

CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

Nº 11– 2019

Volumen Ordinