regulation 726/2004 (Veterinary use products) (The Directive 90/385/CEE Active Implantable Medical Devices (AIMDD), Directive 93/42/CEE Medical Devices (MDD) and Directive 98/79/CE In Vitro Diagnostic Medical Devices (IVDMD), will be replaced after a 3 or 5 transitional period by Regulation (EU) 2017/745 of the European Parliament and of the Council of 5 April 2017 on medical devices, and Regulation (EU) 2017/746 of the European Parliament and of the Council of 5 April 2017 on in vitro diagnostic medical devices).

WHO - World Health Organization. Available at: < <http://www.who.int/medicines/areas/traditional/irch/en/>>. Accessed on October, 27th, 2017.

— Available at: < <http://apps.who.int/gb/SF/>>. Accessed on October, 22nd, 2017.

— Available at: < http://www.who.int/immunization_standards/vaccine_regulation/dcvrn/en/>. Accessed on October, 25th, 2017.

WTO - World Trade Organization. Available at: <https://www.wto.org/english/tratop_e/tbt_e/tbt_e.htm> and <https://www.wto.org/english/tratop_e/sps_e/sps_e.htm>. Accessed on October, 20th to 25th, 2017.

Imprescindibilidade e avanços da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar na preservação das águas internacionais

CARMEN SARMENTO PIMENTA³³³

Universidad Católica de Santos

ELIANE OCTAVIANO MARTINS³³⁴

Universidade de São Paulo

Homme libre, toujours tu chériras la mer! La mer est ton miroir; tu contemples ton âme. Dans le déroulement infini de sa lame, Et ton esprit n'est pas un gouffre moins amer.

(Charles Baudelaire³³⁵)

Introdução

A despeito dos grandes desafios enfrentados pela CNUDM, após 30 anos de sua assinatura, ainda surpreende a forma eloquente como supriu a expectativa mundial por um ordenamento jurídico marítimo internacional fundamentado num direito igualitário e justo. Conhecida também como a Constituição do Mar, a CNUDM positivou os aspectos do ambiente marítimo.

³³³ Doutoranda pela Universidade Católica de Santos/SP - CAPES (2015).

³³⁴ Doutora pela Universidade de São Paulo (USP-PROLAM/2005).

³³⁵ BAUDELEIRE, Charles. **L'homme et la mer**. In: **Les grands classiques**. Disponível em: http://poesie.webnet.fr/lesgrandsclassiques/poemes/charles_baudelaire/l_homme_et_la_mer.html. Acessado em 05/01/2017. “Homem livre, sempre amarás o mar! O oceano é teu espelho onde contempas tua alma, no fluir infinito de sua lâmina, e teu espírito que não é um golfo menos amargo”. (Tradução livre das autoras)

Apesar de ainda enfrentar grandes desafios principalmente quanto à proteção e conservação dos oceanos, incontestavelmente, esse Tratado de vanguarda supriu as preocupações quanto ao meio marinho no que tange à delimitação de suas fronteiras, às pesquisas científicas e regulamentação ambiental e ao comércio, além de trazer opções modernas de resolução dos conflitos ocorridos nos espaços oceânicos. Independentemente de possíveis críticas que possam tentar sustar o sucesso da CNUDM, esta, ainda que não seja suficiente para resguardar esse imenso patrimônio, sem dúvida, se apresenta como um importante instrumento a favor da sustentabilidade dos oceanos e mares.

I. Breve delineamento histórico

As questões jurídicas sobre o mar sofreram uma importante reviravolta a partir do século XVIII, quando as nações, preocupadas em defender o mar próximo às suas costas, passaram a adotar a teoria do jurista e teórico político neerlandês Cornelis van Bynkershoek - *mare proximum* - que preconizava o direito ao espaço marítimo compreendido até ao alcance de uma bala de canhão, cerca de três minhas náuticas. Não tardou para que essa teoria fosse abolida já que os canhões foram transportados de terra para o mar, embarcados nos navios de guerra. A partir desse momento, os limites dos mares passaram a ser definidos militarmente e/ou politicamente.

O direito do mar, em sua primeira fase, tratava tão somente da utilização do mar em tempos de guerra. Nessa fase, as atividades bélicas no mar foram normatizadas na Declaração de Paris, em 1856. Na segunda fase, marcada pela Convenção de Haia de 1930, há uma mudança de foco para se tratar do uso do mar em tempos de paz e seus respectivos direitos de soberania e jurisdição.

Não obstante a importância de tentativas predecessoras à positivação do direito do mar pela Organização das Nações Unidas - ONU desde 1958, apenas em Montego Bay, Jamaica, oficializaram-se definitivamente os conceitos herdados do direito marítimo internacional, este formado basicamente pela tradição e pelo direito costumeiro. Desse modo, foram definidos internacionalmente, entre outros, os conceitos de mar territorial, zona econômica exclusiva e plataforma continental, dando aos Estados a dimensão exata de suas atuações e direitos sobre essas áreas.

Essas definições ocorreram através da Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, internacionalmente conhecida pela sigla UNCLOS - *United Nations Convention on the Law of the Sea*, um tratado internacional que foi celebrado, pelo patrocínio da ONU, em 10 de dezembro de 1982, na cidade de Montego Bay.

II. A essencialidade da constituição do mar

Como já observado, tornou-se imperiosa a positivação de parâmetros internacionais para se estabelecer uma convivência pacífica no meio marinho. Além da delimitação dos mares e oceanos, a CNUDM estabeleceu também princípios gerais de exploração e exploração dos recursos naturais do mar, assim definidos: os recursos vivos encontrados nas águas, os do solo e os do subsolo marinhos.

Quanto aos espaços marinhos, de forma bastante detalhada, a Constituição do Mar delimitou o Mar Territorial, Zona Contígua, Zona Econômica Exclusiva (ZEE), Plataforma Continental, Alto-Mar e Área. Além disso, a CNUDM tratou de estabelecer os direitos e deveres de cada um desses espaços marinhos, desde a soberania quase plena do Mar Territorial reconhecida ao Estado costeiro ao reconhecimento de que o Alto-Mar pertence a toda humanidade.

Portanto, enquanto o Alto-Mar é de livre acesso a todos os Estados, sendo eles costeiros ou não, desde que para uso pacífico, o mar territorial é parte integrante do Estado, que exerce sua soberania nas águas, no solo, no subsolo e no espaço aéreo sobrejacente, tendo como única exceção o direito de passagem inocente.

Na Plataforma Continental, verifica-se que, diferentemente da zona econômica exclusiva, onde outros Estados dividem direitos e deveres com o Estado costeiro, os recursos naturais, conforme identificados na Convenção, são de uso e exploração exclusivos do Estado costeiro.

Esse entendimento é importante na medida em que essas separações de faixas de mar estão intrinsecamente ligadas aos poderes que têm esses Estados sobre cada uma delas. Mais poderes no mar territorial, menos na zona contígua e poder limitado na zona econômica exclusiva. Ou seja, a soberania do Estado costeiro apouca-se na medida em que se afasta do seu continente, a partir da linha de base estabelecida até o limite de 200 milhas náuticas, quando se inicia o Alto-Mar e a Área.

Note-se que a CNUDM fala “até” 200 minhas. Isso porque, no caso de Estados, como o Brasil, que o bordo exterior da margem continental se estende além das 200 milhas náuticas, a Convenção permitiu a existência de plataformas continentais de até 350 milhas náuticas, desde que obedecidos os critérios de medição nela estampados.

Os Estados que se encontrarem na hipótese mencionada e desejarem ter uma plataforma continental, juridicamente estabelecida, com mais de 200 milhas náuticas, devem submeter suas proposições à Comissão de Limites da Plataforma Continental da ONU - CLPC. As proposições devem ser acompanhadas de provas científicas e técnicas que justifiquem a pretensão.

O Brasil, em 1989, instituiu o Plano de Levantamento da Plataforma Continental Brasileira (LEPLAC) através do Decreto nº 98.145, a fim de apresentar sua propositura juridicamente embasada para a extensão do limite de sua Plataforma Continental além das 200 milhas náuticas. A pretensão apresentada pelo Brasil à CLPC foi atendida parcialmente, estando apenas parte desta sob análise, aguardando novos estudos brasileiros que fundamentem sua reivindicação.

III. Das exceções à soberania dos estados

Destarte, a Convenção regula uma grande parte do direito internacional, a saber: o direito do mar. Este compreende não apenas as regras concernentes à *soberania do Estado*

costeiro sobre as águas adjacentes, mas, também, o Alto-Mar e as normas a respeito da gestão dos recursos marinhos e do controle da *poluição*.

No dizer de Eliane Octaviano Martins³³⁶, a evolução do processo de codificação do direito do mar encontrou seu ponto mais alto na CNUDM, que garantiu uma característica universal a esse direito e contribuiu para a sistematização dos direitos e deveres dos países signatários no espaço marítimo.

Como não poderia deixar de ser, a CNUDM prestigiou ainda algumas exceções à soberania dos Estados costeiros, já estabelecidas pelo direito consuetudinário marítimo internacional que se analisa:

1. Direito de Passagem Inocente

Ressalvadas algumas disposições em contrário, o direito de passagem inocente é assegurado no artigo 17 da CNUDM para navios de qualquer Estado, costeiro ou não. Trata-se de instituto jurídico do direito da navegação, consagrado desde tempos remotos. Indubitavelmente, consiste em uma limitação da soberania do Estado por decisão internacional, elevando-se a princípio universal.

A passagem inocente é a navegação feita no mar territorial de Estado diferente da bandeira do navio, desde que com as seguintes finalidades, como condição *sine qua non*:

- a) atravessar o mar territorial sem penetrar nas águas interiores, tampouco fazer parada em ancoradouro ou instalação portuária fora daquelas águas;
- b) passar pelo mar territorial quando o navio estiver navegando para entrada ou saída das águas interiores ou com destino a ancoradouros ou instalações portuárias dessas águas.

Para os submarinos e outras embarcações submersíveis persiste o direito de passagem inocente, desde que naveguem na superfície e arvoem o pavilhão de seu Estado de registro.

A Convenção estabelece que a passagem, para ser inocente, deve ser contínua e rápida, não podendo haver interrupções, salvo aquelas que constituem incidentes normais da navegação, como uma parada inesperada do motor, por exemplo. Por outro lado, o motivo da parada não pode ser o desejo de a tripulação pescar, sob pena de se descaracterizar a passagem inocente.

Ainda, para que a passagem seja considerada inocente, não pode ser prejudicial à paz, à boa ordem ou à segurança do Estado costeiro. A Convenção elenca, em seu artigo 19, um rol de atividades que descaracterizam a passagem inocente, quando praticadas no mar territorial³³⁷:

³³⁶ MARTINS, Eliane M. Octaviano. **Curso de Direito Marítimo**. V. I – Teoria Geral, 4 ed. Barueri: Manole, 2013, p. 11.

³³⁷ MARTINS. Eliane M. Octaviano (Org.). **Vade Mecum de Direito Marítimo**. Barueri: Manole, 2015, p. 83.

- a) qualquer ameaça ou uso da força contra a soberania, a integridade territorial ou a independência política do Estado costeiro ou qualquer outra ação em violação dos princípios de direito internacional enunciados na Carta das Nações Unidas;
- b) qualquer exercício ou manobra com armas de qualquer tipo;
- c) qualquer ato destinado a obter informações em prejuízo da defesa ou da segurança do Estado costeiro;
- d) qualquer ato de propaganda destinado a atentar contra a defesa ou a segurança do Estado costeiro;
- e) o lançamento, pouso ou recebimento a bordo de qualquer aeronave;
- f) o lançamento, pouso ou recebimento a bordo de qualquer dispositivo militar;
- g) o embarque ou desembarque de qualquer produto, moeda ou pessoa com violação das leis e regulamentos aduaneiros, fiscais, de imigração ou sanitários do Estado costeiro;
- h) qualquer ato intencional e grave de poluição contrário a presente Convenção;
- i) qualquer atividade de pesca;
- j) a realização de atividades de investigação ou de levantamentos hidrográficos;
- k) qualquer ato destinado a perturbar quaisquer sistemas de comunicação ou quaisquer outros serviços ou instalações do Estado costeiro;
- l) qualquer outra atividade que não esteja diretamente relacionada com a passagem.

O Estado costeiro pode adotar leis e regulamentos, com base nos dispositivos da Convenção, para proteção de seu mar territorial. Deverá dar publicidade dessas normas para que os navegantes, em passagem inocente por aquele Estado, saibam como devem se comportar.

Com relação à jurisdição penal, a Convenção de Montego Bay estabeleceu que esta não será exercida a bordo de navios estrangeiros, quando na condição de passagem inocente, salvo se a infração criminal tiver consequências para o Estado costeiro, se perturbar a paz ou a ordem, se a assistência das autoridades tiver sido solicitada pelo capitão do navio ou pelo representante diplomático do Estado de bandeira ou essas medidas forem necessárias para a repressão ao tráfico ilegal de drogas.

2. Direito de Perseguição

Uma vez, definidos os espaços jurídicos no mar, analisa-se a possibilidade de uma embarcação ser perseguida com a finalidade de apresamento por autoridades do Estado costeiro. Trata-se de um delicado equilíbrio entre o direito de passagem inocente e o direito de jurisdição do Estado.

No item anterior, apresentou-se um rol de atividades que, se praticadas pela embarcação quando de sua passagem pelo mar territorial de algum Estado costeiro, descaracteriza o direito internacionalmente estabelecido, fazendo nascer para o Estado soberano o direito de aplicar suas leis e normas pertinentes.

A Convenção de Montego Bay disciplina as regras sobre o direito de perseguição (*hot pursuit*) no seu artigo 111. Há uma complexidade nessas normas e uma necessidade de per-

feita compreensão do conceito das faixas de mar, fixadas no Tratado, para que a perseguição seja considerada legal do ponto de vista internacional.

A perseguição a um navio estrangeiro pode ser efetivada quando o Estado costeiro tiver motivos fundados para acreditar que o navio infringiu as suas leis e regulamentos ou violou os limites do direito de passagem inocente. A perseguição deve iniciar-se quando o navio estrangeiro ou uma das suas embarcações estiver nas águas interiores, nas águas arquipelágicas, no mar territorial ou na zona contígua do Estado perseguidor, e só pode continuar fora do mar territorial ou da zona contígua se a perseguição não tiver sido interrompida.

Portanto, mesmo que uma embarcação tenha violado o direito do Estado costeiro, por meio de uma operação de pesca em seu mar territorial, por exemplo, se, por qualquer motivo, as autoridades locais não derem início a perseguição antes de a embarcação cruzar o limite da zona contígua (no caso do Brasil 24 milhas náuticas da linha de base), a perseguição não poderá ser efetivada.

Ainda, se o navio estrangeiro já se encontrar na zona contígua, a perseguição só pode ser iniciada se tiver havido violação dos direitos para cuja proteção a referida zona foi criada, ou seja, o direito do Estado costeiro está limitado às leis e aos regulamentos aduaneiros, fiscais, de imigração ou sanitários, estabelecidos no território ou no mar territorial.

Outra situação possível que autoriza o início ao direito de perseguição, mesmo estando a embarcação estrangeira na zona econômica exclusiva ou na plataforma continental, ocorre quando infrações às leis e aos regulamentos do Estado costeiro aplicáveis na zona econômica exclusiva ou na plataforma continental, incluindo as zonas de segurança em volta das instalações situadas na plataforma continental, tiverem sido cometidas nessas respectivas zonas.

O direito de perseguição só pode ser exercido por navios de guerra ou aeronaves militares. Quando autorizados pelo Estado costeiro, navios ou aeronaves que possuam sinais claros e sejam identificáveis como oficiais também podem exercer a perseguição.

A embarcação estrangeira perseguida pode não atender a ordem de parar, assumindo os riscos da desobediência. Como mencionado anteriormente, se iniciada a perseguição dentro dos limites determinados na Convenção, o *hot pursuit* poderá invadir o Alto-Mar. Entretanto, o direito de perseguição cessará no momento em que o navio perseguido entrar no mar territorial do seu próprio Estado ou no mar territorial de um terceiro Estado.

Por fim, importante ressaltar que o direito de perseguição deve ser exercido nos estritos termos das leis e regulamentos dos Estados costeiros e em conformidade com a CUNDM, sob pena de o Estado ter de indenizar o navio apresado ou parado, injustificadamente, por perdas e danos.

IV. Das inovações da cnumd

Foi a partir dessa Convenção e dos avanços experimentados pela globalização do próprio comércio internacional que os Estados passaram a enxergar o mar como *res communis regus*, ou seja, patrimônio comum da humanidade. Desta forma, a CNUDM, ainda que timidamente, trouxe uma sensação de propriedade e responsabilidade comum do meio ambiente marinho.

Certo é que essas regulamentações, ainda que com características rupestres, já são um grande avanço a favor do meio ambiente marinho. Vejamos:

1. Proteção do Meio Ambiente Marinho

A Convenção de Montego Bay³³⁸, entre tantos outros vieses, estabelece deveres aos Estados no sentido de adotarem leis e regulamentos que tratem de forma profilática da proteção do meio ambiente marinho, em particular, para reduzir a possibilidade de poluição por embarcações. É como estabelecido está no seu artigo 211:

2. Os Estados devem adotar leis e regulamentos para prevenir e controlar a poluição do meio marinho proveniente de embarcações que arvoreem a sua bandeira ou estejam registradas no seu território. Tais leis e regulamentos devem ter pelo menos a mesma eficácia que as regras e normas internacionais geralmente aceitas que estabeleçam por intermédio da organização internacional competente ou de uma conferência diplomática geral.

Na mesma toada, o inciso 4, do mesmo artigo, incentiva os Estados costeiros a adotarem leis e regulamentos para prevenirem a poluição por embarcações quando em seus mares territoriais, inclusive por ocasião de passagem inocente. Note-se que o tom empregado é de recomendação, claramente percebido pela utilização do verbo de conotação facultativa: “podem”.

4. Os Estados costeiros **podem**, no exercício da sua soberania no mar territorial, adotar leis e regulamentos para prevenir, reduzir e controlar a poluição do meio marinho proveniente de embarcações estrangeiras, **incluindo as embarcações que exerçam o direito de passagem inocente**. De conformidade com a seção 3 da Parte II, tais leis e regulamentos não devem dificultar a passagem inocente de embarcações estrangeiras. (grifo nosso)

Infelizmente, a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar não teve o condão de criar um sistema internacional que promovesse a proteção eficaz do meio ambiente marinho contra poluições por embarcações. Limitou-se a recomendar aos Estados de bandeira e aos Estados costeiros que diligenciassem no sentido de ajustar suas leis e regulamentos aos parâmetros internacionais.

Tampouco, ao criar o Tribunal Internacional do Direito do Mar - ITLOS, deu a ele competência para julgar os casos de poluição ocorridos em Alto-Mar, que poderiam ser entendidos com graves prejuízos contra o patrimônio da humanidade. Verifica-se que o ITLOS foi criado como uma das opções de solução de controvérsias à escolha das partes litigantes.

2. Resolução de Conflitos

A CNUDM não estabeleceu uma única forma de solução dos possíveis conflitos, em razão das regras firmadas, mas deu total liberdade aos Estados para escolher entre quatro

³³⁸ MARTINS, Eliane M. Octaviano. **Vade Mecum de Direito Marítimo**. Op. cit. p. 138 - 139.

opções: O Tribunal Internacional do Mar, a Corte Internacional de Justiça, o Tribunal Arbitral ou o Tribunal Arbitral Especial.

Nessa esteira de vanguarda, além das possibilidades apresentadas, um fator que torna a CNUDM distinta de tantas outras foi a criação de um tribunal competente para julgar as controvérsias relativas à interpretação e à aplicação do disposto nessa convenção, considerada a Constituição dos Oceanos, o Tribunal Internacional do Direito do Mar, o qual, por sua importância, merece estudo exclusivo.

V. OS NOVOS DESAFIOS DA CONVENÇÃO DE MONTEGO BAY

Como visto, as conquistas trazidas pela CNUDM foram consideráveis. Entretanto, certo é que muitos dos desafios impostos para a proteção do meio ambiente marinho não foram alcançados pela Constituição do Mar. Diante disso e tendo em vista o objetivo 14 da Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável da ONU³³⁹, os Estados Parte trataram de tomar outras providências, seja individualmente ou através dos blocos econômicos e políticos que fazem parte, para alcançar uma melhor gestão do meio ambiente marinho.

Nesse sentido, a União Europeia – UE – apresentou em Bruxelas, em novembro de 2016, sua Agenda para a Conservação dos Oceanos³⁴⁰ com decisões coerentes com a boa utilização desse importante patrimônio. O documento, já em sua introdução, assim se manifesta:

Para a União Europeia, como para muitas nações em todo o mundo, os oceanos detêm a chave do futuro. Têm um enorme potencial para impulsionar o crescimento, o emprego e a inovação; a produção da economia oceânica mundial está estimada em 1,3 mil bilhões de euros, valor que poderá crescer para mais do dobro até 2030.

Estando cientes da essencialidade dos oceanos para a sobrevivência da humanidade e do grande potencial que representam para seu o desenvolvimento social e econômico, os Estados Membros da UE declararam como uma das motivações para a criação dessa agenda a necessidade de uma gestão mais eficiente dos oceanos do que a contemplada pela CNUDM³⁴¹.

A utilização dos oceanos e dos seus recursos é regulada pela CNUDM, que é apoiada por um conjunto de instituições e instâncias regionais e internacionais responsáveis pela regulamentação das atividades setoriais que têm lugar no mar. Este quadro, constituído por um vasto conjunto de normas e princípios, **é heterogêneo e descoordenado**. A ideia de que é necessária uma gestão mais eficiente do ambiente marinho e das atividades humanas no domínio marítimo, incluindo as exercidas em

³³⁹ ONUBR. **Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acessado em: 08/06/2017.

³⁴⁰ EUR-LEX. **Comunicação Conjunta ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões Governação internacional dos oceanos: uma agenda para o futuro dos nossos oceanos**. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52016JC0049>. Acessado em: 19/06/17, p. 2.

³⁴¹ EUR-LEX. Op. cit. p. 3.

terra com impacto nos oceanos, para combater as crescentes pressões nos oceanos tem vindo a reunir consenso em todo o mundo.

A consulta efetuada pela Comissão em 2015 **confirmou que o quadro atual não garante a gestão sustentável dos oceanos:** [...] (grifo nosso)

Diante dessas conclusões, os Estados Membros da UE propuseram 14 conjuntos de ações inseridas em três grupos de trabalho assim distribuídos:

1º grupo - *Aperfeiçoar o Quadro Internacional de Governança dos Oceanos*

- Ação 1: Suprir as lacunas do quadro internacional de governança dos oceanos;
- Ação 2: Promover a gestão regional das pescas e a cooperação em zonas oceânicas fundamentais para preencher lacunas da governança regional;
- Ação 3: Melhorar a coordenação e a cooperação entre organizações internacionais e criar parcerias no domínio dos oceanos para a gestão destes;
- Ação 4: Reforçar as capacidades;
- Ação 5: Assegurar a segurança dos mares e oceanos;

2º grupo - *Reduzir a Pressão Sobre os Oceanos e Mares e Criar as Condições Para Uma Economia Azul Sustentável*

- Ação 6: Aplicar o Acordo COP21 e atenuar o impacto prejudicial das alterações climáticas nos oceanos, litorais e ecossistemas;
- Ação 7: Lutar contra a pesca ilegal e reforçar a gestão sustentável dos recursos alimentares dos oceanos ao nível mundial;
- Ação 8: Suprimir os subsídios às atividades de pesca mais prejudiciais;
- Ação 9: Lutar contra o lixo marinho e o “mar de plástico”;
- Ação 10: Promover o ordenamento do espaço marítimo – OEM - ao nível mundial;
- Ação 11: Atingir a meta global da conservação de 10 % das zonas marinhas e costeiras e promover uma gestão eficiente das zonas marinhas protegidas;

3º grupo - *Reforçar a Investigação e os Dados Sobre os Oceanos à Escala Internacional*

- Ação 12: Uma estratégia coerente da UE para a observação dos oceanos, dados e contabilização marinha;
- Ação 13: Reforçar o investimento na inovação e na ciência “azul”;
- Ação 14: Parcerias internacionais para a investigação, inovação e ciência dos oceanos.

Na mesma esteira, o Brasil apresentou uma relação de medidas para a conservação dos recursos marinhos³⁴². Essa atitude voluntária brasileira ocorreu durante a Conferência sobre Oceanos 2017, no dia 08 de junho, Dia Mundial dos Oceanos, na sede da ONU em Nova Iorque. A notícia, apresentada pelo sítio eletrônico Portal Brasil, informa que essas metas privilegiarão o Fundo Azul do Brasil, o Santuário de Baleias do Atlântico Sul e o planejamento espacial marinho, especialmente a Região dos Abrolhos, Cadeia Vitória-Trindade e a Costa Norte do Brasil.

O Brasil deseja por em prática o binômio Investimento X Conservação para a boa gestão dos mares e oceanos. Para isso, conta com parcerias que financiem os recursos necessários conforme informa o Portal Brasil³⁴³:

Principal medida proposta pelo Brasil na Conferência, o Fundo Azul do Brasil será dedicado à implementação de medidas de conservação da biodiversidade nas áreas jurisdicionais costeiras e marinhas brasileiras. O projeto propõe a ampliação e o aprimoramento da gestão de áreas protegidas, buscando atingir a meta de 10% de conservação eficaz dessas áreas.

Parcerias distintas serão responsáveis pelo investimento previsto de US\$ 140 milhões até 2022. O valor contribuirá para a restauração de espécies ameaçadas, a recuperação de estoques pesqueiros, promoção de boas práticas no desenvolvimento do turismo sustentável e pescarias de pequena escala, com impactos positivos também na mitigação de mudanças climáticas.

Ainda em consonância com as metas europeias apresentadas anteriormente, pontualmente na ação 14 supracitada no que tange à ciência dos oceanos, o Brasil entende que a Estratégia Nacional de Ciência, Tecnologia e Inovação – ENCTI – deve estar *up to date* com os Objetivos de Desenvolvimento Sustentável da ONU. A página eletrônica do Ministério da Ciência, Tecnologia, Inovações e Comunicações – MCTIC - noticia os benefícios dessa parceria em entrevista ao secretário de Políticas e Programas de Pesquisa e Desenvolvimento do MCTIC, Jilson de Andrade³⁴⁴:

A pesquisa oceânica tem potencial para servir de caminho de convergência do mundo inteiro, já que a água cobre a maioria da superfície do planeta. [...]

“Sem ciência, tecnologia e inovação, não atingiremos em 2030 os 17 Objetivos de Desenvolvimento Sustentável [ODS]”, comentou Jailson, em referência à agenda estabelecida pela Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (Unesco). “Nessa busca, os oceanos serão um grande ponto de cooperação

³⁴² PORTAL BRASIL. **Brasil lança metas para conservação de oceanos**. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/meio-ambiente/2017/06/brasil-lanca-metas-para-conservacao-de-oceanos>. Acessado em: 10/06/2017.

³⁴³ Idem.

³⁴⁴ BRASIL. MCTIC. Para MCTIC, **Ciência está no centro das metas da ONU para a conservação dos Oceanos**. Disponível em: http://www.mctic.gov.br/noticia/-/asset_publisher/epbV0pr6eIS0/content/para-mctic-ciencia-esta-no-centro-das-metas-da-onu-para-a-conservacao-dos-oceanos. Acessado em 20/06/2017.

e convergência, porque se estendem pelo mundo inteiro, já que todo o planeta faz parte ou está próximo a uma de suas bordas.” [...]

Jailson reforçou a necessidade de alinhar as diretrizes da Encti aos ODS da Unesco. “Formulamos os nossos temas estratégicos com foco em 2022, mas eles precisam se emaranhar com a Agenda 2030”, disse. “Estamos fazendo uma leitura de como o ministério pode atuar em função dos Objetivos de Desenvolvimento Sustentável. Em nível do governo federal, a Secretaria de Governo da Presidência da República coordena essa transição.”

Conclui-se que apesar das importantes contribuições trazidas pela CNUDM, muito ainda há que se realizar a fim de que tenhamos mares e oceanos verdadeiramente livres dos atos deletérios da humanidade.

Considerações finais

A CNUDM teve de esperar 12 anos para entrar em vigor, em razão de condicionantes presentes no seu bojo, que segundo o magistério de Wagner Menezes³⁴⁵, fez com que os Estados adiassem a ratificação e promovessem alterações no texto original. Assim, o documento final foi aprovado em 1994 e conta hoje com a adesão de 166 Países Membros.

A maioria dos Estados Parte, de bom grado, integraram a CNUDM às suas legislações domésticas, especialmente por vislumbrarem os direitos garantidos aos Estados costeiros pela demarcação dos espaços marinhos.

O *Brasil*, que ratificou a Convenção em dezembro de 1988, ajustou seu direito interno, antes que fosse obrigado no plano internacional. A Lei Nº 8.617/93 adotou os conceitos internacionalmente estabelecidos de mar territorial, zona contígua, zona econômica exclusiva e plataforma continental, totalizando 200 milhas náuticas de jurisdição brasileira sobre o mar costeiro. Por último, internalizou a CNUDM no ordenamento jurídico pátrio, por meio do Decreto Nº 1.530 de 22 de junho de 1995.

Reconhece-se que a CNUDM foi um grande avanço. Porém, ainda há muito a ser conquistado. A preocupação com a pegada ecológica não pode estar limitada à fronteira entre a terra e o mar. Ao contrário, a humanidade deve voltar a olhar para os oceanos como fonte de vida. Isso se traduz numa preocupação e numa esperança.

Por um lado, a preocupação pela capacidade com que o ser humano consegue velozmente destruir as riquezas naturais das quais depende para sobreviver, colocando o ambiente marinho e sua própria subsistência em alto risco. Por outro, a esperança numa humanidade, agora mais consciente de sua atuação deletéria, que, unindo forças, tome as providências necessárias para escrever uma história completamente diversa.

³⁴⁵ MENEZES, Wagner. **Tribunais Internacionais**. Jurisdição e Competência. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 204.

Referências

- ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. Nascimento; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de Direito Internacional Público**, 20 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- ANJOS, J. Haroldo; GOMES, C. R. Caminha. **Curso de Direito Marítimo**. Rio de Janeiro: Renovar, 1992.
- BAUDELEIRE, Charles. *L'homme et la mer*. In: *Les grands classiques*. Disponível em: http://poesie.webnet.fr/lesgrandsclassiques/poemes/charles_baudelaire/l_homme_et_la_mer.html. Acessado em 05/01/2017.
- BEIRÃO, André Panno; PEREIRA, Antônio Celso Alves (Org.). **Reflexões sobre a Convenção do Direito do Mar**. Brasília: FUNAG, 2014.
- BRASIL. MCTIC. Para MCTIC, **Ciência está no centro das metas da ONU para a conservação dos Oceanos**. Disponível em: http://www.mcti.gov.br/noticia/-/asset_publisher/epbV0pr6eIS0/content/para-mctic-ciencia-esta-no-centro-das-metas-da-onu-para-a-conservacao-dos-oceanos. Acessado em 20/06/2017.
- DINH, Quoc; DAILLIER, Patrick; PELLET, Alain. **Direito internacional público**. Tradução: Vítor Marques Coelho. Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1999.
- EUR-LEX. **Comunicação Conjunta ao Parlamento Europeu, ao Conselho, ao Comité Económico e Social Europeu e ao Comité das Regiões Governança internacional dos oceanos: uma agenda para o futuro dos nossos oceanos**. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=CELEX:52016JC0049>. Acessado em: 19/06/17.
- FERREIRA, João José Brandão. **A Tese do “Mare Liberum” (1608) e os Ventos da História**. Revista Militar. Disponível em: http://www.revistamilitar.pt/artigo.php?art_id=139. Acessado em: 09/11/2014.
- GIBERTONI, Carla Adriana Comitê. **Teoria e prática do direito marítimo**. 3 ed. atual., ver. e ampl. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.
- LAMY, Marcelo. **Metodologia da Pesquisa Jurídica: técnicas de investigação, argumentação e redação**. Rio de Janeiro: Elsevier, 2011.
- LANGEWIESCHE, William. *The Outlaw Sea: A World of Freedom, Chaos, and Crime*. New York: North Point Press, 2005.
- MARTINS, Eliane M. Octaviano. **Curso de Direito Marítimo**. V. I – Teoria Geral, 4 ed. Barueri: Manole, 2013.
- **Desenvolvimento Sustentável e Transportes Marítimos**. Revista Direitos Fundamentais e Democracia. Disponível em: [file:///C:/Users/User/Downloads/182-211-1-PB%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/User/Downloads/182-211-1-PB%20(1).pdf). Acessado em: 02/10/2014.
- (Org.). **Vade Mecum de Direito Marítimo**. Barueri: Manole, 2015.
- MENEZES, Wagner. **Tribunais Internacionais. Jurisdição e Competência**. São Paulo: Saraiva, 2013.
- NASSER, Salem Hikmat. **Fontes e Normas do direito internacional: um estudo sobre a soft Law**, 2 ed. São Paulo: Atlas, 2006.

ONU, Oceans & Law of the Sea. **United Nations Convention on the Law of the Sea**. Disponível em: http://www.un.org/Depts/los/convention_agreements/texts/unclos/unclos_e.pdf. Acessado em: 05/08/2013.

ONUBR. **Transformando Nosso Mundo: A Agenda 2030 para o Desenvolvimento Sustentável**. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/pos2015/agenda2030/>. Acessado em: 08/06/2017.

PORTAL BRASIL. **Brasil lança metas para conservação de oceanos**. Disponível em: <http://www.brasil.gov.br/meio-ambiente/2017/06/brasil-lanca-metas-para-conservacao-de-oceanos>. Acessado em: 10/06/2017.

SHAW, Malcolm N. **Direito Internacional**. CIPOLLA, Marcelo Brandão (coord. e rev. trad.). São Paulo: Martins Fontes, 2010.

VITRAL, Waldir. **Manual de Direito Marítimo**. São Paulo: Bushatsky, 1977.

O processo de fusão e a tutela dos credores à luz do regime jurídico português e breves notas comparativas entre os regimes jurídicos português e espanhol

MARISA DINIS*

Universidad de Salamanca

1. Considerações iniciais

Ao processo segundo o qual duas ou mais sociedades reúnem numa só os respetivos elementos pessoais e patrimoniais, extinguindo-se todas e criando uma nova ou extinguindo-se uma ou algumas e incorporando-se todos os elementos numa sociedade pré-existente, chamamos fusão³⁴⁶.

* Doutora em Direito (Universidade de Salamanca – Faculdade de Direito), desde 2010. Mestre em Direito (Universidade de Coimbra – Faculdade de Direito), desde 2007. Professora-Adjunta no Instituto Politécnico de Leiria, desde 2002. Membro efetivo do Centro de Investigação de Estudos Jurídicos (Instituto Politécnico de Leiria).

³⁴⁶ A lei portuguesa não nos dita uma noção de fusão referindo, apenas, nas al. a) e b) do n.º 4 do artigo 97.º do Código das Sociedades Comerciais, as modalidades que este instituto pode revestir. Podemos, com efeito, concluir que, nos termos da al. a) daquele n.º 4, a fusão pode operar por incorporação ou absorção, quando uma das sociedades participantes na fusão incorpora a outra ou outras que transferem para aquela todo o seu património e se extinguem. Os sócios das sociedades extintas passam a ser sócios da sociedade incorporante que mantém a sua individualidade jurídica. Por sua vez, de acordo com a al. b) do mesmo n.º 4, a fusão pode dar-se por constituição de uma nova sociedade, também designada por fusão concentração. Neste caso, depois de uma transferência global do património das sociedades participantes para a nova sociedade aquelas extinguem-se e os respetivos sócios recebem participações sociais na sociedade constituída. São ainda admissíveis situações de cisão-fusão, global e parcial. Nas primeiras, as sociedades cindidas, dividem na totalidade o seu património em duas ou mais partes que serão fundidas noutras já existentes ou constituem uma nova sociedade com partes de sociedades originadas por processos de cisão. Nas segundas, sucede fundamentalmente o mesmo, mas as sociedades cindidas mantêm a sua personalidade jurídica por-

Foi em 1888, por via da publicação do Código Comercial, que o instituto da fusão recebeu acolhimento jurídico no ordenamento português, pela primeira vez³⁴⁷. Sob inspiração do *Códice di Comercio Italiano*, o legislador luso reservou três artigos (124.º a 127.º) para regular esta matéria. Pese embora o reduzido número de preceitos legais dedicados à causa, assumia especial relevo o artigo 126.º que, atendendo de forma particular aos interesses dos credores no processo de fusão, lhes concedia o direito de oposição e determinava a suspensão da fusão enquanto esta não fosse judicialmente resolvida³⁴⁸.

Quase um século volvido, reconhecendo a manifesta insuficiência do regime então vigente, publicou-se o Decreto-Lei n.º 598/73, de 8 de novembro, que se afirmou no respetivo preâmbulo como um “passo no esforço de modernização do direito, das sociedades comerciais” e cujo objetivo residia num tratamento legislativo mais aprofundado do instituto da fusão e na consagração, *ex novo*, do instituto da cisão. Porque, à data, o direito atribuído aos credores no artigo 126.º do Código Comercial era entendido como um dos principais entraves à concretização de fusões houve necessidade de o diploma de 1973 dedicar especial atenção ao tema, mantendo a consagração do direito sem, no entanto, comprometer, no seu entendimento, a realização de fusões. Foi, pois, com o intuito de alcançar um equilíbrio entre os dois interesses aqui em causa, o dos credores, por um lado, e o socioeconómico, por outro, que o n.º 2 do artigo 11.º do Decreto-Lei n.º 598/73 consagrou a possibilidade de os credores das sociedades participantes deduzirem oposição judicial, nos trinta dias subsequentes à publicação do registo provisório da deliberação de sócios que aprovava a fusão, promovido obrigatoriamente pela administração de cada uma das sociedades participantes. Para tanto, teriam os credores de alegar que a concretização da fusão acarretaria prejuízos para a satisfação dos seus direitos e provar que os seus créditos eram anteriores à data da publicação suprarreferida.

A matéria da fusão passa, em 1986, a ser regulada pelo Código das Sociedades Comerciais (CSC), aprovado pelo Decreto-Lei n.º 262/86, de 2 de setembro, onde permanece atualmente, com as respetivas alterações legislativas³⁴⁹. Neste âmbito, a redação original do CSC

que não se extinguem já que destacam apenas parte do seu património para a fundir com outras sociedades já existentes ou para criar uma nova sociedade com partes de sociedades objeto de cisão. Sobre a noção de fusão, vd., entre outros, VENTURA, Raúl, *Fusão, Cisão e Transformação de Sociedades – Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2003, páginas 14 e 15; GONÇALVES, Diogo Costa, *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, Coord. António Menezes Cordeiro, 2ª ed. Almedina, Coimbra, 2009, pág. 337; MARQUES, Elda, *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. II, Coord. Jorge M. Coutinho de Abreu, Almedina, Coimbra, 2011, página 155.

³⁴⁷ Para um estudo sobre a evolução legislativa do instituto da fusão no regime jurídico português, vd. NOGUEIRA SERENS, “A translação de empresas nos negócios de fusão e de cisão”, IV Congresso de Direito das Sociedades em Revista, Almedina, 2016, pp. 1-15.

³⁴⁸ Referia o artigo 126.º que “durante o prazo fixado no artigo anterior [3 meses] pode qualquer credor das sociedades opor-se à fusão.” E no seu parágrafo único precisava que “a oposição suspenderá a fusão enquanto não for judicialmente resolvida”.

³⁴⁹ Neste âmbito, importa referir os seguintes diplomas: Decreto-Lei n. 280/87, de 08/07; Decreto-Lei n. 111/2005, de 08/07; Decreto-Lei n. 76-A/2006, de 29/03; Retificação n.º 28-A/2006, de 26/05; Decreto-Lei n. 8/2007, de 17/01; Lei n.º 19/2009, de 12/05; Decreto-Lei n. 185/2009, de 12/08; Decreto-Lei n. 53/2011, de 13/04.

respeitou as orientações da Terceira Diretiva e, bem assim, as da Diretiva n.º 82/891/CEE (a Sexta Diretiva).

Cabe ao artigo 101.º-A, sob a epígrafe “oposição dos credores”, estabelecer os requisitos e as regras legais para os credores das sociedades participantes lançarem mão deste direito. Paralelamente com este direito dos credores, de natureza primordialmente preventiva, consagrou o CSC, a título defensivo, *a posteriori*, a possibilidade de responsabilizar “os membros do órgão de administração e os membros do órgão de fiscalização de cada uma das sociedades participantes” de forma solidária “pelos danos causados pela fusão à sociedade e aos seus sócios e credores, desde que, na verificação da situação patrimonial das sociedades e na conclusão da fusão, não tenham observado a diligência de um gestor criterioso e ordenado”.

O direito de oposição nas operações de fusão está igualmente consagrado no regime jurídico espanhol. Com efeito, foi regulado, neste ordenamento jurídico, pela primeira vez, na *Ley de Sociedades Anónimas* de 1951 e mantido, apenas com ligeiras alterações, na *Ley de Sociedades Anónimas* de 1989, no artigo 243.º. A técnica legislativa então utilizada, técnica remissiva, foi amplamente criticada pela doutrina já que, por remeter para o regime da proteção de credores em sede de redução de capital, não atendia aos particulares interesses e às especiais características do processo de fusão³⁵⁰. Atualmente, o ordenamento jurídico espanhol regula a fusão e conseqüentemente o direito de oposição na denominada *Ley sobre Modificaciones Estructurales de las Sociedades Mercantiles* (LME), de 3 de abril de 2009³⁵¹.

Nesta sede há ainda que chamar à colação os comandos legislativos europeus, em particular, o disposto no artigo 13.º da Terceira Diretiva de 9 de outubro de 1979 que impunha aos Estados membros a criação de um sistema de proteção adequado aos interesses dos credores das sociedades anónimas que interviessem em processos de fusão e que fossem titulares de créditos nascidos antes da publicação do projeto de fusão e ainda não vencidos. O labor comunitário em matéria de fusão teve início em 1970 e consumou-se na Diretiva n.º 78/855/CEE, de 9 de outubro, relativa à fusão interna de sociedade (a predita Terceira Diretiva). Pretendia, então, o legislador europeu construir uma regulação uniforme em matéria de fusões internas para, posteriormente, tratar de regular as denominadas fusões transfronteiriças, o que se verificou em 2005³⁵². Em 2009, a Diretiva 2009/109/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de setembro de 2009, altera as Diretivas 77/91/CEE, 78/855/CEE e 82/891/CEE do Conselho e a Diretiva 2005/56/CE no que respeita aos requisitos em matéria de relatórios e documentação em caso de fusões e de cisões. Recorde-se, ainda, que a Terceira Diretiva foi revogada pela Diretiva 2011/35/CE, do Parlamento Europeu e do Conselho, de 5 de abril de 2011, relativa à fusão das sociedades anónimas, que manteve, no entanto, no essencial, o regime de proteção dos credores, conforme resulta do disposto no respetivo artigo 13.º.

³⁵⁰ Vd. EMBID IRUJO, «Comentario al art. 243», en AA.VV. (coord. Ignacio Arroyo e José Miguel Embid), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, vol. III, Madrid, 2001, página 2322.

³⁵¹ O artigo 44.º da LME consagra o direito de oposição dos credores. Os parágrafos segundo e quarto foram alterados pelo parágrafo 7 do artigo 2.º da Ley 1/2012, de 22 de junho, de simplificação das obrigações de informação e documentação de fusões e cisões das sociedades de capital.

³⁵² Vd. ESTEBAN VELASCO, «Las sociedades y las empresas multinacionales», *Revista de Derecho de Mercantil*, números 172-173, 1984, página 337 e seguintes.

Independentemente dos dizeres e comandos legislativos, é facto assente que o processo de fusão provoca modificações na esfera jurídica dos credores no que toca à relação contratual existente entre estes as sociedades participantes na fusão. Não é, pois, de estranhar que os credores temam que o processo de fusão venha, de alguma forma, beliscar a segurança no cumprimento das obrigações assumidas pelas sociedades participantes.

Delineado o ponto de partida, cumpre referir que é nosso objetivo, com este estudo, partindo do regime jurídico português, analisar as semelhanças e as dissemelhanças entre este regime jurídico e o regime jurídico espanhol, no que à tutela do direito dos credores, em sede de processo de fusão interna, respeita³⁵³. As breves notas comparativas que, de seguida, se apresentam referem-se em concreto ao direito de oposição dos credores. Parece-nos, no entanto, que assume igualmente importância jurídica a responsabilidade dos gestores pela fusão e, por isso, ainda que apenas relativamente ao regime jurídico português, dela daremos algumas notas.

2. A tutela dos credores

2.1. A oposição dos credores

A necessidade de proteger os credores no processo de fusão decorre essencialmente do facto de a fusão importar uma transferência global do património das sociedades incorporadas ou absorvidas para a sociedade incorporante ou para a nova sociedade e, por consequência, conduzir à extinção das sociedades daquelas. Dá-se, pois, uma sucessão a título universal que, como é sabido, abarca todas as relações jurídicas das sociedades incorporadas ou absorvidas independentemente de serem passivas ou ativas. Por ser assim, a sociedade resultante da fusão assume, de imediato, a qualidade de devedora dos credores das sociedades incorporadas ou absorvidas. Note-se que estes efeitos, *ipso jure e uno acto*, ocorrem por ocasião do registo definitivo do ato da fusão na conservatória do registo comercial³⁵⁴.

Como resulta do anteriormente exposto, atualmente o regime jurídico português regula a oposição dos credores à fusão no artigo 101.º-A do CSC. Em conformidade com o descrito no mencionado preceito, os credores das sociedades participantes, cujos créditos sejam anteriores à data da publicação do registo do projeto, têm o prazo de um mês, a contar da data do referido registo, para deduzir oposição judicial à fusão. O fundamento para a instrução do pedido do credor reside no facto de a fusão representar um prejuízo para a realização dos seus direitos. Da leitura da norma resulta ainda que o direito a deduzir a predita oposição judicial está dependente do facto de o credor ter, sem sucesso, solicitado à sociedade devedora a satisfação do seu crédito ou a prestação de garantia adequada.

Dissecando o alcance da norma cumpre, em primeiro lugar, perceber quem é exatamente o destinatário aqui em referência, vale por dizer, quem tem legitimidade ativa para deduzir

³⁵³ A fusão transfronteiriça, ainda que pontualmente mencionada, não é objeto central deste estudo. Sobre esta matéria há, no entanto, que referir a Diretiva 2005/56/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, de 26 de outubro de 2005, relativa às fusões transfronteiriças das sociedades de responsabilidade limitada.

³⁵⁴ ANTUNES, José A. Engrácia, (2010), *Direito das Sociedades*, Porto, Ed. de Autor, página 428.

oposição judicial. Assim, da interpretação literal da norma resulta, de imediato, que credor, para estes efeitos, será o titular de um direito de crédito perante uma (ou mais) sociedade participante num processo de fusão. É, aliás, esta relação obrigacional pré-existente ao projeto e ao processo de fusão que sustenta a necessidade deste direito. Neste particular, precisa a doutrina que não importa a natureza, o valor nem a origem dos créditos em causa e que estes podem ou não estar vencidos (como veremos de seguida). Porém, trata-se de uma matéria fértil em incertezas. Vejamos, agora, algumas situações que têm gerado dúvidas sobre a existência ou não de legitimidade ativa para deduzir oposição judicial.

Pese embora o facto de o artigo 101.º-A não distinguir os credores das sociedades incorporadas ou absorvidas dos credores da sociedade incorporante, discute-se a necessidade de os últimos serem abrangidos por esta proteção legal. Para tanto, avançam-se principalmente três argumentos. Por um lado, a personalidade jurídica da sociedade devedora mantém-se e, por isso, não se procede à alteração do devedor, mantendo-se a relação obrigacional, neste aspeto, inalterada. Por outro lado, à custa do processo de fusão, verifica-se um acréscimo (e não um decréscimo) patrimonial na esfera jurídica da sociedade incorporante e, como tal, não parece haver razões para que os respetivos credores temam pelo bom cumprimento das obrigações assumidas. Por fim, o direito comunitário admite, no n.º 3 do artigo 13.º da Diretiva 2011/35/CE, herdado da Terceira Diretiva, que a proteção seja diferente para os credores da sociedade incorporante e para os credores da sociedade incorporada. Porém, sucede que o falado incremento patrimonial surge acompanhado de obrigações por cumprir, pelo que, na verdade, os credores da sociedade incorporante podem, apesar de tudo, sair prejudicados nos seus direitos se a fusão se concretizar já que, por ocasião desta, como frisámos anteriormente, a sociedade incorporante assumirá a veste de devedora perante os credores da ou das sociedades incorporadas, sendo chamada a responder com a globalidade do património que inclui, naturalmente, aquele que detinha antes da concretização da fusão. Donde se conclui que, com a fusão, os credores da sociedade incorporante podem, na verdade, ganhar novos concorrentes na corrida ao património social para satisfação dos respetivos créditos³⁵⁵. Por tudo isto, compreende-se que o legislador luso tenha atribuído o direito de oposição a todos os credores das sociedades participantes no processo de fusão – ao não ter excluído os credores das sociedades incorporantes – independentemente de os seus créditos serem frente às sociedades incorporadas, às absorventes ou às incorporantes.

Também o legislador espanhol tratou a matéria da mesma forma que o legislador português. Com efeito, estabeleceu no n.º 2 do artigo 44.º da LME que “los acreedores de cada una de las sociedades que se fusionan (...) podrán oponerse a la fusión hasta que se les garanticen tales créditos”.

Já referimos que a Diretiva n.º 2011/35/UE dispõe, no n.º 1 do artigo 13.º, exatamente nos mesmos termos do consagrado na Terceira Diretiva, que os credores que, em contexto de processo de fusão, merecem tutela são os titulares de “créditos anteriores à publicação do projeto de fusão e ainda não vencidos no momento desta publicação”. Quer isto dizer que, a

³⁵⁵ Neste sentido, VENTURA, Raúl, (2003), *Fusão, Cisão e Transformação de Sociedades – Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, página 184. Referindo que seria verdadeiramente desproporcional não atribuir aos credores das sociedades incorporantes o direito de oposição veja-se ESTEBAN RAMOS, (2007), «Los Acreedores Sociales ante los Procesos de Fusión y Escisión de Sociedades Anónimas: Instrumentos de Protección», in *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 28, Navarra, Thomson/Aranzadi, página 93.

obrigação que decorre para os Estados membros é a de proteger os créditos ainda não vencidos à data da publicação do projeto de fusão.

O legislador português não transpôs a Diretiva exatamente nestes termos e não especificou que apenas os créditos não vencidos à data da publicação do projeto de fusão eram fundamento para deduzir oposição judicial. Instala-se, pois, a dúvida, quanto aos créditos exigíveis. Dúvida especialmente aguçada pelo facto de ordenamentos jurídicos como o alemão, o espanhol (como veremos) e o italiano seguirem a Diretiva e não reconhecerem a estes credores direito a deduzirem oposição já que estarão sob a égide de outros mecanismos considerados adequados e suficientes para a satisfação dos seus créditos. A verdade é que, no que ao ordenamento jurídico português respeita, não se verifica essa limitação e, por isso, cremos que será legítimo, ao titular de créditos exigíveis, usar do direito de oposição desde que, naturalmente, justifique que a fusão colidirá com os seus interesses, causando-lhe prejuízos³⁵⁶.

Como antecipamos, o regime jurídico espanhol trata esta matéria de forma distinta do regime jurídico português. Com efeito, o n.º 2 do artigo 44 da LME clarifica que apenas os credores “cuyo crédito hubiera nacido antes de la fecha de inserción del proyecto de fusión en la página web de la sociedad o de depósito de ese proyecto en el Registro Mercantil y no estuviera vencido en ese momento, podrán oponerse a la fusión hasta que se les garanticen tales créditos”. Diga-se, no entanto, que um setor da doutrina espanhola tem criticado esta solução e tem reclamando proteção para os credores titulares de créditos vencidos³⁵⁷.

Passemos agora aos titulares de créditos litigiosos. Ora, havendo incertezas sobre determinados aspetos do crédito em causa, nomeadamente, sobre a sua existência, o seu valor e até sobre a sua titularidade é legítimo questionar se o direito de oposição pode ser exercido. Cremos que, nestes casos, continua a ser legítimo e necessário o direito de oposição, sob pena de, uma vez resolvida a demanda sobre o crédito em litígio, a favor do que se arroga titular do crédito, perder este a oportunidade de deduzir oposição à fusão e conseqüentemente conformar-se com os eventuais prejuízos daí advenientes. Naturalmente que a não ser assim, isto é, resultando a ação em desfavor do titular do crédito, estaremos a conceder-lhe um direito que não merece e a permitir que, exercendo-o, consubstancie um entrave à consumação da fusão. Seja como for, estamos em crer que, ainda assim, é de conceder aos titulares de créditos litigiosos o direito de oposição.

Com entendimento semelhante tem-se manifestado a doutrina espanhola, desde há muito tempo³⁵⁸.

Atentemos agora nos titulares de créditos condicionados. Estarão estes igualmente amparados pelo direito de oposição? De facto, a condição a que o crédito esteja condicionado - condição

³⁵⁶ Neste sentido, vejam-se os dizeres de Raúl Ventura “a consumação da fusão pode trazer idêntico prejuízo ao credor. O titular do crédito exigível tem interesse em evitar a mudança de devedor sem o seu consentimento”. VENTURA, Raúl, (2003), *Fusão, Cisão e Transformação de Sociedades – Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, página 191.

³⁵⁷ Cfr. GÓMEZ PORRÚA, *La fusión de sociedades anónimas en el derecho español y comunitario*, Madrid, 1991, página 241.

³⁵⁸ Cfr. GARCÍA SANZ, Arturo, “El derecho de oposición como técnica de protección de los acreedores sociales en la fusión de sociedades mercantiles”, *Revista de Derecho de Sociedades*, Aranzadi, n.º 50, Maio-Agosto 2017, páginas 193 a 225, aquí página 203.

suspensiva, condição resolutiva, termo – acompanha o crédito aquando da transferência deste para a sociedade incorporante ou para a nova sociedade e, por isso, cremos, a condição a que o crédito está subordinado não obsta à reclamação de tutela em caso de fusão. Assim, pensamos que também estes são partes legítimas na dedução de oposição judicial à fusão desde que, como os demais, cumpram os restantes requisitos, nomeadamente o prejuízo adveniente da fusão.

Também aqui a doutrina espanhola acompanha este entendimento no que respeita ao respetivo regime³⁵⁹.

Seguem-se os titulares de um direito de crédito, mas que intervieram no processo de fusão porque, por ocasião das funções que desempenham, lhes coube elaborar o projeto, ou porque, pela qualidade de sócio que ostentam, lhes coube discutir e aprovar a operação. Poderão estes lançar mão deste direito de oposição sem que incorram em abuso de direito na modalidade *venire contra factum proprium*? Sócios e gestores que assumam, em simultâneo, a veste de credores, podem deparar-se, em momentos e em ocasiões distintas, com interesses diversos e até antagónicos. Na verdade, se o gestor, cumprindo os seus deveres de cuidado, agindo como gestor diligente e criterioso, e de lealdade, agindo “no interesse da sociedade, atendendo aos interesses de logo prazo dos sócios e ponderando os interesses dos outros sujeitos relevantes para a sustentabilidade da sociedade”³⁶⁰, entender que o processo de fusão é essencial à sociedade deve, para cumprir devidamente todos os deveres que lhe cabem, elaborar a respetiva proposta de fusão ou, em caso de órgão colegial, votar favoravelmente na decisão de elaborar e apresentar a proposta aos sócios, mesmo que a consumação da fusão possa pôr em risco eventuais créditos que detenha sobre a sociedade.

Mutatis mutandis, entendemos dever ser aplicável aos sócios o mesmo raciocínio e, por isso, é credível que os sócios, mesmo quando credores da sociedade, entendam que a fusão traz vantagens societárias – e conseqüentemente lucro subjetivo – apesar de poder representar um perigo para a satisfação do crédito que sobre ela detêm. Face ao exposto, parece-nos que também estes credores poderão fazer uso do direito de oposição (salvo se outro se mostrar mais adequado para a satisfação do seu interesse) precisamente porque uns e outros assumem, neste particular, vestes distintas que não se conformam com um interesse uno.

A doutrina espanhola diverge nesta matéria. Para uns, apenas aqueles que votaram contra a fusão é que têm legitimidade para exercer o direito de oposição; para outros, o voto favorável na deliberação que aprova a fusão não condiciona o posterior exercício do direito de oposição pelos mesmos motivos que avançamos anteriormente³⁶¹. Concordamos, pois, com este último entendimento, como resulta, aliás, anteriormente exposto³⁶².

³⁵⁹ Cfr. GARCÍA SANZ, Arturo, “El derecho de oposición como técnica de protección de los acreedores sociales en la fusión de sociedades mercantiles”, *Revista de Derecho de Sociedades*, Aranzadi, n.º 50, Maio-Agosto 2017, páginas 193 a 225, aqui página 201.

³⁶⁰ Cfr. Alínea b) do n.º 1 do artigo 64.º do CSC. Recorde-se que as alíneas a) e b) do predito preceito ditam os deveres fundamentais a observar pelos gestores das sociedades, nomeando o dever de cuidado e o dever de lealdade.

³⁶¹ ESTEBAN RAMOS, *Los acreedores sociales ante los procesos de fusión y escisión de sociedades anónimas: instrumentos de protección*, Pamplona, 2007, páginas 277 e 278.

³⁶² GÁLLEGO LANAU, *La cesión global de activo y pasivo en las sociedades mercantiles*, 2016, páginas 442 e 443.

A fusão sendo uma operação de reestruturação de empresas implica, não raras vezes, alterações na rotina dos seus trabalhadores e, portanto, há que equacionar a possibilidade de estes terem legitimidade para fazer uso do direito de oposição. Não nos parece, porém, que este direito lhes vá dirigido. Com efeito, o legislador comunitário assevera que devem ser mantidos os direitos e obrigações dos trabalhadores decorrentes da relação laboral e que os contratos de trabalho se mantêm nos exatos termos em que estavam a ser executados antes da fusão, não havendo, por isso, por ocasião da fusão motivo para despedimento. Na verdade, é esta a interpretação que podemos fazer quando conjugamos a matéria da fusão com os imperativos decorrentes da Diretiva n.º 2001/23/CE, do Conselho, de 12 de março, relativa à aproximação das legislações dos Estados membros respeitantes à manutenção dos direitos dos trabalhadores em caso de transferência de empresas ou de estabelecimentos, ou de partes de empresas ou de estabelecimento. Estes imperativos foram concretizados no artigo 285.º do Código do Trabalho aquando da transposição da referida Diretiva³⁶³. Em caso algum se fala do direito de oposição aos trabalhadores para protegerem eventuais créditos laborais. Terão, pois, estes credores de lançar mão de outras medidas legais destinadas a proteger os seus direitos.

Neste particular, importa igualmente analisar a categoria dos credores obrigacionistas³⁶⁴.

No regime jurídico português, por remissão do artigo 101.º C do CSC, assiste a estes credores o direito de oposição, tal como impõe o artigo 14.º da Diretiva n.º 2011/35/CE. A legitimidade ativa que, neste caso em concreto, é exercida coletivamente por via de representante³⁶⁵, depende da verificação dos requisitos próprios do artigo 101.º-A do CSC acrescidos da necessidade de a assembleia de obrigacionistas ter-se manifestado, por maioria absoluta dos obrigacionistas presentes, contra a fusão. Note-se que apresenta elevada dificuldade o cumprimento de todos os requisitos, sobretudo temporais, inerentes a este processo. De facto, cumprir, por um lado, os prazos necessários para convocar e, assim, reunir validamente

³⁶³ Recordem-se os dizeres do n.º 1 do artigo 285 do Código do Trabalho português: “em caso de transmissão, por qualquer título, da titularidade de empresa, ou estabelecimento ou ainda de parte de empresa ou estabelecimento que constitua uma unidade económica, transmitem-se para o adquirente a posição do empregador nos contratos de trabalho dos respectivos trabalhadores, bem como a responsabilidade pelo pagamento de coima aplicada pela prática de contra-ordenação laboral” e do n.º 3 “o disposto nos números anteriores é igualmente aplicável à transmissão, cessão ou reversão da exploração de empresa, estabelecimento ou unidade económica, sendo solidariamente responsável, em caso de cessão ou reversão, quem imediatamente antes tenha exercido a exploração”. Sobre esta matéria veja-se a seguinte jurisprudência relevante: 1) Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 23 de fevereiro de 2017; 2) Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 16 de março de 2017; 3) Acórdão do Tribunal da Relação de Évora de 29 de junho de 2017.

³⁶⁴ Credores obrigacionistas das sociedades anónimas, das sociedades em comandita por ações e sociedades por quotas que tenham emitido obrigações.

³⁶⁵ Raúl Ventura avança que este representante pode ser o representante comum não tendo de ser um representante especialmente eleito para o efeito (artigo 359.º, n.º 1, al. b), do CSC). Não existindo representante deve proceder-se em conformidade com o disposto no artigo 358.º do CSC. Cfr. VENTURA, Raúl, (2003), *Fusão, Cisão e Transformação de Sociedades – Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, página 257.

a assembleia de obrigacionistas e, por outro lado, cumprir a obrigação imposta de solicitar a satisfação do crédito no prazo dos quinze dias referido no artigo 101.º-A do CSC, leva a questionar se o legislador português ponderou devidamente esta situação em particular.

Os entraves temporais que o regime jurídico português encerra no âmbito do direito de oposição dos obrigacionistas não se verificam no regime jurídico espanhol. De facto, neste regime jurídico, o exercício do direito de oposição também depende da não aprovação da fusão, por parte da assembleia de obrigacionistas, mas a viabilidade de cumprir este requisito é maior já que a oposição pode ser realizada durante o prazo de um mês a contar da publicação do acordo de fusão, mas não se exige a reclamação prévia do crédito e a respetiva resposta da sociedade (ou a falta dela nos quinze dias seguintes aos do pedido). Porém, o regime jurídico espanhol não clarifica que o direito de oposição tem de ser exercido coletivamente ou pode ser exercido individualmente. Se a assembleia de obrigacionistas aprovar a fusão não há, para nenhum obrigacionista, direito oposição. Se a assembleia não aprovar a fusão deverá decidir se avançam conjuntamente para a oposição e, não o fazendo, poderá, cada um por si fazê-lo³⁶⁶.

Por fim, o artigo 101.º-C do CSC autonomiza, no n.º 4, que “os portadores de obrigações ou outros títulos convertíveis em ações ou obrigações com direito de subscrição de ações gozam, relativamente à fusão, dos direitos que lhes tiverem sido atribuídos para essa hipótese” referindo que, neste caso, devem, primeiramente, exercer os direitos que lhe foram especificamente atribuídos, gozando, apenas, do direito de oposição perante a ausência destes.

O regime jurídico espanhol, por sua vez, apresenta algumas especificidades, em sede de legitimidade ativa, que importa realçar. A lei espanhola exclui expressamente legitimidade ativa para o exercício do direito de oposição aos credores que se encontrem “suficientemente garantidos”. Porém a lei não clarifica o que é uma “garantia suficiente” por isso as dúvidas vão surgindo, desde logo, no sentido de saber se qualquer garantia prestada ao crédito é suficiente para afastar o seu credor do exercício deste direito. Tem-se entendido que não e que os créditos estão “suficientemente garantizados si tras la operación de modificación estructural el riesgo de impago no es mayor que el que existía con anterioridad a la realización de la operación”³⁶⁷.

Fixada que está a legitimidade ativa para o exercício do direito, analisemos agora os demais pressupostos.

Como já referimos anteriormente o artigo 101.º A do CSC exige que os créditos tenham sido constituídos em momento anterior ao da publicação do registo do projeto, pois, serão estes os credores que, aquando da constituição do crédito, não estariam em condições de conhecer a futura fusão e a conseqüente alteração das circunstâncias no cumprimento da obrigação constituída. O mesmo sucede, no regime jurídico espanhol, como decorre expressamente do n.º 2 do artigo 44.º da LME.

³⁶⁶ Cfr. GARCÍA SANZ, Arturo, “El derecho de oposición como técnica de protección de los acreedores sociales en la fusión de sociedades mercantiles”, *Revista de Derecho de Sociedades*, Aranzadi, n.º 50, Maio-Agosto 2017, páginas 193 a 225, aquí página 205.

³⁶⁷ Cfr. *Ibidem*, página 2010.

Atentemos, por fim, na exigência legal que obriga o credor a solicitar ao devedor a satisfação do crédito ou a prestação de garantia adequada. Dispõe o artigo 101.º-A do CSC que “no prazo de um mês após a publicação do registo do projeto” os credores com direito à oposição judicial podem deduzi-la “desde que tenham solicitado à sociedade a satisfação do seu crédito ou a prestação de garantia adequada, há pelo menos quinze dias sem que o seu pedido tenha sido atendido”. A *ratio* subjacente à norma é perceptível: evitar o exercício do direito de oposição judicial à fusão e satisfazer o direito do credor, fora dos meandros judiciais. Pretende-se, pois, com esta exigência obrigar as partes a negociar e a resolver a causa sem que a mesma chegue a vias judiciais. Estamos em crer que a medida é boa. Questionamos, sem embargo, a bondade legislativa no que respeita ao prazo dado. Com efeito, o prazo dos quinze dias corre dentro do prazo de um mês que consideramos ser um prazo de caducidade para o exercício do direito. O regime jurídico espanhol não apresenta qualquer exigência semelhante permitindo que o direito de oposição seja exercido nos trinta dias seguintes ao da data da última publicação da deliberação que aprova a fusão e, caso haja necessidade de comunicar por escrito a todos os sócios e credores, da data do envio da última comunicação.

Na verdade, está, neste aspeto, o direito português isolado já que nenhum outro ordenamento jurídico congénere o acompanha.

No regime jurídico português, outras questões se levantam ainda em relação ao predito prazo dos trinta dias como acontece, por exemplo, com o facto de o início da contagem deste prazo ser coincidente com o início do prazo para proceder à realização da assembleia. A circunstância de ambos os prazos começarem a correr termos exatamente no mesmo dia e sabendo que, de acordo com o n.º 1 do artigo 100 do CSC, a assembleia não pode reunir antes de volvido um mês depois da data do registo do projeto, conclui-se que o direito de oposição é exercido forçosamente antes da data da reunião da assembleia geral e, portanto, podem, na verdade, os credores deduzir oposição judicial a uma fusão cujo projeto não foi aprovado pelos sócios e, por isso, não se efetivará. Será, no fundo, uma oposição a coisa nenhuma. Pese embora se compreenda que o sentido de voto dos sócios possa ser influenciado pela existência ou não de oposição judicial, podendo inclusivamente conduzir à rejeição da proposta, talvez fosse mais coerente que a deliberação ocorresse em primeiro lugar e fosse publicada sempre que dela decorresse a aprovação da fusão. O prazo para oposição dos credores contar-se-ia, assim, da data da publicação da deliberação. É esta, com efeito, a solução do regime jurídico espanhol onde, de facto, a ordem dos acontecimentos parece mais adequada ao exercício do direito aqui em causa.

De referir ainda que, no regime jurídico português, a oposição à fusão consubstancia uma oposição judicial e vem consagrada no artigo 1059.º do Código de Processo Civil que determina que o credor “oferece prova da sua legitimidade e especifica qual o prejuízo que do projeto de fusão ou cisão deriva para a realização do seu direito”. Ainda no termos do mesmo preceito fixa-se que, caso se verifique a procedência da oposição, o tribunal determina “o reembolso do crédito do oponente ou, não podendo este exigi-lo, a prestação de caução”.

Uma vez deduzia a oposição judicial por qualquer credor, impede-se a inscrição definitiva no registo comercial até que, nos termos das alíneas do n.º 1 do artigo 101.º-B, “se verifique algum dos seguintes factos: a) haver sido julgada improcedente, por decisão com trânsito em julgado, ou, no caso de absolvição da instância, não ter o oponente intentado nova

acção no prazo de 30 dias; b) ter havido desistência do oponente; c) ter a sociedade satisfeito o oponente ou prestado a caução fixada por acordo ou por decisão judicial; d) haver o oponente consentido na inscrição; e) ter sido consignada em depósito a importância devida ao oponente”. O impedimento do registo definitivo traduz-se num enorme entrave à fusão, pois, como é sabido, o registo da fusão é constitutivo³⁶⁸ e afeta todas as sociedades intervenientes no processo de fusão mesmo que, em relação a alguma ou algumas delas, não tenha sido deduzida qualquer oposição judicial.

A dedução de oposição não determina, no entanto, a suspensão do processo, contrariamente ao que sucede no regime jurídico espanhol. Sobre este regime há, porém, que relembrar a introdução do n.º 4 do artigo 44.º da LME e perceber a sua conjugação com a redacção do n.º 3 do mesmo preceito. Ora, até à introdução do n.º 4, pela Lei 1/2012, a oposição paralisava completamente a fusão e impossibilitava o registo do ato enquanto não se garantissem os créditos. Porém, o preceito n.º 4.º ao referir que “si la fusión se hubiera llevado a efecto a pesar del ejercicio, en tiempo y forma, del derecho de oposición por acreedor legítimo, sin observancia de lo establecido en el apartado anterior, el acreedor que se hubiera opuesto podrá solicitar del Registro Mercantil en que se haya inscrito la fusión que, por nota al margen de la inscripción practicada, se haga constar el ejercicio del derecho de oposición” deixa a dúvida sobre os reais efeitos da oposição dos credores ao registo da fusão. Pensamos que, em matéria tão sensível como esta, deveria o legislador evitar a existência de dúvidas. GARCÍA SANZ, no entanto, consegue compatibilizar os regimes decorrentes de ambos os números, entendendo que o n.º 4 está reservado às situações em que a sociedade avança com a fusão porque não reconhece legitimidade ao credor³⁶⁹. Este entendimento é o que melhor se compagina com a Resolução da *Dirección General de los Registros y del Notariado*, de 15 de outubro de 2014.

Resulta do exposto que, no essencial, os regimes jurídicos português e espanhol estão em sintonia no tratamento do direito de oposição dos credores. As principais diferenças residem, por um lado, no facto de, no regime jurídico português, a lei atribuir legitimidade ativa aos titulares de créditos vencidos, contrariamente ao que sucede no regime jurídico espanhol. E, por outro lado, de aquele regime jurídico exigir que os credores solicitem à sociedade devedora o cumprimento da obrigação (ou a prestação de garantia adequada), sem sucesso, quinze dias antes de deduzirem oposição o que deverão fazer no prazo máximo de trinta dias a contar da publicação do projeto de fusão. No regime jurídico espanhol não se verifica a exigência deste requisito e o prazo de oposição conta-se da data da publicação da deliberação que aprova a fusão e não da publicação do projeto.

2.2. A responsabilidade dos membros dos órgãos de administração e de fiscalização no regime jurídico português

Determina o n.º 1 do artigo 114.º do CSC, sob epígrafe “responsabilidade decorrente da fusão”, que “os membros do órgão de administração e os membros do órgão de fiscalização

³⁶⁸ A este propósito, cfr. ANTUNES, José A. Engrácia, *Direito das Sociedades*, Porto, Ed. de Autor, 2010, página 428.

³⁶⁹ GARCÍA SANZ, Arturo, “El derecho de oposición como técnica de protección de los acreedores sociales en la fusión de sociedades mercantiles”, *Revista de Derecho de Sociedades*, Aranzadi, n.º 50, Maio-Agosto 2017, páginas 193 a 225, aquí página 216.

de cada uma das sociedades participantes são solidariamente responsáveis pelos danos causados pela fusão à sociedade e aos seus sócios e credores, desde que, na verificação da situação patrimonial das sociedades e na conclusão da fusão, não tenham observado a diligência de um gestor criterioso e ordenado”.

Da leitura do artigo 20.º da Diretiva n.º 2011/35/UE, praticamente decalcada do artigo com o mesmo número da Terceira Diretiva, percebe-se facilmente que o legislador português foi além do mínimo exigido pelo legislador comunitário, ao estender a responsabilidade, determinada no preceito, aos membros do órgão de fiscalização. Com efeito, a Diretiva impõe aos Estados membros regular “pelo menos a responsabilidade civil dos membros do órgão de administração ou de direcção da sociedade incorporada para com os accionistas desta sociedade, decorrente das irregularidades cometidas pelos membros desse órgão na preparação e realização da fusão”. Se, nos termos referidos, o legislador português foi além dos imperativos comunitários impondo diretamente a responsabilidade emergente da fusão aos membros do órgão de fiscalização, no que respeita à responsabilidade do Revisor Oficial de Contas talvez tenha pecado por defeito ao nada ter estabelecido, neste particular da responsabilidade, na série de normas especialmente aplicáveis à fusão, apesar de o artigo 21.º da Diretiva n.º 2011/35/UE o demandar ao impor que “a legislação dos Estados-Membros regula pelo menos a responsabilidade civil, para com os accionistas da sociedade incorporada, dos peritos encarregados de elaborar para esta sociedade o relatório previsto no n.º 1 do artigo 10.º, decorrente das irregularidades cometidas no exercício das suas funções”. Terá, por certo, o legislador português entendido que o disposto no artigo 82.º do CSC seria suficiente para acolher o dispositivo comunitário. Relembre-se, porém, que o predito artigo 82.º do CSC dispõe que os revisores oficiais de contas respondem “para com a sociedade e os sócios pelos danos que lhes causarem com a sua conduta culposa, sendo-lhes aplicável o artigo 73.º” e para com os credores nos termos previstos no artigo 78.º, ambos do CSC³⁷⁰. Se assim for, não se percebe bem a técnica legislativa porquanto, no que respeita aos membros do órgão de fiscalização, e até mesmo no tocante aos membros do órgão de administração, poderia ter sido aplicado mesmo raciocínio. Cremos que a tarefa do intérprete saía beneficiada se tivesse havido, por parte do legislador, uniformidade na construção do regime de responsabilidade decorrente da fusão.

Aliás, a verdadeira necessidade legislativa reside na redação do n.º 2 do artigo 114.º do CSC que esclarece que “a extinção de sociedades ocasionada pela fusão não impede o exercício dos direitos de indemnização previstos no número anterior e, bem assim, dos direitos que resultem da fusão a favor delas ou contra elas, considerando-se essas sociedades existentes para esse efeito”.

Na verdade, a violação do dever de cuidado e a inobservância da diligência de um gestor criterioso e ordenado no âmbito de um processo de fusão sempre seria, ante silêncio legislativo direto, subsumível no enunciado do n.º 1 do artigo 64.º do CSC. A mesma conclusão é, *mutatis mutandis*, aplicável aos titulares de órgãos sociais com funções de fiscalização por aplicação do n.º 2 daquele artigo 64.º. Ninguém dúvida, por exemplo, que o n.º 1 do artigo 102.º do CSC consubstancia um dever especial dos gestores ao impor que, em sede de assem-

³⁷⁰ Cfr. VENTURA, Raúl, (2003), *Fusão, Cisão e Transformação de Sociedades – Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, página 290.

bleia, declarem expressamente se se verificaram alterações relevantes nos elementos em que o projeto de fusão se baseou. Ora, o desrespeito deste comando implica necessariamente a violação do dever geral de cuidado inserto na al. a) do n.º 1 do artigo 64.º do CSC com as consequências daí advinentes. Importa relembrar que a violação deste dever faz o seu autor incorrer em responsabilidade civil desde que se encontrem verificados os requisitos legalmente exigidos para tanto e sendo certo que, em conformidade com o n.º 1 do artigo 72.º do CSC, a culpa é presumida. Importa, ainda, referir que ao autor da prática ilícita provocadora de prejuízo assiste a possibilidade de chamar à colação a denominada *Business Judgment Rule* (BJR) e, provando que agiu em termos informados, livre de interesses pessoais e seguindo critérios de racionalidade empresarial, livrar-se da responsabilidade que lhe seria imputada.

Por ser assim, estamos em crer que o legislador poderia ter usado da mesma técnica legislativa e tratar a responsabilidade emergente da fusão nos mesmos termos para todos os potenciais responsáveis pelos prejuízos decorrentes deste processo, fosse por via de remissão genérica fosse por via de consagração direta e expressa.

É que, a atual formulação legal, pode levantar dúvidas de outra natureza.

Por exemplo, será de aplicar, neste âmbito, em todas as situações, a BJR? Poderá, portanto, o gestor provar que a sua atuação, durante o processo de fusão, ocorreu em termos informados, livre de interesses pessoais e seguiu critérios de racionalidade empresarial, para se libertar da responsabilidade que lhe é dirigida? E os membros do órgão de fiscalização poderão, igualmente, fazer uso desta complacência legal, atendendo à remissão do n.º 1 do artigo 81.º do CSC? Estamos em crer que a resposta, a ambas as questões, deve ser afirmativa. Se bem pensamos, a *ratio* da BJR reside justamente na necessidade de dar liberdade aos gestores para tomarem opções empresariais, desde que racionais, mesmo podendo, por vezes, ser arriscadas e produzir resultados indesejados, sem que, num momento posterior, os tribunais venham julgar da pertinência da atuação do gestor³⁷¹. Portanto, se a atuação da administração no processo de fusão (desde a intervenção no projeto até às informações para a tomada da deliberação pelos respetivos sócios) estiver amparada pelos supramencionados predicados não deve, em nosso juízo, nascer responsabilidade para o gestor mesmo que a fusão tenha acarretado prejuízos *a posteriori*. Apesar de a norma ser diretamente aplicável aos gestores pensamos que ainda há espaço, certamente menor, para dela extrair alguma aplicação aos membros do órgão de fiscalização. Como afirma JOSÉ FERREIRA GOMES, “não pode aceitar-se simplesmente a afirmação *apriorística* de que esta é uma questão de discricionariedade da administração sobre a qual não deve incidir a ponderação do conselho fiscal. O conselho fiscal deve sempre ponderar a adequação da medida em causa face às circunstâncias do caso concreto, analisando os seus prós e contras. Só na sequência dessa avaliação poderá concluir pela existência – ou não – de verdadeiras alternativas de ação da administração normativa-

³⁷¹ Nestas matérias, ver, entre outros, DIAS, Gabriela Figueiredo, *Fiscalização de Sociedades e Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 2006; FRADA, Manuel Carneiro da, “A Business Judgment Rule no Quadro dos Deveres Gerais dos Administradores” in *Jornadas Sociedades Abertas Valores Mobiliários e Intermediação Financeira*, Almedina, Coimbra, 2007, páginas 201-242; VASCONCELOS, Pedro Pais de, “Business Judgment Rule, Deveres de Cuidado e de Lealdade, Ilicitude e Culpa e o artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais”, *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 1, Vol. 2, Coimbra, Almedina, 2009, páginas 41 a 79.

mente admissíveis”³⁷². Trata-se, pois, de um entendimento que perfilhamos e que entendemos ser de aplicar fora e dentro do contexto de fusão.

Note-se, porém, que as afirmações que precedem não estão isentas de dúvidas, pois, não podemos ignorar os exatos termos em que, no n.º 1 do artigo 114.º do CSC, o legislador faz referência expressa ao facto de os danos causados pela fusão terem de decorrer da inobservância da diligência de um gestor criterioso e ordenado aquando da verificação da situação patrimonial das sociedades e na conclusão da fusão. Ora, no que respeita à verificação da situação patrimonial da sociedade, por exemplo, não vislumbramos que possa haver lugar a qualquer decisão discricionária, exceção feita à opção do método utilizado para concretizar a avaliação. Posteriormente, a avaliação deve ser feita, de acordo com os critérios objetivos adotados, não dando margem de decisão ao gestor no momento do apuramento do valor patrimonial. Não lhe pode ser permitido, naturalmente, mascarar a situação patrimonial da sociedade. Por maioria de razão, será de aplicar a mesma conclusão ao desempenho do membro do órgão de fiscalização que terá a seu cargo a verificação da validade e legalidade dos métodos utilizados na concretização da verificação patrimonial. Ora, neste caso e nesta conformidade, não auguramos sucesso na invocação da BJR o que, no entanto, dependerá das especificidades do caso concreto.

E quanto ao real alcance da solidariedade fixada no n.º 1 do artigo 114.º do CSC? Quis o legislador impor o regime da responsabilidade solidária entre os membros de ambos os órgãos sociais, como fixado, por exemplo, no n.º 2 do artigo 81.º do CSC? Ou a amplitude da solidariedade depende da concreta situação? A responsabilidade será solidária na medida em que se apurem responsabilidades para os membros de ambos os órgãos. Se assim não for, a solidariedade existirá apenas para os membros do órgão que foi, com a conduta adotada no caso em concreto, autor dos danos provocados e apurados.

Veja-se, por fim, a importância da ficção legal patenteada no n.º 2 do artigo 114.º do CSC ao considerar a existência de sociedades extintas por ocasião da fusão. Efetivamente, só desta forma é que se poderá concretizar a responsabilidade que, nos termos do disposto no artigo 115.º do CSC, exige a prévia nomeação judicial de um representante, a pedido de qualquer um dos sócios ou dos credores. Cabe ao representante, mediante publicação de aviso, convidar os sócios e os credores a reclamar os seus direitos de indemnização sob pena de não serem abrangidos pela repartição da indemnização. Sobre estas matérias incide igualmente um regime especial de prescrição, inserto no n.º 4 do artigo 174.º do CSC, que determina, para estes efeitos, o prazo de 5 anos, a contar da data do registo definitivo da fusão.

³⁷² Cfr. GOMES, José Ferreira, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades – A Obrigação de Vigilância dos Órgãos da Sociedade Anónima*, Coleção Teses, Almedina, Coimbra, 2015, páginas 3254 e 325. Também neste sentido, DIAS, Gabriela Figueiredo, “A fiscalização societária redesenhada: independência, exclusão de responsabilidade e caução obrigatória dos fiscalizadores”, *Reformas do Código das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2007, páginas 279 a 334; SILVA, Calvão, “Corporate Governance: Responsabilidade civil dos administradores não executivos da comissão de auditoria e do conselho geral e de supervisão”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3940, página 51 e seguintes; e ALMEIDA, Pereira de, *Sociedades Comerciais*, Coimbra Editora, 4ª edição, 2006. Contra, CÂMARA, Paulo, “Os Modelos de Governo das Sociedades Anónimas – Três Estruturas de Administração e Fiscalização (Aparente Diversificação e Real Convergência?)”, *Reformas do Código das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2007, páginas 181 a 242.

Bibliografia

- ALMEIDA, Pereira de, *Sociedades Comerciais*, Coimbra Editora, 4ª edição, 2006.
- ANTUNES, José A. Engrácia, *Direito das Sociedades*, Porto, Ed. de Autor, 2010, página 428.
- CÂMARA, Paulo, “Os Modelos de Governo das Sociedades Anónimas – Três Estruturas de Administração e Fiscalização (Aparente Diversificação e Real Convergência?)”, *Reformas do Código das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2007, páginas 181 a 242.
- DIAS, Gabriela Figueiredo, *Fiscalização de Sociedades e Responsabilidade Civil*, Almedina, Coimbra, 2006.
- DIAS, Gabriela Figueiredo, “A fiscalização societária redesenhada: independência, exclusão de responsabilidade e caução obrigatória dos fiscalizadores”, *Reformas do Código das Sociedades*, Almedina, Coimbra, 2007, páginas 279 a 334.
- EMBED IRUJO (2001), «Comentario al art. 243», en AA.VV. (coord. Ignacio Arroyo e José Miguel Embid), *Comentarios a la Ley de Sociedades Anónimas*, vol. III, Madrid
- ESTEBAN RAMOS, (2007), «Los Acreedores Sociales ante los Procesos de Fusión y Escisión de Sociedades Anónimas: Instrumentos de Protección», in *Revista de Derecho de Sociedades*, n.º 28, Navarra, Thomson/Aranzadi.
- ESTEBAN RAMOS, *Los acreedores sociales ante los procesos de fusión y escisión de sociedades anónimas: instrumentos de protección*, Pamplona, 2007.
- ESTEBAN VELASCO (1984), «Las sociedades y las empresas multinacionales», *Revista de Derecho de Mercantil*, números 172-173.
- FRADA, Manuel Carneiro da, “A Business Judgment Rule no Quadro dos Deveres Gerais dos Administradores” in *Jornadas Sociedades Abertas Valores Mobiliários e Intermediação Financeira*, Almedina, Coimbra, 2007, páginas 201-242.
- GÁLLEGO LANAU, *La cesión global de activo y pasivo en las sociedades mercantiles*, 2016.
- GARCÍA SANZ, Arturo, “El derecho de oposición como técnica de protección de los acreedores sociales en la fusión de sociedades mercantiles”, *Revista de Derecho de Sociedades*, Aranzadi, n.º 50, Maio-Agosto 2017, páginas 193 a 225
- GOMES, José Ferreira, *Da Administração à Fiscalização das Sociedades – A Obrigação de Vigilância dos Órgãos da Sociedade Anónima*, Coleção Teses, Almedina, Coimbra, 2015
- GONÇALVES, Diogo Costa, (2009), *Código das Sociedades Comerciais Anotado*, Coord. António Menezes Cordeiro, 2ª ed. Almedina, Coimbra.
- MARQUES, Elda, (2011), *Código das Sociedades Comerciais em Comentário*, Vol. II, Coord. Jorge M. Coutinho de Abreu, Almedina, Coimbra.
- NOGUEIRA SERENS, “A translação de empresas nos negócios de fusão e de cisão”, *IV Congresso de Direito das Sociedades em Revista*, Almedina, 2016, pp. 1-15.
- SILVA, Calvão, “Corporate Governance: Responsabilidade civil dos administradores não executivos da comissão de auditoria e do conselho geral e de supervisão”, *Revista de Legislação e de Jurisprudência*, n.º 3940

VASCONCELOS, Pedro Pais de, “Business Judgment Rule, Deveres de Cuidado e de Lealdade, Ilicitude e Culpa e o artigo 64.º do Código das Sociedades Comerciais”, *Direito das Sociedades em Revista*, Ano 1, Vol. 2, Coimbra, Almedina, 2009, páginas 41 a 79.

VENTURA, Raúl, (2003), *Fusão, Cisão e Transformação de Sociedades – Comentário ao Código das Sociedades Comerciais*, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 2003.

Contrapontos do neoconstitucionalismo numa perspectiva ibero-americana

CAIO CÉSAR SOARES DE SOUSA³⁷³

Universidade de Lisboa

BRUNA MARIA JACQUES FREIRE DE ALBUQUERQUE³⁷⁴

Universidade de Salamanca

Considerações iniciais

A busca por soluções para os problemas emergentes em uma sociedade diversa levaram a jurisdição a recorrer a novos mecanismos de interpretação do texto constitucional, suscitando pelas cortes julgadoras um apreço ao neoconstitucionalismo como via resolutive e satisfatória da pluralidade de questões que lhe eram e são apresentadas.

A preocupação necessária em fornecer resposta aos sem número de questões levadas aos tribunais constitucionais, principalmente após a ascensão e constitucionalização dos direitos fundamentais, ao passo que representa maior ação judicial em prol do cidadão como fim do Estado, pode revelar faceta perigosa de uma das vertentes de ação estatal, quando ignorado

³⁷³ Advogado. Mestre em Ciências Jurídico Políticas com especialidade em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. Especialista em Direito Constitucional pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Especialista em Direito Municipal pela Universidade Anhanguera.

³⁷⁴ Advogada, Doutora em Direito do Trabalho pela Universidade de Salamanca – Espanha – USAL, Mestre em Direitos Humanos pela Universidade de Salamanca – Espanha – USAL, Especialista em Processo Civil pela Universidade Federal de Pernambuco – UFPE, Especialista em Direito do Trabalho, Direito Ambiental e em Ciências Políticas pela Universidade de Salamanca – Espanha – USAL, Professora do Núcleo de Práticas Jurídicas da Autarquia do Ensino Superior de Garanhuns – AESGA, Professora de Direito Civil e Empresarial da AESGA e da UNIFAVIP DeVry, Conselheira da Subseção Regional de Garanhuns da OAB-PE.

o processo de construção decisório e seus fundamentos em clara colisão com o preceituado para o Estado Democrático. Neste cenário de respostas às demandas ofertadas ao interprete/julgador e receios quanto à formação da decisão, traz-se a seguinte indagação: quais os contrapontos ao neoconstitucionalismo enquanto via de interpretação solucionadora e possível representação de risco de formação de construção decisória para o Estado Democrático?

O neoconstitucionalismo revela intrigante fenômeno pós-exaltar do texto constitucional como normativo de hierarquia superior dentro de um ordenamento jurídico, o que para muitos poderia revelar, de forma equivocada, um rompimento às premissas positivistas exegéticas, mas que, no entanto, colhem no passar da Segunda Guerra e no necessário fomento de valores rechaçados nos períodos de conflito armada, movimento de valorização do texto constitucional distinto do até então acompanhado, mas com contrapontos dignos de serem apreciados no âmbito jurídico ibero-americano, especificamente entre Brasil e Portugal, com recurso também à visão constitucionalista latino-americana.

Cuidando aqui de uma compreensão do neoconstitucionalismo como fenômeno, fruto de uma repensar constitucional comum à dinâmica do direito e sua relação com a sociedade, verifica-se que o mesmo, com surgimento em estudos de autores espanhóis e italianos, servindo-nos os alerta de Lênio Streck quando às múltiplas dimensões que o termo possa ser apreciado, dado seu caráter semântico aberto, mas em na síntese do autor restaria configurado em uma reestruturação das balizas normativas de um Estado, com novas normas constitucionais, conseqüentemente a exigência de um repensar em toda dogmática constitucionalista e principalmente a construção da decisão judiciais suas diretrizes interpretativas (STRECK, 2017, p. 145)³⁷⁵.

Dadas as múltiplas dimensões que o termo possa ganhar, como política ou sociológica, a depender do âmbito de sua apreciação, aqui será dado o enfoque hermenêutico e da teoria constitucional que o neoconstitucionalismo veio a receber no Brasil e hoje mais do que nunca merece o devido repensar, já encontrando pontos de balanceamento e crítica dentro do próprio ordenamento jurídico e por parte de uma visão lusófona quanto à integração ou adesão brasileira ao ideal oriundo de contornos estatais, de construção histórica e estatal distinto.

Da visão neoconstitucionalista implementada no Brasil

Na compreensão de Gilmar Mendes³⁷⁶ o novo constitucionalismo seria marcado por: “*mais Constituição do que leis, mais juízes do que legisladores, mais princípios do que regras, mais ponderação do que subsunção e mais concretização do que interpretação*”.

Ainda nas observações de Mendes, a doutrina neoconstitucionalista, revelaria um constitucionalismo marcado por: “a) mais Constituição do que leis; b) mais juízes do que legis-

³⁷⁵ STRECK, Lênio Luiz. Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 1ª. ed. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017.

³⁷⁶ MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 127.

ladores; c) mais princípios do que regras; d) mais ponderação do que subsunção; e) mais concretização do que interpretação” (MENDES, 2008, p. 127).

O Professor e então Ministro do Supremo Tribunal Federal Luiz Roberto Barroso que em artigo escrito em conjunto com a Professora Doutora Ana Paula de Barcelos, denominado de “O começo da História”, ao demonstrar contraponto a uma concepção engessada de positivismo ainda remetido a escola exegética deixa claro que:

A nova interpretação constitucional assenta-se no exato oposto de tal proposição: as cláusulas constitucionais, por seu conteúdo aberto, principiológico e extremamente dependente da realidade subjacente, não se prestam ao sentido unívoco e objetivo que uma certa tradição exegética lhes pretende dar. O relato da norma, muitas vezes, demarca apenas uma moldura dentro da qual se desenham diferentes possibilidades interpretativas. À vista dos elementos do caso concreto, dos princípios a serem preservados e dos fins a serem realizados é que será determinado o sentido da norma, com vistas à produção da solução constitucionalmente adequada para o problema a ser resolvido.³⁷⁷

Em mesma obra Barroso apresenta como princípios estruturantes da hermenêutica, o Princípio da Supremacia da Constituição, Princípio da Presunção de Constitucionalidade das leis, Princípio da Interpretação Conforme a Constituição, Princípio da Unidade da Constituição, Princípio da Efetividade e o Princípio da Razoabilidade ou proporcionalidade (sob a prerrogativa de justiça).

Nesse passo, aponta-se como marco histórico na Europa o fim da segunda guerra, já no Brasil seriam as transições decorrentes do fim do regime ditatorial e a implementação da Constituição de 1988, por outro lado, o marco filosófico residiria na implementação de adesão ao denominado pós-positivismo, neoconstitucionalismo que seria arrimado nas teorias apregoadoras da força normativa da constituição, expansão da jurisdição constitucional e uma nova Interpretação (BARROSO, 2005, p. 3)³⁷⁸

Barroso (2005, p. 5), destacando o papel do intérprete para o neoconstitucionalismo, aponta que o mesmo “torna-se co-participante do processo de criação do Direito, completando o trabalho do legislador ao fazer valorações de sentido para as cláusulas abertas e ao realizar escolhas entre soluções possíveis”.

No mais, além dos referidos princípios e diretrizes, a busca por uma decisão justa, a exaltação dos valores como conceitos abertos a serem preenchidos pelo intérprete de forma a dar concretude ao texto constitucional dada a amplitude de possibilidade significativas que

³⁷⁷ BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula de. “O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro”. In: Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, jan./fev. 2004, p. 19-51.

³⁷⁸ BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). Revista de Direito Administrativo, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 13 Nov. 2017.

lhes podem ser atribuídas, tudo isto marca pontos de defesa do neoconstitucionalismo, ou como alguns preferem, da nova hermenêutica.

No espaço neoconstitucionalista brasileiro, trincheira jurídica aberta e com consequências latentes, observou-se uma ampliação da construção do Direito pátrio pela via do judiciário, como a decisão do Supremo Tribunal Federal - STF sobre uniões homoafetivas na Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4277 e a Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 132, fortemente amparada na gama principiológica constitucional e na lacuna do texto para pessoas com mesma orientação sexual, atuação judicante, que promovedora de direitos, consequentemente ganhou respaldo social em sua manutenção.

Verifica-se na atuação do STF elevado grau de apego à solução casos difíceis em que o julgador busca respostas do problema para a norma, e não da norma para o problema, assim amparado na promoção de “justiça” fundamentada num Pos-positivismo que na visão de Marmelstein (2016, p. 10)³⁷⁹ nada mais seria do que um positivismo ético, e que no ordenamento brasileiro teria amparo teoria dos princípios, que na visão de Bonavides seria o “Coração das Constituições”³⁸⁰.

Contrapontos ao Neoconstitucionalismo implementado

Ao se ponderar a sistemática neoconstitucionalista introduzida no ordenamento brasileiro em escalas que perpassam os juízes singulares e ganham visibilidade perante os órgãos julgadores colegiados das instâncias superiores/extraordinárias hoje televisionadas, tem-se contrapontos que perpassam, desde de uma visão externa quanto ao que ocorre no processo decisório brasileiro, bem como dissonâncias a esse movimento dente os juristas na América Latina.

Nesse sentir, destaca-se primeiramente a questão da colonialidade presente no constitucionalismo brasileiro, em que há uma “afirmação e legitimação de padrões eurocêtricos e valores liberais burgueses com a consequente exclusão de grupos e sujeitos que não se encaixam no perfil do homem branco europeu capitalista” (BARBOSA e TEIXEIRA, 2017, p. 1118).³⁸¹

Barbosa e Teixeira alertam que a própria implantação de um constitucionalismo amparado em caracteres de colonialidade, estes seriam causa de disfunção de estados na América Latina, e que no Brasil remeteriam para seus grandes déficits sociais, com grande impacto na construção normativa, e consequentemente da atuação do Judiciário na práxis de interpretar e resolver problemas judicializados.

Por seu turno, na visão dos autores supra citados, o neoconstitucionalismo com todo o desenhar já indicado nas palavras de Barroso e Mendes, revelaria um desenhar europeu, que

³⁷⁹ MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. 6. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016.

³⁸⁰ BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998, p. 253.

³⁸¹ BARBOSA, Maria Lucia; TEIXEIRA, João Paulo Allain. Neoconstitucionalismo e Novo Constitucionalismo Latino Americano: dois olhares sobre igualdade, diferença e participação. Revista Direito e Práxis. Vol. 08, N. 2. Rio de Janeiro, 2017, p. 1113-1142.

na América Latina termina por desaguar em um controle de políticas públicas pelo judiciário com invasão de competência que seriam do Executivo, representando uma teoria do direito e de poder, e não uma teoria da constituição (BARBOSA e TEIXEIRA, 2017, p. 1119).

Tal prejuízo também é reiterado por Streck (2014, p. 2960) que dispõe:

Ingresso tardio de países da América Latina no constitucionalismo, e principalmente na nova percepção de mundo pautada na constituição, verificando-se inclusive uma transição de visão constitucional que não navegou por percursos históricos similares aos europeus, mas por muito tempo marcado pelo autoritarismo na política e em uma segunda metade do século XX parte para um texto maior marcado por compromissos sociais e uma alegação de manutenção do regime democrático.³⁸²

Aderiu-se ao constitucionalismo e agora ao neoconstitucionalismo, absorvendo toda visão de Estado e de Direito fruto da construção ocidental europeia e norte-americana, tendo-se interpretações e implementações normativas que se distanciam da compreensão e construção sociocultural de seus influenciadores, desaguando portanto em uma sistemática de atuação do judiciário, que no Brasil ganha contornos ativistas, distante do ideal democrático e prejudiciais à compreensão de Estado de Direito.

Não se ignoram as benesses, *prima facie*, do neoconstitucionalismo, principalmente no Brasil com um legislativo marcado por omissões, e notórios problemas sociais não enfrentados devidamente pela sociedade e a política estatal, mas como nos aponta Max Moller, [...] a grande oposição que possa existir entre o neoconstitucionalismo e o constitucionalismo moderno é exatamente em relação à prática constitucional, e não a seus fundamentos teóricos³⁸³, ou seja, não se visualiza novidade em atribuir força normativa à constituição, se compreendido que a sistemática constitucional acompanha o processo de fluidez estatal e consequentemente do Direito.

Da visão de Moller quanto à prática neoconstitucionalista, é que portanto residem as principais críticas à propositura de uma nova hermenêutica constitucional, que no entender de Streck (2014, p. 296)³⁸⁴ “acabou por incentivar /institucionalizar uma recepção acrítica da jurisprudência dos valores, da teoria da argumentação de Robert Alexy [...] e do ativismo judicial norte-americano”.

Streck (2017)³⁸⁵ soma-se a Teixeira, Barbosa entre outros, não em contraposição ao neoconstitucionalismo europeu, mas em contrariedade à recepção e implementação teórica e prática dessa teoria em outros ordenamentos jurídicos, principalmente o brasileiro, o que reflete posicionamen-

³⁸² STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014).

³⁸³ MÖLLER, Max. *Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011, p. 23.

³⁸⁴ STRECK, Lenio Luiz. *Jurisdição constitucional e decisão jurídica*. 4ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014).

³⁸⁵ STRECK, Lenio Luiz. *Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da teoria do direito à luz da crítica hermenêutica do Direito*. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017, p. 145-149.

to deste artigo, na medida em que os neoconstitucionalistas apostam no protagonismo judicial, equivocam-se na utilização dos princípios e da ponderação, tecem críticas unicamente ao formalismo positivista e terminam por se entregar a um cenário de disputa ou “jogo de poder”.

Ainda em contraponto ao neoconstitucionalismo, não obstante o oportunizar a resolução de problemas e permitir ampliação do rol de direitos fundamentais pela via decisória, estabelecendo também nova relação entre direito e moral, na visão do professor da Universidade Federal de Pernambuco - UFPE, Gustavo Ferreira Santos, o instituto em apreço adere a um discurso tendido à redução dos espaços de decisão democrática, transferindo ao intérprete/aplicador da Constituição a tarefa decisória, o que segundo o referido professor, carece de uma nova postura de quem busca interpretar a constituição de forma que interprete evite fechar as portas aos representantes do povo através do seu papel decisório³⁸⁶.

Coaduna, portanto, com a crítica formulada por Barbosa e Teixeira, na medida em que a preocupação maior emerge da invasão do espaço democrático de decisão e do afastamento de qualquer receio para com a legitimidade democrática do texto constitucional (BARBOSA e TEIXEIRA, 2017, p. 1119).

Aliando-se às posturas já apresentadas, soma-se ainda o entendimento do professor da Universidade de Lisboa Carlos Blanco de Moraes, o qual aponta fragilidades no neoconstitucionalismo, como posto por Luis Roberto Barroso, visto que, segundo Blanco, viria a revelar séria colisão com o princípio da Separação do Poderes, traria negativa à formulação do Estado Democrático, geraria ofensa ao princípio da legalidade, na medida em que quem “legisla” não é legitimado para tanto, restando o “método” neoconstitucionalista carente de cientificidade que o faça integrar a Ciência do Direito” (MORAIS, 2012, p. 153).³⁸⁷

É possível assim destacar as críticas do professor português ao sistema de jurisdição constitucional brasileira amparada no neoconstitucionalismo, como principais contrapontos, primeiramente a colisão com o princípio da Separação do Poderes, ao viabilizar criatividade e maior discricionariedade do interprete além daquelas já delimitadas em lei, ao momento que oportuniza o preenchimento de conceitos e exalta valores que muitas vezes se sobrepõem ao texto constitucional, delimitando vontades com o exercício de funções que não lhes são atribuídas por lei (seja no legislar ou administrar).

Por conseguinte, nega a prevalência de um Estado Democrático, na medida em que sob o pretexto de assegurar os direitos conquistados principalmente numa perspectiva de Estado Social, ao rechaçar o papel do legislativo quanto ao autor constitucionalmente estabelecido da lei e representante do povo, permite que o Judiciário, seja por meio de interpretações inventivas, seja através de sentenças aditivas dentre tantos mecanismos, este passa a formular leis e delimitar políticas públicas, como se executivo e legislativo fosse, negando aos escolhidos por meio do povo a titularidade, o que fragiliza o próprio Estado e sua formulação como escolha do constituinte originário em sua delimitação dos poderes e suas funções específicas.

³⁸⁶ SANTOS, Gustavo Ferreira. Neconstitucionalismo e democracia. Revista de informação legislativa: v. 43, n. 172 (out./dez. 2006). Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, p. 45-55, out./dez. 2006

³⁸⁷ MORAIS, Carlos Blanco. O controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais: um mero ciclo activista ou uma evolução para o paradigma neoconstitucionalista? Revista de Direito Constitucional e Internacional. Vol. 78. Jan/2012DRT\2012\2480. p. 153

O neoconstitucionalismo, com assumida alimentação em esparsas correntes pós positivistas, distingue-se destas, não por sua criatividade explícita por vezes comuns às demais correntes interpretativistas, mas em razão de não restar preenchido de cientificidade que a faça integrar a Ciência do Direito, como já fora indicado neste trabalho, sendo latente a ausência de um método claro, bem como inexistindo pelo menos consonância técnica em seus seguidores.

No mais, os “neoconstitucionalistas” esperam uma revisão da concepção de Estado e delimitação dos poderes, descartando o fato de que, a possibilidade de afastamento do autor da lei do seu aplicador foi uma das bases que levaram à estruturação de um Estado propriamente dito, que à época pode até ter se revelado através do Estado Liberal, mas que na passagem para o Estado Social ganhou força dada a possibilidade não apenas de assegurar direitos dos cidadãos, mas de garantir que na divisão dos poderes de Montesquieu, as leis sejam reflexos da vontade do povo, não da imposição para com quem quer que seja.

Por fim, referida corrente metodológica, se é que pode assim ser chamada, aponta para um claro retrocesso ou volta ao passado pré-hemenêutico, da indefinição do que é Direito, obscuridade do interpretado e insegurança no decidido.

Neste mesmo sentido já leciona do Professor Doutor Manoel Gonçalves Ferreira Filho³⁸⁸, para quem a utilização da vontade ou da suposição do que é justo, faz com que os neoconstitucionalistas neguem, mesmo que implicitamente o Princípio da Legalidade; contestem a democracia renegando a lei como expressão da vontade geral, abandonem a separação dos poderes que guarda para o legislador os estabelecimento da lei.

Nesse ínterim, várias são as concepções quanto ao que seria o neoconstitucionalismo, o que aqui prefere defini-lo, não como um método, mas como um ideologia de natureza jurídica, conforme nos remete o Professor Carlos Bastide Horbach:

Não sendo a “nova hermenêutica constitucional” uma teoria com traços próprios, caracteriza-se como uma formulação retórica que busca justificar uma realidade, qual seja, a extrapolação indevida das funções jurídico-políticas, em especial pela interpretação das leis e da Constituição, num claro movimento ideológico.

Com essa retórica, o intérprete pode, na “nova hermenêutica”, dar ao texto o sentido que bem entender, partindo do pressuposto que não existe um sentido verdadeiro da norma, sendo sua tarefa um ato de vontade e não de conhecimento.³⁸⁹

Com tal concepção, Horbach deixa claro que no neoconstitucionalismo o senso comum tomou de assalto a técnica jurídica, vendo que a referida ideologia de pretensões hermenêuticas, abre espaço para inversão de pressupostos interpretativos, no qual, antes falava-se “*sou*

³⁸⁸ FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005, p.379.

³⁸⁹ HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do direito constitucional : neoconstitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos / Carlos Bastide Horbach. In: Lições de direito constitucional em homenagem ao Professor Jorge Miranda. - Rio de Janeiro, 2008, p. 291 – 301.

contra esta lei porque ela é inconstitucional”, agora assume-se a expressão “*esta lei é inconstitucional porque sou contra ela*”.

Destaca-se assim a insegurança jurídica trazida pela adesão ao neoconstitucionalismo no ordenamento brasileiro, o que segundo a teoria constitucional e política portuguesa, seria praticamente contraditório à compreensão de atuação de um órgão de jurisdição constitucional, na medida em que a Constituição da República Portuguesa prevê em seu art. 282, n° 4 o acolhimento da segurança jurídica como parâmetro de observância do Tribunal Constitucional, da mesma forma a Constituição Federal Brasileira quando no art.103-A, §1° que trata sobre a aprovação de súmula vinculante e a formação de seu texto no tocante às questões que acarretem grave insegurança jurídica, dispositivos constitucionais que apenas fizeram constar referência a um princípio que já era implícito à validade e força do próprio texto constitucional, tendo em vista revelar-se como um dos princípios de sustentação do Estado Democrático de Direito.

Em uma síntese de conceitualista sobre o tema, Carlos Blanco de Moraes sobre a “Segurança Jurídica” leciona:

Definimos, assim, segurança jurídica, na linha de Corsale, Radbruch e Perez Luño, como um valor pressuposto e imanente do conceito de Direito, que tem por escopo garantir a durabilidade, certeza e coerência da ordem jurídica, permitindo aos membros da coletividade organizarem a sua vida individual, relacional e coletiva, mediante o imperativo da previsibilidade ou calculabilidade normativa.³⁹⁰

O neoconstitucionalismo carece de fidelidade à segurança jurídica, na medida em que, permitindo decisões como a progressão de regime em crimes hediondos – HC 82.959; revisão do papel do Senado – Recl 4.335; fidelidade partidária – MS 26602; união homoafetiva – ADI 4.277, criam um cenário de inovação e resolução de problemas, mas em contrapartida, afundam o ordenamento jurídico num cenário de imprevisibilidade e impossibilidade de calcular ou apontar o normatizado.

O não compromisso à segurança jurídica termina por apresentar interpretações com conceitos abertos e jamais findáveis, revelando verdadeiras manobras interpretativas principalmente no tocante a direitos fundamentais e sociais, que sob o manto da dignidade da pessoa humana, ganham uma imensidão de possibilidades, inviabilizando que o judiciário falte com a certeza e coerência que do mesmo se espera, oportunizando assim casos como a decisão do STF sobre prisão em segundo grau, que, independente do seu mérito, já sofre mudanças ou guinadas de compreensão em 2009 e 2016, sem que o texto constitucional tenha sido alterado como se vê nas Ações Declaratórias de Constitucionalidade (ADCs) 43 e 44.

Considerações Finais

O neoconstitucionalismo apresenta-se hoje como uma das mais intrigantes e duvidosas modulações de uma prática interpretativa, tendo em vista sua frontal objeção à dogmática-subjuntiva

³⁹⁰ MORAIS, Carlos Blanco de. Segurança jurídica e justiça constitucional. In: Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa. - Lisboa, 2001, p. 619-630

de origem positivista, exaltação da criatividade judicial na resolução do caso concreto, ampla abertura para conceituação e utilização dos valores, não discriminação clara da sistemática interpretativa e utilização de técnicas, não de métodos, que se aliam a formulações pós positivistas.

Nesse cenário, o acolhimento da referida ideologia jurídica vem deixando marcas no ordenamento brasileiro, visto que, não só revela fuga à cientificidade do direito, como ramo do conhecimento que carece compreensão detalhada dos métodos aplicados e suas possíveis consequências, tendo no neoconstitucionalismo uma guinada de posição, não para com a segurança jurídica, mas uma entrega maior à casuística, rechaçando exigências metodológicas.

Com amparo no lecionado por Blanco de Moraes, com visão à teoria geral do Estado, compreende-se que a separação dos poderes em descrédito frente à invasão costumeira de competências pelos interpretes apegados à essa nova hermenêutica, revela um desmontar do estabelecido em nosso contrato social, fragilizando a formatação de um Estado de Direito, sob o pretexto de que os fins justificariam os meios, mas ignorando que a promoção da justiça como ideal de plurissignificações, apesar de latente ao justificado, deságua no enfraquecer da figura estatal como garantidora que deveria ser da proteção, respeito e promotora dos direitos que acreditam-se só serem possíveis pela via da judicialização.

No mais, a equivocada compreensão do processo interpretativo e da aplicação sem critérios, de métodos que moldam a lei ao problema, ao lugar de enaltecer a força normativa constitucional, findam em esvaziar a certeza das diretrizes da Lei Maior, que perante seu intérprete podem chegar a ganhar inclusive novo texto sem sequer revogar o já existente, tudo sob um argumentação contrária ao positivismo exegético, já superado por sua própria evolução de compreensão, como o fez Hart, mas que os neoconstitucionalistas ainda persistem em crer que os direcionamentos kelsenianos seriam pelo engessamento do Direito em detrimento da diversidade de problemas que emergem na sociedade.

Por fim, dá-se destaque ao déficit democrático que se cria através da tomada de decisões que ignoram os representantes legitimamente eleitos para governar ou traçar as diretrizes legais de um Estado, bem como deixa-se de atentar para a necessidade do processo democrático estatal não mais restar reduzido ao voto, mas um retomada como de uma democracia semi-indireta, em que a participação popular, o valor da voz de cada cidadão ganha dimensões antes não possível num processo decisório, sendo, portanto, enfática a necessidade de descolonialidade de nosso constitucionalismo, permitindo que se manifestem novos arranjos de repensar as problemáticas e funcionalidades de cada um dos poderes, impedindo que, na América Latina, e principalmente no Brasil, juízes não tornem-se a única personificação estatal.

Referências bibliográficas

- BARBOSA, Maria Lucia; TEIXEIRA, João Paulo Allain. Neoconstitucionalismo e Novo Constitucionalismo Latino Americano: dois olhares sobre igualdade, diferença e participação. Revista Direito e Práxis. Vol. 08, N. 2. Rio de Janeiro, 2017.
- BARROSO, Luís Roberto. BARCELLOS, Ana Paula de. “O começo da história. A nova interpretação constitucional e o papel dos princípios no direito brasileiro”. In: Revista Forense. Rio de Janeiro: Forense, jan./fev. 2004.

- BARROSO, Luis Roberto. Neoconstitucionalismo e constitucionalização do Direito (O triunfo tardio do direito constitucional no Brasil). *Revista de Direito Administrativo*, Rio de Janeiro, v. 240, p. 1-42, abr. 2005. ISSN 2238-5177. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/rda/article/view/43618>>. Acesso em: 13 Nov. 2017.
- BONAVIDES, Paulo. Curso de direito constitucional. 7. ed. São Paulo: Malheiros, 1998.
- FERREIRA FILHO, Manoel Gonçalves. Curso de direito constitucional. 31ª ed. São Paulo: Saraiva, 2005.
- HORBACH, Carlos Bastide. A nova roupa do direito constitucional : neoconstitucionalismo, pós-positivismo e outros modismos / Carlos Bastide Horbach. In: *Lições de direito constitucional em homenagem ao Professor Jorge Miranda*. - Rio de Janeiro, 2008.
- MARMELSTEIN, George. Curso de Direitos Fundamentais. 6. ed. rev. atual. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2016.
- MENDES, Gilmar Ferreira; COELHO, Inocêncio Mártires; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso de Direito Constitucional. 2ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- MÖLLER, Max. Teoria geral do neoconstitucionalismo: bases teóricas do constitucionalismo contemporâneo. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011.
- MORAIS, Carlos Blanco de. Segurança jurídica e justiça constitucional. In: *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*. - Lisboa, 2001.
- MORAIS, Carlos Blanco. O controlo de inconstitucionalidade por omissão no ordenamento brasileiro e a tutela dos direitos sociais: um mero ciclo activista ou uma evolução para o paradigma neoconstitucionalista? *Revista de Direito Constitucional e Internacional*. Vol. 78. Jan/2012DRT/2012/2480.
- SANTOS, Gustavo Ferreira. Neconstitucionalismo e democracia. *Revista de informação legislativa*: v. 43, n. 172 (out./dez. 2006). Brasília: Senado Federal, Subsecretaria de Edições Técnicas, p. 45-55, out./dez. 2006.
- STRECK, Lênio Luiz. Dicionário de Hermenêutica: quarenta temas fundamentais da Teoria do Direito à luz da Crítica Hermenêutica do Direito. 1ª. ed. Belo Horizonte: Letramento: Casa do Direito, 2017.
- STRECK, Lenio Luiz. Jurisdição constitucional e decisão jurídica. 4ª. ed. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2014).

A relação entre o direito fiscal interno, o direito fiscal da União Europeia e o direito fiscal internacional num contexto iberoamericano

PATRÍCIA ANJOS AZEVEDO ³⁹¹

(ISMAI/IPMAIA)

1. Introdução

O direito fiscal interno apresenta uma forte ligação com o direito fiscal da União Europeia (ou direito fiscal europeu). Em termos terminológicos, é preferível utilizar a designação “direito fiscal europeu” (pois a característica “fiscal” é a que prevalece) e não “direito europeu fiscal”. O direito fiscal europeu divide-se em (i) direito fiscal europeu primário; e (ii) direito fiscal europeu secundário³⁹².

Nas palavras de Casalta Nabais, “o direito da actual União Europeia constitui uma fonte cada vez mais importante do Direito Fiscal”³⁹³, podendo referir-se a existência de um direito *comunitário* fiscal direto (pauta aduaneira comum, “tributação *antidumping* e tributação compensadora”) e de um direito *comunitário* fiscal indireto ou interestadual, referente à harmonização e à cooperação fiscal entre os Estados. Muito embora ainda seja utilizada por diversas vezes na legislação, e na própria doutrina, a expressão “comunitário” deverá ser substituída por “europeu”, em virtude de, desde o Tratado de Lisboa, existir uma União Europeia e não uma Comunidade Económica Europeia.

³⁹¹ Doutora em Direito. Professora Auxiliar Convidada no ISMAI (Instituto Universitário da Maia) e Professora Adjunta Convidada no IPMAIA (Instituto Politécnico da Maia). Membro da Comissão Científica do N2i (Núcleo de Investigação do IPMAIA). Advogada.

³⁹² Neste sentido, e para maiores desenvolvimentos, cfr. DOURADO, Ana Paula, *Lições de Direito Fiscal Europeu - Tributação Directa*, Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2010, p. 13 e pp. 242-247.

³⁹³ CASALTA NABAIS José, *Direito Fiscal*, Almedina, 2004, p. 180, CASALTA NABAIS, José, *Direito Fiscal*, Almedina, 2010 e CASALTA NABAIS José, *Direito Fiscal*, 8.^a edição, Almedina, 2015, p. 176.

O direito fiscal da União Europeia disciplina os impostos europeus e também alguns aspetos dos impostos estaduais para os quais a UE exige uma harmonização³⁹⁴. O direito europeu fiscal indireto ou interestadual materializa-se em Diretivas (que necessitam de transposição ao nível interno) e em Regulamentos (de aplicação imediata nos ordenamentos jurídicos internos dos Estados). Com a integração europeia, criou-se a necessidade de uma maior harmonização dos impostos entre os diversos Estados-membros da UE, tal como sucedeu no âmbito da tributação indireta, destacando-se o Imposto Sobre o Valor Acrescentado (IVA) e os Impostos Especiais Sobre o Consumo (IEC). Todavia, no domínio da tributação direta (impostos sobre o rendimento), esta harmonização não existe e seria de muito difícil aceitação, devido aos problemas e discrepâncias entre os Estados, sobretudo em matéria de Imposto Sobre o Rendimento das Pessoas Singulares (IRS) e de Imposto Sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas (IRC), não obstante os constantes esforços da jurisprudência do TJUE. Os aludidos problemas e discrepâncias ocorrem, por exemplo, quanto à definição dos fatores de conexão para efeitos de tributação.

Além disso, o direito fiscal interno encontra-se ainda em conexão com o direito fiscal internacional, vigorando, nos ordenamentos jurídico-fiscais nacionais, normas fiscais provenientes de instrumentos internacionais³⁹⁵. Esta situação deve-se à internacionalização crescente das relações económicas e financeiras e ao aumento dos poderes das instituições internacionais e regionais. Destaque-se, neste âmbito, o atual empenho de instituições, tais como a OCDE, no combate à fraude e à evasão fiscais internacionais, sendo disso exemplo as trocas de informação em matéria fiscal.

Neste contexto, surgem as convenções como compromissos internacionais assumidos pelos Estados, que prevalecem relativamente à legislação interna. As convenções são normas jurídicas que vigoram internamente nos ordenamentos jurídicos logo após a respetiva publicação, apenas podendo ser alterados mediante denúncia ou modificação de comum acordo entre os Estados em causa.

Uma nota para referir que se verifica uma relação hierárquica entre as normas internacionais e as normas internas, pelo que resulta do art.º 8.º da Constituição da República Portuguesa (CRP), que “*as normas e os princípios de direito internacional geral ou comum fazem parte integrante do direito português*” (n.º 1). Ademais, as normas constantes de convenções internacionais devem prevalecer sobre as normas internas, por força do princípio da primazia do Direito internacional convencional sobre o Direito interno, facto que confere às normas de direito internacional uma relevância prática muito significativa.

2. A compatibilidade das normas fiscais internas com o Direito da União Europeia

As normas fiscais internas, em geral, por se encontrarem em estreita ligação com as normas de Direito europeu, têm alguns pontos de ligação e de aplicabilidade “comum”,

³⁹⁴ XAVIER, Alberto, *Direito Tributário Internacional*, 2.ª Edição Actualizada, Almedina, 2009 (e reimpressão de 2014), p.210.

³⁹⁵ Sobre o direito internacional e a sua relação com o direito fiscal interno, cfr. PIRES, Manuel e PIRES, Rita Calçada, *Direito Fiscal*, 5.ª edição – corrigida e aumentada, Almedina, 2012, pp. 157-163, pp. 176-179 e pp. 191-194.

desde logo pelo facto de existir o denominado “efeito direto”, que se prende com a questão de saber se do Direito da União Europeia podem ser extraídos direitos ou posições jurídicas dos quais os particulares possam prevalecer-se perante os Tribunais ou se a efetividade de uma disposição depende necessariamente da prática de um ato. Neste sentido, no Acórdão do TJUE, de 5 de fevereiro de 1963, proferido no âmbito do Processo C-26/62, *Van Gend & Los*, esclareceu-se que a (então) Comunidade Económica Europeia constituía uma nova ordem legal, com fins limitados, mas que tinha como destinatários os Estados-membros e também os seus nacionais. Assim se reconheceu efeito direto às disposições do Tratado³⁹⁶.

Além disso, reconhece-se a primazia do Direito da União Europeia, que sobreleva sobre as disposições internas. Esta questão ficou bem clara, desde logo no Acórdão do TJUE, de 15 de julho de 1964, proferido no âmbito do Processo C-65/64, *Costa vs ENEL*. Entendeu o Tribunal que tal primazia derivava quer da natureza específica do ordenamento comunitário, quer das suas exigências próprias, já que o Tratado de Roma procedia à criação e instauração de uma ordem jurídica nova, que se impunha aos ordenamentos jurídicos internos dos Estados-membros, por neles se integrar.

A mesma matéria foi retomada, por exemplo, nos seguintes Acórdãos: (i) *Internationale Handelsgesellschaft* (Acórdão do TJUE, de 17 de dezembro de 1970, C-11/70), onde se refere que a validade dos atos comunitários não era uma questão de discussão interna, sendo que a eventual incompatibilidade de um ato ou liberdade comunitários com os ordenamentos jurídicos internos nunca afetaria a sua validade e eficácia, inclusivamente no território desse Estado; (ii) *Simmenthal* (Acórdão do TJUE, de 9 de março de 1978, C-106/77), tendo-se clarificado que a primazia do direito comunitário não só afetava a legislação já existente, mas também futuros atos que viessem a ser adotados pelos Estados-membros, desaplicando-se os dispositivos internos conflitantes, fossem eles anteriores ou posteriores; (iii) *Fratelli Costanzo* (Acórdão do TJUE, de 22 de junho de 1989, C-103/81), que refere que se encontram vinculados ao direito comunitário todos os órgãos da administração, incluindo autoridades descentralizadas; e (iv) *Rewe* (Acórdão do TJUE, de 7 de julho de 1981, C-158/80), onde se determina a prevalência do direito comunitário não só sobre as medidas legislativas (gerais e abstratas), mas também sobre as medidas e decisões administrativas (individuais e concretas).

Reconhecendo-se este efeito direto e esta primazia ao Direito da UE, o ordenamento jurídico europeu prevê ainda garantias institucionais com vista à salvaguarda do cumprimento dos postulados do Direito da UE, quer ao nível da UE, quer ao nível interno. No âmbito da fiscalidade direta, estes meios materializam-se na (i) ação por incumprimento – art.ºs 258.º a 260.º do TFUE –, que tem lugar quando a Comissão Europeia ou em Estado-membro considere que um dado Estado-membro violou as obrigações decorrentes do Tratado da UE e (ii) no reenvio prejudicial – art.º 267.º do TFUE –, quando uma questão referente à aplicação do Direito Europeu é suscitada perante um Tribunal de um Estado-membro, que necessita de – previamente à sua decisão – obter o entendimento do TJUE, com vista a evitar uma decisão

³⁹⁶ Para maiores desenvolvimentos, cfr. NOGUEIRA, João Félix Pinto, *Direito Fiscal Europeu*, Coimbra Editora, 2010, pp. 166 e ss.

em desacordo com o Direito Europeu^{397 398}. O reenvio prejudicial, “(...) é um processo exercido perante o Tribunal de Justiça da União Europeia. Este processo permite a uma jurisdição nacional interrogar o Tribunal de Justiça sobre a interpretação ou a validade do direito europeu. O reenvio prejudicial permite, assim, garantir a segurança jurídica através de uma aplicação uniforme do direito da União Europeia”³⁹⁹.

Caso um Estado viole uma obrigação do Tratado, pode estar sujeito a uma ação por incumprimento. “A acção por incumprimento faz parte das acções que podem ser apresentadas perante o Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE). Permite ao Tribunal de Justiça garantir que os Estados-Membros cumprem com as obrigações que lhes incumbem nos termos do direito europeu”⁴⁰⁰.

Quanto aos atos legislativos da UE e, no que concerne aos regulamentos, não existe qualquer diploma especificamente aplicável no âmbito da fiscalidade direta. Todavia, existem regulamentos que apenas tratam da questão da densificação ou concretização do conteúdo das liberdades fundamentais, mas que não apresentam um conteúdo ou uma natureza fiscal, propriamente ditos⁴⁰¹.

Por sua vez, as diretivas, aprovadas ao abrigo do art.º 114.º do TFUE, têm sido o meio privilegiado de positivação ao nível dos impostos diretos, mas limitam-se a campos específicos considerados relevantes para a implementação do objetivo do mercado interno⁴⁰².

3. As liberdades europeias e os fatores de conexão para efeitos de tributação

Os art.ºs 28.º e ss do TFUE contêm o fundamental das denominadas liberdades europeias, que consagram a liberdade de circulação de mercadorias, a liberdade de circulação de trabalhadores, a liberdade de estabelecimento, a liberdade de prestação de serviços e a liberdade de circulação de capitais⁴⁰³. As aludidas liberdades são diretamente aplicáveis, o que implica que caso um determinado Estado-membro crie ou mantenha uma norma incompatível com estas, a norma em causa deverá ser desaplicada.

³⁹⁷ Para maiores desenvolvimentos, cfr. NOGUEIRA, João Félix Pinto, *Direito Fiscal Europeu*, Coimbra Editora, 2010, pp. 174-181.

³⁹⁸ Sobre o reenvio prejudicial, as ações por incumprimento e outras matérias, veja-se DOURADO, Ana Paula, *Lições de Direito Fiscal Europeu - Tributação Directa*, Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2010, pp. 31 e ss.

³⁹⁹ Cfr., sobre esta matéria, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=URISERV%3A114552>.

⁴⁰⁰ Cfr., sobre esta matéria, <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/?uri=uriserv%3A114550>.

⁴⁰¹ Para maiores desenvolvimentos, cfr. NOGUEIRA, João Félix Pinto, *Direito Fiscal Europeu*, Coimbra Editora, 2010, p. 193.

⁴⁰² Para maiores desenvolvimentos, cfr. NOGUEIRA, João Félix Pinto, *Direito Fiscal Europeu*, Coimbra Editora, 2010, pp. 194-197.

⁴⁰³ Sobre estas matérias, cfr., por exemplo, MACHADO, Jónatas E. M. e COSTA, Paulo Nogueira da, *Curso de Direito Tributário*, 2.ª edição, Coimbra Editora, 2012, pp. 94 e ss.

3.1. A liberdade de circulação de pessoas e de trabalhadores e a sua ligação com os fatores de conexão para efeitos de tributação

A liberdade de circulação de pessoas apresenta como base jurídica o art.º 3.º, n.º 2, do Tratado da União Europeia (TUE); o art.º 21.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE); bem como os títulos IV e V do mesmo TFUE.

De acordo com fontes oficiais⁴⁰⁴, “*a liberdade de circulação e de residência das pessoas na UE constitui a pedra angular da cidadania da União, estabelecida pelo Tratado de Maastricht em 1992. A sua implementação prática no direito da UE não foi, porém, uma questão simples. Implicou, em primeiro lugar, a supressão gradual das fronteiras internas, nos termos dos acordos de Schengen, inicialmente apenas num grupo limitado de Estados-Membros. Hoje, as disposições que regem a livre circulação de pessoas estão definidas na Diretiva 2004/38/CE relativa ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da UE e dos membros das suas famílias no território dos Estados-Membros, embora continuem a existir obstáculos de monta no plano da sua aplicação.*” A liberdade de circulação de pessoas é, portanto, uma das mais importantes liberdades da União Europeia, não obstante a sua implementação prática não ter sido fácil.

Com a finalidade de transformar a União Europeia num espaço de verdadeira mobilidade e liberdade de circulação para todos os seus cidadãos, foram aprovadas diversas diretivas com o objetivo de conceder direitos de residência a pessoas que não exerçam uma atividade profissional, a saber: a Diretiva 90/365/CEE do Conselho, relativa ao direito de residência dos trabalhadores assalariados e não assalariados que cessaram a sua atividade profissional; a Diretiva 90/366/CEE do Conselho, respeitante ao direito de residência dos estudantes; e a Diretiva 90/364/CEE do Conselho, relativa ao direito de residência (para os nacionais dos Estados-Membros que não beneficiem desse direito por força de outras disposições do Direito europeu e para os membros das respetivas famílias).

Foi ainda aprovada uma nova diretiva global, ou seja, a Diretiva 2004/38/CE do Parlamento Europeu e do Conselho, relativa ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias no território dos Estados-Membros. Esta nova diretiva revoga várias diretivas anteriores, designadamente as três referidas acima, reunindo, num só texto, as disposições dispersas em diferentes atos legislativos e reforçadas pela jurisprudência. Esta diretiva destina-se a incentivar os cidadãos da União Europeia a exercer o direito à livre circulação e residência nos Estados-Membros, a reduzir ao estritamente necessário as formalidades administrativas, a definir melhor o estatuto dos membros da família e a circunscrever a possibilidade de recusar a entrada ou pôr termo ao direito de residência. Todavia, a Diretiva 2004/38/CE foi alvo de problemas e de controvérsia, evidenciando diversos problemas graves nas normas de transposição. Neste contexto, a Comissão iniciou diversos processos por infração contra vários Estados-membros pela transposição incorreta ou incompleta da diretiva, mas os problemas persistem.

⁴⁰⁴ Cfr. http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/pt/FTU_2.1.3.pdf. Este documento serviu-nos de base a esta nossa exposição.

Por seu turno, a liberdade de circulação de trabalhadores prevê a abolição de qualquer discriminação com base na nacionalidade entre trabalhadores dos Estados-Membros em matéria de emprego, remuneração e outras condições de trabalho e emprego⁴⁰⁵. Assim, “(...) a livre circulação de trabalhadores (...) inclui os direitos de circulação e residência dos trabalhadores, o direito de entrada e de permanência dos membros da família e o direito de trabalhar noutro Estado-Membro da UE e ser tratado da mesma forma que os nacionais desse Estado-Membro. Em certos países, aplicam-se restrições a cidadãos de Estados-Membros que tenham aderido recentemente à UE. As normas relativas ao acesso a prestações sociais são atualmente definidas sobretudo pela jurisprudência do Tribunal de Justiça.”⁴⁰⁶

Como bases jurídicas para a liberdade de circulação de trabalhadores, veja-se o art.º 3.º, n.º 2, do Tratado da União Europeia (TUE); o art.º 4.º, n.º 2, alínea a), bem como os art.ºs 20.º, 26.º e 45.º a 48.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). Esta matéria encontra-se ainda regulada pela já referida Diretiva 2004/38/CE, relativa ao direito de livre circulação e residência dos cidadãos da União e dos membros das suas famílias no território dos Estados-Membros; pelo Regulamento (UE) n.º 492/2011 relativo à livre circulação dos trabalhadores na União; pelo Regulamento (CE) n.º 883/2004 relativo à coordenação dos sistemas de segurança social e pelo Regulamento (CE) n.º 987/2009 que estabelece as suas modalidades de aplicação.

A esfera de proteção desta liberdade parece, à primeira vista, limitar-se aos “trabalhadores”, especialmente se nos cingirmos à letra dos art.ºs 45.º e ss do TFUE, mas o Acórdão *Asscher* (Acórdão do TJUE, de 27 de junho de 1996, C-107/94) vem referir que o conceito de “trabalhador” se refere a “qualquer pessoa que exerça actividades reais e efectivas, com exclusão de actividades de tal modo reduzidas que se apresentem como meramente marginais e acessórias”, no pressuposto de “(...) a pessoa realizar, durante certo tempo, em benefício de outra e sob a sua direcção, prestações em contrapartida das quais recebe uma remuneração”⁴⁰⁷.

Assim, os nacionais de um dado Estado-Membro têm o direito de procurar trabalho noutro Estado-Membro, em conformidade com a legislação aplicável aos trabalhadores nacionais. A Diretiva 2004/38/CE introduz a cidadania da União Europeia como estatuto fundamental dos nacionais dos Estados-Membros quando estes exerçam o seu direito de livre circulação e residência no território da UE. Assim, durante os primeiros três meses, qualquer cidadão da UE tem o direito de residir no território de outro Estado-Membro sem estar sujeito a quaisquer condições ou formalidades. Para períodos de permanência mais extensos, o Estado-Membro de acolhimento pode exigir que os cidadãos procedam ao respetivo registo num prazo razoável e não discriminatório. Os trabalhadores nacionais de um Estado-Membro não podem, no território de outro Estado-Membro, ser tratados de forma

⁴⁰⁵ Cfr., por exemplo, MACHADO, Jónatas E. M. e COSTA, Paulo Nogueira da, Curso de Direito Tributário, 2.ª edição, Coimbra Editora, 2012, pp. 97-99, que versam sobre a liberdade de circulação de trabalhadores.

⁴⁰⁶ Cfr. http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU_3.1.3.html, que nos serviu de base a esta exposição descritiva.

⁴⁰⁷ Para maiores desenvolvimentos, cfr. NOGUEIRA, João Félix Pinto, Direito Fiscal Europeu, Coimbra Editora, 2010, pp. 207 e 208.

diferente dos trabalhadores nacionais, nomeadamente em questões relativas à contratação, ao despedimento, à remuneração, à formação profissional e às medidas de reconversão profissional. Os cidadãos nacionais de um Estado-membro que trabalhem noutro Estado-membro gozam dos mesmos benefícios sociais e fiscais e do mesmo acesso à habitação que os trabalhadores nacionais e têm direito a tratamento igual no que respeita ao exercício dos direitos sindicais⁴⁰⁸.

Ora, a nosso ver, estas liberdades poderão acabar por ser limitadas pelos critérios de tributação adotados pelos Estados, ao definirem fatores de conexão distintos, como sejam o critério da residência, o critério da fonte dos rendimentos ou uma combinação de ambos. Além disso, o próprio conteúdo da definição destes critérios não é uniforme entre os diversos Estados. Na verdade, esta falta de harmonização entre as legislações leva a que as escolhas dos cidadãos não sejam totalmente livres, na medida em que a tributação difere de Estado para Estado (não só em termos de “carga fiscal”, mas também no que concerne aos pressupostos para a tributação), sendo que a rede de CDT celebradas difere também de Estado para Estado, o que poderá potenciar uma liberdade condicionada, em função da tentativa da escolha da melhor jurisdição e do melhor tratado (ou seja, o “*treaty shopping*”).

3.2. A liberdade de estabelecimento e de prestação de serviços e a sua ligação com os fatores de conexão para efeitos de tributação

De acordo com a documentação oficial sobre esta matéria, “(...) a liberdade de estabelecimento e a liberdade de prestação de serviços garantem a mobilidade de empresas e profissionais na UE. No sentido de aumentar o exercício destas duas liberdades, as expectativas geradas pela Diretiva Serviços, adotada em 2006, são elevadas, uma vez que esta diretiva se reveste de extrema importância para a realização do mercado interno.”⁴⁰⁹

Como bases jurídicas referentes à liberdade de estabelecimento e à liberdade de prestação de serviços⁴¹⁰, veja-se o art.º 26.º (o mercado interno), os art.ºs 49.º a 55.º (o direito de estabelecimento) e os art.ºs 56.º a 62.º (os serviços), todos do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE). A Diretiva Serviços (Diretiva 2006/123/CE, de 12 de dezembro de 2006, relativa aos serviços no mercado interno), que reforça a liberdade de prestação de serviços na UE é essencial para a realização do mercado interno, tendo como objetivo criar um mercado único aberto para os serviços na UE, garantindo simultaneamente a qualidade dos serviços prestados aos consumidores no seio da União.

Assim, e de uma forma resumida, “nos termos da liberdade de estabelecimento não podem ser criados obstáculos nem pelo Estado de acolhimento, tornando mais difícil o es-

⁴⁰⁸ Sobre a livre circulação de trabalhadores, cfr. DOURADO, Ana Paula, *Lições de Direito Fiscal Europeu - Tributação Directa*, Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2010, pp. 75-76.

⁴⁰⁹ Cfr. http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU_3.1.4.html, que nos serviu de base para esta exposição.

⁴¹⁰ Acerca destas matérias, cfr., por exemplo, MACHADO, Jónatas E. M. e COSTA, Paulo Nogueira da, *Curso de Direito Tributário*, 2.ª edição, Coimbra Editora, 2012, pp. 99-101, sobre as liberdades de estabelecimento e de prestação de serviços.

*tabelecimento de não residentes, nem pelo Estado de origem, dificultando o estabelecimento dos seus residentes noutro Estado-membro.”*⁴¹¹

O direito de estabelecimento inclui o direito de aceder a atividades não assalariadas, como trabalhador independente, e de criar e gerir empresas para o exercício de uma atividade permanente de natureza estável e contínua, nas mesmas condições que a lei do Estado-membro de estabelecimento fixar para os seus nacionais. A liberdade de prestação de serviços aplica-se a todas as prestações realizadas normalmente mediante remuneração, na medida em que não sejam reguladas pelas disposições relativas à livre circulação de mercadorias, de capitais e de pessoas⁴¹².

Deste modo, os trabalhadores independentes e os profissionais ou as pessoas coletivas, na aceção do art.º 54.º do TFUE, que operem legalmente num Estado-Membro, podem: exercer uma atividade económica estável e contínua noutro Estado-Membro (liberdade de estabelecimento: art.º 49.º do TFUE); ou (ii) oferecer e prestar os seus serviços noutros Estados-Membros, a título temporário, permanecendo no seu país de origem (liberdade de prestação de serviços: art.º 56.º do TFUE). Este objetivo impõe não só a supressão de qualquer discriminação com base na nacionalidade, mas também a adoção de medidas tais como a harmonização das regulamentações nacionais ou o seu reconhecimento mútuo.

A liberdade de estabelecimento inclui ainda a eliminação das “*restrições à criação de agências, sucursais ou filiais pelos nacionais de um Estado-membro estabelecidos no território de outro Estado-membro*”⁴¹³, pelo que podemos distinguir o direito de estabelecimento primário (constituição de sociedades) e o direito de estabelecimento secundário (criação de filiais e sucursais, que em princípio constituirão estabelecimentos estáveis).

Existindo dúvidas sobre o enquadramento de uma dada situação na liberdade de circulação de trabalhadores ou na liberdade de estabelecimento, veja-se que, relativamente aos trabalhadores por conta de outrem, estes deverão enquadrar-se na primeira liberdade, ao passo que os trabalhadores por conta própria deverão ser enquadrados na liberdade de estabelecimento.

Poderão também existir dúvidas acerca do enquadramento de uma determinada situação na liberdade de circulação de capitais, já que o exercício da liberdade de estabelecimento pode ocorrer através da aquisição e detenção de participações sociais de pessoas coletivas com sede noutro Estado-membro. Para que esta situação seja abrangida na liberdade de estabelecimento, é necessário que tais participações confiram ao seu detentor “*uma participação que lhe conf[ira] uma influência certa sobre as decisões dessa sociedade e lhe permita que determine as respectivas actividades.*” Os demais casos enquadrar-se-ão na liberdade de circulação de capitais⁴¹⁴.

⁴¹¹ Cfr. NOGUEIRA, João Félix Pinto, *Direito Fiscal Europeu*, Coimbra Editora, 2010, p. 209.

⁴¹² Sobre o direito de estabelecimento, cfr. DOURADO, Ana Paula, *Lições de Direito Fiscal Europeu - Tributação Directa*, Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2010, pp. 76-84.

⁴¹³ Cfr. NOGUEIRA, João Félix Pinto, *Direito Fiscal Europeu*, Coimbra Editora, 2010, p. 208.

⁴¹⁴ Para maiores desenvolvimentos, cfr. NOGUEIRA, João Félix Pinto, *Direito Fiscal Europeu*, Coimbra Editora, 2010, p. 209.

Por sua vez, na esfera de proteção em causa na liberdade de prestação de serviços, encontram-se “(...) *tanto os prestadores de serviços, como os destinatários desses mesmos serviços, desde que os mesmos tenham um carácter transnacional (...)*”⁴¹⁵, o que significa que a situação deverá encontrar-se em conexão com mais do que um ordenamento jurídico, ainda que o respetivo impacto seja apenas para um dos Estados-membros^{416 417}.

Da mesma forma que vimos para as liberdades enunciadas no ponto anterior, também a liberdade de estabelecimento e a liberdade de prestação de serviços poderão ser limitadas fiscalmente pelos critérios de tributação adotados pelos Estados, que padecem (maioritariamente ao nível da tributação direta, que inclui os impostos sobre o rendimento – IRS e IRC) da falta de harmonização entre as legislações, o que leva a que as escolhas dos cidadãos não sejam totalmente livres, na medida em que a tributação difere de Estado para Estado, bem como difere a definição dos fatores de conexão e a própria rede de CDT celebradas.

3.3. A liberdade de circulação de capitais e a sua ligação com os fatores de conexão para efeitos de tributação

No essencial, a liberdade de circulação de capitais determina que devem ser suprimidas todas as restrições à circulação de capitais entre Estados-membros e entre Estados-membros e países terceiros. A livre circulação de capitais deve contribuir para o estabelecimento do mercado único ao favorecer a livre circulação nos outros domínios (por exemplo, relativamente a pessoas, mercadorias e serviços), devendo igualmente estimular o progresso económico e investimento eficiente do capital e promover a utilização do euro como divisa internacional. Esta liberdade foi assim indispensável para a evolução da União Económica e Monetária, com a introdução da moeda euro.

Como base jurídica, refiram-se os art.ºs 63.º a 66.º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia (TFUE), bem como os art.ºs 75.º e 215.º do TFUE, em matéria de sanções.

De acordo com a ficha técnica da UE acerca desta liberdade⁴¹⁸, “*a livre circulação de capitais é a mais recente e — devido à sua dimensão única respeitante a países terceiros — a mais ampla de todas as liberdades previstas no Tratado. Inicialmente, os Tratados não previam a plena liberalização da circulação de capitais; os Estados Membros apenas eram obrigados a eliminar as restrições, na medida necessária para efeitos de funcionamento do mercado comum. Não obstante, como as condições económicas e políticas na Europa e no mundo mudaram, o Conselho Europeu confirmou a realização progressiva da União Económica e Monetária (UEM) em 1988. Tal incluía uma maior coordenação das políticas económicas e monetárias nacionais*”.

⁴¹⁵ Neste sentido, cfr. NOGUEIRA, João Félix Pinto, *Direito Fiscal Europeu*, Coimbra Editora, 2010, p. 210.

⁴¹⁶ Neste sentido, cfr. NOGUEIRA, João Félix Pinto, *Direito Fiscal Europeu*, Coimbra Editora, 2010, pp. 210-211.

⁴¹⁷ Acerca da livre prestação de serviços, veja-se DOURADO, Ana Paula, *Lições de Direito Fiscal Europeu - Tributação Directa*, Wolters Kluwer, Coimbra Editora, 2010, pp. 84-91.

⁴¹⁸ Cfr. http://www.europarl.europa.eu/atyourservice/pt/displayFtu.html?ftuId=FTU_3.1.6.html, que nos serviu de base para esta nossa exposição.

Esta liberdade aplica-se não só a operações realizadas na União Europeia, como também a movimentos de capitais com países terceiros (cfr. art.º 63.º, n.º 1 TFUE, *in fine*).

Existindo dúvidas de enquadramento de uma determinada situação na liberdade de estabelecimento ou na liberdade de circulação de capitais, o critério preponderante é o da “influência decisiva”. Assim, a liberdade de circulação de capitais abrange situações como as de “(...) *investimento directo, portfolios, a aquisição e venda de imóveis, bem como todas as situações de detenção de participações sociais que não possibilitem essa influência decisiva nas actividades societárias (...)*.”⁴¹⁹

De referir também que se encontra prevista a possibilidade de os Estados-membros efectuarem a distinção “*entre contribuintes que não se encontram em idêntica situação no que se refere ao seu lugar de residência ou ao lugar em que o capital é investido*”, sendo todavia esta distinção apenas admissível em casos limitados e desde que as discriminações em causa não sejam arbitrárias⁴²⁰.

Tal como discutimos relativamente às liberdades anteriormente tratadas, também esta liberdade poderá ser, de certa forma, limitada pela diferente distribuição de competências para tributar levada a cabo pelos diferentes Estados, uma vez que, fiscalmente, as escolhas dos cidadãos são influenciadas pelas diferentes regras de repartição do poder de tributar e respectivas situações implícitas.

4. Conclusões

O direito fiscal interno coexiste com o direito fiscal da União Europeia e com o direito fiscal internacional, enquanto fontes ou modos de criação e de revelação das normas jurídicas, que estão sujeitas a uma hierarquia constitucionalmente consagrada no art.º 8.º da CRP, de acordo com a qual os instrumentos europeus e internacionais sobrelevam sobre o Direito interno. Tal postulado implica que as normas fiscais internas tenham de estar em concordância com as normas europeias e internacionais, que fazem parte do Direito interno, por integração.

Neste seguimento, face à falta de harmonização das disposições internas dos Estados-membros da União Europeia e à diversidade de fatores de conexão para efeitos de tributação (em termos de conteúdo e de aplicabilidade), as liberdades europeias poderão encontrar-se – de uma certa forma – limitadas, já que o planeamento fiscal internacional levado a cabo pelos contribuintes será certamente influenciado pelas disparidades legislativas e pelas diferentes condições oferecidas pelas jurisdições, que pode criar uma concorrência fiscal prejudicial.

De entre os problemas fiscais internacionais, destacam-se ainda a dupla tributação internacional, a evasão e a fraude fiscal internacionais e a discriminação em matéria de impostos, que causam distorções económicas entre os Estados. Os contribuintes são

⁴¹⁹ Neste sentido, cfr. NOGUEIRA, João Félix Pinto, *Direito Fiscal Europeu*, Coimbra Editora, 2010, p. 212.

⁴²⁰ Para maiores desenvolvimentos, cfr. NOGUEIRA, João Félix Pinto, *Direito Fiscal Europeu*, Coimbra Editora, 2010, pp. 212-213.

tentados a manipular os instrumentos fiscais, procedendo ao planeamento fiscal (muitas vezes abusivo ou até mesmo fraudulento), por forma a explorarem as vantagens que decorrem das diferenças entre os ordenamentos jurídicos, procedendo por exemplo ao “*treaty shopping*” no sentido de escolherem as jurisdições com os tratados mais vantajosos ao caso concreto.

La educación como instrumento de realización del libre desarrollo de la personalidad del inmigrante

ANTONIO TIRSO ESTER SÁNCHEZ⁴²¹

Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

I. La vulnerabilidad inherente a la condición personal del inmigrante

La proyección que puede tener el principio del libre desarrollo de la personalidad asume una particularidad añadida cuando se trata de sujetos con un alto nivel de vulnerabilidad, como ocurre de manera paradigmática en el caso de los inmigrantes. El inmigrante se encuentra normalmente en una posición de especial fragilidad con respecto a la situación general de los miembros originarios de la sociedad receptora. Se parte de la consideración de que el inmigrante responde al hecho de ser una persona desplazada, no precisamente por su voluntad, de su lugar de origen y, en consecuencia, una persona alejada del entorno en donde ha ido creciendo y desarrollando su particular modo de vida, su identidad cultural y sus valores sociales, siendo éstos los elementos principales que le permitirán ir en último término configurando su propia personalidad.

Es en estas condiciones en las que el inmigrante tiene que enfrentarse de repente a un nuevo contexto social que, por lo general, bastante poco tiene que ver con el que encontraba en su tierra natal, contando con el añadido muy poco agradable del posible rechazo que puede experimentar a su llegada por parte de las personas originarias de la sociedad de acogida, que ya de entrada, pueden reconocerlo como un ser ajeno y diferente con el que nada tienen en común.

Ante esta situación el individuo puede verse obligado a situarse en un medio en el que le costará mucho encontrarse cómodo. Es una situación de vulnerabilidad que hace que la adaptación al medio sea entendida más como una necesidad que como un simple deseo personal,

⁴²¹ Profesor Contratado Doctor de Filosofía del Derecho. Departamento de Ciencias Jurídicas Básicas. E-mail: tirso.ester@ulpgc.es.

porque sale fuera de toda lógica que, únicamente adaptándose al medio, por mucho que no le guste hacerlo, podrá alcanzar mínimamente los objetivos que garanticen en alguna medida su anhelado bienestar.

La decisión del inmigrante de adaptarse al nuevo entorno en el que le ha tocado vivir, no responde a la idea de considerarlo como un sujeto enteramente libre en la toma de sus propias decisiones, sino que más bien, se trataría de la (única) opción que debe adoptar porque no le cabe otra posibilidad. Renunciar a ello le supone directamente colocarse en una situación que dificulta en mayor medida todavía las posibilidades de alcanzar alguna de las metas que le han conducido precisamente a adoptar la dolorosa situación de abandonar su entorno natural para ubicarse, con un decidido afán de permanencia en ella, en una sociedad que irremediablemente le ha de resultar desconocida.

A todo lo mencionado, habría que añadir el coste que ofrece la realidad social en lo que respecta al sentimiento de desarraigo de su cultura identitaria, ya que cuando el inmigrante asume la decisión de adaptarse al nuevo medio social esta acción conlleva también en alguna medida caer en una situación de desarraigo con respecto a sus propios presupuestos culturales. Es por ello por lo que habría que analizar con el máximo cuidado cuáles son las garantías que se deben incluir en las políticas sociales en cuanto al objetivo de alcanzar el mejor desarrollo personal del sujeto en cualquier territorio en el que se encuentre, llevando éstas de manera implícita el reconocimiento y la puesta en práctica de los instrumentos para la mejor realización del contenido obligacional de los derechos sociales, civiles, políticos, económicos y culturales que le corresponden al inmigrante, como a cualquier otro integrante del grupo social, por su propia condición de derechos universales. El reconocimiento de estos derechos constituye una declaración que atiende sobre todo a la proclamación y realización de los derechos humanos en la figura del inmigrante.

Una de las percepciones que se debe tener como antecedente es la idea de que el libre desarrollo de la personalidad está íntimamente ligado al concepto de la voluntad individual del sujeto. La autonomía individual supone la respuesta al libre desarrollo de la personalidad puesto que cuando un individuo tiene la capacidad necesaria y se le garantizan las herramientas adecuadas para alcanzar libremente una decisión propia⁴²² entre las variables existentes, ello hace de él un sujeto libre, no devaluado y capaz de adoptar las decisiones más conformes con el presupuesto para el desarrollo libre de su personalidad que constituye el respeto de los postulados inherentes a su cultura identitaria. La autonomía supone la respuesta inescindible al postulado del libre desarrollo de la personalidad del individuo, haciéndole valer la inclusión de su propio criterio en el seno de la sociedad cultural donde desarrolla su existencia vital, ya que de no coincidir en el sujeto las exigencias inherentes a esa autonomía nos encontraríamos con un sujeto inevitablemente devaluado, constreñido en su modo de ser y de actuar y, en consecuencia, dificultado en muy amplia medida en sus posibilidades para resultar debidamente integrado en la sociedad de acogida.

Norberto Bobbio concibe la libertad como “la facultad de realizar o no ciertas acciones sin ser impedido por los demás, por la sociedad como un todo orgánico o, más sencillamente,

⁴²² MIRAUT MARTÍN, L., “El dilema de las cláusulas de irreversibilidad en el ejercicio de la autonomía individual”, en *Derechos y Libertades*, núm. 31, 2014, p. 119.

por el poder estatal”⁴²³. Es por ello que el fundamento en el que se asienta el principio del libre desarrollo de la personalidad de cada individuo no es otro que la efectiva realización de la posibilidad que debe tener cualquier sujeto a la hora de decidir por sí mismo el sentido que han de tomar sus propias decisiones sin la existencia de ningún tipo de injerencias externas que en último término le impidan expresarse de una manera que pueda propiamente considerarse como una expresión fidedigna de su propio ser.

Para ello los poderes públicos deberán esforzarse por la creación y puesta en práctica de unas políticas educativas⁴²⁴ que garanticen la plena autonomía individual, permitiéndole al individuo ser el protagonista de su propia vida sin la existencia de cortapisas a la realización del ineludible objetivo que representa el libre desarrollo de la personalidad. Resulta necesario, para alcanzar este objetivo, definir cuál es el ámbito en donde el sujeto puede actuar y decidir libremente sin atentar con la correspondiente actuación conforme a su decisión contra el esquema normativo estatal ya que no cabe ninguna duda de que no se puede obviar la existencia de parcelas permisivas y no permisivas en el ámbito de la actuación del sujeto, fundamentalmente por la necesidad de respetar precisamente las exigencias que impone el respeto al libre desarrollo de la personalidad de los demás. En ese ámbito al que hacemos referencia también actúan otros agentes institucionales que garantizan la extensión de las actuaciones individuales así como la imposición de sanciones a las decisiones personales que pueden resultar lesivas o contrarias al orden público, concepto indeterminado por excelencia que muchas veces se contrapone como un obstáculo de dudosa legitimidad a la realización del contenido normativo inherente a la realización del principio del libre desarrollo de la personalidad⁴²⁵.

II. La justificación del libre desarrollo de la personalidad como objetivo de la educación

El principio del libre desarrollo de la personalidad viene recogido expresamente en el artículo 10.1 de la Constitución española al afirmar que “la dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás son fundamento del orden político y de la paz social”. En esta línea cuando nuestra Carta Magna reconoce en su primer artículo el valor superior del sistema jurídico que representa la libertad se viene a garantizar también de manera indirecta en este caso el libre desarrollo de la personalidad del sujeto, permitiéndole de esta forma la posibilidad de actuar conforme a sus esquemas culturales propios con todo lo que ello pueda suponer de implícita asunción de valores identitarios, reconociendo asimismo la posibilidad de su integración en las debidas condiciones en la sociedad de acogida, impidiendo de manera expresa su devaluación o degradación personal por no pertenecer, en el caso de los inmigrantes, a la vertiente cultural dominante en la sociedad de acogida.

⁴²³ BOBBIO, N., *Teoría General de la Política*, Trotta, Madrid, 2003, p. 305.

⁴²⁴ MUÑOZ ARNAU, J. A., *Derechos y libertades en la política y la legislación educativas españolas*, Universidad de Navarra, Navarra, 2010, p. 42.

⁴²⁵ MIRANDA GONÇALVES, R., “El defensor del pueblo español como institución garante de los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos”, *O direito constitucional e o seu papel na construção do cenário jurídico global*, Instituto Politécnico do Cávado e do Ave, Barcelos, 2016, pp. 205 y ss.

Dentro del contenido normativo de la Declaración Universal de Derechos Humanos nos encontramos indistintamente con la utilización de la expresión “libre” y la de la expresión “pleno” cuando se hace referencia al desarrollo de la personalidad. En su artículo 26.2 se indica que “la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana y el fortalecimiento del respeto a los derechos humanos y a las libertades fundamentales; favorecerá la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y todos los grupos étnicos o religiosos; y promoverá el desarrollo de las actividades de las Naciones Unidas para el mantenimiento de la paz”. Otra muestra a este respecto la encontramos en el enunciado del artículo 29.1 cuando reconoce que “toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad”.

El artículo 13.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales señala que: “Los Estados Parte en el presente pacto reconocen el derecho a toda persona a la educación. Convienen en que la educación debe orientarse hacia el pleno desarrollo de la personalidad humana y del sentido de su dignidad, y debe fortalecer el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales. Convienen asimismo en que la educación debe capacitar a todas las personas para participar en una sociedad libre, favorecer la comprensión, la tolerancia y la amistad entre todas las naciones y entre todos los grupos raciales, étnicos o religiosos, y promover las actividades de las Naciones Unidas en pro del mantenimiento de la paz”.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos no constituye un derecho positivo directamente aplicable, pero ejerce un papel muy relevante puesto que inspira a las legislaciones internas de los diferentes Estados democráticos, configurándose además como un criterio de interpretación hasta cierto punto “vinculante” a la hora de comprender el sentido exacto que habría de atribuirse a los enunciados normativos que conforman las distintas Declaraciones de derechos contenidas en los textos constitucionales.

Los derechos constitucionales deben ser entendidos en la línea que proporciona el enunciado de la Declaración Universal. Por ello los valores que atienden al libre y al pleno desarrollo de la personalidad reconocidos en la citada Declaración Universal deben entenderse como un instrumento idóneo para la mejor captación del significado propio de la fórmula constitucional del libre desarrollo de la personalidad. En el ordenamiento jurídico español y en cualquier otro que le dé cabida.

Esto supone admitir que no existe ninguna contradicción entre las expresiones libre desarrollo de la personalidad y pleno desarrollo de la personalidad, de tal manera que la fórmula del libre desarrollo de la personalidad del artículo 10.1 de la Constitución española vendría a ser, como señala Dionisio Llamazares, “un fundamento y un complemento” de la expresión pleno desarrollo de la personalidad⁴²⁶.

No faltan sin embargo autores que inciden en la necesidad de reconocer que el objetivo de la educación va más lejos de lo que representa la simple posibilidad de la autodeterminación individual que supone el libre desarrollo de la personalidad. Es el caso de Nuevo López, que argumenta que “la finalidad constitucional de la educación no se limita a la promoción

⁴²⁶ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Educación para la ciudadanía democrática y objeción de conciencia*, Dykinson, Madrid, 2010, p. 87.

de la libertad entendida como mera autodeterminación individual. Más allá del fomento del espíritu crítico para hacer posible la autodeterminación individual, es necesario que el educando reciba alguna orientación, por mínima que quiera considerarse, sobre como ejercer de manera responsable su libertad. El espíritu crítico debe versar sobre algo, pues de lo contrario la libertad, concebida como indeterminación, carecería de objeto sobre el que posarse, y no podría orientar la acción (libre) del educando⁴²⁷. El requerimiento de una educación que incida en la idea de la responsabilidad en el ejercicio de la libertad no contradice, en cualquier caso, la apuntada coincidencia entre los conceptos de libre desarrollo de la personalidad y pleno desarrollo de la personalidad puesto que el propio ejercicio de la autodeterminación individual se produce en un contexto necesariamente social en el que el sujeto se ve obligado también a respetar el libre desarrollo de la personalidad de los demás⁴²⁸. La apelación al uso responsable de la libertad es una exigencia de la vida en sociedad que no puede dejar de tener en cuenta el sistema educativo de cualquier comunidad.

El jurista estadounidense Nathan Cardozo reconoce que “la libertad resulta pobre y limitada, incapaz de satisfacer nuestras aspiraciones o nuestros deseos, si no arranca el requerimiento mínimo que supone el mantenimiento de la oportunidad para el desarrollo de la personalidad”⁴²⁹. De esta idea se desprende la importancia que supone el reconocimiento del libre desarrollo de la personalidad en el individuo, y cómo alcanza su cénit de significado jurídico en el contexto de especial dificultad que representa el caso concreto de los inmigrantes, entendiéndose como un principio cuya realización le va a resultar imprescindible para su integración en las debidas condiciones en la sociedad de acogida, en definitiva da respuesta al principio de la organización social que debe presidir la existencia y participación de todos los sujetos integrantes de una sociedad.

La condición de valor objetivo que asume el reconocimiento al principio de la libertad, permite garantizar jurídicamente el valor que supone el libre desarrollo del sujeto en la toma de posturas y de actuación dentro de la sociedad. Determinados autores, entre los que cabe destacar Elías Díaz, han reconocido expresamente en alguna de sus obras el carácter objetivo que implica la libertad cuando, preguntándose acerca de la posibilidad de identificar si hay algo objetivo que permita discernir acerca de la justicia o injusticia de las diferentes situaciones que pueden darse dentro del grupo social, se contesta a sí mismo: “En mi opinión sí lo hay. Lo que pasa es que lo objetivo (eso que en rigor llamamos justicia), es en muy buena y amplia medida, lo mismo que sirve de base y justificación a ese reconocimiento de lo objetivo. Quiero decir lo objetivo (que puede servir para juzgar y valorar) es, a mi juicio, la libertad individual, la de todos y cada uno; y, por de pronto, la libertad de expresarse en libertad y de participar activamente en la decisión colectiva, lo que supone reconocimiento de la conciencia y la voluntad individual (y la vida humana) como base de toda la construcción”⁴³⁰. En este

⁴²⁷ NUEVO LÓPEZ, P., *La Constitución educativa del pluralismo. Una aproximación desde la teoría de los derechos fundamentales*, Netbiblo, La Coruña, 2009, p. 56.

⁴²⁸ ARA PINILLA, I., *La difuminación institucional del objetivo del derecho a la educación*, Dykinson, Madrid, 2014, pp. 13 y ss.

⁴²⁹ CARDOZO, B.N., *The Paradoxes of Legal Science*, Columbia University Press, New York, 1928, p. 104.

⁴³⁰ DÍAZ, E., “Para una teoría de la legitimidad”, en *De la maldad estatal y de la soberanía popular*, Debate, Madrid, 1984, pp. 61-62.

punto el libre desarrollo de la personalidad asume su proyección inmediata como reconocimiento de la libertad que permite al sujeto expresarse libremente sin más condicionamiento que el que viene predeterminado por el orden normativo vigente en la sociedad de que se trate⁴³¹.

Por ello, cuando se esgrime la idea de la libertad de expresión como la piedra angular del principio del libre desarrollo de la personalidad hay también que tener en consideración que esa expresión debe ser genuinamente personal, excluyéndose a nivel ideal la posibilidad de que se encuentre condicionada por cualquier valor cultural o normativo. Se pretende que la libertad de expresión resulte serlo como expresión puntual de una voluntad libre del sujeto en su propia formación, respondiendo así a lo largo de las distintas fases del proceso de dicha formación a las exigencias que plantea el respeto al postulado normativo que representa la positivación del principio del libre desarrollo de la personalidad⁴³².

En la misma línea, Norberto Bobbio expone la distinción entre las nociones de libertad positiva y libertad negativa cuando defiende que: “Lo que permite distinguir netamente las dos formas de libertad es la referencia a dos sujetos distintos de que ellas son, respectivamente, el predicado. La libertad negativa es una cualificación de la acción; la libertad positiva es una cualificación de la voluntad. Cuando digo que soy libre en el primer sentido, quiero decir que una acción mía no se ve obstaculizada, que por tanto puedo llevarla a cabo; cuando digo que soy libre en el segundo sentido, quiero decir que mi querer es libre, es decir, que no está determinado por el querer de otro, o, más en general, o fuerzas extrañas a mí mismo querer”⁴³³. Ahora bien, hablar de auténticas voluntades autónomas de los individuos supone ciertamente aludir a una utopía que de por sí resulta absolutamente inalcanzable, porque existen muchos condicionantes que pueden distorsionar de manera muy significativa el proceso de formación del querer del propio sujeto. Hacemos en este sentido referencia a la influencia que sobre el individuo pueden ciertamente desarrollar los valores religiosos y culturales, a los diferentes estilos de vida con los que pueda llegar a familiarizarse, a la educación recibida, etc. Todo ello son elementos en cierto modo incontrolables a la acción de su voluntad que determinan en gran medida la configuración definitiva de la personalidad del sujeto.

La dificultad que representa alcanzar el objetivo que plantea la formación de la voluntad libre del sujeto lleva inevitablemente a pensar que no tendría cabida el planteamiento de

⁴³¹ Esto no ha impedido que se haya propuesto también por parte de algunos autores la formulación de un concepto social del libre desarrollo de la personalidad. Así, ESPINAR VICENTE, J.M., “Consideración en torno al libre desarrollo de la personalidad desde un planteamiento social”, en L. GARCÍA SAN MIGUEL (coord.), *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución*, Universidad Alcalá de Henares, Madrid, 1995, p. 65, indica que conforme a este concepto “se está libre (exento de daño o peligro) cuando se proyectan acciones destinadas al acrecentamiento de las cualidades que constituyen a la persona y no cuando se pretende desarrollar comportamiento que, con independencia de sus repercusiones frente a terceros, se oponen a la conciencia, razón o juicio que son tenidos por la colectividad como la expresión del mínimo denominador común exigible a cualquier posición ideológica individual para poder ser aceptada en un orden constitucional dado”.

⁴³² ASENSIO SÁNCHEZ, M.A., *Interés del menor y derecho a la educación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 80.

⁴³³ BOBBIO, N., *Igualdad y libertad*, Paidós, Barcelona, 1993, pp. 202-203.

semejante objetivo en una sociedad real, ya que la propia interrelación existente entre los sujetos que conviven en una determinada sociedad hace imposible que se descarte la acción del conjunto de condicionamientos que en mayor o menor medida influyen sobre la actuación y el modo de ser y de pensar que asume el sujeto. La propia determinación de la personalidad del individuo nos lleva a la conclusión de que existen elementos que rodean a la formación de la voluntad del individuo que hacen que sus decisiones deban ser consideradas en algún sentido como decisiones socialmente influidas, condicionadas, por más que sea el propio sujeto quien al expresarlas las haga de alguna manera suyas.

El profesor Ara Pinilla defiende a este respecto que la formación de la voluntad del individuo “no se construye, en efecto, en el vacío descontaminado de ninguna acción de cualquier agente externo, ni puede por tanto producir en su auténtica pureza la naturaleza del individuo que la expresa... la voluntad de cada uno se forma en un determinado contexto que inevitablemente contamina el resultado final; nuestra propia personalidad es en buena medida consecuencia de la acción de los agentes culturales que desde nuestro nacimiento han contribuido a formarnos en unos determinados valores y modelos arquetípicos, del entorno social que ha propiciado en mayor o menor grado de asimilación y de los impactos emocionales de las experiencias vividas”⁴³⁴.

En este sentido, no se puede esgrimir como excusa para la inacción de los poderes públicos a este respecto la constancia de la imposibilidad de alcanzar el deseable objetivo que representa la idea de una voluntad absolutamente incondicionada y libre. Por el contrario, las políticas públicas deberán precisar la puesta en práctica de todos sus esfuerzos en la creación de medidas eficaces que garanticen las herramientas adecuadas para poder obtener el mayor grado de una libertad para todos y cada uno de los miembros que conforman el grupo social.

Prieto Sanchís pone de manifiesto que “cuando se vive en la miseria o en la marginación social, cuando se carece de trabajo, vivienda, atención sanitaria o cultura, en definitiva, cuando las urgencias materiales acaparan la mayor parte del tiempo y del esfuerzo de los hombres difícilmente éstos dispondrán del ocio y de la formación suficiente para pensar en libertad”⁴³⁵. La superación de estas condiciones desfavorables para el individuo representa evidentemente una condición imprescindible para la puesta en práctica del sentido real que habrá de asumir el principio del libre desarrollo de la personalidad.

Las garantías jurídicas que deben realizarse a este respecto, hacen referencia a la remoción de los obstáculos que dificultan en gran medida la formación libre de la voluntad de cada individuo, es decir, a la obligación que tiene el Estado para establecer los mecanismos necesarios que aseguren la realización del objetivo final que no es otro que posibilitar el libre desarrollo de la personalidad a través de la libre formación de la voluntad individual. Nos encontramos, evidentemente, ante una obligación positiva ante la que no pueden cerrar los ojos

⁴³⁴ ARA PINILLA, I., “El significado de la solidaridad como valor fundante de los Derechos Humanos”, en A. DE JULIOS-CAMPUZANO (editor), *Dimensiones jurídicas de la globalización*, Dykinson, Madrid, 2007, p. 69.

⁴³⁵ PRIETO SANCHÍS, L., “Autonomía y derecho”, en J. BALLESTEROS, M^a. E. FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ y A. MARTÍNEZ PUJALTE (coordinadores), *Justicia, Solidaridad, Paz. Estudios en Homenaje al Profesor José María Rojo Sanz*, Vol. I, Universitat de Valencia, Valencia, 1995, p. 393.

los poderes públicos, porque sin su realización la mera idea del desarrollo de la personalidad de cada uno constituye un auténtico espejismo.

En este sentido, cabe también buscar la realización de ese objetivo por otros caminos que escapan a la estricta consideración de las imposiciones del orden jurídico. Así podemos encontrar la formulación que hace al respecto el profesor Ignacio Ara Pinilla cuando plantea la idea del deber general de solidaridad en relación a la eliminación, en la medida de lo posible, de la intensidad de los condicionamientos culturales que atenazan la formación de la voluntad del individuo.

Para alcanzar ese objetivo destaca la necesidad de suministrar cada uno de los sujetos concernidos, y desde luego también los poderes públicos, una información que resulte lo más imparcial y completa posible acerca de los diferentes sistemas de valores conocidos, sean o no compartidos por el propio sujeto que transmite la información. De esta manera la constatación que proporciona la información de la divergencia con respecto a los sistemas de valores que presiden las distintas culturas, que no necesariamente resultarán coincidentes con los que uno mismo pudiera asumir, permitirá en mayor o menor medida alcanzar un mayor grado de libertad de la formación de la voluntad.

De esta manera la creación de la voluntad autónoma del sujeto pasaría por la correspondiente eliminación de los condicionamientos de la formación de la voluntad que resultaran eliminables y la realización del deber de solidaridad, que, a todos, como miembros del grupo social, nos incumbe, para conseguir la mayor disminución posible de la intensidad de los condicionamientos culturales. Estos resultan ciertamente ineliminables, pero se puede cuando menos disminuir la intensidad de sus efectos y así asegurar a cada individuo la formación de una voluntad personal que, aunque no sea plenamente autónoma, será por lo menos bastante más autónoma que la que nos podríamos representar en el supuesto de que se tratara de una voluntad al respecto desinformada.

Ara Pinilla argumenta en este sentido que “no se trata ya sólo de reconocer a todos los seres humanos el derecho al ejercicio de las libertades formales y a una redistribución de los bienes que posibilite una aproximación al ideal igualitario, ni de asumir nuestros deberes con relación a la abstención de realizar acciones que pudieran agredir a la libertad formal de los demás, o al establecimiento de una sociedad de tipo igualitaria en la que todos podamos disfrutar de los derechos sociales, sino también, y muy especialmente, de reconocer nuestros deberes en orden a la eliminación de todos los obstáculos que impidan o condicionen la formación y la expresión de las voluntades”⁴³⁶. Cabe, desde luego, reseñar que la eliminación de los condicionamientos para lógicamente por la realización de los derechos humanos ya reconocidos, asegurando el máximo nivel de información neutra acerca de los sistemas de valores propios de las diferentes culturas. Lo inalcanzable de la exigencia expresada viene dado por la propia imposibilidad de la neutralidad. Pero ello no impide que se puedan hacer avances considerables en lo relativo a la consecución del objetivo propuesto. Un objetivo que hace patente que la democracia es siempre una “lucha sin fin”, y no un resultado que pueda nunca considerarse alcanzado de una vez por todas.

⁴³⁶ ARA PINILLA, I., *Las transformaciones de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1994, p. 162.

Este razonamiento tiene una proyección directa en el ámbito de la educación. Una educación proyectada en valores no puede seguir una línea predeterminada sino que debe quedar abierta de tal modo que permita al sujeto de la manera más libre posible la configuración de su voluntad sobre la base que le proporciona, por un lado, el conocimiento del sistema de valores propios de su propia cultura identitaria, como tal asumido más o menos críticamente por él mismo, y, por el otro, el conocimiento más neutro y exhaustivo posible de los sistemas de valores particulares de otras culturas diferentes que nos puedan llegar a resultar incluso muy distantes, y llegado el caso incompatibles con la cultura que asume el individuo como propia.

III. La educación como principio rector para la garantía del libre desarrollo de la personalidad

La educación constituye un instrumento de indiscutible valor, especialmente cuando se proyecta sobre la figura del inmigrante, cuya situación personal suele presentar una gran desventaja con respecto a la que es propia de los miembros originarios de la sociedad de acogida. El desvalor de su propia condición personal que, en cierta medida, obligados por las circunstancias, asumen los individuos con culturas identitarias diferentes a las de la población de acogida supone un reto importante que debe de ser puntualmente atendido por parte de las políticas públicas (en particular por parte de las diferentes políticas públicas educativas) que deberán superar con actuaciones adecuadas esa insatisfactoria situación, con el fin de alcanzar una integración que pueda considerarse real y efectiva entre todos y cada uno de los miembros que conviven dentro de una determinada sociedad.

Uno de los papeles fundamentales que juega la educación como valor objetivo es precisamente asumir desde la óptica de la integración de todos y cada uno de los integrantes del grupo social una educación basada en el respeto a los valores comúnmente aceptados en la sociedad⁴³⁷. En el caso del sistema jurídico español la educación se encuentra al servicio del pleno desarrollo de la personalidad. Así queda plasmado en el precepto constitucional 27.2 donde se reconoce que “la educación tendrá por objeto el pleno desarrollo de la personalidad humana en el respeto a los principios democráticos de convivencia y a los derechos y libertades fundamentales”.

El profesor Gregorio Cámara Villar realiza un análisis exhaustivo del referido enunciado normativo afirmando que el contenido del artículo 27.2 de nuestro texto constitucional ha sido pronunciado como “una norma directriz del entero sistema constitucional en la materia”, porque de dicho precepto se desprende la consideración de la educación como “un objeto (la formación plena según contenidos abiertos), una finalidad (el pleno desarrollo de la personalidad humana), unos objetivos acordes con ella y con su papel institucional en un Estado democrático (el respeto a sus principios y a los derechos y libertades fundamentales y, por tanto, la orientación positiva de fortalecer el respeto por la dignidad de la persona y los derechos humanos, capacitar para la participación libre y responsable, favorecer la tolerancia,

⁴³⁷ RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A., “La educación intercultural en España: Aproximación jurídica”, en J.R. POLO SABAU (director) y C. SOUTO GALVÁN (coordinadora), *Anuario de derecho a la educación*, Dykinson, Madrid, 2012, p. 110.

la paz y el pluralismo ideológico, religioso y político) y unos límites (el mismo respeto a los indicados principios, definidores del orden constitucional como un todo)”⁴³⁸.

Desde una perspectiva diferente el profesor Martínez de Pisón pone de manifiesto que el citado enunciado “no sólo señala los fines de la educación y, por tanto, de los derechos educativos, sino que también de forma pareja establece los límites de los mismos, lo cual resulta importante cuando se hace referencia a algunos de ellos, como la libertad de cátedra y la libertad de enseñanza”⁴³⁹.

De lo expuesto anteriormente se desprende que este precepto constitucional viene a configurarse en la plasmación de un principio de carácter doble. Por un lado, funcionará como un principio orientador de “inspiración positiva de la acción de los poderes públicos al legislar sobre la educación, al desarrollar y aplicar estas normas y al interpretarlas”⁴⁴⁰. Y por otro lado, actuará como un principio limitativo del sistema educativo español ya que este precepto “impone el deber de impedir la promoción de aquellas prácticas y manifestaciones, supuestamente culturales, contrarias a los derechos humanos o a los principios democráticos de convivencia”⁴⁴¹. Por muchos siglos que tengan de vigencia las prácticas de una determinada cultura, si éstas no resultan respetuosas a la hora de la verdad con los principios axiológicos de nuestra sociedad, habría que entender que las mismas no disponen de la correspondiente “cobertura constitucional”, legitimándose en definitiva su reprobación.

Tenemos que añadir a lo ya expuesto que este apartado constitucional también delimita otro de los objetos que debe tener en consideración el derecho de la educación dentro de las sociedades democráticas, en las que el respeto hacia los valores y los principios constitucionales debe marcar las pautas de comportamiento y estar presente en todos los ámbitos de actuación de los poderes públicos, convirtiéndose en este sentido la educación en una de las más importantes preocupaciones de los gobiernos de las diferentes naciones.

Del mismo modo se puede intuir cuál va a ser la postura que adopta el Estado español en sus políticas públicas con respecto a la materia de la educación, destacando como valores superiores la justicia, la libertad, la igualdad y el pluralismo político dentro de un Estado social y democrático de Derecho, en el cual los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto de las normas del ordenamiento jurídico. Y es que en último término un sistema educativo alejado de las exigencias que impone la realización de los referidos valores superiores habría de resultar decididamente inconstitucional.

⁴³⁸ CÁMARA VILLAR, G., “Constitución y educación (los derechos y libertades del ámbito educativo a los veinte años de vigencia de la Constitución Española de 1978)”, en G. TRUJILLO, L. M. LÓPEZ GUERRA y P. J. GONZÁLEZ TREVIJANO-SÁNCHEZ (coordinadores), *La experiencia constitucional: (1978-2000)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000., pp. 271-272.

⁴³⁹ MARTÍNEZ DE PISÓN, J., *El derecho a la educación y a la libertad de enseñanza*, Dykinson, Madrid, 2003, p. 137.

⁴⁴⁰ CÁMARA VILLAR, G., “Constitución y educación (los derechos y libertades del ámbito educativo a los veinte años de vigencia de la Constitución Española de 1978)”, cit., p. 272.

⁴⁴¹ TAJADURA TEJADA, J., “El derecho a la cultura como principio rector: multiculturalismo e integración en el Estado Constitucional”, en J. L. CASCAJO CASTRO, M. TEROL BECERRA, A. DOMÍNGUEZ VILA, V. NAVARRO MARCHANTE (coords.), *Derechos sociales y principios rectores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p. 732.

Subraya la profesora Sánchez Ferriz que este precepto constitucional supone la plasmación normativa del “principio rector de todo el sistema educativo y como configurador del contenido esencial de la educación”⁴⁴², ya que educar significa de alguna manera también asumir y, desde este punto de vista habría que entender, que el sujeto asume conductas y actitudes de respeto, de tolerancia a otras culturas identitarias, y no verá en la presencia e implantación de los diferentes presupuestos culturales una amenaza que pueda llegar a poner en peligro la efectiva vigencia de la cultura peculiar de la sociedad de acogida. El Magistrado Francisco Tomas y Valiente etiquetó de manera muy expresiva dicho precepto constitucional como el “ideario educativo de la Constitución”⁴⁴³.

Entre los diferentes objetivos que puede alcanzar la educación se encuentra el de garantizar el pleno desarrollo de la personalidad del individuo respetando los principios y los valores sobre los que se construyen los cimientos de cualquier sociedad democrática. Todo ello “equivale a hacer real y efectivo el orden político y la paz social, a través del principal medio de consolidación y pervivencia que es, justamente, la transmisión a la juventud de los valores y contenidos que caracterizan el sistema”⁴⁴⁴. Supone ello asumir en definitiva la referida posibilidad como una inaplazable exigencia del sistema en cuestión.

Que el proceso educativo tenga como objeto específico el pleno desarrollo de la personalidad del alumno es equiparable, en palabras del profesor Cámara Villar a “reconocer la necesidad de regular su derecho a recibir una formación que así lo asegure, e igualmente el derecho a que se respete su libertad de conciencia, su integridad y dignidad personales y sus convicciones religiosas y morales, y también el de participar en la vida del centro, que ha de estar organizado de tal manera que pueda ofrecerle la posibilidad de disponer de servicios y oportunidades adecuadas para recibir esa formación”⁴⁴⁵.

Se desprende en este contexto que el ideal del modelo de un hombre libre es aquel que sea capaz de reconocer conforme a qué valores identitarios quiere desarrollar su propia existencia, partiendo desde luego de la base de que las opciones que al respecto pueda tomar vendrán también condicionadas en cierta medida por los presupuestos culturales que constituyeron el marco para la formación de su personalidad.

Asimismo, es relevante el papel que juega el valor de la educación a la hora de crear juicios y modelos de conducta en la personalidad del sujeto, permitiéndole en buena medida ser capaz de discernir entre los diferentes modelos culturales para la creación de una voluntad y su propia formación. Cuanto más formado esté un individuo mayores posibilidades tendrá de reconocer dentro del amplio abanico de posibilidades que proyecta la variedad cultural que se

⁴⁴² SÁNCHEZ FERRIZ, R. y JIMENA QUESADA, L., *La enseñanza de los derechos humanos*, Ariel, Barcelona, 1995, p. 77.

⁴⁴³ Voto particular a la STC 5/1981, de 13 de febrero. Al margen del referido voto particular, COTINO HUESO, L., *El derecho a la educación como derecho fundamental. Especial atención a su dimensión social prestacional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012, p. 87, destaca del contenido de esta sentencia que el artículo 27.2 de la Constitución Española recoge “un principio que no consagra derechos fundamentales”.

⁴⁴⁴ SÁNCHEZ FERRIZ R. y L. JIMENA QUESADA, *La enseñanza de los derechos humanos*, cit., p. 79.

⁴⁴⁵ CÁMARA VILLAR, G., “Constitución y educación (los derechos y libertades del ámbito educativo a los veinte años de vigencia de la Constitución Española de 1978)”, cit., p. 273.

le ofrece y ha llegado a interiorizar el modelo de conducta que le favorecerá en mayor medida su desarrollo vital, y que entenderá conforme con su propia personalidad.

Por consiguiente se entiende que el pleno desarrollo de la personalidad es lo que nos hace tejer nuestra identidad “en base a nuestra libertad de acción y de pensamiento”⁴⁴⁶. Y es que precisamente sobre la base que proporciona el conocimiento de la realidad imperante a su alrededor el sujeto podrá discernir de la manera más adecuada entre lo que quiere o no, lo que entiende conveniente o inconveniente para desarrollar una vida plena sin ningún tipo de condicionamientos culturales, morales, sociales o religiosos, ya que la personalidad de cada individuo se va configurando sobre la base que proporciona un proceso de asunción de información por su parte, no es innata, se va consolidando a través de los conocimientos adquiridos y de las experiencias vividas por él. Los conocimientos constituyen en algún sentido un muy destacado condicionante en lo que concierne al proceso que conlleva la formación de la voluntad del individuo, pero proporcionan indiscutiblemente también una ampliación del margen de opción propio del individuo, que lógicamente resultaría mucho más reducido si no tuviera el acceso que tiene a determinadas parcelas de información.

Este libre o pleno desarrollo de la personalidad, como indica el profesor Robles, puede entenderse desde dos perspectivas diferentes, pero que a la vez el citado profesor entiende que resultan perfectamente complementarias. En primer lugar, se entiende que el libre desarrollo de la personalidad, viene a ser considerado como un “derecho subjetivo” de carácter general, dado que se entiende como un derecho que posibilita la libertad de configurar la identidad y la personalidad del individuo que a su vez le ayudará a formar libremente su propio plan de vida. Se trata de una de las finalidades que persigue el derecho fundamental a la educación. En segundo lugar, atendiendo a su ubicación constitucional, la formulación jurídica del libre desarrollo de la personalidad se encuentra dentro del Título I “De los Derechos y Deberes Fundamentales” en el artículo 10.1, en el que se hace referencia al libre desarrollo de la personalidad como un principio general del ordenamiento jurídico que debe ser tenido en cuenta a la hora de inspirar los derechos constitucionales, crear leyes e interpretar normas y decisiones jurídicas. El libre desarrollo de la personalidad sería entendido en este sentido como “fundamento del orden político y de la paz social” y configurado como uno de los fundamentos axiológicos-normativos de esa pluralidad de derechos que reconoce la constitución”⁴⁴⁷. Se trata de un principio insoslayable que deben alcanzar los poderes públicos a través de la más adecuada puesta en práctica de las políticas de educación en nuestra sociedad democrática.

La proyección del derecho a la educación en la instauración de los concretos sistemas educativos ha de tener en cuenta sin ningún tipo de discriminación a todos los miembros que conforman la comunidad social. Es precisamente por ello por lo que el libre desarrollo de la personalidad “no se proporciona a seres aislados, sino en convivencia, en la que confluyen múltiples tipos entre los que ha de establecerse un mínimo lenguaje común”⁴⁴⁸. De ello se

⁴⁴⁶ ROBLES MORCHÓN, G., “El libre desarrollo de la personalidad (Artículo 10.1 de la C.E.)”, en L. GARCÍA SAN MIGUEL (coord.), *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución*, Universidad Alcalá de Henares, Madrid, 1995, p. 48.

⁴⁴⁷ *Ibidem*, p. 49

⁴⁴⁸ SÁNCHEZ FERRIZ R. y JIMENA QUESADA, L., *La enseñanza de los derechos humanos*, cit., p. 14.

desprende que educar sobre la base del respeto a los valores universales supone la máxima de cualquier sociedad para alcanzar no sólo la mayor realización personal del individuo, sino directamente el bienestar social.

En definitiva, la educación como instrumento idóneo para la determinación del libre desarrollo de la personalidad influye de manera directa y global en el sujeto dado que la alusión al desarrollo de su personalidad no tiene un carácter meramente unidireccional. Por el contrario, engloba las diferentes facetas de la existencia del individuo en el plano intelectual, psicológico y social en las que indiscutiblemente existe una íntima relación con el principio de libertad⁴⁴⁹.

IV. Conclusión

El libre desarrollo de la personalidad está fundamentado en la autonomía del individuo que tendrá la capacidad adecuada, los conocimientos precisos y se encontrará al margen de cualquier tipo de condicionamientos que le impidan tomar libremente las decisiones que le permitan llevar a cabo el plan de vida que más responda a sus intereses⁴⁵⁰. En el caso de los inmigrantes observamos que no se encuentran en el mismo plano de igualdad con respecto a los miembros originarios de la sociedad de acogida al no ser enteramente libres en la toma de sus decisiones. Se encuentran condicionados por los posibles cambios sociales y culturales que les conlleva el cambio de residencia y por el relegamiento al que le somete la propia sociedad receptora al asumir sus miembros originarios una supuesta legitimidad para determinar las condiciones de realización de sus derechos fundamentales. Los poderes públicos deberán establecer políticas que garanticen los instrumentos adecuados para obtener el mayor grado de libertad para todos y cada uno de los miembros que conforman el grupo social. El ejercicio del libre desarrollo de la personalidad por parte de los sujetos, no deberá atentar contra el esquema axiológico y jurídico del Estado de acogida asegurando la protección del orden público.

Que la educación tenga el hecho de que como objeto el pleno desarrollo de la personalidad del alumno supone reconocer el derecho a recibir una educación que así lo asegure, que se respete el derecho a su libertad de conciencia⁴⁵¹, su integridad y dignidad personal y sus convicciones religiosas y morales, y también el de participar en la vida del centro escolar para posibilitar que se reciba esa formación. El pleno desarrollo de nuestra personalidad nos hace tejer nuestra identidad a base de nuestra libertad de acción y de pensamiento al comprender el desarrollo de las facetas intelectual, psicológica y social del individuo. Nos brinda la oportunidad de desarrollar una vida plena sin ningún tipo de condicionamientos culturales, morales, sociales o religiosos. Es un planteamiento utópico, en particular en lo que hace re-

⁴⁴⁹ ENRÍQUEZ, J.M.; MUÑOZ DE BAENA, J.L.; OTERO, L.; SANTOS, A.B.; PÉREZ, C.; FERRARI, E.; *Educación plena en derechos humanos*, Trotta, Madrid, 2014, pp. 273 y ss.

⁴⁵⁰ SANTANA RAMOS, E., “Las claves interpretativas del libre desarrollo de la personalidad”, en Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho, núm. 29, 2014, p. 107.

⁴⁵¹ LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., “Laicidad y educación en derechos humanos”, en S. RIBOTTA (editora), *Educación en derechos humanos. La asignatura pendiente*, Dykinson, Madrid, 2006, pp. 56-59.

ferencia a la concreta situación de los inmigrantes, que no debe perderse de vista, pero que deberá completarse con una consideración detallada de sus posibilidades de realización. El sistema educativo resulta en este sentido necesariamente encaminado a la maximización de las señaladas posibilidades de realización.

V. Referencias bibliográficas

- ARA PINILLA, I., *La difuminación institucional del objetivo del derecho a la educación*, Dykinson, Madrid, 2014.
- ARA PINILLA, I., “El significado de la solidaridad como valor fundante de los Derechos Humanos”, en A. DE JULIOS-CAMPUZANO (editor), *Dimensiones jurídicas de la globalización*, Dykinson, Madrid, 2007.
- ARA PINILLA, I., *Las transformaciones de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1994.
- ASENSIO SÁNCHEZ, M.A., *Interés del menor y derecho a la educación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- BOBBIO, N., *Teoría General de la Política*, Trotta, Madrid, 2003.
- BOBBIO, N., *Igualdad y libertad*, Paidós, Barcelona, 1993.
- CÁMARA VILLAR, Gregorio, “Constitución y educación (los derechos y libertades del ámbito educativo a los veinte años de vigencia de la Constitución Española de 1978)”, en G. TRUJILLO, L. M. LÓPEZ GUERRA y P. J. GONZÁLEZ TREVIJANO-SÁNCHEZ (coordinadores), *La experiencia constitucional: (1978-2000)*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2000.
- CARDOZO, B.N., *The Paradoxes of Legal Science*, Columbia University Press, New York, 1928.
- COTINO HUESO, L., *El derecho a la educación como derecho fundamental. Especial atención a su dimensión social prestacional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2012.
- DÍAZ, E., “Para una teoría de la legitimidad”, en *De la maldad estatal y de la soberanía popular*, Debate, Madrid, 1984.
- ENRÍQUEZ, J.M.; MUÑOZ DE BAENA, J.L.; OTERO, L.; SANTOS, A.B.; PÉREZ, C.; FERRARI, E.; *Educación plena en derechos humanos*, Trotta, Madrid, 2014.
- ESPINAR VICENTE, J.M., “Consideración en torno al libre desarrollo de la personalidad desde un planteamiento social”, en L. GARCÍA SAN MIGUEL (coord.), *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución*, Universidad Alcalá de Henares, Madrid, 1995.
- LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., *Educación para la ciudadanía democrática y objeción de conciencia*, Dykinson, Madrid, 2010.
- LLAMAZARES FERNÁNDEZ, D., “Laicidad y educación en derechos humanos”, en S. RIBOTTA (editora), *Educación en derechos humanos. La asignatura pendiente*, Dykinson, Madrid, 2006.
- MARTÍNEZ DE PISÓN, J., *El derecho a la educación y a la libertad de enseñanza*, Dykinson, Madrid, 2003.

- MIRANDA GONÇALVES, R., “El defensor del pueblo español como institución garante de los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos”, *O direito constitucional e o seu papel na construção do cenário jurídico global*, Instituto Politécnico do Cávado e do Ave, Barcelos, 2016.
- MIRAUT MARTÍN, L., “El dilema de las cláusulas de irreversibilidad en el ejercicio de la autonomía individual”, en *Derechos y Libertades*, núm. 31, 2014.
- MUÑOZ ARNAU, J. A., *Derechos y libertades en la política y la legislación educativas españolas*, Universidad de Navarra, Navarra, 2010.
- NUEVO LÓPEZ, P., *La Constitución educativa del pluralismo. Una aproximación desde la teoría de los derechos fundamentales*, Netbiblo, La Coruña, 2009.
- PRIETO SANCHÍS, L., “Autonomía y derecho”, en J. BALLESTEROS, M^a. E. FERNÁNDEZ RUIZ-GÁLVEZ y A. MARTÍNEZ PUJALTE (coordinadores), *Justicia, Solidaridad, Paz. Estudios en Homenaje al Profesor José María Rojo Sanz*, Vol. I, Universitat de Valencia, Valencia, 1995.
- ROBLES MORCHÓN, G., “El libre desarrollo de la personalidad (Artículo 10.1 de la C.E.)”, en L. GARCÍA SAN MIGUEL (coord.), *El libre desarrollo de la personalidad. Artículo 10 de la Constitución*, Universidad Alcalá de Henares, Madrid, 1995.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, J. A., “La educación intercultural en España: Aproximación jurídica”, en J.R. POLO SABAU (director) y C. SOUTO GALVÁN (coordinadora), *Anuario de derecho a la educación*, Dykinson, Madrid, 2012.
- SÁNCHEZ FERRIZ, R. y JIMENA QUESADA, L., *La enseñanza de los derechos humanos*, Ariel, Barcelona, 1995.
- SANTANA RAMOS, E., “Las claves interpretativas del libre desarrollo de la personalidad”, en *Cuadernos Electrónicos de Filosofía del Derecho*, núm. 29, 2014.
- TAJADURA TEJADA, J., “El derecho a la cultura como principio rector: multiculturalismo e integración en el Estado Constitucional”, en J. L. CASCAJO CASTRO, M. TEROL BECERRA, A. DOMÍNGUEZ VILA, V. NAVARRO MARCHANTE (coords.), *Derechos sociales y principios rectores*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.

La perspectiva del derecho de asilo como derecho subsistencial vital

EMILIA SANTANA RAMOS⁴⁵²

Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

1. El fundamento del derecho de asilo

En este primer contacto con el derecho de asilo, nos aproximaremos al sistema que sigue el Estado español y cómo se ha convertido paulatinamente en un derecho *ius cogens* para la comunidad internacional⁴⁵³. Así, derivado del amplio reconocimiento de los derechos humanos, políticos y sociales, la exigencia de libertad ideológica ha provocado que determinados Estados reacios al desarrollo libre de sus ciudadanos provoquen la salida de éstos y la consiguiente petición de asilo en otros países cuando son violentados ideológica o físicamente por determinadas causas que veremos más adelante.

Afirman Blázquez y Gutiérrez que “desde que Marx y Engels acuñaran en 1848 la expresión “un fantasma recorre Europa...” la opinión pública y los medios de comunicación europeos la han utilizado con profusión, otorgando diferentes y muy variadas identidades a otros fantasmas que han ido asustando al viejo continente en el devenir de su historia: tras el comunismo fueron los separatismos, luego las diferentes y numerosas guerras entre Estados, el nacionalismo excluyente y agresivo, el terrorismo de extrema izquierda y últimamente, el islámico los que entre otros, fueron recubiertos de ese manto fantasmal para personalizar las plagas, ficticias o reales que acosaban a nuestras sociedades. Desde hace algún tiempo la inmigración ha sido también revestida con cierta frecuencia de tan llamativa y maculada vestimenta en comparación, nada inocente, con esos otros males a los que tuvimos, o tenemos, que hacer frente”⁴⁵⁴.

⁴⁵² Profesora contratada doctora de Filosofía del Derecho. Departamento de Ciencias Jurídicas Básicas. Correo electrónico: *emilia.santana@ulpgc.es*.

⁴⁵³ ACOSTA ESTEVEZ, J.B.; “Normas de *Ius Cogens*, efecto *Erga Omnes*, crimen internacional y la teoría de los círculos concéntricos”, *Anuario español de Derecho Internacional*, núm. 11, 1995, p. 5.

⁴⁵⁴ BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I. y GUTIÉRREZ CASTILLO, V.L.; *Derecho de la Unión Europea sobre inmigración y asilo: compilación sistemática y comentada de la normativa comunitaria*, Dykinson, Madrid, 2006, p. 15.

El derecho de asilo, en este sentido, constituye la posibilidad de dotar a un sujeto que hasta ese momento no tenía certeza de ver garantizados y protegidos sus derechos subsistenciales por parte de su Estado y encuentra la posibilidad de protección en otro Estado que le permitirá la inclusión e integración en el país de acogida. Es decir, el derecho de asilo no es más que el amparo que ofrece un Estado diferente al de origen a un extranjero que huye de su país por motivos tasados en la ley y que lleve consigo el peligro de su integridad física. Díez De Velasco sobre el derecho de asilo reconoce que es la posibilidad que brinda el “Estado a personas que no son nacionales suyos y cuya vida o libertad están en 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”⁴⁵⁵. En la misma línea, López reconoce que el derecho de asilo constituye sin lugar a dudas “un derecho humano fundamental 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”⁴⁵⁶.

La historia de la humanidad se presenta como la búsqueda incansable en maximizar los beneficios y los modos de vida. Precisamente por ello, los desplazamientos humanos se han producido a lo largo de la historia bien de manera forzada o bien de forma libre. Así, como bien apunta López “el homo migrantis existe desde que existe el homo sapiens”⁴⁵⁷. En este sentido, una vez superada la sistemática traslación en busca de alimentos de los primeros humanos, el valor de los derechos humanos en nuestra sociedad, ha convertido en un imperativo de la sociedad del siglo XXI, la defensa de los individuos que puedan ver en peligro el mantenimiento y la garantía de sus derechos inherentes en la sociedad de origen.

El derecho de asilo está regulado por el Derecho Internacional y es una obligación de los Estados. Queda también recogido como un derecho humano en el artículo 14 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos y desarrollado en la Convención de Ginebra de 1951 y en su protocolo (Protocolo de Nueva York de 1967). El Estado español lo reconoce en su Constitución y lo regula a través de su Ley de Asilo⁴⁵⁸, y está incluido en la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea de 2007. Por tanto, no se trata de una cuestión humanitaria (aunque exista una dimensión humanitaria) sino de un verdadero derecho, pasando así de la concepción clásica del derecho de asilo como una actividad discrecional fruto de la soberanía de los Estados a la etapa actual, donde adquiere una consideración de “ius cogens” y en consecuencia, se formula como regulación jurídica propia y obligatoria de los Estados de derecho⁴⁵⁹.

El derecho de asilo se instituye como la posibilidad de dotar a un sujeto de un medio de defensa de su vida o integridad que hasta ese momento no tenía certeza de ver garantizados y protegidos por parte de su Estado de origen y encuentra la posibilidad de protección en otro

⁴⁵⁵ DÍEZ DE VELASCO, M.; *Instituciones de derecho internacional público*, Tecnos, Madrid, 2009, p. 626.

⁴⁵⁶ LÓPEZ GARRIDO, D.; *El derecho de asilo*, Trotta, Madrid, 1991, p. 18.

⁴⁵⁷ LOPEZ SALA, A. M.; *Inmigrantes y Estados: la respuesta política ante la cuestión migratoria*, Anthropos, Barcelona, 2005, p.32.

⁴⁵⁸ Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria.

⁴⁵⁹ Gobierno de España, *Normativa de asilo y apátridas*, Dirección General de Política Interior, Ministerio del Interior, Madrid, 2006, p. 9.

Estado que le permitirá la inclusión e integración en el país de acogida. En la actualidad, de hecho, podría verse cómo un imperativo en la sociedad del siglo XXI. Es decir, no es más que el amparo que ofrece un Estado diferente al de origen a un individuo que huye de su país por motivos tasados en la ley y cuya permanencia en su país puede implicar peligro para la vida, integridad física o derechos fundamentales básicos para sí o sus familiares. Así, la ley reguladora del derecho de asilo como protección subsidiaria presenta en su Título preliminar y de acuerdo con lo previsto en el artículo 13.4 de la Constitución española donde reconoce que el derecho de asilo tiene por objeto “establecer los términos en que las personas nacionales de países no comunitarios o apátridas podrán gozar en España de la protección internacional constituida por el derecho de asilo y la protección subsidiaria, así como el contenido de dicha protección internacional”.

Derivado del contenido normativo, una vez que al sujeto se le reconozca dicha protección quedará en condición de refugiado tal y como lo refleja el artículo 3 de Ley 12/2009, de 30 de octubre, donde establece la condición de refugiado a “toda persona que, debido a fundados temores de ser perseguida por motivos de raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a determinado grupo social, de género u orientación sexual, se encuentra fuera del país de su nacionalidad y no puede o, a causa de dichos temores, no quiere acogerse a la protección de tal país, o el apátrida que, careciendo de nacionalidad y hallándose fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, por los mismos motivos no puede o, a causa de dichos temores, no quiere regresar a él, y no esté incurso en alguna de las causas de exclusión del artículo 8 o de las causas de denegación o revocación del artículo 9”. En este punto hay que recordar que “la historia muestra cómo el lenguaje de la deshumanización prepara el camino para que se cometan atrocidades contra los grupos sociales estigmatizados. Las diferencias en cuanto a origen étnico, género, religión y orientación sexual se convierten en fronteras que se trazan para excluir a ciertas personas de la ciudadanía e incluso de la pertenencia a la familia humana. La homofobia, al igual que el racismo y el sexismo, no es algo “natural” ni “inevitable”. La discriminación basada en la identidad se puede crear, avivar y encender con fines políticos. Gobiernos de todos los continentes han fomentado el sentimiento antihomosexual y lo han utilizado de una forma calculada y consciente para atacar a sus oponentes, obtener apoyo o desviar la atención de sus fechorías y deficiencias. Han intentado servirse de los homosexuales como fáciles chivos expiatorios, acusándolos de ser el origen de males sociales como las crisis de moralidad o de orden público”⁴⁶⁰. Algo similar sucede con la inmigración que se usa como moneda del miedo político en jugadas electorales, sin tener en cuenta la lesión que se irroga en esa comunidad. Vulnerando con ello el primer derecho del ciudadano a escuchar de sus mandatarios verdad sin distorsionar.

No obstante, los actos de persecución a los que se refiere la norma deben ser suficientemente graves y que supongan un atentado de carácter repetido que constituya una lesión a los derechos fundamentales. La ley que reconoce el derecho de asilo y refugio contempla además, en el apartado 2 del artículo 6 que los actos violentos que se entiende pueden dar lugar a la actuación de esta ley y que podrán presentar las siguientes formas, como “actos de violencia física o psíquica, incluidos los actos de violencia sexual; medidas legislativas, ad-

⁴⁶⁰ AMNISTÍA INTERNACIONAL; *Crímenes de odio, conspiración de silencio: tortura y malos tratos basados en la identidad sexual*, Ed. Amnistía Internacional, Reino Unido, 2005, p. 16.

ministrativas, policiales o judiciales que sean discriminatorias en sí mismas o que se apliquen de manera discriminatoria; procesamientos o penas que sean desproporcionados o discriminatorios; denegación de tutela judicial de la que se deriven penas desproporcionadas o discriminatorias; procesamientos o penas por la negativa a prestar servicio militar en un conflicto en el que el cumplimiento de dicho servicio conllevaría delitos o actos comprendidos en las cláusulas de exclusión establecidas en el apartado segundo del artículo 8 de esta Ley.

Como contrapartida, el derecho de asilo lleva implícito el reconocimiento de unos derechos fundamentales de carácter tanto individual como de carácter social. Buscando paralelamente que el refugiado entienda también que se encuentra en la obligación de respetar el ordenamiento jurídico del país de acogida⁴⁶¹. Con el reconocimiento del derecho de asilo se concede al sujeto una protección que consiste fundamentalmente en la imposibilidad de devolución ni expulsión a su país de origen.

El asilo constituye, en este sentido, la protección que dispensa un Estado a una persona no nacional que es objeto de persecución en virtud de motivos políticos o ideológicos por las autoridades de su Estado de origen. Esta persecución para ser causa habilitante del derecho de asilo, habrá de poner de manifiesto una grave restricción de determinados derechos fundamentales, lo que obliga de inicio a hacer un cálculo de posibilidades y que efectivamente se produzca la restricción señalada. Pues cabe, no obstante, que el individuo entienda que su temor previo y sin una actuación vulneradora real o demostrable de su Estado contra él es causa suficiente para que le sea concedido el derecho de asilo en otro Estado.

Todo ello ha hecho que se promueva el concepto de “país seguro de origen” para determinar los casos en que cabe o no justificar el otorgamiento del asilo a quien lo reclama, eliminando la ambigüedad de la fórmula del temor que, en todo caso, tendrá que fundarse en una “una situación materialmente constatable de persecución que haga más o menos razonable y creíble que pueda afectar al concreto solicitante de asilo⁴⁶²”.

Siguiendo esta línea, un análisis pormenorizado del derecho de asilo nos muestra cómo éste se puede analizar desde dos vertientes muy claras y diferenciadas. Así, dentro del derecho de asilo nos encontramos por un lado, con el llamado asilo territorial. Esta figura representa la posibilidad de protección territorial que concede un Estado a un individuo no nacional, por estar sometido en su país a una persecución por motivos políticos o ideológicos por parte de los organismos estatales. Y por otro lado, nos encontramos con el llamado asilo político que consistiría en la protección dispensada por un Estado a la persona objeto de persecución política que se refugia en los locales de la misión diplomática acreditada a otro Estado.

La importancia que adquiere el reconocimiento de este derecho resulta subsistencialmente vital en muchos casos, sobre todo cuando se trata de proteger y defender a aquellas personas que en su país de nacimiento no pueden bajo ningún concepto confiar su cuidado a los servicios de seguridad como la policía, pues no tienen garantizados los derechos básicos como los derechos de tutela judicial efectiva o derecho a un juicio justo, ni tampoco cuentan

⁴⁶¹ SÁNCHEZ RIBAS, J. y FRANCO PANTOJA, F.; “*Guía para orientación legal en inmigración*”, Lex Nova, Madrid, 2008, p. 130.

⁴⁶² SANTOLAVA MACHETTI, P.; *El derecho de asilo en la Constitución española*, Lex Nova, Madrid, 2001, p. 94.

con la penalización de aquellos que violan sus derechos, o no tienen acceso a otro servicio de asistencia semejante⁴⁶³.

En este sentido, se presenta el derecho de asilo como un derecho subsistencial, que otorga un Estado soberano diferente del de origen del individuo que decide proteger y amparar a un sujeto que por razones o circunstancias de diversa índole no tiene garantizado el tratamiento no discriminatorio en la realización de ciertos derechos particularmente importantes en su país.

Desde ese punto de vista también vendría entendido como la protección dispensada a los nacionales no comunitarios o a los apátridas a quienes se reconozca la condición de refugiado en los términos definidos en el artículo 3 de Ley 12/2009 y en la Convención sobre el Estatuto de los Refugiados, hecha en Ginebra el 28 de julio de 1951 y su Protocolo, suscrito en Nueva York el 31 de enero de 1967.

En España fue la promulgación de la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria la que ha supuesto una serie de novedades de importancia capital para la figura del derecho de asilo. Así, en cumplimiento de tres directivas del Consejo de la Unión Europea⁴⁶⁴ nuestra legislación abordaba e incluía la discriminación por razón de género entre las causas de petición de asilo. Las novedades insertas en la Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria significaron una graduación del sistema de asilo. Resulta destacable como la regulación normativa establecía dos derechos: el derecho de asilo como se venía haciendo y como novedad el derecho a la protección subsidiaria. La posibilidad de conceder cualquiera de estos dos derechos lleva a considerar el término jurídico por España de la Protección Internacional. En este sentido, las solicitudes se denominarán de “Protección Internacional” que caso de otorgarse podrá ser, bien la de reconocer al peticionario la condición de refugiado y concederle el derecho de asilo o bien, en el caso de que no reúnan estos requisitos pero sí se den motivos fundados para creer que si regresan al país de origen o de procedencia se enfrentarán a un riesgo real de sufrir daños graves, en cuyo supuesto se le concederá la denominada protección subsidiaria.

Es de reseñar también la importante característica de este proceso, pues la sola presentación de la solicitud implica que se confiera al solicitante un elenco importante de derechos, como son el de la asistencia jurídica; asistencia sanitaria; a la documentación provisional; a la documentación final, para aquellos a los que se otorgue la protección internacional en alguna de las dos formas indicadas antes, con lo que la finalidad de la norma garantiza en el propio trámite la asunción de derechos fundamentales de forma automática.

⁴⁶³ MALGESINI, G. y GIMÉNEZ ROMERO, C.; “*Guía de conceptos sobre migraciones, racismo e intercultural*”, La cueva del oso, Madrid, 1997, p. 359.

⁴⁶⁴ Directiva del 29 de abril de 2004 por la que se establecen normas mínimas relativas a los requisitos para el reconocimiento y el estatuto de nacionales de terceros países o apátridas como refugiados o personas que necesitan otro tipo de protección internacional y al contenido de la protección concedida. Directiva del 1 de diciembre de 2005 sobre normas mínimas para los procedimientos que deben aplicar los Estados Miembros para conceder o retirar la condición de refugiado. Directiva del 22 de septiembre de 2003 sobre el derecho a la reagrupación familiar, que se traspone parcialmente.

Esta norma introduciría también como novedad el denominado procedimiento de urgencia. En él se acordaba de oficio o a petición del interesado que el trámite adquiriera ese rango. Para ello se requiere que en las solicitudes concorra alguna circunstancia determinada expresamente, artículo 25.1., a saber y a modo no exhaustivo serían: a) que parezcan manifiestamente fundadas; b) que hayan sido formuladas por solicitantes que presenten necesidades específicas especialmente por menores no acompañados; c) que planteen exclusivamente cuestiones que no guarden relación con el examen de los requisitos para el reconocimiento de la condición de refugiado o la concesión de la protección subsidiaria; d) que la persona solicitante proceda de un país de origen considerado seguro, en los términos de lo dispuesto en el artículo 20.1.d), y del que posea la nacionalidad, o si fuere apátrida, en el que tuviera su residencia habitual; e) que la persona solicitante, sin motivo justificado, presente su solicitud transcurrido el plazo de un mes previsto en el apartado segundo del artículo 17; f) que la persona solicitante incurra en alguno de los supuestos de exclusión o de denegación previstos en los artículos 8, 9, 11 y 12 de la presente Ley.

El sistema permite así la gestión por la vía de urgencia, lo que provoca que los plazos con respecto al procedimiento ordinario queden reducidos a la mitad. Además, se mantienen los dos procedimientos que provienen de la derogada Ley 5/1984, atendiendo a los lugares donde se presente la solicitud y que serían:

1. Cuando las solicitudes son presentadas dentro del territorio nacional, el procedimiento a seguir es el ordinario. De este procedimiento se destaca que sigue manteniéndose el que la solicitud se ha de presentar en el plazo de un mes desde que entró en nuestro país. En este sentido, el plazo para no admitir a trámite es de un mes desde que se presentó la solicitud. (actualmente se ha reducido a la mitad). La no admisión de la solicitud, como no podría ser de otro modo, es por causas tasadas, entre ellas, y como la que más generalmente puede producirse, se halla la de no corresponder a España la tramitación sino a otro Estado parte de la Unión Europea por haberla presentado con anterioridad en el mismo. Destaca también otra característica, el silencio positivo o lo que es lo mismo, si no se dicta la no admisión a trámite en el citado plazo de un mes, se produce el efecto legal de entenderla admitida a trámite, lo que implica la permanencia provisional del solicitante en nuestro territorio hasta que se resuelva definitivamente. Ahora bien, si se dictara en plazo la resolución no admitiendo a trámite la solicitud, esto conlleva los mismos efectos que la denegación. Una vez aceptada en plazo la solicitud, el plazo máximo de duración del procedimiento es de seis meses y en caso de no dictarse resolución dentro de ese mismo plazo, el silencio es desestimatorio, o lo que es lo mismo, se entiende denegada la solicitud.

2. Cuando las solicitudes son presentadas en puesto fronterizo, el procedimiento es similar, con diferentes peculiaridades. El plazo es mucho más corto, pasando a ser el tiempo para dictar y notificar al interesado la resolución de cuatro días. La resolución puede ser no admitida a trámite por las mismas causas que si se presentase dentro del territorio o de denegación de la solicitud. Las causas entre otras pueden ser por formular alegaciones inverosímiles, incoherentes, etc., proceder de un país seguro; plantear cuestiones que no guardan relación con el asilo o la protección subsidiaria, etc. Este plazo podrá ampliarse hasta un máximo de diez días por resolución del Ministro del Interior, si así lo solicita razonadamente el ACNUR por concurrir alguna causa del artículo 25.1.f, (que el solicitante incurra en alguna causa de exclusión o de denegación prevista en los artículos 8, 9, 11 y 12 de la ley). Contra la resolu-

ción, en el plazo de dos días desde la notificación de aquella, se puede presentar petición de reexamen. La resolución de dicha petición se debe notificar al interesado en el plazo de dos días desde que presentó la petición. Así, el transcurso del plazo tanto para resolver la solicitud, como la petición del reexamen sin notificarse la resolución respectiva, determinará la autorización de entrada, o la permanencia del solicitante dentro del territorio, o su tramitación por el procedimiento ordinario. En suma, el plazo máximo de duración de este procedimiento, es de ocho días. Los días, conforme lo dispuesto en la actual Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, se entienden hábiles. Quedando excluido del cómputo el día de la notificación.

3. Cuando las solicitudes son presentadas en centros de internamiento de extranjeros el procedimiento a seguir es el mismo que para las solicitudes en frontera. Con la peculiaridad de que si se admite a trámite, el procedimiento a seguir es el de urgencia. A quien se conceda alguno de los dos derechos reseñados anteriormente, tendrá además, entre otros, los siguientes, autorización de residencia y trabajo permanente, expedición de documentos de identidad y de viaje y como no podría ser de otro modo, la libertad de circulación. En cuanto a la extensión familiar del derecho concedido de protección internacional (asilo o protección subsidiaria). La concesión de este derecho conlleva para el familiar beneficiario los mismos efectos favorables que los concedidos al que se reconoció la protección internacional, arriba enunciados. Los familiares a los que se puede extender serían, ascendientes o descendientes en primer grado, salvo mayoría de edad, independencia familiar o distinta nacionalidad, cónyuge o persona ligada por análoga relación, que tenga la misma nacionalidad, así como otros familiares siempre que se acredite que dependen de aquél y que en el país de origen han tenido una previa convivencia. Respecto a los efectos de las resoluciones denegatorias, salvo que el interesado reúna los requisitos para permanecer en España en situación de estancia o residencia o que se le autorice cualquiera de estas dos situaciones por razones humanitarias, la no admisión a trámite o la denegación de la solicitud conllevará, según proceda una de las tres siguientes situaciones.

1. La denegación de entrada. Esta media procederá cuando se haya solicitado asilo en frontera y se haya denegado la entrada al viajero-solicitante de asilo.
2. La devolución. Ha de entenderse que la situación en que se procederá a llevar a cabo esta medida será aquella en que el solicitante, bien haya pretendido entrar ilegalmente en España, bien haya entrado quebrantando una prohibición de entrada.
3. La expulsión. Puede tratarse de extranjero ingresado en el centro de internamiento y que, bien se halle en curso el expediente de expulsión, bien se haya finalizado y se encuentra en fase de ejecución, en cuyas fases presentó solicitud de protección internacional, o también, de extranjero que se encuentra en libertad y ha presentado esa solicitud de protección, cuando se halla en curso el expediente de expulsión o dentro del plazo de salida obligatoria que se le haya conferido para abandonar voluntariamente España. En ambos supuestos, se reanudarán las actuaciones tendentes a realizar la expulsión.

Situación especial es la denominada salida obligatoria, sobre esta medida procede indicar que las resoluciones que se dicten, tanto aquellas de no admisión a trámite, como de las que denieguen la solicitud de protección internacional, contendrán la advertencia al intere-

sado de la obligación de efectuar la salida obligatoria del territorio español en un plazo que en principio será de quince días. En estos supuestos, la actuación policial, al contenerse esta advertencia en la resolución, procederán a materializar la misma mediante estampillado en el pasaporte de la diligencia de “salida obligatoria”⁴⁶⁵. Esta advertencia de salida obligatoria no se contendrá en determinados supuestos, cuando se solicite protección internacional dentro del territorio nacional y se dicte resolución, tanto de inadmisión a trámite, como de denegación, en aplicación del Reglamento de Dublín (por corresponder a otro Estado parte la tramitación), o bien, cuando la petición se halla presentado en puesto fronterizo (ya que no ha entrado), o en el centro de internamiento o establecimiento penitenciario.

2. La evidente diferencialidad social del inmigrante

Como sabemos, denominamos inmigrante a toda persona que reside en un país en el cual no ha nacido. Esta descripción se extiende a cualquier individuo que encaje en esta descripción, incluyendo a residentes permanentes legales, ciudadanos naturalizados e indocumentados. Por su parte, un refugiado es un inmigrante que escapa de su país de origen porque ha sufrido o tiene miedo justificado de persecución, violencia y guerra, basado en su raza, religión, nacionalidad, opinión política, o algún grupo social en particular. Desde 1951, existen leyes internacionales que guían a la protección y reubicación de aquellos que escapan de la violencia.

La dignidad en la sociedad receptora, el anhelo de ejercitar el derecho que le corresponde al libre desarrollo de su personalidad se plantea, en este sentido, muchas veces como una lucha por la supervivencia de su identidad cultural. De esta manera, las minorías y singularmente la minoría que constituye la población inmigrante verán erosionada la posibilidad de mantener su propia diferenciación cultural. La cultura dominante ejercerá una cierta opresión sobre los individuos que no comparten sus presupuestos e imperativos, situación en la que se encuentra muy habitualmente el inmigrante.

Uno de los obstáculos más considerables que encuentra el individuo para el ejercicio del libre desarrollo de su personalidad es precisamente ese contraste entre culturas identitarias diferentes, esto es, entre la cultura identitaria que en cierto modo define el sentido de su personalidad y la cultura identitaria de las personas que le rodean que tratan muchas veces, consciente o inconscientemente, de restringir el explayamiento natural del individuo conforme a los imperativos inherentes a su propia cultura identitaria. Luis Martínez Roldán señala en esta línea argumental que “las mayorías nacionales actúan siempre de forma prepotente, al ser la parte más fuerte en todos los sentidos, y exigen a las minorías inmigrantes la total renuncia a su cultura para poder ser aceptada. El precio que las minorías tienen que pagar es muy grande, es el cambio total del otro desde el que se han conformado, es el aniquilamiento de su lugar de identidad, es la destrucción de su propio ser”⁴⁶⁶. Así parece verlo acertadamente el profesor Ester cuando entiende que “El individuo será tanto más libre en el desarrollo de su vida social

⁴⁶⁵ Artículo 158.1 del Real Decreto 2393 /2004, de 30 de diciembre por el que se aprueba el Reglamento de desarrollo de la Ley Orgánica 4/2000.

⁴⁶⁶ MARTÍNEZ ROLDÁN, L.; “Migración y desarrollo cultural”, en AA.VV., *Justicia, Migración y Derecho*, Laura Miraut Martín (ed.), Dykinson, Madrid, 2004, p. 331.

cuanto más protagonista sea de sus decisiones, esto es, cuanto más respondan esas decisiones a un querer propio, no resultando dirigidas por otros miembros de la comunidad social⁴⁶⁷.

Así, en materia de derechos que deben ser garantizados a todo tipo de inmigrante para su propia subsistencia y por tanto, garantistas del libre desarrollo de su personalidad resulta necesario tener en cuenta dos premisas fundamentales. La primera, sería el reconocimiento de una política pública en materia de inmigración que no excluya las proyecciones culturales identitarias y la segunda, subrayar el valor de la solidaridad en materia de nacionalidad y ciudadanía. La solidaridad, por tanto, cobra un valor fundante en el proceso de integración y reconocimiento de los derechos sociales.

La existencia de diferencias social-económicas entre el inmigrante y el nacional de la sociedad de acogida es un hecho indiscutible, incluso podríamos afirmar que resulta en muchas ocasiones insalvable. Pues hay un elemento que ya de entrada les hace diferentes y éste no es otro que la distinta vinculación jurídica con el Estado en que se encuentran unos y otros. Estamos, en este sentido, hablando lógicamente de la nacionalidad. El inmigrante carecerá, en principio, de la nacionalidad común a los miembros originarios de la sociedad receptora. Esta distinta conexión con el Estado se resuelve en situaciones diferentes ostentando los nacionales de la sociedad receptora privilegios que no tienen los inmigrantes. Sólo de privilegios cabe hablar cuando nos encontramos ante una atribución diferenciada de derechos que corresponden a unos y no a otros. Siguiendo el esquema diferencial existente habrá que analizar ante todo, las exigencias a las que debe ajustarse el inmigrante cuando llega al país de acogida. Se hace referencia, en este sentido, a las obligaciones propias del inmigrante en un país que no es el suyo con tradiciones y costumbres diversas y por ende, culturas diferentes.

La primera prueba de fuego de la disposición de la sociedad receptora para proporcionar una efectiva acogida al inmigrante es posibilitarle su integración real. Lo cierto es que esa integración tiene en muchas ocasiones un coste que le resulta poco asumible al inmigrante precisamente por la imposibilidad que tiene para su acceso. Un ejemplo lo tendríamos en el papel que cumple la realización del derecho a la educación como factor integrador. La obligación de conocer la lengua en el país de acogida no se traduce en muchas ocasiones como un derecho sino como una obligación, en el sentido de que la obligación de la enseñanza de la lengua oficial en el país de acogida impide muchas veces que la integración sea gradual.

Una política moderada sería aquella que, sin perder el nexo tradicional que distingue por su lengua a un determinado Estado en el proceso de integración, establezca los elementos e instrumentos necesarios para no minar o socavar el ánimo del sujeto inmigrante que pudiera sentirse rechazado por no comprender ni llegar a asimilar la lengua oficial. Ello no significa que la lengua de la sociedad de acogida, junto con su historia y tradiciones, tengan que ser obligatoriamente conocidas por el inmigrante. Muy al contrario, se trata de que se establezcan los medios adecuados para que el inmigrante no se sienta consternado por no ser capaz de poderse comunicar con otros individuos con los que necesariamente ha de compartir sus vivencias en el país de acogida. Nos encontraríamos ante un supuesto similar al del docente que quiere enseñar hablar a una persona sorda, pues deberá ante todo conocer el lenguaje de

⁴⁶⁷ ESTER SÁNCHEZ, A.T.; “Las alternativas existentes en la realización del derecho a la educación en las sociedades multiculturales”, *Quaestio Iuris*, Vol. 9, nº 4, 2016, p. 2069.

los signos para dirigirse a éste en el mismo hasta que pueda éste entender mediante el uso del lenguaje común al resto de los miembros del grupo social.

Este apoyo a la figura del inmigrante refleja la disposición a la convivencia entre los nacionales de la sociedad de acogida y los recién llegados. Es una práctica que a la hora de la verdad, resulta esencial para la integración de quienes como sucede en el caso de los inmigrantes, pueden llegar a sentirse muy diferentes a quienes componen la mayoría social. El problema es que en muchas ocasiones el inmigrante encuentra un muro de incompreensión en una comunidad que no le tiene en cuenta ni se esfuerza para nada en comprender su propia diferencialidad social.

La llegada del inmigrante a la sociedad receptora es la llegada de un individuo que lleva en sus hombros un pasado y un pozo cultural identitario que de alguna manera define el sentido de su personalidad. Esto le hace sentirse en buena medida diferente a los individuos originarios de la sociedad receptora. Ya no es sólo distinta y mucho más gravosa su situación personal como sujeto que se incorpora a una sociedad que no conoce, que le resulta en principio extraña y en la que sin embargo, ha de buscar la forma de sobrevivir lo más cómodamente posible. Es distinta sobre todo la cultura identitaria prevalente en el entorno social en el que ha de desarrollar su vida.

Entendidas así las cosas, podríamos estar en presencia de un trato desigual y por consiguiente, no se cumpliría el objetivo de alcanzar la libertad en la persona del inmigrante. Para empezar, porque el principio de universalidad de los derechos humanos implica que todos tengan el mismo acceso a la realización de los derechos y además porque no se podría hablar nunca de libertad del inmigrante cuando la cultura dominante le impone o trata cuando menos de imponerle a través de distintos condicionamientos, un modo de ser que difiere sensiblemente del que ha ido formando en su entorno cultural natural.

Cobra especial interés en este punto el contenido del artículo 2.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos cuando reza que “toda persona tiene los derechos y libertades proclamados en esta Declaración, sin distinción alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición”. Acosta Estévez se pronuncia defendiendo que este mandato sitúa al valor de la igualdad en una posición superior sin discriminación alguna en relación al disfrute de los derechos humanos y libertades fundamentales⁴⁶⁸. Así, cuando hablamos de la libertad del inmigrante hay que señalar distintos aspectos. En primer lugar, especificar qué es la libertad y qué es la igualdad o por lo menos definir la posibilidad que tiene un individuo de ser efectivamente libre en un marco o contexto determinado.

Un estudio sobre el análisis del libre desarrollo de la personalidad del inmigrante nos lleva a objetivar la dicotomía de dos posturas claramente opuestas. Por un lado, nos encontramos con la posición de un gobierno con una postura paternalista en el que a priori es el propio Estado quien decide qué resulta más factible para la integración del inmigrante y decide

⁴⁶⁸ ACOSTA ESTÉVEZ, J. B.; “La internalización de los derechos humanos y los mecanismos de protección de los refugiados” AA.VV. *El derecho internacional ante las migraciones forzadas, refugiados, desplazados y otros migrantes involuntarios*, Nuria Camps Mirabet (coord.), Universidad de Lleida, Lleida, 2005, p. 26

quién puede y quien no puede residir en su país. Por otro lado, encontraríamos la postura de un Estado que plantea que lo más beneficioso para los inmigrantes es establecer ellos mismos medidas y decisiones autónomas. Es decir, se trataría de aquellos gobiernos que dejan al inmigrante la posibilidad de elegir qué es lo que le conviene para conseguir su integración en la sociedad y garantizar sus derechos inalienables e inherentes. En un principio, para que efectivamente el individuo se encuentre en una situación en la que pueda desarrollarse libremente, debemos entender el sentido exacto de la alusión a la libertad⁴⁶⁹. Es decir, la libertad para que el ser humano pueda desarrollarse sin miedos, sin coacciones y por tanto, pueda ser libre a la hora de decidir dónde quiere fijar su residencia permitiendo la satisfacción de la libre circulación por el territorio por el que opte residir. Una persona que siente miedo consecuentemente sentirá inseguridad y con ésta no podrá desarrollarse la personalidad del inmigrante ni mucho menos garantizar sus derechos fundamentales.

La citada inseguridad en sí mismo se la proporciona el hecho de comprobar que su cultura identitaria no es respetada y valorada por la sociedad en la que el inmigrante desarrolla o quiere desarrollar su vida habitual. Precisamente por ello, resulta imprescindible que el respeto hacia las personas inmigrantes responda al respeto por parte de la sociedad de acogida de sus imperativos culturales, sus valores, su modo de vida, etc, siempre y cuando no suponga una lesión o daño a terceros.

Ello nos emplaza a la necesidad de examinar con detenimiento cuáles son los imperativos que conforman el postulado que garantice los derechos fundamentales de los inmigrantes y por tanto que esa garantía pueda resultar extensible al libre desarrollo de la personalidad. Esto es, aquellos imperativos cuyo respeto es condición imprescindible para que no quede difuminado en relación a su persona el sentido del reconocimiento constitucional del libre desarrollo de la personalidad. El tema cobra una particular importancia porque ya no es sólo que la cultura identitaria del inmigrante se encuentre por su específica condición minoritaria en una situación de evidente debilidad.

3. La subsistencia del inmigrante en el transcurso del acceso a la sociedad de acogida

De inicio hemos de recordar que “la inmigración y el asilo no figuraban entre las competencias originarias de las Comunidades Europeas a pesar que desde 1950 Europa no ha dejado de ser un continente receptor de inmigrantes”⁴⁷⁰. Así, “las bases para el tratamiento de estas cuestiones por las instituciones comunitarias se establecieron entre 1986 y 1992, con el objetivo de crear un mercado interior que llevó a considerar a la inmigración como una cuestión que debía abordarse a nivel comunitario europeo, incluyéndose en el Acta Única Europea un programa de armonización de la política de inmigración que favoreciera el desarrollo de una cooperación más estrecha entre los Estados miembros”⁴⁷¹, incluyendo posteriormente políticas que incluían el acceso y regulación de la entrada de inmigrantes.

⁴⁶⁹ SAÉZ VALCARCEL, R.; “La libertad del inmigrante: Un derecho vulnerable”, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 18, 1996, pp. 227-274.

⁴⁷⁰ ACOSTA ESTÉVEZ, J. B.; “La internalización de los derechos humanos y los mecanismos de protección de los refugiados” cit., p. 19.

⁴⁷¹ *Ibíd.*, p. 19.

Partiendo de la premisa que reconoce a la migración como los desplazamientos o flujo de personas desde diferentes Estados se hace del todo necesario establecer los criterios diferenciadores existentes en el caso que nos ocupa. En este punto, habría que distinguir entre los desplazamientos que vienen de alguna manera forzados por la situación existente en el país de origen (conflictos bélicos) o aquellos que realizan el desplazamiento de manera voluntaria por cuestiones meramente económicas o de bienestar. De Asís Roig plantea que ya de entrada un análisis sobre la conceptualización del término inmigrante resulta cuanto menos indeterminada. Defiende la diferencia entre inmigrantes e inmigrados puesto que el sujeto inmigrado está asentado en el país de acogida sin embargo, el término inmigrante hace referencia al sujeto que se está desplazando⁴⁷².

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 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 receptora⁴⁷³. 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 ello, 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.

La profesora Miraut Martín nos recuerda en este sentido que “el inmigrante no podría desarrollar libremente su personalidad si no tuviera cubierta sus necesidades vitales, entre ellas evidentemente la de no arriesgar su vida en el intento de llegar al país de acogida. Se podrá estar de acuerdo o no con la llegada de los inmigrantes, pero lo que no se puede consentir es que el medio para llegar sea un medio que día a día se cobre la vida de muchos de los que lo utilizan. 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”⁴⁷⁴.

⁴⁷² DE ASIS ROIG, R.; “Inmigrantes: Sujetos de derechos”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº 8, 2004/2005, p. 260.

⁴⁷³ GUARDIOLA GARCÍA, J.; “Delitos de inmigración clandestina: ¿tutela de los derechos de los extranjeros?”, AA.VV. *Ciudadanía y derecho en la era de la globalización*, Alfonso de Julios Campuzano (ed.), Dykinson, Madrid, 2007, p. 344.

⁴⁷⁴ MIRAUT MARTÍN, L.; “Los objetivos de las políticas de inmigración” AA.VV, *Justicia Migración y Derecho*, cit., p. 351.

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.

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 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 naufragio⁴⁷⁵.

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 entienden 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 al que hacíamos referencia.

Los derechos sociales atienden a las necesidades más básicas del individuo. Son en este sentido, derechos de carácter fundamentalmente subsistencial⁴⁷⁶. Sin ellos, sin su realización

⁴⁷⁵ 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, L.; *Inmigración y sociedad*, cit., pp. 154-164.

⁴⁷⁶ DE CASTRO CID, B.; *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 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”.

más efectiva no hay posibilidad ninguna de disfrute de ningún otro derecho. En este sentido constituyen un presupuesto de la realización tanto de los derechos civiles como la de los derechos de participación política⁴⁷⁷.

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 Javier 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, es decir, para situar a quien es su titular, al menos, en una posición que le abra otras posibilidades vitales, las acordes con el desarrollo libre y equitativo de todos los seres humanos a partir de las capacidades de cada uno de nosotros, y no de la barreras ya elegidas sino impuestas a buena parte de ellos; por eso hablamos de derechos económicos, sociales y culturales y hablamos también de desarrollo humano, cuyos indicadores van mucho más allá del mero desarrollo económico”⁴⁷⁸.

4. El derecho al asilo como exigencia de primer orden

El derecho a migrar cobra todo su sentido en el contenido de la Declaración Universal de Derechos Humanos cuando en su artículo 13.1 reconoce que “toda persona tiene derecho a circular libremente y a elegir su residencia en el territorio de un Estado”. Lo que resulta del todo paradójico es precisamente la falta de coherencia en cuanto a la materialización del derecho, pues en una situación de guerra o conflicto bélico se impide a los ciudadanos la libre circulación y el trasvase de fronteras.

En la actualidad, la realidad que observamos cotidianamente, derivada de los desplazamientos humanos forzados hace del derecho al asilo una exigencia de primer orden en las agendas internacionales. No cabe duda que no resulta novedoso el perfil del desplazamiento forzado, una mirada hacia el pasado nos hace comprobar que en la historia de la humanidad ya se ha producido esta situación⁴⁷⁹. Sin embargo, en la actualidad, estos desplazamientos no pueden verse desde ninguna óptica que no sea la humanización del hombre y la responsabilidad de las garantías universales de los derechos que todas las personas ostentan por su condición humana y que vienen contempladas en la Declaración de los Derechos Humanos⁴⁸⁰.

⁴⁷⁷ ARA PINILLA, I.; *Las transformaciones de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 101 y ss.

⁴⁷⁸ DE LUCAS MARTÍN, J.; “Derechos sociales de los inmigrantes: ciudadanía y exclusión”, en AA.VV., *Lecciones de derechos sociales*, María José Añón Roig y José García Añón, (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, p. 319.

⁴⁷⁹ ROMERO, J. y NOGUE, J.; “Globalización y nuevo (des) orden mundial” AA.VV., *Geografía humana procesos, riesgos e incertidumbres en un mundo globalizado*, Juan Romero (coord.), Ariel, Barcelona, 2007, p.38.

⁴⁸⁰ PONTE IGLESIAS, M. T.; *Conflictos armados, refugiados y desplazados internos en el derecho internacional*, Tórculo, Santiago de Compostela, 2000, p. 27.

Por ello, el derecho de asilo asume dos objetivos claramente identificables, “por una parte, la protección que se ofrece a la persona perseguida y por otra, el lugar en el que esa persona va a sentirse segura, lo cual exige el tributo de la inviolabilidad”⁴⁸¹.

El derecho de asilo supone un derecho de carácter básico del individuo. Así está contemplado en el artículo 14.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos donde se señala que “en caso de persecución, toda persona tiene derecho a buscar asilo, y a disfrutar de él, en cualquier país”. En esta misma Declaración Universal el artículo 14.2 establece las limitaciones por las que un Estado puede considerar otorgar el asilo o no, ya que este mismo enunciado establece determinadas restricciones cuando expone que “este derecho no podrá ser invocado contra una acción judicial realmente originada por delitos comunes o por actos opuestos a los propósitos y principios de las Naciones Unidas”. En este sentido, se considerará refugiado a toda persona que tiene fundados temores de ser perseguida por motivos de: raza, religión, nacionalidad, opiniones políticas, pertenencia a un determinado grupo social, de género⁴⁸² u orientación sexual⁴⁸³.

Para poder darse esta situación, el sujeto debe encontrarse fuera del país de su nacionalidad y además que no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera acogerse a la protección de tal país; puede suceder también que, careciendo de nacionalidad y hallándose a consecuencia de tales acontecimientos, fuera del país donde antes tuviera su residencia habitual, no pueda o, a causa de dichos temores, no quiera regresar a él.

Por otro lado, el artículo 38 de la Ley de Asilo y Refugio contempla la posibilidad de solicitar la protección internacional en embajadas y consulados, que como indicamos anteriormente sería el asilo político, muchas veces paso previo al asilo territorial. Así, el mencionado artículo reconoce que “con el fin de atender casos que se presenten fuera del territorio nacional, siempre y cuando el solicitante no sea nacional del país en que se encuentre la representación diplomática y siempre que corra peligro su integridad física, los Embajadores de España podrán promover el traslado del o de los solicitantes de asilo a España para hacer posible la presentación de la solicitud conforme al procedimiento previsto en esta Ley”.

Ahora bien, es importante no equivocar la situación de asilo con la que se produce con los sujetos desplazados, es decir, aquellos nacionales de un tercer país no miembro de la Unión Europea o apátridas que hayan debido abandonar su país o región de origen o que hayan sido evacuados en particular, cuando las personas que hayan huido de zonas de conflicto armado o de violencia permanente o bien cuando las personas que hayan estado o estén en peligro grave de verse expuestas a una violación sistemática o generalizada de sus derechos

⁴⁸¹ GARCIA MACHO, R.; *El derecho de asilo y del refugio en la Constitución Española, estudios sobre la Constitución Española homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991, p. 767.

⁴⁸² Ley Orgánica 3/2007, de 22 marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, Disposición Adicional vigésima novena así lo recoge expresamente, al evidenciarse la existencia de países que discriminan a la mujer en ámbitos sociales, políticos y económicos.

⁴⁸³ Ley 12/2009, de 30 de octubre, reguladora del derecho de asilo y de la protección subsidiaria, recoge tal discriminación ante la evidencia de la existencia de países que condenan la homosexualidad penalmente y duramente, llegándose a aplicar incluso la pena de muerte.

humanos por conflictos armados o catástrofes naturales. Así, “los desplazados internos, a diferencia de los refugiados o asilados, siguen estando bajo la jurisdicción de su Estado (del que son nacionales) y por lo tanto deberían seguir gozando de los derechos que tienen o tenían. La protección que se da a los refugiados deriva del hecho en que no pueden gozar de los derechos derivados de la nacionalidad porque se encuentran en un país distinto al suyo o del de su residencia”⁴⁸⁴.

Y esto es así, porque el Estado moderno tiene soberanía dentro de sus fronteras. Desde este punto de vista, reconocer a los desplazados internos un estatuto internacional como a los refugiados implicaría, según la opinión de juristas internacionales, vulnerar esta soberanía estatal y el principio de no intervención en los asuntos de otros Estados, base del derecho internacional. De ahí que la protección legal a los desplazados internos sea tan insuficiente y lleve a vulneraciones flagrantes de sus derechos fundamentales.

Es reseñable no obstante, las numerosas voces de la sociedad española que venían desarrollando campañas de presión política con el objetivo de promover la introducción de la perspectiva de género en el derecho de asilo y sus procedimientos dando a conocer qué es la persecución por motivos de género, añadiendo a este régimen una nueva causa de aplicación del derecho de asilo. Pues no cabe duda de que “una de las características que reiteradamente se señalan para definir los movimientos migratorios de finales del siglo XX y principios del XXI ha sido la progresiva feminización de sus flujos y el papel preponderante de las mujeres en las redes transnacionales. No es que anteriormente estas no migraran (dentro y fuera de sus países, en cortas o largas distancias), sino que aparecían veladas, minimizadas e invisibilizadas”⁴⁸⁵.

Principios entendidos como lo hicieran Keohane y Nye, como creencias de hecho, de causalidad o de rectitud, a diferencia de las normas que son estándares de comportamiento definidas en términos de derechos y obligaciones. Las reglas son prescripciones o procripciones para la acción específicas. Los procedimientos de toma de decisiones son las prácticas prevalecientes para llevar a cabo y aplicar las decisiones colectivas⁴⁸⁶. Tal y como se expresa, es innegable que existe una persecución por motivos de género cuando las violaciones de los derechos fundamentales tienen relación con el papel que se le asigna a una persona por pertenecer a un sexo o debido a su orientación sexual o identidad de género. Esta persecución, puede afirmarse, en causas de asilo, se ejerce en mayor medida contra las mujeres debido a su situación de desigualdad. Así, tal y como lo defiende Gregorio Gil “el papel protagonista de las mujeres y sus estrategias se han silenciado bajo el modelo patriarcal de hombres productores y mujeres reproductoras, encargadas, en todo caso, de las tareas de cuidar e integrar a los hijos en las sociedades de acogida”⁴⁸⁷. La persecución por motivos de género incluye nu-

⁴⁸⁴ MARÍN SALAMER, M., RAMONEDA ANGLÉS, M. y PERMANYER SERRA M.; *Globalización y movimientos migratorios*, Editorial UOC, Barcelona, 2016, p. 103.

⁴⁸⁵ *Ibidem*, p. 38.

⁴⁸⁶ KEOHANE, R.O. y NYE, J.S.; *Poder e independencia. La política mundial en transición*, Ed. Gel, Argentina, 1988, p. 18.

⁴⁸⁷ GREGORIO GIL, G.; “La movilidad transnacional de las mujeres: entre la negociación y el control de sus ausencias y presencias”, AA.VV. Carmen Gregorio Gil; Belén Agrela (eds.), *Mujeres de un solo mundo: globalización y multiculturalidad*, Madrid, 2002, p. 29.

meras variantes, baste con afirmar una de ellas: leyes persecutorias en sí mismas al emanar de normas sociales y prácticas contrarias a los derechos humanos, como por ejemplo y según el Informe de la Relatora Especial de la ONU sobre la violencia de género contra las mujeres, en el año 2003, por lo menos 54 países poseían leyes que discriminaban a las mujeres y no disponían de legislación contra la violencia doméstica.

La reforma operada por la Ley Orgánica 3/2007, de 22 marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres en el ámbito del Derecho de Asilo. En su Disposición Adicional vigésima novena se dispone que se añada una nueva disposición adicional tercera a la derogada Ley 5/1984, de 26 de marzo, Reguladora del Derecho de Asilo y de la Condición de Refugiado, en los siguientes términos: “Lo dispuesto en el apartado 1 del artículo 3 será de aplicación a las mujeres extranjeras que huyan de sus países de origen debido a un temor fundado a sufrir persecución por motivos de género”.

Numerosas voces en la sociedad española venían desarrollando campañas de presión política con el objetivo de promover la introducción de la perspectiva de género en el derecho de asilo y sus procedimientos y dar a conocer qué es la persecución por motivos de género. Existe una persecución por motivos de género cuando las violaciones de los derechos fundamentales tienen relación con el papel que se le asigna a una persona por pertenecer a un sexo o debido a su orientación sexual o identidad de género. Esta persecución se ejerce en mayor medida contra las mujeres debido a su situación de desigualdad. La persecución por motivos de género incluye numerosas variantes, baste con afirmar una de ellas: Leyes persecutorias en sí mismas al emanar de normas sociales y prácticas contrarias a los derechos humanos, como por ejemplo y según el Informe de la Relatora Especial de la ONU sobre la violencia de género contra las mujeres.

En otro orden de cosas, los Centros de Acogida a Refugiados, que materializan la respuesta de España al compromiso institucional con el Derecho de Asilo forman parte de la red de Centros de Migraciones que dependen de la Dirección General de Integración de los inmigrantes, es un Centro Directivo dependiente del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales a través de la Secretaría de Estado de Inmigración y Emigración. Son establecimientos públicos de servicios sociales especializados en la acogida temporal y atención primaria a las personas que solicitan asilo en España u obtengan la condición de refugiado o acogidas al régimen de protección temporal y que carezcan de medios económicos para atender a sus necesidades, encontrándose en situación de vulnerabilidad psicosocial. Su papel de agente mediador en el proceso de integración se manifiesta en los servicios que presta, tales como: alojamiento, manutención, desarrollo de cursos para aprendizaje del idioma, asistencia psicosocial urgente y primaria, información y asesoramiento, orientación para su incorporación al sistema educativo, sanitario y social, desarrollo de cursos para el aprendizaje de habilidades sociales básicas, orientación para la formación profesional y la inserción laboral, desarrollo de actividades ocupacionales y tiempo libre y actividades de sensibilización y divulgación de sus actividades dirigidas a la sociedad de acogida.

La condición de beneficiario⁴⁸⁸ de los centros se extenderá a los ascendientes y descendientes en primer grado y al cónyuge del asilado o a la persona con la que se halle ligado por

⁴⁸⁸ Según la Orden de 13 enero 1989 del Ministerio Asuntos Sociales que regula los Centros de aco-

análoga relación de afectividad y convivencia, salvo los casos de separación legal, separación de hecho, divorcio, mayoría de edad o independencia familiar, en los que se valorará por separado la situación de cada miembro de la familia.

La estancia en los Centros de Acogida a Refugiados y Asilados de los beneficiarios acogidos en ellos tendrá una duración de seis meses, salvo que con anterioridad al transcurso de este período sea resuelto el expediente administrativo, en cuyo caso, la duración de aquélla terminará en la fecha de notificación de la resolución.

En materia de derechos que deben ser garantizados a los inmigrantes para su propia subsistencia y por tanto, garantistas del libre desarrollo de su personalidad, resulta necesario partir de dos premisas fundamentales. La primera sería el reconocimiento de una política pública en materia de inmigración que no excluya las proyecciones culturales identitarias y de otro lado, subrayar el valor de la solidaridad en materia de nacionalidad y ciudadanía. La solidaridad en este sentido cobra un valor fundante en el proceso de integración y reconocimiento de los derechos sociales. Cuando la sociedad de acogida reconoce como propias las pretensiones de otro sujeto, el nivel de equilibrio social trasciende al nivel de participación efectiva e igualitaria por parte de toda la comunidad social. En este sentido, la integración del inmigrante viene de la mano de las garantías que le proporcionan, por un lado, las competencias institucionales y de otro lado, el reconocimiento de los agentes no estatales como pueden ser en este caso la comunidad social a través de la solidaridad y el respeto. La coordinación entre el Estado y las personas que conforman la sociedad de acogida resulta la combinación ideal para que la integración de los inmigrantes pueda llegar a ser efectiva. En materia de reconocimiento de derechos por parte del sujeto nacional del sujeto que no lo es, se debería partir de la base de la Declaración Universal de los Derechos Humanos como pilar del orden institucional, de esta manera la creación de disposiciones normativas que afecten directamente a los inmigrantes no supondrá en ningún sentido una práctica de modelos de exclusión social que impiden la integración real del inmigrante en la sociedad de acogida.

Para autores como Rafael de Asís las políticas públicas en materia de integración del inmigrante deben atender a “la consideración de que existe un derecho a inmigrar, obviamente limitado (como todos los derechos), si bien en ningún caso por motivos de raza, religión o etnia. b. La desaparición del criterio de la nacionalidad como argumento válido para la diferenciación negativa de los derechos. c. El establecimiento de una política abierta en el mayor grado posible a la participación política y cultural de los no nacionales. d. La configuración de una política solidaria centrada en los derechos y, a través de ellos, en el respeto a la diferencia, y que tenga como proyección principal el diseño de una educación coherente con ello”⁴⁸⁹.

gida a refugiados y asilados.

⁴⁸⁹ DE ASIS ROIG, R.; “Derechos Humanos, inmigración y solidaridad razonable”, en *Justicia, Migración y Derecho*, Laura Miraut Marín (ed.), cit., p. 73.

5. Referencias bibliográficas

- ACOSTA ESTÉVEZ, J.B.; “La internalización de los derechos humanos y los mecanismos de protección de los refugiados” AA.VV. *El derecho internacional ante las migraciones forzadas, refugiados, desplazados y otros migrantes involuntarios*, Nuria Camps Mirabet (coord.), Universidad de Lleida, Lleida, 2005.
- ACOSTA ESTÉVEZ, J.B.; “Normas de Ius Cogens, efecto Erga Omnes, crimen internacional y la teoría de los círculos concéntricos”, *Anuario español de Derecho Internacional*, núm. 11, 1995.
- AMNISTÍA INTERNACIONAL; *Crímenes de odio, conspiración de silencio: tortura y malos tratos basados en la identidad sexual*, Ed. Amnistía Internacional, Reino Unido, 2005.
- ARA PINILLA, I.; *Las transformaciones de los derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1990.
- BLÁZQUEZ RODRÍGUEZ, I. y GUTIÉRREZ CASTILLO, V.L.; *Derecho de la Unión Europea sobre inmigración y asilo: compilación sistemática y comentada de la normativa comunitaria*, Dykinson, Madrid, 2006.
- DE ASÍS ROIG, R.; “Derechos Humanos, inmigración y solidaridad razonable”, AA.VV. *Justicia, Migración y Derecho*, Laura Miraut Martín (edit.), Dykinson, Madrid, 2004.
- DE ASÍS ROIG, R.; “Inmigrantes: Sujetos de derechos”, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, nº 8, 2004/2005.
- DE CASTRO CID, B.; *Los derechos económicos, sociales y culturales: análisis a la luz de la teoría general de los derechos humanos*, Universidad de León, León, 1993.
- DE LUCAS MARTÍN, J.; “Derechos sociales de los inmigrantes: ciudadanía y exclusión”, en AA.VV., *Lecciones de derechos sociales*, María José Añón Roig y José García Añón, (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- DÍEZ DE VELASCO, M.; *Instituciones de derecho internacional público*, Tecnos, Madrid, 2009.
- ESTER SÁNCHEZ, A.T.; “Las alternativas existentes en la realización del derecho a la educación en las sociedades multiculturales”, *Quaestio Iuris*, Vol. 9, nº 4, 2016.
- GARCIA MACHO, R.; *El derecho de asilo y del refugio en la Constitución Española, estudios sobre la Constitución Española homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Civitas, Madrid, 1991.
- GREGORIO GIL, G.; “La movilidad transnacional de las mujeres: entre la negociación y el control de sus ausencias y presencias”, AA.VV. Carmen Gregorio Gil; Belén Agrela (eds.), *Mujeres de un solo mundo: globalización y multiculturalidad*, Madrid, 2002.
- GUARDIOLA GARCÍA, J.; “Delitos de inmigración clandestina: ¿tutela de los derechos de los extranjeros?”, AA.VV. *Ciudadanía y derecho en la era de la globalización*, Alfonso de Julios Campuzano (ed.), Dykinson, Madrid, 2007.
- KEOHANE, R.O. y NYE, J.S.; *Poder e independencia. La política mundial en transición*, Ed. Gel, Argentina, 1988.
- LÓPEZ GARRIDO, D.; *El derecho de asilo*, Trotta, Madrid, 1991.
- LOPEZ SALA, A. M.; *Inmigrantes y Estados: la respuesta política ante la cuestión migratoria*, Anthropos, Barcelona, 2005.

- MALGESINI, G. y GIMÉNEZ ROMERO, C.; “*Guía de conceptos sobre migraciones, racismo e intercultural*”, La cueva del oso, Madrid, 1997.
- MARÍN SALAMER, M., RAMONEDA ANGLÉS, M. y PERMANYER SERRA M.; *Globalización y movimientos migratorios*, Editorial UOC, Barcelona, 2016.
- MARTÍNEZ ROLDÁN, L.; “Migración y desarrollo cultural”, en AA.VV., *Justicia, Migración y Derecho*, Laura Miraut Martín (ed.), Dykinson, Madrid, 2004.
- MIRAUT MARTÍN, L.; “Los objetivos de las políticas de inmigración” AA,VV, *Justicia Migración y Derecho*, Dykinson, Madrid, 2004.
- PONTE IGLESIAS, M. T.; *Conflictos armados, refugiados y desplazados internos en el derecho internacional*, Tórculo, Santiago de Compostela, 2000.
- RAMONEDA ANGLÉS, M. y PERMANYER SERRA M.; *Globalización y movimientos migratorios*, UOC, Madrid, 2016.
- ROMERO, J. y NOGUE, J.; “Globalización y nuevo (des) orden mundial” AA.VV., *Geografía humana procesos, riesgos e incertidumbres en un mundo globalizado*, Juan Romero (coord.), Ariel, Barcelona, 2007.
- SAÉZ VALCARCEL, R.; “La libertad del inmigrante: Un derecho vulnerable”, Cuadernos de Derecho Judicial, núm. 18, 1996.
- SÁNCHEZ RIBAS, J. y FRANCO PANTOJA, F.; “*Guía para orientación legal en inmigración*”, Lex Nova, Madrid, 2008.
- SANTOLAVA MACHETTI, P.; *El derecho de asilo en la Constitución española*, Lex Nova, Madrid, 2001.

Evolución de la Cooperación Judicial Penal en la Unión Europea. Análisis de la lucha contra las drogas.

ÁLVARO ALZINA LOZANO⁴⁹⁰

Universidad Rey Juan Carlos

1. Introducción

La cooperación judicial penal dentro de la Unión Europea (UE) sobrepasa los límites jurídicos; es la búsqueda de una mayor integración y colaboración entre los países con el fin de afianzar el proyecto europeo. Esta cuestión tan polémica y relevante es una pieza fundamental en el puzzle en el que se ha convertido la UE. Cabe destacar el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia que como veremos en el presente trabajo, significa la lucha contra las drogas y las medidas que la Unión y los Estados han tomado para reducir su oferta y demanda.

Debemos recordar que además de la persecución de la droga como delito por sus repercusiones económicas y sociales, el Tratado de Funcionamiento de la Unión se preocupa por la salud de los ciudadanos europeos, y como vemos en el artículo 168 de dicho Tratado, se ayudará a reducir los daños producidos por la droga en los ciudadanos y se realizarán campañas para la información y la prevención de su consumo.

2. Evolución histórico-jurídico del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia

La construcción de la Unión Europea es un proceso largo y constante, que aún no ha concluido. La idea de una Europa unida bajo unas políticas e ideales comunes es el proyecto más ambicioso que encontramos en la sociedad global desde el fin de la II Guerra Mundial. Winston Churchill, primer ministro de Gran Bretaña, durante y después de la II Guerra Mun-

⁴⁹⁰ Profesor Visitante de Derecho Penal de la Universidad Rey Juan Carlos. Investigador Centro de Estudios Europeos Emile Noel Universidad Rey Juan Carlos.

dial, afirmó en el brillante discurso que impartió en la Universidad de Zúrich que la solución es la consecución de unos Estados Unidos de Europa para combatir los nacionalismos que tanto daño y tantos muertos han ocasionado durante la primera mitad del siglo XX y así poder crear un espacio común en el que la preservación de la paz y el respeto a los derechos humanos fuesen los ejes principales de sus políticas⁴⁹¹.

A partir de estos dos ideales se forjó el espíritu europeo, encontrando su primera gran victoria en el Tratado del Carbón y del Acero (CECA) firmado en París el 18 de abril de 1951 por seis países: Alemania Federal, Francia, Italia, Luxemburgo, Bélgica y Países Bajos. Este primer Tratado fue el antecesor de otros muchos pasos que han dado los países europeos en este magnífico proyecto. Asimismo, cabe destacar el gran número de países que han ido sumándose a la integración europea hasta llegar al número actual que son 28, incluyendo entre ellos a Gran Bretaña.

En relación a los valores europeos, en 1994 el Congreso de la Europa Union-Deutschland fue el precursor de una Carta de Identidad Europea. Con ésta se pretende sustituir la identidad nacional por una identidad cultural, que tras la Segunda Guerra Mundial y la experiencia nacionalsocialista, hizo reflexionar a todas las naciones europeas sobre la necesidad de inculcar unos determinados valores en sus sociedades y evitar volver a una situación anterior. El reemplazo de la identidad nacional por la identidad supranacional debía basarse en un sistema de lealtades pactadas, pero lo único que se consiguió fue la realización de pactos económicos. No se renuncia a la globalización cultural europea, pero ahora se tiene miedo a la pérdida de las identidades culturales antiguas, lo que daría como resultado el debilitamiento interno de la Unión⁴⁹².

Este proceso de integración ha ido evolucionando conforme el número de países se adherían a los distintos Tratados. En este sentido, hemos pasado de una Europa que perseguía la paz y la estabilidad, a una gran estructura que influye en la vida de los ciudadanos de una manera significativa; como por ejemplo, en materia económica la Unión Económica y Monetaria, o en materia jurídica con el Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia (ELSJ).

Este último eje es la base del presente artículo: el análisis del Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia, en especial, la cooperación judicial penal entre Estados de la Unión, cuestión relevante para el proceso constante de integración europea. Tal y como explica el profesor Liñán Noguerras, este espacio se proyecta en los ejes centrales de la vida ciudadana como son: el orden penal, la jurisdicción de jueces y tribunales y las labores de las fuerzas de policía o las políticas de asilo o de inmigrantes⁴⁹³. Para comprender la evolución del ELSJ tomaremos el caso de la lucha contra la droga que realiza la Unión.

Por cooperación judicial se entiende aquella actividad de colaboración entre Estados encaminada a hacer efectivo el proceso judicial en uno de ellos. Así pues, el concepto hace refe-

⁴⁹¹ 19 de septiembre de 1946, Universidad de Zurich

⁴⁹² Suarez Bilbao, Fernando “*Orígenes históricos del proceso de construcción europea*” Homenaje al profesor José Antonio Escudero Vol 3. 2013 P. 1220-1221

⁴⁹³ Mangas Martín, Araceli. Liñán Noguerras, Diego “*Instituciones y Derecho de la Unión Europea*” Tecnos 2014 p. 87

rencia a instrumentos tendentes a facilitar el ejercicio de la potestad jurisdiccional nacional⁴⁹⁴. La cooperación judicial penal, en la actualidad, se encuentra en el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE) en su capítulo IV, más concretamente sus principios básicos en el artículo 82⁴⁹⁵. Aunque cabe destacar que en dicho artículo establece una reglas básicas para el cumplimiento de esta estrategia de cooperación judicial penal. Esta regla a la que se refiere el Tratado son las disposiciones y resoluciones judiciales que aproximan los distintos ordenamientos jurídicos de cada país con el fin de conseguir el reto de una Unión Europea fuerte y próspera donde los ciudadanos, sin importar en qué país se encuentren, tengan los mismos derechos y obligaciones.

Los orígenes de la cooperación judicial penal aparecen en el Tratado de la Unión Europea versión Maastricht⁴⁹⁶ (1992), que conforme el proceso de integración europea, ha ido

⁴⁹⁴ Arnáiz Serrano, Anaya “*Evolución de la cooperación judicial penal internacional*” Cooperación judicial Penal en Europa. dir. Carmona Ruano, Miguel; Gonzalez Vega, Ignacio; Moreno Catena, Victor. Dynkinson. 2013 p.3

⁴⁹⁵ Artículo 82 1. La cooperación judicial en materia penal en la Unión se basará en el principio de reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales e incluye la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en los ámbitos mencionados en el apartado 2 y en el artículo 83. El Parlamento Europeo y el Consejo adoptarán, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, medidas tendentes a: -establecer normas y procedimientos para garantizar el reconocimiento en toda la Unión de las sentencias y resoluciones judiciales en todas sus formas; -prevenir y resolver los conflictos de jurisdicción entre los Estados miembros; -apoyar la formación de magistrados y del personal al servicio de la administración de justicia; -facilitar la cooperación entre las autoridades judiciales o equivalentes de los Estados miembros en el marco del procedimiento penal y de la ejecución de resoluciones. 2. En la medida en que sea necesario para facilitar el reconocimiento mutuo de las sentencias y resoluciones judiciales y la cooperación policial y judicial en asuntos penales con dimensión transfronteriza, el Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer normas mínimas mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario. Estas normas mínimas tendrán en cuenta las diferencias entre las tradiciones y los sistemas jurídicos de los Estados miembros. Estas normas se referirán a: -la admisibilidad mutua de pruebas entre los Estados miembros; -los derechos de las personas durante el procedimiento penal; -los derechos de las víctimas de los delitos; -otros elementos específicos del procedimiento penal, que el Consejo habrá determinado previamente mediante una decisión. Para la adopción de esta decisión, el Consejo se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo. La adopción de las normas mínimas contempladas en el presente apartado no impedirá que los Estados miembros mantengan o instauren un nivel más elevado de protección de las personas. 3. Cuando un miembro del Consejo considere que un proyecto de directiva contemplada en el apartado 2 afecta a aspectos fundamentales de su sistema de justicia penal, podrá solicitar que el asunto se remita al Consejo Europeo, en cuyo caso quedará suspendido el procedimiento legislativo ordinario. Previa deliberación, y en caso de que se alcance un consenso, el Consejo Europeo, en el plazo de cuatro meses a partir de dicha suspensión, devolverá el proyecto al Consejo, poniendo fin con ello a la suspensión del procedimiento legislativo ordinario. Si no hay acuerdo dentro de ese mismo plazo, y al menos nueve Estados miembros quieren establecer una cooperación reforzada con arreglo al proyecto de directiva de que se trate, lo comunicarán al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión. En tal caso, la autorización para iniciar la cooperación reforzada a que se refieren el apartado 2 del artículo 20 del Tratado de la Unión Europea y el apartado 1 del artículo 329 del presente Tratado se considerará concedida, y se aplicarán las disposiciones relativas a la cooperación reforzada.

⁴⁹⁶ Artículo K.1 Para la realización de los fines de la Unión, en particular de la libre circulación de personas, y sin perjuicio de las competencias de la Comunidad Europea, los Estados miembros consideran

evolucionando y ha encontrado un mayor apoyo por parte de los Estados. Una de las piedras angulares en las que basamos el ELSJ es el Consejo de Tampere (1999), que como explica el profesor Pérez Bustamante, la necesidad de utilizar los instrumentos actualizados del Tratado de Ámsterdam fueron una gran oportunidad para la comunitarización de Justicia e Interior⁴⁹⁷. En este Consejo se acordaría la creación de dicho espacio, destacando la siguiente conclusión: *“El ejercicio de la libertad requiere un auténtico espacio de justicia en el que las personas puedan recurrir a los tribunales y a las autoridades de cualquier Estado miembro con la misma facilidad que a los del suyo propio. Debe evitarse que los delincuentes encuentren la forma de aprovecharse de las diferencias existentes entre los sistemas judiciales de los Estados miembros. Las sentencias y resoluciones deben respetarse y ejecutarse en toda la Unión, salvaguardando al mismo tiempo la seguridad jurídica básica de las personas y de los agentes económicos. Hay que lograr que aumenten la compatibilidad y la convergencia de los sistemas judiciales de los Estados miembros.”*⁴⁹⁸

El Programa de la Haya⁴⁹⁹ aprobado por el Consejo Europeo de Bruselas de 4 y 5 de noviembre de 2004 contenía el deber de aplicar todas las políticas relativas al ELSJ. Este programa estuvo en vigor hasta 2009, año en el que entró en vigor el Tratado de Lisboa; buscaba mejorar y reforzar diez prioridades en el ámbito de la seguridad, la libertad y la justicia, entre las que se destacan: 1) Reforzar los derechos fundamentales y la ciudadanía; 2) Lucha contra el terrorismo; 3) Maximizar las repercusiones negativas de la inmigración⁵⁰⁰. En el proceso de construcción del ELSJ no podemos obviar la importancia que ha tomado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE). Como bien explica la profesora Bachmaier Winter, este Tribunal ha sido una pieza importante desempeñando un papel muy significativo en cuestiones tan relevantes como el alcance del principio de *ne bis in idem*, el derecho al recurso, o el alcance de los motivos de denegación de la ejecución de la orden de detención europea.⁵⁰¹ Bien es cierto que dentro del presente trabajo no tiene una relevancia tan notoria, pero sí a la hora de conocer como ha sido la construcción del ELSJ y los avances que ha ido realizando, ya que si seguimos con la política de una mayor integración, posiblemente sea necesario un Código Penal europeo donde el TJUE tenga su competencia.

de interés común los ámbitos siguientes: ... 7. La cooperación judicial en materia penal. 8. La cooperación aduanera. 9. La cooperación policial para la prevención y la lucha contra el terrorismo, el tráfico ilícito de drogas y otras formas graves de delincuencia internacional, incluidos, si es necesario, determinados aspectos de la cooperación aduanera en conexión con la organización, a escala de la Unión, de un sistema de intercambios de información dentro de una Oficina Europea de Policía (Europol).

⁴⁹⁷ Pérez Bustamante, Rogelio *“Historia política y jurídica de la Unión Europea”* Edisofer Madrid 2008, p.402

⁴⁹⁸ Conclusión n°5 “HACIA UNA UNIÓN DE LIBERTAD, SEGURIDAD Y JUSTICIA: LOS HITOS DE TAMPERE” Consejo de Tampere 1999

⁴⁹⁹ Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 10 de mayo de 2005, «Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia» [COM (2005) 184 final – Diario Oficial C 236 de 24.9.2005].

⁵⁰⁰ Pérez Bustamante, Rogelio op.cit p. 527-528

⁵⁰¹ Bachmaier Winter, Lorena *“Fin del período transitorio del Protocolo 36 del Tratado de Lisboa en materia de cooperación penal: algunas consecuencias para el TJUE”* La Ley Unión Europea, N° 34, 29 de Febrero de 2016, Año IV, Ed. LA LEY

Dentro de la evolución del proceso jurídico europeo, es importante realizar la idea de un Código Penal Europeo, esta idea que en a corto y medio plazo no se va a llevar a cabo, es relevante ya que la Unión es consciente de la necesaria aplicación de una política de Derecho Penal común, esto se puede analizar en la Comunicación de la Comisión cuyo título es “*Hacia una política de Derecho penal de la UE: garantizar la aplicación efectiva de las políticas de la UE mediante el Derecho penal*”⁵⁰² en el que su objetivo es presentar un marco para el desarrollo de una Política Penal de la UE al amparo del Tratado de Lisboa.

Como vemos en la Comunicación y en el TFUE, la Unión puede adoptar Directivas relativas con el Derecho Penal para la aplicación de las medidas efectivas en cooperación entre los países, como expone la presente Comunicación “*Una Política Penal de la UE deberá tener como objetivo global fomentar la confianza de los ciudadanos en el hecho de que viven en una Europa de libertad, seguridad y justicia, que el Derecho de la que UE protege sus intereses se aplica y ejecuta plenamente y que, al mismo tiempo, la UE actuará dentro del pleno respeto de los principios de subsidiariedad y proporcionalidad y otros principios básicos del Tratado*”.

Asimismo, la Comunicación sitúa la preocupación de los ciudadanos de la UE con la delincuencia, y con que se puede considerar delincuencia. Para definir qué tipos delictivos se persiguen, la UE se basa en su peligrosidad para el ciudadano, como el terrorismo, la trata de seres humanos, el tráfico de drogas y el fraude en detrimento de los intereses financieros de la UE, pudiendo decidir el Consejo por unanimidad qué nuevos delitos incluir.

Sin embargo, como explica Medina Fernández, la Unión Europea no ha alcanzado todavía ese grado de fusión interestatal que supondría tener un Código Penal propio compartido por los Estados, aunque cada vez son más las voces que se alzan reclamándolo, y no sobre argumentaciones meramente teóricas en la línea pro europeísta, sino más propiamente por exigencias estrictamente prácticas o funcionales⁵⁰³. Este reclamo se persigue por la facilidad de circulación de ciudadanos entre los países de la Unión gracias al acuerdo Schengen, por lo que se considera necesario que la UE y los Estados comprendan que hay determinados delitos que por su gravedad deben ser penados de manera similar por cualquier Estado UE. Esto es así porque, esta macro estructura en la que vivimos, los países comparten unos ideales y unos valores que permiten poder llevar a cabo un Código Penal europeo.

En la actualidad los esfuerzos en la concepción de un Derecho Penal europeo propio van encaminados a la armonización de determinados delitos, es decir, que los Estados con competencia propia en la punibilidad de las penas, persigan una serie de tipos delictivos que tienen que ser comunes para todos los países de la Unión⁵⁰⁴. Arnáiz Serrano sitúa a la Unión

⁵⁰² COM(2011) 573 final Bruselas, 20.9.2011

⁵⁰³ Medina Fernández, Francisco “Hacia un derecho penal europeo” Actualidad Penal, Sección Doctrina, 2001, Ref. XI, pág. 189, tomo 1, Editorial LA LEY

⁵⁰⁴ Artículo 83 TFUE 1. El Parlamento Europeo y el Consejo podrán establecer, mediante directivas adoptadas con arreglo al procedimiento legislativo ordinario, normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en ámbitos delictivos que sean de especial gravedad y tengan una dimensión transfronteriza derivada del carácter o de las repercusiones de dichas infracciones o de una necesidad particular de combatirlas según criterios comunes. Estos ámbitos delictivos son los siguientes: el

Europea como una de las organizaciones internacionales que mayores cotas de desarrollo ha alcanzado a través de la cooperación judicial penal, significando esta política favorable al proceso de integración y confianza en las instituciones⁵⁰⁵.

Choclán Montalvo fundamenta la necesidad de esta unificación a partir de la necesaria uniformidad en la respuesta penal frente a la delincuencia supranacional. Importa la creación de un Derecho penal europeo que contenga, no sólo la regulación de ilícitos penales que lesionen bienes jurídicos supranacionales, sino también de carácter nacional⁵⁰⁶. Asimismo Sieber expone que la protección de los bienes jurídicos nacionales, frente a determinados delitos, debe tener lugar en toda Europa de forma unitaria para evitar tergiversaciones de la competencia o para evitar un comportamiento desviado de los autores⁵⁰⁷.

Además propone para la unificación de un Código Europeo Penal una serie de requisitos como la capacidad de determinación del Derecho penal de los Estados miembros por el Derecho comunitario, derivada de su aplicación inmediata y de su primacía y efecto directo. El cumplimiento de los fines de la Unión permite a las Instituciones comunitarias obligar al legislador nacional a la creación de sanciones penales para la protección de los intereses

terrorismo, la trata de seres humanos y la explotación sexual de mujeres y niños, el tráfico ilícito de drogas, el tráfico ilícito de armas, el blanqueo de capitales, la corrupción, la falsificación de medios de pago, la delincuencia informática y la delincuencia organizada. Teniendo en cuenta la evolución de la delincuencia, el Consejo podrá adoptar una decisión que determine otros ámbitos delictivos que respondan a los criterios previstos en el presente apartado. Se pronunciará por unanimidad, previa aprobación del Parlamento Europeo. 2. Cuando la aproximación de las disposiciones legales y reglamentarias de los Estados miembros en materia penal resulte imprescindible para garantizar la ejecución eficaz de una política de la Unión en un ámbito que haya sido objeto de medidas de armonización, se podrá establecer mediante directivas normas mínimas relativas a la definición de las infracciones penales y de las sanciones en el ámbito de que se trate. Dichas directivas se adoptarán con arreglo a un procedimiento legislativo ordinario o especial idéntico al empleado para la adopción de las medidas de armonización en cuestión, sin perjuicio del artículo 76. 3. Cuando un miembro del Consejo considere que un proyecto de directiva contemplada en los apartados 1 ó 2 afecta a aspectos fundamentales de su sistema de justicia penal, podrá solicitar que el asunto se remita al Consejo Europeo, en cuyo caso quedará suspendido el procedimiento legislativo ordinario. Previa deliberación, y en caso de que se alcance un consenso, el Consejo Europeo, en el plazo de cuatro meses a partir de dicha suspensión, devolverá el proyecto al Consejo, poniendo fin con ello a la suspensión del procedimiento legislativo ordinario. Si no hay acuerdo dentro de ese mismo plazo, y al menos nueve Estados miembros quieren establecer una cooperación reforzada con arreglo al proyecto de directiva de que se trate, lo comunicarán al Parlamento Europeo, al Consejo y a la Comisión. En tal caso, la autorización para iniciar la cooperación reforzada a que se refieren el apartado 2 del artículo 20 del Tratado de la Unión Europea y el apartado 1 del artículo 329 del presente Tratado se considerará concedida, y se aplicarán las disposiciones relativas a la cooperación reforzada.

⁵⁰⁵ Arnáiz Serrano, Anaya *op.cit* p.22

⁵⁰⁶ Choclán Montalvo, Jose Antonio “Hacia la unificación del Derecho penal comunitario. El Corpus Iuris Europeo” Diario La Ley, Sección Doctrina, 1998, Ref. D-38, tomo 1, Editorial LA LEY p.1

⁵⁰⁷ Sieber, U “Estado de la evolución y perspectivas del Derecho penal económico europeo”, en Jornadas en honor del prof. Tiedemann, citado, pág. 604. referencia a partir de Choclán Montalvo, Jose Antonio “Hacia la unificación del Derecho penal comunitario. El Corpus Iuris Europeo” Diario La Ley, Sección Doctrina, 1998, Ref. D-38, tomo 1, Editorial LA LEY p.1

comunitarios, o, en sentido inverso, constituye un obstáculo para la incriminación de determinadas prácticas conformes a los objetivos de la Comunidad.⁵⁰⁸

3. La Unión Europea y la lucha contra la droga, aspectos relevantes de la cooperación judicial en materia penal.

Uno de los puntos importantes de la cooperación judicial en materia penal, es la lucha contra las drogas. Aunque el primer plan se sitúa anterior a Maastricht⁵⁰⁹, vemos un importante reconocimiento de esta lucha contra la droga en el Consejo Europeo de Tampere de 1999 en él los Estados, destacan la importancia de tratar el problema de las drogas de una manera global, pidiendo adoptar la estrategia europea contra la droga para el periodo 2000-2004 antes de la reunión del Consejo Europeo de Helsinki⁵¹⁰.

Previo a la cooperación judicial penal, se iniciaron los trabajos tendentes a diseñar una política criminal común en drogas a mediados de los años ochenta. Es importante, en ese momento, la actuación del Grupo TREVI, nacido en el Consejo Europeo de Roma de diciembre de 1975 que, aunque tuvo como mandato inicial la cooperación contra el terrorismo, su ámbito de actuación se amplió, posteriormente, a la gran delincuencia incluyendo el tráfico ilícito de drogas y el blanqueo de capitales.⁵¹¹

Antes del plan 2000-2004, situamos el Plan de Lucha contra la droga 1995-1999⁵¹², cuya introducción dicta lo siguiente: *“la toxicomanía y el tráfico de droga representan más que nunca una amenaza importante para los ciudadanos europeos. Tal amenaza exige una respuesta a todos los niveles, desde la esfera local hasta la de la Unión, para que puedan tener un impacto real sobre este azote las estrategias que adopten la Unión y sus Estados miembros y contribuyan a los esfuerzos desplegados a nivel internacional para luchar contra la droga.”*

Esta respuesta perseguía tres objetivos fundamentales: el primero, la reducción de la demanda a través de medidas preventivas como la educación y la reinserción de las personas afectadas por alguna adicción a una droga. El segundo, el cual sigue siendo en este momento uno de los principales problemas, la lucha contra el tráfico ilegal, que será perseguido a través de la utilización de los instrumentos legislativos existentes y el fomento de la cooperación con terceros países, tomando como modelo los instrumentos legislativos comunitarios. El

⁵⁰⁸ Choclán Montalvo, Jose Antonio op cit. P.4

⁵⁰⁹ El Consejo de las Comunidades Europeas y los Ministros de Sanidad Reunidos en 1990 decidieron elaborar un programa europeo de lucha contra la droga aprobado por el Consejo Europeo de Dublín de los días 25 y 26 de junio de 1990. Este Plan europeo de lucha contra la droga elaborado por la presidencia de turno del Comité Europeo de Lucha Antidroga CELAD en relación con las temáticas de reducción de la demanda.

⁵¹⁰ Conclusión N°50 *“Lucha Contra La Delincuencia A Escala De La Unión, Incremento De La Cooperación Contra La Delincuencia”* Consejo Europeo De Tampere 1999

⁵¹¹ Zaragoza Aguado, Javier-Alberto *“La Cooperación Judicial Internacional En Materia Penal En El Ámbito De La Unión Europea. Especial Referencia A La Materia De Las Drogas”* Eguzkilore Número 15. San Sebastián Diciembre 2001 P. 64

⁵¹² Com (94) 234 Final. Bruselas, 23.06. 1994

tercer y último objetivo, fue la toma de acuerdos internacionales con otras instituciones, ya fueran europeas o no.

El plan comunitario fue actualizado con nuevos objetivos desde el año 2000 al 2004⁵¹³. Es importante destacar las opciones que permitió la entrada en vigor del Tratado de Ámsterdam, pudiendo utilizarse los instrumentos necesarios para la lucha contra la droga: la cooperación policial (a través de Europol) y aduanera entre los servicios de los Estados miembros, la cooperación judicial y la aproximación, cuando proceda, de las normas de Derecho penal de los Estados miembros. Este plan consigue una serie de resultados⁵¹⁴, aplicándose alrededor del 95% de las acciones previstas en el Plan. Cabe destacar que la mayoría de los Estados miembros adoptaron un plan de acción sobre drogas, con el fin de reducir el consumo de drogas entre menores y adoptando, además, una serie de iniciativas importantes para luchar contra el blanqueo de capitales.

La lucha contra el blanqueo de capitales está íntimamente relacionada con las drogas, pues éste es un negocio muy lucrativo relacionado con la economía sumergida de muchos países. Por ello, y como expone Mouraz Lopes, es necesario una visión integrada del sistema final de las drogas que nos permita comprender toda la realidad, y percibir una adecuada utilización de los instrumentos excepcionales que deben ponerse a disposición de las autoridades con el fin de hacer frente a dicha realidad⁵¹⁵

Respecto a la utilización de los instrumentos que favorece el Tratado de Ámsterdam, la Unión Europea aprovecha la aproximación al Derecho Penal para incluir unas disposiciones mínimas de elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas⁵¹⁶. Dentro de esta Decisión Marco es importante subrayar varios apartados: el artículo segundo⁵¹⁷ pide a los Estados garantizar la punibilidad de una serie de conductas intencionales cuando se cometan contrariamente a Derecho, esto sirve como marco para que todos los Estados vayan enfocando su política penal frente a las drogas en una serie de actividades; además, si seguimos analizando la Decisión encontramos una cuestión muy relevante

⁵¹³ Com (1999) 239 Final. 26 De Mayo De 1999,

⁵¹⁴ Comunicación De La Comisión Al Consejo Y Al Parlamento Europeo, De 22 De Octubre De 2004, Sobre Los Resultados De La Evaluación Final De La Estrategia Y El Plan De Acción Sobre Drogas De La Ue (2000-2004)

⁵¹⁵ Mouraz Lopes, José “Delincuencia organizada, droga y corrupción” Cooperación judicial Penal en Europa. dir. Carmona Ruano, Miguel; González Vega, Ignacio; Moreno Catena, Víctor. Dynkinson. 2013 p. 833

⁵¹⁶ Decisión 2004/757/JAI DEL CONSEJO de 25 de octubre de 2004

⁵¹⁷ Artículo 2. 1. Cada uno de los Estados miembros adoptará las medidas necesarias para garantizar la punibilidad de las siguientes conductas intencionales cuando se cometan contrariamente a Derecho: a) la producción, la fabricación, la extracción, la preparación, la oferta, la oferta para la venta, la distribución, la venta, la entrega en cualesquiera condiciones, el corretaje, la expedición, el envío en tránsito, el transporte, la importación o la exportación de drogas; b) el cultivo de la adormidera, del arbusto de coca o de la planta de cannabis; c) la posesión o la adquisición de cualquier droga con el objeto de efectuar alguna de las actividades enumeradas en la letra a); d) la fabricación, el transporte o la distribución de precursores, a sabiendas de que van a utilizarse en la producción o la fabricación ilícitas de drogas o para dichos fines. 2. Las conductas expuestas en el apartado 1 no se incluirán en el ámbito de aplicación de la presente Decisión marco si sus autores han actuado exclusivamente con fines de consumo personal tal como lo defina la legislación nacional.

para la investigación: la aplicación de sanciones. El artículo cuarto⁵¹⁸ aporta una serie de penas relativas a los delitos que aparecen en el artículo segundo. Esto significa un gran avance en la lucha contra la droga ya que, al tener un marco común penal, las organizaciones criminales se verán acorraladas por el Estados de la Unión y con ello se conseguirá la reducción de la misma.

Esta Decisión Marco que supuso un gran paso el cual se vio refrendada por el continuo avance legislativo de la Unión Europea, aprobando una Estrategia en 2005 de lucha contra ésta (2005-2012) la cual desarrolló, a su vez, dos planes de lucha contra la droga (2005-2008) y (2009-2012). Esta estrategia se dividió en cinco bloques para hacer más efectiva su actuación: una coordinación que permita el desarrollo de una estrategia contra la droga y que consiga sus objetivos finales; mayor información, investigación y evaluación del problema de las drogas desde la perspectiva social, sanitaria y económica; una mejor cooperación internacional con otras instituciones internacionales y terceros países; y, sobre todo, la reducción de la oferta y de la demanda dentro de la Unión.

Durante el transcurso de la Estrategia 2005-2012, el Consejo Europeo aprueba el Programa de Estocolmo⁵¹⁹ con la intención de seguir reforzando el ELSJ. Sus prioridades políticas

⁵¹⁸ Artículo 4 1. Cada uno de los Estados miembros adoptará las medidas necesarias para garantizar que los delitos considerados en los artículos 2 y 3 se castigan con penas efectivas, proporcionadas y disuasorias. Cada uno de los Estados miembros adoptará las medidas necesarias para garantizar que los delitos indicados en el artículo 2 se castigan con penas máximas de uno a tres años de privación de libertad, como mínimo. 2. Cada uno de los Estados miembros adoptará las medidas necesarias para garantizar que los delitos indicados en las letras a), b) y c) del apartado 1 del artículo 2 se castigan con penas máximas de cinco a diez años de privación de libertad, como mínimo, en cada uno de los casos siguientes: a) que el delito esté relacionado con grandes cantidades de drogas; b) que el delito, o bien esté relacionado con las drogas más perjudiciales para la salud, o bien provoque daños importantes a la salud de muchas personas. 11.11.2004 Diario Oficial de la Unión Europea L 335/9 ES (1) DO L 167 de 25.6.1997, p. 1. 3. Cada uno de los Estados miembros adoptará las medidas necesarias para garantizar que los delitos contemplados en el apartado anterior se castigan con penas máximas de al menos 10 años de privación de libertad cuando el delito se haya cometido dentro de una organización delictiva en el sentido de la Acción Común 98/733/JAI, de 21 de diciembre de 1998 relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea (1). 4. Cada uno de los Estados miembros adoptará las medidas necesarias para garantizar que los delitos indicados en la letra d) del apartado 1 del artículo 2 se castigan con penas máximas de 5 a 10 años de privación de libertad, como mínimo, cuando el delito se haya cometido dentro de una organización delictiva en el sentido de la Acción Común 98/733/JAI, y los precursores se destinen a la producción o a la fabricación de drogas en las circunstancias mencionadas en las letras a) o b) del apartado 2. 5. Sin perjuicio de los derechos de las víctimas o de terceros que hayan actuado de buena fe, cada uno de los Estados miembros adoptará las medidas necesarias para permitir el decomiso de las sustancias objeto de los delitos mencionados en los artículos 2 y 3, los instrumentos utilizados o que se pretenda utilizar en estos delitos y los productos de dichos delitos, o el embargo de bienes cuyo valor corresponda al de dichos productos, sustancias o instrumentos. Los conceptos de «decomiso», «instrumentos», «productos» y «bienes» se entenderán en el sentido del artículo 1 del Convenio del Consejo de Europa de 1990 relativo al blanqueo, seguimiento, embargo y decomiso de los productos del delito

⁵¹⁹ Programa De Estocolmo — Una Europa Abierta Y Segura Que Sirva Y Proteja Al Ciudadano (2010/C 115/01)

se fundamentan en asegurar el respeto de los derechos y de las libertades fundamentales, y la integridad de la persona garantizando al mismo tiempo la seguridad en Europa.

El apartado cuarto de este Programa lleva como título “*Una Europa que Protege*”, en el cual, se aborda la problemática aquí tratada⁵²⁰, haciendo hincapié en la “*protección contra las formas graves de delincuencia y la delincuencia organizada*”. En la argumentación explica cómo debe afrontarse la siguiente Estrategia para lucha contra las drogas, llevando a cabo una profunda revisión de los resultados obtenidos. Solicitan resaltar la coordinación y la cooperación utilizando todos los medios disponibles en virtud del Tratado de Lisboa, y en especial con los países fuera de la Unión de los Balcanes Occidentales, América Latina, la Asociación Oriental, África Occidental, Rusia, Asia Central y los Estados Unidos. La cooperación que lleva a cabo la Unión con los terceros países, en especial con los menos desarrollados, se lleva a cabo a través de la represión de la producción y el tráfico de drogas. Esta ayuda se materializa por un enfoque integrado basado en que los exportadores de drogas lo hacen a causa del subdesarrollo y la pobreza. La reducción depende, entonces, de las condiciones económicas internas y externas. El país debe poder contar con oportunidades de desarrollar mercados para sus mercancías lícitas. Por lo tanto, se necesitan óptimas circunstancias macroeconómicas monetarias y financieras⁵²¹.

La revisión que solicita el Programa de Estocolmo aparece en la Estrategia de la UE en materia de lucha contra la droga (2013-2020)⁵²², la cual aprovecha el impulso del Programa, así como los instrumentos que el Tratado de Lisboa aporta en cooperación judicial penal. Respecto a su contenido, ésta sigue enfocándose en los cinco ítems que perseguía su predecesora (Reducción oferta, Reducción demanda, Cooperación internacional, Información y Coordinación entre países) pero advirtiendo de nuevos problemas que están surgiendo entre la población europea, como por ejemplo, el cambio en el uso de determinadas sustancias adictivas o las elevadas muertes por el consumo de drogas dentro de la UE.

Como podemos observar, en el ámbito de actuación de la reducción de la droga, el objetivo de la Estrategia del Consejo es contribuir a la reducción de la disponibilidad de éstas mediante la interrupción del tráfico ilegal, el desmantelamiento de los grupos de delincuencia organizada que participan en la producción y el tráfico de drogas, la utilización eficaz del sistema judicial penal, la aplicación eficaz de la legislación penal basada en la información y un mayor intercambio de información⁵²³. Asimismo, el Consejo insta a una mayor cooperación en materia policial a través de equipos de trabajo y un intercambio de información más ágil que facilite el trabajo en esta materia.

El Plan de acción 2017-2020 de Lucha contra la Droga, es la continuación del trabajo realizado por el anterior plan para 2013-2016⁵²⁴. Estos dos programas que, pretenden contri-

⁵²⁰ Programa de Estocolmo Apartado 4.4.6

⁵²¹ Laurent, Muriel La Cooperación Externa De La Unión Europea En Materia De Lucha Contra La Droga Colombia Internacional Número 37 1997 P.4

⁵²² (2012/C 402/01)

⁵²³ Apartado 21, Estrategia De La Ue En Materia De Lucha Contra La Droga (2013-2020) (2012/C 402/01)

⁵²⁴ Plan De Acción De La Ue En Materia De Lucha Contra La Droga 2013-2016 (2013/C 351/01)

buir a la eliminación de las drogas en la UE, surgen de la Estrategia 2010-2020.⁵²⁵ Este plan trienal sirve para reconducir los esfuerzos de los Estados y de la propia Unión después de haber analizado los resultados dados en el anterior plan y así llevar a cabo una lucha contra la droga más efectiva.

Conclusiones

El Espacio de Libertad, Seguridad y Justicia es posterior a la cooperación en materia de drogas en la UE, pues como hemos comprobado, la lucha contra las drogas comienza a ser una preocupación para la Unión Europea en los años 80, y no sería hasta mediados de la siguiente década donde se comenzaría a vislumbrar la cooperación judicial penal. Por ello podemos concluir que posiblemente los avances en materia de cooperación en parte, sean al problema de la delincuencia, en este caso en materia de drogas.

Una parte importante de la lucha contra las drogas es la cooperación judicial y policial entre los Estados. Esto nos lleva al punto de que una mayor integración en dicha materia entre los Estados podría significar un gran avance hasta en la erradicación de las drogas. No debemos olvidar que la cooperación en esta materia no tiene que ser solamente a nivel europeo, los avances en cooperación internacional producen unos grandes beneficios para la disminución de la oferta de droga, ya que al poder destruir los focos de producción que se encuentran fuera de la UE se puede evitar el envío de la droga.

Asimismo, la cooperación policial y la Europol tienen que ser los ejes en los que se fundamente la consecución del presente objetivo. Por ello las distintas Estrategias y Planes de Acción siempre remarcan este apartado como fundamental, ya que el trabajo entre los distintos cuerpos policiales está consiguiendo resultados notorios

Además de la cooperación policial, sería importante seguir avanzando en el proceso de una política penal común. Como hemos visto la Unión ya trabaja en esta idea creando unos primeros marcos penales comunes para los Estados; pero sería necesario la implantación de un Código Penal común que hiciese frente a los distintos delitos, en este caso a los delitos relacionados con las drogas de manera unitaria.

La implantación de un Código Penal Europeo significaría un gran avance ya no solo en la propia materia, sino también como simbolismo de que la UE sigue trabajando y creyendo en el proceso de integración que comenzó en los años 50 del anterior siglo, este proceso va a ser costoso, en un panorama político social no favorable, pero es necesario trabajar en este sentido para la consecución de dicho fin.

Bibliografía

Arnáiz Serrano, Anaya *“Evolución De La Cooperación Judicial Penal Internacional”* Cooperación Judicial Penal En Europa. Dir. Carmona Ruano, Miguel; Gonzalez Vega, Ignacio; Moreno Catena, Victor. Dynkinson. 2013 P.3

⁵²⁵ Estrategia De La Ue En Materia De Lucha Contra La Droga (2013-2020) (2012/C 402/01)

- Bachmaier Winter, Lorena “*Fin Del Período Transitorio Del Protocolo 36 Del Tratado De Lisboa En Materia De Cooperación Penal: Algunas Consecuencias Para El TJUE*” La Ley Unión Europea, Nº 34, 29 De Febrero De 2016, Año Iv, Editorial La Ley
- Choclán Montalvo, Jose Antonio “*Hacia La Unificación Del Derecho Penal Comunitario. El Corpus Iuris Europeo*” Diario La Ley, Sección Doctrina, 1998, Ref. D-38, Tomo 1, Editorial La Ley
- Pérez Bustamante, Rogelio “*Historia Política Y Jurídica De La Unión Europea*” Edisofer Madrid 2008
- Laurent, Muriel “*La Cooperación Externa De La Unión Europea En Materia De Lucha Contra La Droga*” Colombia Internacional Número 37 1997 P.4
- Mangas Martin, Araceli. Liñán Nogueras, Diego “*Instituciones Y Derecho De La Unión Europea*” Tecnos 2014
- Medina Fernández, Francisco “*Hacia Un Derecho Penal Europeo*” Actualidad Penal, Sección Doctrina, 2001, Ref. Xi, Pág. 189, Tomo 1, Editorial La Ley
- Mouraz Lopes, José “*Delincuencia Organizada, Droga Y Corrupción*” Cooperación Judicial Penal En Europa. Dir. Carmona Ruano, Miguel;
- Sieber, Ulrich “*Estado De La Evolución Y Perspectivas Del Derecho Penal Económico Europeo*”, En Jornadas En Honor Del Prof. Tiedemann, Citado, Pág. 604. Referencia A Partir De Choclán Montalvo, Jose Antonio “*Hacia La Unificación Del Derecho Penal Comunitario. El Corpus Iuris Europeo*” Diario La Ley, Sección Doctrina, 1998, Ref. D-38, Tomo 1, Editorial La Ley
- Suarez Bilbao, Fernando “*Orígenes Históricos Del Proceso De Construcción Europea*” Homenaje Al Profesor José Antonio Escudero Vol 3. 2013 P. 1220-1221
- Zaragoza Aguado, Javier-Alberto “*La Cooperación Judicial Internacional En Materia Penal En El Ámbito De La Unión Europea. Especial Referencia A La Materia De Las Drogas*” Eguzkilore Número 15. San Sebastián Diciembre 2001.

Documentación Europea

Consejo de Tampere 1999

Comunicación de la Comisión al Consejo y al Parlamento Europeo, de 10 de mayo de 2005, «Programa de La Haya: Diez prioridades para los próximos cinco años. Una asociación para la renovación europea en el ámbito de la libertad, la seguridad y la justicia» [COM (2005) 184 final □ Diario Oficial C 236 de 24.9.2005].

Comunicación (94) 234 Final. Bruselas, 23.06. 1994

Comunicación (1999) 239 Final. 26 De Mayo De 1999,

Comunicación De La Comisión Al Consejo Y Al Parlamento Europeo, De 22 De Octubre De 2004, Sobre Los Resultados De La Evaluación Final De La Estrategia Y El Plan De Acción Sobre Drogas De La Ue (2000-2004)

Decisión 2004/757/JAI DEL CONSEJO de 25 de octubre de 2004

Programa De Estocolmo — Una Europa Abierta Y Segura Que Sirva Y Proteja Al Ciudadano (2010/C 115/01)

Plan De Acción De La Ue En Materia De Lucha Contra La Droga 2013-2016 (2013/C 351/01)

Estrategia De La UE En Materia De Lucha Contra La Droga (2013-2020) (2012/C 402/01)

Accesibilidad universal y discapacidad en el Derecho español: base normativa de referencia y reparto de competencias entre las Administraciones públicas territoriales

MARÍA JOSÉ MOLINA GARCÍA (*)

Universidad Europea de Madrid

1. Contextualización: del qué, el porqué y el para qué de la accesibilidad universal

Las personas con algún tipo de discapacidad conforman un grupo frágil e importante en nuestra sociedad⁵²⁶. Es una realidad social elocuente, no ajena a ningún país. Sirva de muestra que en España hay Comunidades Autónomas con tasas significativamente superiores a

⁵²⁶ (*) Directora del Departamento de Derecho y Criminología, Facultad de Ciencias Sociales y de la Comunicación, Universidad Europea de Madrid. Doctora en Ciencias Políticas y de la Administración. Licenciada en Derecho y Licenciada en Ciencias Políticas y Sociología.

Según la Organización de Naciones Unidas, en su Convención de Derechos Humanos para las Personas con Discapacidad (2006), las personas con discapacidad son “aquellas que tengan deficiencias físicas, mentales, intelectuales o sensoriales a largo plazo que, al interactuar con diversas barreras, puedan impedir su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”. Con fundamento en la Declaración de Madrid del Forum Europeo de las Personas Discapacitadas, de 23 de marzo de 2003, la Organización Mundial de la Salud dio una nueva definición de discapacidad, insistiendo en la conveniencia de abandonar esa idea preconcebida de la deficiencia como única característica de la persona a tener en cuenta para atender a la necesidad de eliminar las barreras arquitectónicas o de otra índole, revisar las normas sociales, políticas y culturales, así como a la promoción de un medio o entorno accesible para todos. Por su parte, el artículo 2 letra a) del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social, determina que la discapacidad es “una situación que resulta de la interacción entre las personas con deficiencias previsiblemente permanentes y cualquier tipo de barreras que limiten o impidan su participación plena y efectiva en la sociedad, en igualdad de condiciones con las demás”.

la media nacional, véase al respecto los datos de Castilla y León, Extremadura o Galicia⁵²⁷. En atención a esta realidad social, nuestro ordenamiento jurídico no puede ni debe ser ajeno a la misma y es por ello, que resulta exigible su atención, su debida protección y/o amparo. Se trata de no ignorar ni de restringir sus derechos fundamentales ni libertades públicas, en tanto en cuanto tienen la consideración jurídica de personas físicas, eso sí, adaptado o modulando el ejercicio de aquéllos a las especificidades físicas o psíquicas de este colectivo⁵²⁸. Es incuestionable que representa un compromiso para el Derecho ayudar a quienes enfrentan situaciones de marginación y exclusión, a fin de reducir su vulnerabilidad a las crisis económicas, sociales y ambientales que van aconteciendo en el paso del tiempo.

En efecto, sigue siendo hoy día un desafío real para el Derecho no apartar, no postergar a las personas con discapacidad de la vida ordinaria sino todo lo contrario, mejorar y fortalecer su presencia. En el caso de los sujetos discapacitados, el contraste entre derechos y realidad es patente. De ahí que la accesibilidad universal en su significado general y por su relación directa con el principio de igualdad de oportunidades sea una de las claves para su inclusión social⁵²⁹, teniendo que conjugarse convenientemente, al ser una cuestión socialmente necesaria-

⁵²⁷ El número total de personas residentes en hogares españoles que declaran tener alguna discapacidad asciende a 3.847.900, lo que supone un 8,5% de la población, según los resultados de la Encuesta de Discapacidad, Autonomía personal y situaciones de Dependencia (EDAD) del año 2008. Esta Encuesta se realiza cada diez años y el Plan Estadístico nacional 2017-2020 contempla llevar a cabo un nuevo estudio, cuyo proyecto se inició el año pasado y continúa en el ejercicio actual para obtener una estimación del número de personas con alguna discapacidad y cuáles son éstas. La Encuesta permite, asimismo, un análisis detallado de la discapacidad para población de seis y más años (para edades inferiores el fenómeno se investiga mediante un cuestionario simplificado). Analizando la discapacidad para personas de seis y más años, se observa que por Comunidades Autónomas, las que presentan un mayor porcentaje de personas con discapacidad son Galicia (11,3%), Extremadura (11,0%) y Castilla y León (10,9%), así como las ciudades autónomas de Melilla (11,9%) y Ceuta (11,3%). Por el contrario, los menores porcentajes se dan en La Rioja (6,2%), Cantabria (7,0%) e Illes Balears (7,1%). Datos que se anotan han sido extraídos del informe publicado por el Instituto Nacional de Estadística. El texto del informe disponible en <http://www.ine.es/prensa/np524.pdf> [Fecha de consulta: 12 de diciembre de 2017].

⁵²⁸ Según señala el Informe realizado por un Equipo de Investigación del Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, al amparo de un Convenio de Colaboración con el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familia y Discapacidad) y la Universidad Carlos III de Madrid (Noviembre 2005), la Constitución española recoge dos perspectivas complementarias de tratamiento de las personas con discapacidad: (a) como titulares de derechos fundamentales reconocidos a todas las personas que le deben ser garantizados y adaptados, en tanto que ellos se insertan en la sociedad, primeramente, como persona y ciudadano; (b) y, asimismo, como miembros de un colectivo definido de forma específica y especialmente protegido, diferente del resto de los ciudadanos. Texto del informe disponible en <http://www.cermi.es/sites/default/files/docs/colecciones/El significado de la accesibilidad universal y su justificación.pdf> [Fecha de consulta: 2 de septiembre de 2017].

⁵²⁹ Lo que hace que su omisión devenga en una discriminación, independientemente del derecho que afecte. Así el artículo 2 letra b) del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social define la igualdad de oportunidades en este contexto como “la ausencia de toda discriminación, directa o indirecta, por motivo de o por razón de discapacidad, incluida cualquier distinción, exclusión o restricción que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio en igualdad de condiciones por las personas con discapacidad, de todos los derechos humanos y

ria pero técnicamente compleja. Es indisociable del término igualdad de oportunidades, tanto en su vertiente pasiva referido a la ausencia de discriminación, como en la activa cuando se alude a medidas de acción positiva⁵³⁰. Sin embargo, la accesibilidad universal no sólo debe considerarse implícita en el principio de igualdad, sino también en otra serie de principios que tienden a garantizar el ejercicio de derechos por parte de las personas con discapacidad (dignidad humana, libertad, integridad física y moral...), y que se derivan del carácter transversal de las políticas en la materia. Esta aspiración nos interesa no solo con la vista puesta en el marco temporal que determina los retos sociales del Horizonte 2020⁵³¹ que alude, entre otros, a una “Europa en un mundo cambiante: sociedades inclusivas, innovadoras y reflexivas” para dar solución a las necesidades de los ciudadanos, sino como algo permanente, pues es consustancial a cualquier individuo el anhelo de vida plena.

Los derechos fundamentales y libertades públicas que se reconocen en la vigente Constitución española (artículos 15 a 29), son los instrumentos político-jurídicos idóneos para que cualquier persona, discapacitada o no, pueda desarrollar libremente su propia personalidad. Y, en este camino, resulta asimismo necesaria la remisión a los valores superiores del artículo 1.1 de la Constitución⁵³². En este contexto, es evidente que tiene una importancia básica el cómo se garantice el ejercicio de derechos y libertades a los sujetos discapacitados, y, por ende, la configuración que se haga de la accesibilidad universal.

libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, laboral, cultural, civil o de otro tipo. Asimismo, se entiende por igualdad de oportunidades la adopción de medidas de acción positiva”.

⁵³⁰ El artículo 2 letra g) del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social prescribe que son medidas de acción positivas “aquellas de carácter específico consistentes en evitar o compensar las desventajas derivadas de la discapacidad y destinadas a acelerar o lograr la igualdad de hecho de las personas con discapacidad y su participación plena en los ámbitos de la vida política, económica, social, educativa, laboral y cultural, atendiendo a los diferentes tipos y grados de discapacidad”.

⁵³¹ Horizonte 2020 es el programa de investigación e innovación más ambicioso puesto en marcha por la Unión Europea (UE) y se espera que dé lugar a más avances, descubrimientos y primicias a nivel mundial, convirtiendo las grandes ideas surgidas de los laboratorios en productos de mercado. Su objetivo es garantizar que en Europa se produzca ciencia y tecnología de talla internacional capaz de impulsar el crecimiento económico. Este instrumento está dotado con 80 000 millones de euros que se repartirán durante un periodo de siete años (2014-2020) y a los que se sumará la inversión privada y pública estatal atraída por la cuantía del presupuesto. Horizonte 2020 cuenta con el respaldo político de los dirigentes de la Unión y los miembros del Parlamento Europeo. Todos ellos coinciden en que la inversión en materia de investigación e innovación es primordial para el futuro de Europa, por lo que debe formar parte de los cimientos de la Estrategia Europa 2020 de crecimiento inteligente, sostenible e integrador. Horizonte 2020 contribuye a dicha meta aunando investigación e innovación y vertebrando su programa en torno a tres áreas prioritarias: ciencia excelente, liderazgo industrial y retos de la sociedad. Para más información véase el portal español del Programa Marco de Investigación e Innovación de la Unión Europea en <https://eshorizonte2020.es/>; o el documento informativo publicado por la Comisión Europea, que las principales claves de esta iniciativa https://ec.europa.eu/programmes/horizon2020/sites/horizon2020/files/H2020_ES_KI0213413ESN.pdf [Fecha de consulta: 22 de noviembre de 2017].

⁵³² Se determina en este precepto constitucional que “España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político”.

Es innegable que las personas discapacitadas tienen derecho a vivir de forma independiente y a participar en la vida de la comunidad. En este sentido, se pronuncia el apartado primero del artículo 22 del Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social (en adelante, RDL 1/2013), determinando que “las personas con discapacidad tienen derecho a vivir de forma independiente y a participar plenamente en todos los aspectos de la vida. Para ello, los poderes públicos adoptarán las medidas pertinentes para asegurar la accesibilidad universal, en igualdad de condiciones con las demás personas, en los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, así como los medios de comunicación social y en otros servicios e instalaciones abiertos al público o de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales”. De esta norma se deriva un mandato categórico a los poderes públicos para que promuevan su integración pese a las limitaciones que estas personas evidencian. Conforme a este planteamiento, la accesibilidad universal se orienta, indiscutiblemente, a atender el interés general, vinculándose con el fin más esencial o básico que se atribuye al Estado de bienestar, esto es, la previsión de una serie de prestaciones sociales.

A pesar de los obvios progresos sociales alcanzados y de la evolución normativa en la materia, de modo más notable desde el siglo pasado, aún existen un variado y profuso conjunto de impedimentos. Todavía hombres y mujeres con discapacidad ven restringidos sus derechos y libertades en el acceso o uso de entornos, procesos, bienes o servicios que no han sido concebidos teniendo en cuenta sus necesidades específicas o se revelan expresamente restrictivos para poder participar en ellos. De este modo, apreciamos situaciones de discriminación que impactan en el acceso a los servicios más básicos (salud, educación, empleo, medios de transporte...), traduciéndose consecuentemente en la ausencia de una integración real, completa y efectiva en la sociedad. Por tanto, en una situación de exclusión social, que debe ser inexcusablemente abordada por los poderes públicos y, también, por la sociedad civil. Así, si una persona con discapacidad viera excluido o restringido, el goce o ejercicio de cualquier derecho por falta de accesibilidad, se estaría violando el derecho a la igualdad y la no discriminación. En este sentido, el déficit de accesibilidad es una discriminación que habilita la legitimación para interponer una acción por vía preferente y sumaria, al violarse el derecho de igualdad en relación con el ejercicio de cualquier derecho⁵³³. Frente a ello, en este contexto, la accesibilidad universal en sus diversas manifestaciones (al medio físico, a la comunicación, a la información...), tal y como se enuncia en el artículo 22 del RDL 1/2013 se erige en elemento esencial para posibilitar a toda la ciudadanía el disfrute de unos derechos y libertades que la Constitución española define como básicos.

Conforme la línea interpretativa que se viene manteniendo, desde la perspectiva jurídica, se consolida la tendencia en virtud de la cual la accesibilidad universal es decididamente clave en materia de derechos y libertades de las personas con discapacidad, es condición ineludible para ejercerlos. A través de ella se pretende superar los obstáculos o barreras que impiden el disfrute de los derechos esenciales del ser humano. Y, en consecuencia, se ha convertido,

⁵³³ Véase las garantías de las libertades y derechos fundamentales en el artículo 53.2 de la Constitución española.

afortunadamente, en uno de los ejes de las actuales políticas internacionales, europeas y nacionales que se proyectan sobre la discapacidad, tanto en materia de desarrollo normativo como de interpretación, sirviendo de guía o de limitación de las opciones que se planteen al respecto, así como en la superación de lagunas o indeterminaciones normativas.

Es más, ciertamente, la exigencia de accesibilidad presente en el discurso de las personas con discapacidad, supera ya las fronteras de éste, para erigirse en una demanda universal predicable a todos los individuos⁵³⁴. Durante mucho tiempo el concepto de accesibilidad hacía referencia únicamente a las mejoras en los entornos físicos, esto es, eliminación de barreras arquitectónicas⁵³⁵. Pero es algo más que los obstáculos físicos. Favorablemente este concepto ha evolucionado. Así, hoy día, se entiende por accesibilidad un extenso conjunto de medidas muy diversas que deben ser tenidas en cuenta en la elaboración de las estrategias políticas y sociales, de modo que la accesibilidad sea universal o integral⁵³⁶, reclamando por tanto un tratamiento transversal y horizontal. Así, “las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación se establecerán teniendo en cuenta los diferentes tipos y grados de discapacidad que deberán orientar tanto el diseño inicial como los ajustes razonables de los entornos, productos y servicios de cada ámbito de aplicación de la leyes y demás normas que regulen esta materia” (artículo 23.3 Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social). Defendemos que la accesibilidad no tiene sólo una proyección física (entorno construido), sino que también está relacionada con la participación en la vida social (pues existen otros tipos de discapacidad como la cognitiva o la intelectual). Y este espíritu o esencia es acogido por el legislador nacional, aunque en la práctica luego resulte complicado concretar.

Esta idea de accesibilidad universal significa que un entorno es plenamente accesible cuando todas las variantes de ese entorno son accesibles, de modo que una persona con o sin discapacidad no vea interrumpida o dificultada la realización de sus actividades porque

⁵³⁴ Sobre las diferentes construcciones jurídicas de la accesibilidad, véase DE ASÍS, R. “Sobre la accesibilidad universal”. Texto disponible en: http://portal.uc3m.es/portal/page/portal/instituto_derechos_humanos/conferencia_cdpd/Ponencias/rafael_asis_mesa4.pdf [Fecha de consulta: 9 de enero de 2018]. En este documento de referencia se expone brevemente cada una de ellas, pueden presentarse cuatro construcciones jurídicas de la accesibilidad, tomando como referencia el discurso de los derechos humanos: como un principio jurídico, como parte del contenido esencial de los derechos fundamentales, como parte del derecho a la no discriminación o como un derecho subjetivo.

⁵³⁵ En el marco de la discapacidad, el concepto de barrera es un concepto amplio que abarca obstáculos físicos, ambientales, culturales, psicológicos o cognitivos. La idea de barrera que está detrás de la accesibilidad universal no es una idea abstracta, sino que varía en relación con situaciones y sujetos.

⁵³⁶ El reconocimiento de la evolución que en las últimas décadas ha vivido el tratamiento de la discapacidad, que supone un cambio desde lo que se conoce como un modelo médico o rehabilitador a lo que se presenta como un modelo social, basado en derechos. Al respecto véase el Informe realizado por un Equipo de Investigación del Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, al amparo de un Convenio de Colaboración con el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familia y Discapacidad) y la Universidad Carlos III de Madrid (Noviembre 2005). En <http://www.cermi.es/sites/default/files/docs/colecciones/El significado de la accesibilidad universal y su justificación.pdf> [Fecha de consulta: 2 de septiembre de 2017].

uno de los caminos, un entorno o espacio, no sea accesible y, en consecuencia, no le permite avanzar en su recorrido de forma autónoma (incluso para las personas que no tienen limitada su movilidad). No obstante, en el colectivo de los sujetos discapacitados esta cuestión es altamente sensible debido a su mayor vulnerabilidad, resultado de la interacción dinámica entre su problema de salud y los factores contextuales que a la misma vez emergen, como son los elementos personales y medioambientales.

Al hilo de las consideraciones previas se funda aquel tipo de estudio que aborda las consecuencias que se derivan de la incursión de la accesibilidad universal en el discurso de los derechos humanos⁵³⁷, centrándose en la dignidad humana y la igualdad de oportunidades. Ello debería ser el punto de partida de toda política en la materia. Desde un planteamiento actualizado y estructural, defendemos que la discapacidad no es solo una cuestión relacionada en exclusiva con políticas sanitarias ni de seguridad social, sino que es una cuestión con vocación universalista y multidisciplinar, de derechos humanos. De este modo, se entiende el protagonismo que adquiere lo establecido en los artículos 10.2 y 96.1 de la vigente Constitución española⁵³⁸.

Sostenemos, lo que se apunta por DE ASÍS en cuanto a que es posible concebir a la accesibilidad universal desde tres dimensiones: “a) como una exigencia de actuación de los poderes públicos y como un parámetro de validez de cualquier actuación por la relevancia o exigencia jurídica de este principio; b) como una reivindicación susceptible de defender jurídicamente al hilo de la defensa de cualquier derecho fundamental (la accesibilidad universal como parte del contenido esencial de todo derecho fundamental); c) como un requerimiento de no discriminación (el derecho a la igualdad)”⁵³⁹. De esta tipificación de aspectos concernientes a una misma realidad, se deduce claramente que la accesibilidad nos asoma a una gran

⁵³⁷ En relación a esta cuestión, por parte de ciertos autores, se aborda de manera principal tres tesis: (i) la existencia de un derecho a la accesibilidad de carácter fundamental; (ii) la existencia de una obligación jurídica de llevar a cabo el diseño universal; (iii) la existencia de un derecho humano a los ajustes razonables.

⁵³⁸ Como reiteradamente ha afirmado el Tribunal Constitucional, la Constitución debe ser “interpretada de forma sistemática dado que la misma es un todo en el que cada precepto adquiere su pleno valor y sentido, en relación a los demás” (STC del 14 de Febrero de 1983). El artículo 10.2 es un gran ejemplo de ello, si tenemos en cuenta su relación con el Título I del texto constitucional sobre los derechos y deberes humanos, y su conexión con el Capítulo III del Título III, dedicado a los Tratados internacionales (arts. 93 a 96). Las diferentes vías interpretativas del 10.2 nos sitúan como punto de partida ante dos caminos a recorrer. El primero de los caminos parte de considerar que los tratados aludidos por el precepto son una fuente de derechos fundamentales no reconocidos por la Constitución. El segundo, entiende que los tratados aludidos por el segundo párrafo del artículo 10 establecen un criterio de interpretación de los derechos positivizados en el Título I. Cabe destacar que ni la doctrina ni la jurisprudencia es unánime respecto de esta cuestión, aunque en el caso del Tribunal Constitucional su jurisprudencia demuestra una interpretación más bien restrictiva (Véase por ejemplo: S.T.C 21/1981, de 15 de junio (F.J. 10º); S.T.C 78/1982, de 20 de diciembre (F.J. 4º); S.T.C 84/1989, de 10 de mayo (F.J. 5º); S.T.C 36/1991, de 14 de febrero (F.J. 5º); S.T.C 64/1991, de 22 de marzo (F.J. 4º).

⁵³⁹ DE ASÍS, R. “Sobre la accesibilidad universal”. Texto disponible en: http://portal.uc3m.es/portal/page/portal/instituto_derechos_humanos/conferencia_cdpd/Ponencias/rafael_asis_mesa4.pdf [Fecha de consulta: 9 de enero 2018].

variedad de enfoques que resulta ser retador para el Derecho en general, y para el tratamiento jurídico de la cuestión en particular. Es por ello, que debemos tomar conciencia de la necesidad de unificar criterios en el desarrollo regulatorio y auspiciar la coordinación oportuna de las distintas Administraciones públicas en el ejercicio de las competencias atribuidas para adoptar cuantas medidas y/o políticas públicas sean necesarias al respecto, mandato que se deriva expresamente del título competencial previsto en el texto constitucional (artículos 148 y 149). En concreto, cuestionaremos el reparto competencial entre el Estado, las Comunidades Autónomas y los Ayuntamientos, en virtud de lo que determina la vigente Constitución española.

2. Sustrato normativo de referencia en el Derecho español

La accesibilidad universal es uno de los grandes principios que acompaña el tratamiento jurídico de la discapacidad. Su significado general y clásico, entendido como la exigencia de eliminación de barreras y obstáculos, está siempre presente en el tratamiento de la cuestión. Se trata de un principio que surge de manera clara a partir de los años setenta del siglo XX y su reivindicación es creciente en nuestra sociedad, como manifestación de las insuficiencias que aún se revelan en nuestro sistema jurídico y en las políticas públicas que se derivan de aquel, entendiendo que su problemática viene dada de manera principal por la interacción que tienen establecida con el entorno social, político y jurídico.

La accesibilidad universal es uno de los principios generales tipificados en la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006⁵⁴⁰. Dicho instrumento jurídico internacional es de obligado cumplimiento para los países que la han ratificado, como es el caso de España (ratificada el 3 de diciembre de 2007 y que entró en vigor el 3 de mayo de 2008, tras su publicación en el BOE con fecha de 21 de abril de 2008)⁵⁴¹. El artículo 9 de la Convención regula la accesibilidad, entendida en general como la virtud que tienen algunos espacios, bienes, productos o servicios a los que se puede llegar o entrar fácilmente, o que se comprendan con facilidad. Expresamente determina: “A fin de que las personas con discapacidad puedan vivir en forma independiente y participar plenamente en todos los aspectos de la vida, los Estados Partes adoptarán medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad, en igualdad de condiciones con las demás, al entorno físico, el transporte, la información y las comunicaciones, incluidos los sistemas y las tecnologías de la información y las comunicaciones, y a otros servicios e instalaciones abiertos al público o

⁵⁴⁰ Las referencias a la accesibilidad en la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad son múltiples. Aparece ya en el preámbulo reconociendo su importancia “para que las personas con discapacidad puedan gozar plenamente de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales”, se incluye entre los principios generales del artículo 3 y posee todo un artículo (el 9) dedicado a la accesibilidad y a las medidas que los Estados Partes deben adoptar para alcanzarla. Texto completo de la Convención disponible en: <http://www.un.org/esa/socdev/enable/documents/tccconvs.pdf> [Fecha de consulta: 9 de diciembre 2017].

⁵⁴¹ Posteriormente se dictó el Real Decreto 1276/2011, de 16 de septiembre, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad.

de uso público, tanto en zonas urbanas como rurales. Estas medidas, que incluirán la identificación y eliminación de obstáculos y barreras de acceso [...]”.

La Convención internacional aludida declara el compromiso de promover, proteger y asegurar el pleno disfrute de los derechos humanos y libertades fundamentales en condiciones de igualdad por parte de las personas con discapacidad, junto con promover el respeto a su dignidad inherente. Con carácter vinculante, defiende y garantiza los derechos de las personas con discapacidad en todos los entornos de la vida (educación, salud, trabajo, cultura, ocio y participación social y económica), y considera la accesibilidad como un elemento transversal de cada uno de los ámbitos.

A partir de ahí, Naciones Unidas también ha progresado en una visión más multidisciplinar, holística, y no tan tradicional en el tratamiento de la cuestión. Buena muestra de ello es la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, un plan de acción a favor de las personas, el planeta y la prosperidad, que también tiene la intención de fortalecer la paz universal y el acceso a la justicia. La Agenda plantea 17 Objetivos con 169 metas de carácter integrado e indivisible que abarcan las esferas económica, social y ambiental. La discapacidad se reconoce como un tema transversal no solo en la Agenda 2030, sino también en la Nueva Agenda Urbana y el Grupo de trabajo Sendai para la Reducción del Riesgo de Desastres.

Lo cierto es que hasta esta Convención las personas con discapacidad carecían de un sistema efectivo de protección jurídica internacional, contando solamente con los tratados internacionales sobre derechos humanos y algunas resoluciones y directivas europeas. Por su parte, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, fuente del acervo comunitario con el mismo valor jurídico que los Tratados⁵⁴², prohíbe en su artículo 21 la discriminación con fundamento en la discapacidad, y en su artículo 26 reconoce el derecho del discapacitado a beneficiarse de medidas que favorezcan su autonomía, su integración social y profesional y su participación en la vida de la comunidad. Siguiendo los objetivos de la Convención internacional referida, la Unión Europea elaboró la Estrategia Europea sobre la Discapacidad 2010-2020, con el propósito de que todas las personas con discapacidad puedan disfrutar de sus derechos y beneficiarse plenamente de su participación en la economía y la sociedad europeas⁵⁴³. Este plan de acción aglutina el planteamiento europeo sobre la cuestión que es objeto de análisis en el presente trabajo. Dicha Estrategia identifica ocho áreas primordiales de actuación, la primera de las cuales es la accesibilidad a los bienes y servicios, en especial a los servicios públicos, y la utilización de los dispositivos de apoyo a las personas con discapacidad. Asimismo, señala la conveniencia de regular la accesibilidad en los ámbitos de la comunicación y de la información, y en bienes y servicios, que resultan ser de una gran incidencia en la autonomía de las personas con discapacidades sensoriales y en la posibilidad

⁵⁴² Tal y como reconoce el artículo 6 de la versión consolidada del Tratado de la Unión Europea.

⁵⁴³ Texto completo de la Estrategia Europea sobre la Discapacidad 2010-2020 disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=LEGISSUM%3Aem0047> [Fecha de consulta: 10 de septiembre de 2017]. Asimismo, se relaciona con la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “**Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020: un compromiso renovado para una Europa sin barreras**”. Texto disponible en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex:52010DC0636> [Fecha de consulta: 10 de septiembre de 2017]

de participar en igualdad de condiciones que el resto de las personas usuarias de los servicios. En este sentido, la Unión Europea argumenta, acertadamente, que “la gran evolución de las tecnologías de la información y de la comunicación que se ha producido en los últimos años exige una nueva regulación normativa que las contemple, siendo que su presencia en todas las situaciones de la vida diaria es constante, y visto que ha sido un elemento esencial para permitir a las personas con discapacidad o con limitaciones en el acceso a la información desarrollar una vida normalizada y poder relacionarse, formarse, trabajar y disfrutar del ocio y la cultura en todos sus aspectos”.

Mientras que la normativa que regula las condiciones de accesibilidad y no discriminación de las personas ha sido objeto de un intenso desarrollo en nuestro país, fundamentalmente durante las tres últimas décadas. Esta evolución del marco regulatorio ha acontecido en paralelo con los avances normativos en el contexto internacional y europeo (Convenciones, Guías, Libros Blancos y Verdes, Recomendaciones...). Al respecto, el marco legislativo y reglamentario (estatal, autonómico o local) es heterogéneo, aprobándose numerosas leyes, reales decretos, decretos, órdenes ministeriales, resoluciones y ordenanzas municipales que, bien de forma directa o indirecta, han incidido en mejorar las condiciones de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad, tanto de forma global como de un modo específico (para sectores concretos).

La obligación de accesibilidad está consagrada en el ordenamiento jurídico español. Pero en la Constitución española de 1978 sólo un artículo expresamente está dedicado a regular los derechos de las personas con discapacidad, se trata del artículo 49: “Los poderes públicos realizarán una política de previsión, tratamiento, rehabilitación e integración de los disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos, a los que prestarán la atención especializada que requieran y los ampararán especialmente para el disfrute de los derechos que este Título otorga a todos los ciudadanos”⁵⁴⁴. Dicho precepto, poniéndolo en juego con el artículo 14, permite establecer un marco genérico desde el que abordar la cuestión de la discapacidad y con ello la delimitación de la accesibilidad. No obstante, existen otros artículos que directamente se proyectan sobre la cuestión de la discapacidad, cuyo examen permite también extraer algunas conclusiones interesantes a la hora de abordar el significado y la justificación de la accesibilidad universal (véase los artículos 9.2 y 10 de la Constitución). Ahora bien, el encuadre del artículo 49 entre los principios rectores de la política social y económica, no resulta del todo satisfactorio para el tratamiento que hoy día requiere la cuestión en cuanto a inclusión en el diseño de una sociedad formada para hacer frente a las necesidades de todos (con equiparación en derechos). En este sentido, la accesibilidad como condición para la participación e inclusión social adquiere una importancia primordial. Pasando a la segunda parte de este precepto se deduce con claridad que la Constitución reconoce que la discapacidad no puede ser impedimento para el ejercicio de los derechos reconocidos constitucionalmente a toda la ciudadanía.

El marco normativo español de referencia nos acerca a la siguiente evolución. El paso de la Ley 13/1982, de 7 de abril, de Integración Social de Minusválidos a la Ley 51/2003, de 3 de diciembre, de Igualdad de Oportunidades, No Discriminación y Accesibilidad Universal, que complementa a la anterior (en adelante LIONDAU). La LIONDUA cubrió el vacío existente en España, caracterizado por un marco legal amplio y general, similar al que proporcionan

⁵⁴⁴ La alusión es al Título Primero, de los derechos y deberes fundamentales.

en otros países leyes de carácter análogo. Dicha norma fue modificada por la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, con amplias e importantes consecuencias, cuando menos indirectamente, también en el ámbito inmobiliario en el que se desenvuelve la accesibilidad universal. Basada en los conceptos de no discriminación, acción positiva y accesibilidad universal, el fin primordial de la LIONDAU fue determinar un conjunto de medidas en diferentes ámbitos (telecomunicaciones y sociedad de la información; espacios públicos urbanizados, infraestructuras y edificación; transportes; bienes y servicios a disposición del público; y, relaciones con las Administraciones públicas)⁵⁴⁵. Todo ello con el inexcusable motivo de garantizar el derecho a la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad. Esta Ley obligaba a que todos los bienes, servicios y entornos de interés fueran accesibles en 2019, plazo que posteriormente se acortó hasta el 4 de diciembre de 2017. La LIONDAU se enmarcó dentro de una nueva forma de entender la discapacidad, que supuso un cambio de paradigma, según apunta la doctrina mayoritaria, resultado de la evolución desde el denominado modelo médico o rehabilitador al denominado modelo social que en muchos casos complementa y en otros supera al anterior⁵⁴⁶.

A partir de la entrada en vigor de la Ley 51/2003 se produce un amplio desarrollo reglamentario de la normativa sobre accesibilidad, que da lugar a una pluralidad de normas, entre las que cabe destacar las siguientes (citadas por orden cronológico): el Real Decreto 1414/2006, de 1 de diciembre, por el que se determina la consideración de persona con discapacidad; el Real Decreto 1417/2006, de 1 de diciembre, por el que se establece el sistema arbitral de quejas y reclamaciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad por razón de discapacidad; el Real Decreto 505/2007, de 20 de abril, por el que se aprueban las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación de las personas con discapacidad para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados y edificaciones; el Real Decreto 173/2010, de 19 de febrero, por el que se modifica el Código técnico de la edificación, aprobado por el Real decreto 314/2006, de 17 de marzo; el Real Decreto 1494/2007, de 12 de noviembre, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones básicas para el acceso de las personas con discapacidad a las tecnologías, productos y servicios relacionados con la sociedad de la información y medios de comunicación social; el Real Decreto 1544/2007, de 23 de noviembre, por el que se regulan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los modos de transporte para personas con discapacidad; el Real Decreto 1612/2007, de 7 de diciembre, por el que se regula el procedimiento de voto accesible; la Orden VIV/561/2010, de 1 de febrero, por la

⁵⁴⁵ Sumado un sexto ámbito relativo al empleo y la ocupación que ha sido complementado por la Ley 53/2003, de 10 de diciembre, sobre empleo público de discapacitados que, a su vez, traspone la Directiva 2000/78/CE del Consejo de 27 de noviembre de 2000 relativa al establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación.

⁵⁴⁶ Sobre el tratamiento de la discapacidad, según el modelo médico y el modelo social, véase “El significado de la accesibilidad universal y su justificación en el marco normativo español”. Informe realizado por un Equipo de Investigación del Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, al amparo de un Convenio de Colaboración con el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales (Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familia y Discapacidad), y la Universidad Carlos III de Madrid. Noviembre de 2005. Texto completo disponible en <http://www.cermi.es/sites/default/files/docs/coleccion/Elsignificadodela-accesibilidaduniversalysujustific.pdf> [Fecha de consulta: 2 de septiembre de 2017].

que se desarrolla el documento técnico de condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación para el acceso y utilización de los espacios públicos urbanizados⁵⁴⁷; y el Real Decreto 422/2011, de 25 de marzo, por el que se aprueba el Reglamento sobre las condiciones básicas para la participación en la vida política y en los procesos electorales. En esta proyección normativa abundante y variada, reseñar la Ley 49/1960, de 21 de julio, sobre propiedad horizontal que junto con el Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana intenta hacer una definición de lo que se entienden como ajustes razonables en materia de accesibilidad, para equilibrar los conflictos de intereses con otros ciudadanos a la hora de fijar como obligatorio la instalación de un ascensor en una comunidad de propietarios con niveles bajo de renta.

No obstante, los avances normativos anteriores, la Ley estatal que se pronuncia sobre cualquier tipo de accesibilidad, pues no se limita a la física es el Real Decreto Legislativo 1/2013, de 29 de noviembre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de derechos de las personas con discapacidad y de su inclusión social⁵⁴⁸ (en adelante, RDL 1/2013). Esta norma se dicta en aplicación de lo previsto en la disposición final segunda de la Ley 26/2011, de 1 de agosto, de adaptación normativa a la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad⁵⁴⁹. Esta nueva norma derogó la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de las personas con discapacidad, la LIONDAU y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, por la que se establece el régimen de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. Su adopción implicó un renovado impulso de las políticas públicas en este ámbito y para este grupo de población, centrándose en dos estrategias concretas de intervención: (a) la lucha contra la discriminación; (b) la accesibilidad universal. En la labor de refundición para regular, aclarar y armonizar la normativa existente, referida en líneas precedentes, han sido consultadas las Comunidades Autónomas, las ciudades autónomas de Ceuta y Melilla, y se ha sometido al informe previo y preceptivo del Consejo Nacional de Discapacidad. Igualmente se ha dado audiencia a los sectores afectados y se ha sometido a informe previo de la Agencia Española de Protección de Datos. Sin duda, una buena muestra de interacción interadministrativa en una temática transversal a todos.

¿Cómo define esta nueva norma la accesibilidad universal? Expresamente en su artículo 2 letra k determina que “es la condición que deben cumplir los entornos, procesos, bienes, productos y servicios, así como los objetos, instrumentos, herramientas y dispositivos, para ser comprensibles, utilizables y practicables por todas las personas en condiciones de segu-

⁵⁴⁷ La accesibilidad de edificios y construcciones se regula por el Código Técnico de la Edificación, que también es normativa básica estatal.

⁵⁴⁸ Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad «BOE» núm. 289, de 3 de diciembre de 2013 Referencia: BOE-A-2013-12632.

⁵⁴⁹ Esta disposición enunciada como autorización al Gobierno para la refundición de textos legales, determina que “el Gobierno elaborará y aprobará antes del 31 de diciembre de 2013 y previa consulta al Consejo Nacional de la Discapacidad, un Texto Refundido en el que se regularicen, aclaren y armonicen la Ley 13/1982, de 7 de abril, de integración social de los minusválidos, la Ley 51/2003, de 2 de diciembre, de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad y la Ley 49/2007, de 26 de diciembre, de infracciones y sanciones en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad”.

ridad y comodidad y de la forma más autónoma y natural posible. Presupone la estrategia de «diseño universal o diseño para todas las personas», y se entiende sin perjuicio de los ajustes razonables que deban adoptarse”. Se trata de uno de los principios tipificados en el RDL 1/2013 (artículo 3), y para lograr materializarlo contiene la reglas en las que se determinan las condiciones básicas de accesibilidad y no discriminación (artículo 23) en cada uno de sus ámbitos de intervención (artículo 5): de los productos y servicios relacionados con las telecomunicaciones y sociedad de la información (artículo 24); espacios públicos urbanizados, infraestructuras y edificación (artículo 25)⁵⁵⁰; de los medios de transportes (artículo 27); relaciones con las Administraciones públicas (artículo 28); bienes y servicios a disposición del público (artículo 29). De este modo, se consideran unos mismos niveles de igualdad de oportunidades a todos los ciudadanos con discapacidad (artículo 7), y medidas concretas para prevenir o suprimir discriminaciones y para compensar desventajas o dificultades. Contemplan otras disposiciones sobre accesibilidad de los edificios y entornos, de los instrumentos, equipos y tecnologías, y de los bienes y productos utilizados en el sector o área; también observan condiciones más favorables en el acceso, participación y utilización de los recursos, los apoyos complementarios económicos, tecnológicos o especializados. Asimismo, incluyen planes de ejecución gradual que están diseñados teniendo en cuenta los diferentes tipos y grados de discapacidad.

No obstante, aun sosteniendo la decidida defensa de la accesibilidad universal, apuntar que no se trata de un principio de actuación absoluto o ilimitado. Para compensar desventajas o dificultades (todo ello en relación con el sistema de responsabilidad de todos los poderes públicos, diseñado por el artículo 9.2 CE)⁵⁵¹, serán admisibles las diferencias de trato en el acceso a bienes y servicios cuando estén justificadas por un propósito legítimo y los medios para lograrlo sean adecuados, proporcionados y necesarios⁵⁵². Al respecto se ha manifestado reiteradamente nuestra jurisprudencia constitucional, sirva de referencia la Sentencia del Tribunal Constitucional 68/1991 de 17 de noviembre, en donde se afirma: “en su sentido originario, del principio de igualdad se ha derivado, en la tradición constitucional europea, un derecho de los ciudadanos a la igualdad ante la ley, un derecho a que ésta sea aplicada a todos por igual, sin tener en cuenta otro criterio de diferenciación entre las personas o entre las situaciones que aquellos contenidos en la misma ley”⁵⁵³. En todo caso, se trata de medidas

⁵⁵⁰ Al respecto, se dicta normativa técnica de edificación. En la misma figuran motivos de calidad urbana, buen diseño, recuperación del espacio público por los peatones y las nuevas necesidades de movilidad.

⁵⁵¹ “Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

⁵⁵² Como es sabido, el principio de proporcionalidad es utilizado, principalmente, cuando se aborda los límites a los derechos fundamentales y libertades públicas, adquiriendo un enorme peso en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo y en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, con un desarrollo muy exhaustivo.

⁵⁵³ Consultar la edición completa de esta sentencia en http://hj.tribunalconstitucional.es/es/Resolucion/Show/1707#complete_resolucion&completa Son numerosas las sentencias que corroboran este planteamiento, que sitúa la igualdad como un derecho, entre otras la STC 49/1982 de 14 de julio; STC 162/1985 de 29 de noviembre o la STC 166/ 1985, de 9 de diciembre.

de acción positiva para todos los colectivos en situación de desigualdad social. Conforme a esta consideración, el contenido de la accesibilidad universal se ve limitado por tres tipos de circunstancias y que se detallan a continuación: “(a) los límites de lo necesario, se refieren al tipo de bienes, productos o servicios sobre los que se proyecta la accesibilidad (y que tienen que estar relacionados con la participación en la vida social); (b) de lo posible, se refieren a la situación del conocimiento científico y a la diversidad humana (existen límites en el conocimiento y la diversidad humana es tan grande que resulta imposible satisfacer completamente la accesibilidad); (c) y de lo razonable, se refieren al valor y peso de los esfuerzos destinados a hacer realidad la accesibilidad”⁵⁵⁴. Se presupone, por tanto, la estrategia de diseño para todos y se entiende sin perjuicio de los ajustes razonables que deban adoptarse, enunciados en el RDL 1/2013.

Se preveía también la determinación del establecimiento de un régimen de infracciones y sanciones (artículo 1 RDL 1/2013) en materia de igualdad de oportunidades, no discriminación y accesibilidad universal de las personas con discapacidad. De este modo, se configura un régimen de infracciones y sanciones, con carácter básico para todo el Estado, respetando los ámbitos de decisión propia que constitucionalmente corresponden al legislador autonómico para la plena garantía y protección de las personas con discapacidad. Para aplicar lo prescrito en la normativa los poderes públicos cuentan con dos herramientas primordiales. Por un lado, el diseño y ejecución de políticas públicas, de reglamentar las condiciones básicas de accesibilidad; y por otro, la obligación de tener presente el principio de accesibilidad en la elaboración y sanción de todas las normas que tengan una incidencia directa o indirecta para el eficaz desarrollo de la misma.

Repasando el contenido esbozado en las exposiciones de motivos y títulos preliminares de nuestra legislación (tanto de la normativa ya derogada como de la que está en vigor) se reconoce expresamente que, en un entorno accesible y sin barreras, las personas con discapacidad mejoran, de forma significativa, sus habilidades y su autonomía, incrementan su participación y autogestión en la vida diaria y social, evitan situaciones de marginación, reducen la dependencia de terceros e incrementan la prevención de dicha dependencia. Asimismo, se declara que la accesibilidad al entorno ofrece oportunidades de mejora, al dotar de condiciones adecuadas a los puestos de trabajo, centros escolares, establecimientos, comercios, espacios culturales, transportes, productos y servicios. Sin obviar, que unos mayores niveles de accesibilidad proporcionarían más actividad productiva, especialmente de renovación de innovación y diseño, e incrementarían el número de usuarios que, sin condiciones favorables, no podrían participar.

La base normativa de referencia se proyecta, a su vez, sobre principales estrategias horizontales nacionales. En este sentido, se auspició I Plan Nacional de Accesibilidad 2004-

⁵⁵⁴ Al respecto véase DE ASÍS, R.: “Sobre accesibilidad universal”, texto disponible en http://www.cermi.es/sites/default/files/docs/eventos/Rafael_de_Asis_Accesibilidad_Universal.pdf [Fecha de consulta: 12 de septiembre de 2017]; y *Accesibilidad Universal y Diseño para Todos. Arquitectura y Urbanismo*. Fundación ONCE para la cooperación e inclusión social de personas con discapacidad y Fundación Arquitectura COAM, 2011. Texto disponible en: http://www.fundaciononce.es/sites/default/files/docs/Accessibilidad%20universal%20y%20dise%C3%B1o%20para%20todos_1.pdf [Fecha de consulta: 12 de enero de 2018].

2012⁵⁵⁵ y sus posteriores ediciones, generando la necesidad de que las distintas Administraciones públicas actualicen su propios conceptos e instrumentos de intervención según las tendencias más recientes. Para el año 2017 no se consensuó ningún Plan Nacional, pero contamos ya con la resolución de 30 de octubre de 2017, del Real Patronato sobre Discapacidad, por la que se publica el Convenio de colaboración con el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, el CERMI y la Fundación ONCE, para la realización del Plan Nacional de Accesibilidad Universal 2018-2026⁵⁵⁶, establecido en la disposición adicional cuarta del RDL 1/2013 y tres de sus estudios⁵⁵⁷. Las parte firmantes del presente convenio coinciden en la defensa de los derechos e intereses de las personas con discapacidad y consideran necesario colaborar en la realización de este Plan Nacional de Accesibilidad Universal 2018-2026 y tres de sus estudios asociados, en concreto los dirigidos a conocer la situación de la accesibilidad en los siguientes ámbitos: espacios públicos urbanizados y edificaciones, relaciones con las administraciones públicas y bienes y servicios a disposición del público.

Junto a la anterior iniciativa, destacar también el Plan de Acción de la Estrategia Española sobre Discapacidad 2014-2020⁵⁵⁸, siendo el instrumento de desarrollo de la Estrategia Española sobre Discapacidad. Las líneas de acción de este Plan se enmarcan en la Convención de la ONU sobre los derechos de las personas con discapacidad, en las directrices de la Estrategia Europea sobre Discapacidad 2010-2020, en la Estrategia Europa 2020 y en las previsiones de la Estrategia Española sobre Discapacidad. De otro lado, el RDL 1/2013 constituye el referente legal en el que se sustenta el Plan. Su orientación es la eliminación de las causas de discriminación, al partir de la idea de que la igualdad de derechos de todas las personas ha de ser el referente para cualquier medida que pretenda actuar sobre las condiciones de exclusión en las que frecuentemente se encuentran las personas con discapacidad.

⁵⁵⁵ Véase el documento publicado por el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, disponible en <http://sid.usal.es/idocs/F8/FDO12610/pndaa.pdf> [Fecha de consulta: 22 de octubre de 2017].

⁵⁵⁶ Este convenio es uno de los definidos en el artículo 47.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y se encuentra, por consiguiente, sometido al régimen jurídico que dicha norma establece para los convenios.

⁵⁵⁷ Dicha disposición adicional cuarta determina “1. La Administración General del Estado promoverá, en colaboración con otras administraciones públicas y con las organizaciones representativas de las personas con discapacidad y sus familias, la elaboración, desarrollo y ejecución de planes y programas en materia de accesibilidad y no discriminación. 2. El Gobierno, en el plazo de un año desde la entrada en vigor de esta ley, aprobará un plan nacional de accesibilidad para un periodo de nueve años. El plan se desarrollará a través de fases de actuación trienal. En su diseño, aplicación y seguimiento participarán las asociaciones de utilidad pública más representativas en el ámbito estatal de las personas con discapacidad y sus familias”.

⁵⁵⁸ “El Marco de Actuación de esta Estrategia Española sobre Discapacidad 2012-2020 viene conformado por los objetivos cuantificados de la Estrategia Europea 2020. Estos objetivos persiguen garantizar un desarrollo sostenible e inclusivo, permitiendo a la UE avanzar hacia una sociedad del conocimiento. El Programa Nacional de Reformas de España 2011, aprobado en el Consejo de Ministros de 29 de abril de 2011, concreta esos objetivos a nivel nacional, para España”. La puesta en marcha de la Estrategia se concreta en un documento denominado Plan de Acción de la Estrategia Española sobre Discapacidad 2014-2020 que ha de aplicarse en dos fases: 3 La primera fase ocupa los años 2014 a 2016 y la segunda el periodo de 2017 a 2020. Fuente: Estrategia Española para la Discapacidad 2012-2020.

El Plan está estructurado en cinco ejes o áreas: igualdad para todas las personas, empleo, educación, accesibilidad, dinamización de la economía. Estos ejes se desarrollan luego a través de objetivos operativos y de actuaciones concretas. Dicho plan identifica, entre otros, un objetivo estratégico que comprende: promover la accesibilidad a los bienes y servicios” y, a su vez, una serie de objetivos operativos cómo son los siguientes: fomentar la accesibilidad en las TIC o Plan Especial de Accesibilidad (TV, radio, domicilio, medio ambiente urbano) o acciones formativas, fomento de la oferta de servicios y dispositivos, apoyo a la investigación TIC, promoción de recursos sobre evolución de TIC; promover la accesibilidad universal en las políticas públicas y en las estrategias de empresa, atendiendo a las necesidades de las PCD o Refuerzo de la I+D+i en la Estrategia Estatal de innovación 2012-2015 o avanzar en la accesibilidad universal y el diseño para todos, en ámbitos como el patrimonio natural y medio ambiente urbano...; promover la presencia del factor discapacidad y de la accesibilidad universal en la acción exterior (acciones de emergencia y ayuda humanitaria MAEC y AECID); instalaciones en el extranjero accesibles; y, por último, promover un sistema de información accesible sobre discapacidad. Los principios de igualdad de oportunidades y de igualdad entre mujeres y hombres forman parte esencial del Plan, favoreciendo la perspectiva de género y discapacidad, de tal forma que las mujeres con discapacidad, objeto frecuente de doble discriminación, se encuentran expresamente contempladas. En virtud del principio de igualdad de oportunidades, también se incluyen a los niños y niñas con discapacidad, grupo con especial riesgo de caer en situaciones de exclusión, violencia y pobreza y en el que la Convención de la ONU fija especial interés. Igualmente, presta especial atención a las personas con discapacidad que viven en zonas rurales y a las personas mayores con discapacidad, que conforman un colectivo cada vez más numeroso, a quienes beneficiarán las acciones del Plan que repercuten en el fomento de un envejecimiento activo.

Un primer avance significativo del Plan de Acción de la Estrategia Española sobre Discapacidad 2014-2020 se traduce en los siguientes datos: del total de 34 medidas previstas, encontramos 7 medidas cumplidas, 13 en proceso de cumplimiento⁵⁵⁹, según detalla el Informe de aplicación primera fase del Plan de Acción de la Estrategia Española sobre Discapacidad 2014-2020. Además, el referido Informe detalla que, de un total de 96 actuaciones comprometidas, se han cumplido 19, un 20%; 42 están en proceso de concluir (44%), 27 presentan información dispersa, casi siempre porque se trata de medidas poco concretas y/o de ámbito competencial muy diverso (28%). En relación con los ejes y sus objetivos estratégicos, se observa a la vista de lo consultado en el referido Informe que el área de Empleo presenta el porcentaje de cumplimiento más elevado (33%), seguido de Accesibilidad e Igualdad, con porcentajes cercanos al 20%. Es relevante la cantidad de actuaciones en proceso, un total de 42, destacando en este caso el eje Educación con un 69% de medidas, mientras que por el contrario el eje de Empleo tiene un 24%. El resto de ejes se mantienen cercanos al 40% de medidas en proceso. La accesibilidad como un eje clave de intervención, integra el mayor número de actuaciones: “los datos señalan que los objetivos destinados a fomentar el acceso a las tecnologías de la información, incluir la accesibilidad en las políticas públicas y en las es-

⁵⁵⁹ Informe de aplicación primera fase del Plan de Acción de la Estrategia Española sobre Discapacidad 2014-2020. Texto disponible en: <http://observatoriodeladiscapacidad.info/attachments/article/87/Informe%20Eval%20Fase1%20PAEED%20OED%20web.pdf> [Fecha de consulta: 22 de septiembre de 2017].

trategias de las empresas y la promoción de un sistema más moderno de información, son los que más progreso muestran. Es importante avanzar en un mayor desarrollo de la accesibilidad universal en todos los ámbitos asociados a las necesidades de las personas con discapacidad y de un mayor esfuerzo desde la acción exterior española”.

Otra evidencia real de la labor de los poderes públicos es el convenio entre el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y la Confederación Estatal de Personas Sordas (CNSE), cuyo objeto es hacer posible que las personas sordas dispongan de los servicios de intérpretes de lengua de signos, para aquellas gestiones o eventos en los cuales una persona sorda usuaria de la lengua de signos lo necesite para su comunicación. Estas personas pueden contar con intérpretes de lengua de signos en situaciones comunes como ir al médico, hacer gestiones en un banco, realizar trámites en Hacienda, recibir la asesoría de un abogado o acudir a una conferencia⁵⁶⁰. Otro ámbito en el que se está trabajando firmemente es el educativo, pues es política del Ministerio de Educación mantener una estrecha colaboración con las entidades que desarrollan su labor en el ámbito de las personas con discapacidad, con objeto de prestar al alumnado que presenta necesidades educativas especiales una atención educativa de calidad con equidad y propiciar los recursos materiales y personales necesarios⁵⁶¹.

En definitiva, los dictados normativos se materializan en ciertas políticas públicas, impulsadas por las distintas Administraciones, debiendo combinar resistencia financiera y flexibilidad para adaptarse a un mundo en cambio y a los nuevos retos y demandas sociales (por ejemplo, mitigar situaciones de exclusión que se deben traducir en un proceso de mejora de las condiciones de accesibilidad para las personas con discapacidad en el entorno urbano y rural, en la vivienda, en los medios de transporte). Sin embargo, las personas con discapacidad a menudo quedan excluidas del diseño, la planificación y la implementación de políticas y programas que tienen un impacto en sus vidas.

3. Distribución de competencias entre las distintas Administraciones públicas territoriales.

En lo que se refiere al marco competencial, la materia accesibilidad universal no ha sido objeto de atribución expresa a través de los mecanismos ordinarios de distribución de competencias, previsto en nuestra norma suprema. Ni se encuentra entre las materias reservadas

⁵⁶⁰ Se realizan actividades a favor de las personas con discapacidad a través del Centro de Referencia Estatal de Autonomía Personal y Ayudas Técnicas (CEAPAT), del Centro de Intermediación Telefónica, del Centro Español de Subtitulado y Audiodescripción (CESyA), del Centro Nacional de Tecnologías de Accesibilidad (CENTAC) y del Centro de Normalización Lingüística de la Lengua de Signos Española.

⁵⁶¹ La Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación establece que los centros educativos existentes que no reúnan las condiciones de accesibilidad exigidas por la legislación vigente en la materia, deberán adecuarse en los plazos y con arreglo a los criterios establecidos por la Ley 51/2003; asimismo, las Administraciones educativas promoverán programas para adecuar las condiciones físicas, incluido el transporte escolar, y tecnológicas de los centros y los dotarán de los recursos materiales y de acceso al currículo adecuados a las necesidades del alumnado que escolariza, especialmente en el caso de personas con discapacidad, de modo que no se conviertan en factor de discriminación y garanticen una atención inclusiva y universalmente accesible a todos los alumnos.

al Estado en el artículo 149.1 de la Constitución, ni entre las asumidas por los Estatutos de Autonomía a favor de sus respectivas Comunidades. Nos adentramos en el tratamiento de esta cuestión.

Desde el inicio del proceso autonómico, es el caso, no sólo de las competencias exclusivas en materia de asistencia social (artículo 148.20º, Constitución), sino también la participación en cuatro ámbitos clave: educación, laboral y de empleo, salud y accesibilidad. Ello, con independencia de que el Estado se reserve la legislación laboral (artículo 149.1.7º, Constitución), las bases y coordinación general de la sanidad (artículo 149.1.16º, Constitución), la legislación básica de la Seguridad Social, reservando la ejecución de sus servicios a las Comunidades Autónomas (artículo 149.1.17º, Constitución), la regulación de las normas básicas para el desarrollo de la educación (artículo 149.1.30º, Constitución), y la regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos (artículo 149.1.1º, Constitución). El punto de partida de la distribución competencial actualmente en vigor es el artículo 149.1.1º, que determina la competencia exclusiva del Estado para la regulación de “las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales”. Esta prescripción jurídica es el nudo gordiano de la habilitación del Estado para actuar en materia de políticas sociales, sin perjuicio de las políticas públicas sectoriales y sin perjuicio de las competencias atribuidas a las Comunidades Autónomas y a las Entidades Locales. Además, la conexión de este precepto con los derechos reconocidos en la Constitución en los artículos 10.1, 14 y 49, es evidente; junto con lo previsto en el apartado primero de la disposición final del RDL 1/2013 al declarar que “esta ley se dicta al amparo de la competencia exclusiva del Estado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales, conforme al artículo 149.1.1.ª de la Constitución”.

El artículo 149.1.1ª de la Constitución constituye un título competencial “con contenido propio, no residual”, conforme ha interpretado el Tribunal Constitucional en su sentencia 172/1998, que otorga al Estado las facultades normativas para determinar las condiciones básicas de la igualdad y no discriminación de las personas con discapacidad, de manera que se les garantice los mismos derechos y prestaciones en todo el territorio nacional. Este título competencial no alcanza, sin embargo, a regular la totalidad del régimen jurídico de la materia sobre la que trate la norma. Por tanto, es aquí cuando entraría en juego el marco competencial distribuido entre el Estado, las Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales.

En efecto, la accesibilidad universal es un objetivo a alcanzar, que impone para su consecución una actuación estatal, ya sea removiendo los obstáculos que la dificultan, o favoreciéndola directamente a través de una actitud positiva, o de hacer (facilitando la participación de toda la ciudadanía en la vida política, económica, cultural y social). Esa intervención estatal que promueva la igualdad material tiene que ser real y efectiva. El RDL 1/2013 es resultado directo de este mandato constitucional en cuanto a la atribución de competencias en la materia. Pues se dictó al amparo de la competencia exclusiva del Estado para regular las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y el cumplimiento de los deberes constitucionales. El artículo 23 del RDL 1/2013 declara que el Gobierno (se entiende el Gobierno de la Nación), sin perjuicio de las competencias atribuidas a las Comunidades Autónomas y a las Corporaciones Locales, regulará unas condiciones

básicas de accesibilidad y no discriminación que garanticen unos mismos niveles de igualdad de oportunidades a todas las personas con discapacidad, señalando que tal regulación será gradual en el tiempo y en el alcance y contenido de las obligaciones impuestas, y abarcará todos los ámbitos y áreas de las enumeradas en el artículo 5. Esta previsión se completa con la contenida en la disposición final primera del RDL 1/2013 dicta que la sección 2.^a del capítulo II del título II (medidas de defensa) se dicta, además, al amparo de la competencia del Estado en materia de legislación procesal, conforme al artículo 149.1.6.^a de la Constitución y que el capítulo II del título III sólo será de aplicación a la Administración General del Estado en lo concerniente al régimen de infracciones y sanciones. En aplicación de estos títulos competenciales, el Estado ha dictado diversa normativa que de una u otra forma inciden de manera decisiva en la mejora de la accesibilidad y en la supresión de las barreras arquitectónicas a las que se enfrentan las personas discapacitadas.

En materia de accesibilidad, respetando el marco básico estatal y de las normas que fijen las condiciones básicas de accesibilidad, el desarrollo de las medidas corresponde nítidamente a las Comunidades Autónomas y con la participación en la ejecución de las Entidades Locales. La competencia en materia de accesibilidad ha venido siendo asumida por las Comunidades Autónomas en virtud del artículo 148.1.3.^o de la Constitución. Conforme a la regulación en vigor, la estatal una competencia de mera armonización o establecimiento de normativa básica, justificada por la necesidad de exigir una sustancial uniformidad en las condiciones de vida del colectivo de personas discapacitadas (artículo 149.1.1.^a); o bien amparada en otros títulos competenciales que inciden de manera indirecta en cuestiones relativas a la accesibilidad (artículo 149.1.8.^a). Al amparo del título estatal armonizador en esta materia, basado en el artículo 149.1.1.^a se pronuncia la Sentencia del Tribunal Constitucional, núm. 61/97, de 20 de marzo. Así pues, debe garantizarse la coexistencia de esta competencia con las competencias que el Estado tiene en virtud de los apartados del artículo 149.1 de la Constitución. Asimismo, los Estatutos de autonomía, como regla general, atribuyen a los poderes públicos la promoción de las condiciones necesarias para que la libertad e igualdad de los individuos y los grupos en que se integran sean reales y efectivas, removiendo los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud. En esta materia tampoco es posible recurrir a una aplicación inmediata y directa de la cláusula de atribución residual al Estado de las competencias no asumidas por las Comunidades Autónomas a través de sus Estatutos, dada la proximidad de esta competencia en relación con otras materias que sí han sido objeto de distribución expresa a las Comunidades Autónomas: la relativa a la integración de las personas con discapacidad⁵⁶² y la más amplia, de asistencia social.

Por su parte, el artículo 148 de la Constitución en diversos apartados reconocen a las Comunidades Autónomas competencias exclusivas en un buen número de materias cuya incidencia en la accesibilidad y no discriminación es evidente. Señalar que gran parte de la normativa autonómica en materia de accesibilidad es anterior, en el tiempo, a la estatal. El avance legislativo producido en nuestro país en materia de accesibilidad como consecuencia de los movimientos sociales y de la normativa internacional, ha dado lugar a la necesidad de

⁵⁶² Advertir que esta competencia no aparece asumida con carácter general por las Comunidades Autónomas, por lo que de considerarse éste el criterio determinante, en las Autonomías en las que no se hubieran asumido expresamente la competencia de integración, correspondería al Estado su ejercicio

actualizar la legislación autonómica existente. No en vano, las Comunidades Autónomas han hecho uso de estas competencias en materias como la ordenación del territorio, el urbanismo, la vivienda, o el transporte, para dictar normas con contenidos directamente relacionados con aquéllas. Además, a las Comunidades Autónomas también les compete la tarea de completar o terminar de delimitar el ámbito normativo de las condiciones básicas que garanticen la igualdad y cuyos límites, tanto para el Estado, como para ellas mismas, se ha fijado ya de forma clara por la jurisprudencia constitucional.

Los principios básicos de igualdad de oportunidades recogidos, tanto en el ordenamiento jurídico internacional, como en el artículo 14 de la Constitución y en los Estatutos de Autonomía de cada una de las Comunidades Autónomas, constituyen un elemento innegable para dirigir y coordinar la acción de todos los poderes públicos, cada uno de ellos en el contexto de sus respectivas atribuciones. Sin duda, el principio de igualdad de oportunidades de toda la ciudadanía representa un valor inalienable común a todos los Estados, a todas las sociedades. Las Comunidades Autónomas como realidad jurídico-política no deben ser ajena a esta realidad, pues determina cada día la vida y las actividades de los ciudadanos, entre ellos las personas con discapacidad y sus familias.

En cuanto al régimen de infracciones y sanciones que se establece será común en todo el territorio del Estado y será objeto de tipificación por el legislador autonómico, sin perjuicio de aquellas otras infracciones y sanciones que pueda establecer en el ejercicio de sus competencias. Al respecto, las Comunidades Autónomas establecerán un régimen de infracciones que garantice la plena protección de las personas con discapacidad, ajustándose a lo dispuesto en esta ley, según se preceptúa en el artículo 78 (RDL 1/2013).

Por su parte, los Ayuntamientos deberán prever planes municipales de actuación, al objeto de adaptar las vías públicas, parques y jardines, a las normas aprobadas con carácter general, viniendo obligados a destinar un porcentaje de su presupuesto a dichos fines. Así como las medidas para facilitar el estacionamiento de vehículos (artículo 30 RDL 1/2013). Dejar constancia de la existencia de ordenanzas municipales en grandes municipios y no tan grandes (Barcelona, Burgos, Cádiz, Elche, El Puerto de Santa María, Valladolid, Zaragoza...). Es innegable que la condición de ciudadanía es el estatus conformado por el acceso a los recursos básicos para el ejercicio de derechos y deberes de las personas, y es en este entorno donde las Corporaciones Locales asumen el principal protagonismo en cuanto poder público, por ser las autoridades competentes en la configuración, mantenimiento y gestión del municipio. Desde los Ayuntamientos se debe apostar por una ciudad accesible, pues en la medida que los equipamientos, servicios y espacios son más cómodos, más seguros y más fáciles de usar y, por lo tanto, promueven la autonomía de las personas, con el desarrollo de las libertades fundamentales y la calidad de vida de todas las personas. En consecuencia, la falta de accesibilidad a ciertos espacios, equipamientos municipales o servicios, puede derivar en la limitación de libertades fundamentales como el derecho a la educación, a la cultura, a las actividades recreativas y deportivas, al alojamiento etc. Por tanto, son los responsables en primera instancia de afrontar tales restricciones a la condición de ciudadanía. Pero más allá del ámbito local, en España, y como consecuencia del reparto de poderes existentes, cada Comunidad Autónoma ha ejercido sus competencias y desarrollado leyes en aspectos tales como la accesibilidad a los espacios y servicios. La aplicación de estas leyes autonómicas de accesibilidad se produce, en gran medida, a escala local, de modo que muchos Ayuntamientos

las han implementado haciendo uso de los instrumentos de promoción contemplados en la propia normativa.

Con todo, en los últimos años, el Estado, las distintas Comunidades Autónomas y las Corporaciones Locales han asumido sus competencias y han evolucionado de forma favorable en materia legislativa, donde cada vez se reclama con mayor énfasis el derecho a la accesibilidad universal por parte de toda la población y especialmente por las personas con discapacidad. No obstante, no siempre la disponibilidad normativa ha conllevado la realización de espacios inclusivos donde se permita el uso y disfrute de los mismos por cualquier persona, tenga o no discapacidad.

4. Elementos críticos derivados del reparto competencial

El resultado de la progresión en el tratamiento de la accesibilidad universal, hasta el momento, según se deduce de la evaluación realizada para el *Libro Verde: la Accesibilidad en España*⁵⁶³, ha sido escaso e irregular. No se puede negar que se han realizado grandes avances (la propia existencia de un marco regulatorio lo es), pero todavía nos encontramos muy lejos de que la accesibilidad sea una característica común en los edificios, calles o transportes de nuestras ciudades, y más lejos aún de ser un requisito plenamente asumido por los gestores y planificadores de las mismas. Consecuentemente debido a las especialidades características de la política de accesibilidad universal (trasversal a otras políticas, y no totalmente subsumible en el concepto de asistencia social) es posible evidenciar elementos críticos derivados de su reparto competencial, que, sin embargo, se materializa en el desarrollo de las políticas (y competencias específicas) en las que la accesibilidad ha de desarrollarse.

En primer lugar, no siempre los poderes públicos garantizarán en la misma medida la prevención, los cuidados médicos y psicológicos, los apoyos adecuados, la educación, la orientación, la inclusión social y laboral, el acceso a la cultura y al ocio, la garantía de unos derechos económicos, sociales y de protección jurídica mínimos y la Seguridad Social. Asimismo, para la consecución de lo anterior participarán, en sus correspondientes ámbitos competenciales, las Administraciones públicas, los interlocutores sociales y las asociaciones y personas jurídico-privadas introduciendo cierta complejidad en la toma de decisiones e intereses diversos que en muchas ocasiones se contraponen. Sin embargo, no se puede prescindir de la interacción de cada uno de estos actores referidos.

En segundo lugar, en tanto que la discapacidad no constituye un concepto estático sino dinámico y real urge a todas las Administraciones públicas abordar todos los ámbitos concernientes a esta realidad social, para que sea una acción inclusiva constante en tanto que atañe a la vida diaria y que todos los ciudadanos pueden beneficiarse de las mismas utilidades. En cuanto que la discapacidad es un proceso, la accesibilidad universal significaría así la garantía de un entorno público y privado sin obstáculos. Aunque se han producido grandes avances (como la elaboración de la legislación actual), todavía nos encontramos muy lejos de que la

⁵⁶³ ALONSO LÓPEZ, F. (dir.). Libro verde de la accesibilidad en España: diagnóstico de situación y bases para elaborar un plan integral de supresión de barreras, Madrid: Instituto de Migraciones y Servicios Sociales, 2002.

accesibilidad esté presente en los edificios y espacios urbanos de todas las ciudades, y más lejos aún de ser un requisito plenamente asumido por los gestores y planificadores de las mismas.

En tercer lugar, el marco normativo es complejo y disperso condicionados por los diversos criterios técnicos, incluso viciados por intereses políticos. Ello provoca la difícil convivencia de las normas estatales, autonómicas y locales. Unido a ello, la amplitud que tiene esta realidad, por su alcance y las interrelaciones (diferentes niveles de gobierno, de sectores, colectivos, etc.), dificultan alcanzar acuerdos plenos sobre los contenidos de cualquier norma reguladora de las condiciones básicas de accesibilidad y su aplicación. Se puede observar que los incumplimientos en la aplicación de la misma son bastantes frecuentes, por lo que se deduce que la aplicación de la; que existen vacíos normativos; y que el régimen sancionador no se cumple en su totalidad, aunque en algunos casos la jurisprudencia ha dado la razón y ha obligado a cumplir con las normas vigentes.

El amplio bagaje normativo en la materia a nivel estatal, autonómico y local hace necesario un estudio concienzudo para demostrar la gran variedad y diversificación existente al respecto, lo que conlleva una gran dispersión y confusión en el momento de la aplicación normativa. Ello sugiere para posteriores estudios observar los parámetros que establece cada Entidad local o Comunidad autónoma respecto a la norma estatal, así como apreciar los diferentes vacíos normativos existentes en cada una de las normas.

A pesar de que se han realizado diversas labores de concienciación, como normativas, manuales, modelos de ordenanzas, etc., aún se necesita una mayor implicación política para promulgar una legislación completa y adaptada a las necesidades de cada persona, así como para dar difusión de la misma y obligar a su cumplimiento. Esta falta de aplicación práctica contrasta con la legislación vigente en la materia, al ser muy abundante, aunque en la mayoría de los casos, muy incompleta y anticuada. Por tanto, es necesario unificar, ampliar y actualizar toda la normativa vigente en la materia, así como velar por su cumplimiento.

5. Consideraciones finales

La accesibilidad universal, centrándonos en el principio de igualdad de oportunidades, nos sitúa en un plano que nos obliga a replantearnos los derechos y libertades de las personas con discapacidad como atributos indispensables, en particular, y a tomarnos en serio la vigencia de los derechos en las relaciones entre particulares, en general. Y tratándose de una cuestión socialmente necesaria, debe ser abordada por los poderes públicos y la sociedad civil.

A pesar de los avances normativos, la configuración jurídica de la accesibilidad universal no está todavía clara, y, en cierto sentido se percibe como insuficiente. Incluso sigue configurándose en nuestras ciudades como un concepto parcial y discontinuo. Normalmente aparece como un principio o como una directriz de las políticas públicas de los Estados y no, explícitamente, como un derecho. Consideramos que debemos evolucionar hacia la consideración de la accesibilidad universal como un verdadero derecho, desde una visión abierta, que asuma la diversidad humana y la pluralidad dentro de la discapacidad. Por tanto, nuestra normativa a pesar de su positiva progresión en el tratamiento de la cuestión es mejorable. Es

por ello necesario que el marco regulatorio y las acciones públicas en materia de discapacidad intervengan en la sociedad como conjunto, en sus distintas expresiones materiales o relacionales. Todo ello en aras de la lucha contra la discriminación y, por ende, la promoción de la accesibilidad universal.

Las distintas Administraciones públicas territoriales implicadas deben recoger las necesidades detectadas y proponer las soluciones acordes, así como las líneas generales de acción más adecuadas. El sector público debe centrarse en prestar unos servicios inclusivos, para todos, sean ciudadanos tecnológicamente analfabetos o no, vivan en las ciudades o en las zonas rurales, tengan necesidades especiales, debido a la discapacidad, o no. Lo anterior no tendrá la aplicación práctica deseada, sin la adecuada dotación de medios y recursos. Es por ello que, las Administraciones públicas no deben desmerecer el consignar en sus presupuestos las partidas necesarias para la financiación de las adaptaciones de inmuebles (por ejemplo, con el establecimiento de ayudas, exenciones y subvenciones). Todo ello permitirá fijar los criterios necesarios para insertar la accesibilidad universal, de forma ordenada, coherente y sistematizada, en el diseño y en la gestión urbanas. Así, nos conducirá a un modelo de atención integral al ciudadano.

Además, la atención oportuna de las denuncias de la ciudadanía y de las entidades de personas con discapacidad y sus familias de las violaciones de derechos por falta de accesibilidad universal. Se trata de denunciar situaciones de discriminación en el entorno físico, social, económico y cultural, de la salud, de la educación y de la información y las comunicaciones, que impiden que las personas con discapacidad puedan gozar plenamente de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales. Ello con el propósito de exigir la actuación de los poderes públicos para corregir las graves y extendidas deficiencias aún persistentes, y promover con mayor firmeza la toma de conciencia del valor de la accesibilidad por parte de la sociedad. En este sentido, se revela, en muchas ocasiones, la escasa eficacia práctica de las disposiciones legales, al carecerse de un aparato sancionador eficaz.

Junto a ello, más investigación en este campo no es cuestión baladí, para tratar convenientemente necesidades y motivaciones, ordenar prioridades, atender las demandas sociales o resolver conflictos de intereses. Como se indicaba en líneas precedentes, en todos aquellos ámbitos en los que existe un factor de concurrencia competencial entre el Estado y las Comunidades Autónomas, promover un estudio exhaustivo y comparativo de las Leyes de Accesibilidad y los Reglamentos de desarrollo (globales o de sectores concretos) de las distintas Comunidades.

En definitiva, hay que seguir progresando en este ámbito que está vivo, ejecutando o dando vida a los dictados de las normas. Se trata de regular con un enfoque práctico e integrador, para ello se exige responsabilidad, compromiso, recursos y, quizás, un cambio cultural en favor de mayor o más sensible toma de conciencia social. Con todo, en el proceso de exigibilidad de las condiciones de accesibilidad universal se atestigua que solo su realización plena efectiva puede dotar de plena capacidad de obrar al individuo. Incluso consideramos que, si llevamos el actual principio de accesibilidad universal a sus máximos efectos, no debería hablarse en puridad de discapacidad.

6. Recursos bibliográficos.

- ALEGRE VALLS, L., CASADO MARTÍNEZ, N. Y VERGÉS, J. *Análisis Comparado de las Normas Autonómicas y Estatales de Accesibilidad*, Editorial Real Patronato sobre Discapacidad, 2005.
- ALONSO LÓPEZ, F. (dir.). Libro verde de la accesibilidad en España: diagnóstico de situación y bases para elaborar un plan integral de supresión de barreras, Madrid: Instituto de Migraciones y Servicios Sociales, 2002.
- CABRA DE LUNA, M.A. “Dimensión y alcance de las políticas pública sobre discapacidad en España: el reparto de papeles entre el Estado y las CCAA”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, 65, 2006, pp. 61-75.
- COURTIS, C. “Discapacidad e inclusión social: retos teóricos y desafíos prácticos. Algunos comentarios a partir de la Ley 51/2003”, *Revista Jueces para la Democracia*, núm. 51, 2004.
- ESPÍNOLA JIMÉNEZ, A. *Comparativa sobre normativa de accesibilidad en urbanismo y edificación en España*, Servicio Editorial, Servicio Editorial, 2016. Texto disponible en: http://www.arquitectura-tecnica.com/hit/Hit2016-2/1606_comparativanormativaaccesibilidad.pdf [Fecha de consulta: 1 de octubre de 2017].
- DE ASÍS, R. (dir.). *El significado de la accesibilidad universal y su justificación en el marco normativa español*. Informe realizado por un Equipo de Investigación del Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas”, al amparo de un Convenio de Colaboración con el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales- Secretaría de Estado de Servicios Sociales, Familia y Discapacidad-, y la Universidad Carlos III de Madrid. Noviembre de 2005. Texto disponible en: <http://www.cermi.es/sites/default/files/docs/colecciones/Elsignificadodelaaccesibilidaduniversalysujustific.pdf> [Fecha de consulta: 2 de septiembre de 2017].
- DE ASÍS, R., AIELLO, A.L., BARIFFI, F., CAMPOY, I., PALACIOS, A. “La accesibilidad universal en el marco constitucional español”, *Derechos y Libertades*, Número 16, Época II, enero 2007, pp. 57-82.
- MESSÍA DE LA CERDA BALLESTEROS, J.A., FLORES RODRÍGUEZ, J. “Accesibilidad universal y no discriminación en inmuebles residenciales de uso privado”, *Revista Crítica de Derecho Inmobiliario*, Núm. 737, Mayo 2013, pp. 1533-1568.
- SALA MOZOZ, E. y ALONSO LÓPEZ, F. *La Accesibilidad Universal en los municipios: Guía para una política integral de promoción y gestión*, Septiembre 2005. Texto disponible en: <http://www.imserso.es/interpresent3/groups/imserso/documents/binario/guiaaccesmuni.pdf> [Fecha de consulta: 12 de diciembre de 2018].

**MANTÉNGASE INFORMADO
DE LAS NUEVAS PUBLICACIONES**

**Suscríbese gratis
al boletín informativo
www.dykinson.com**

Y benefíciense de nuestras ofertas semanales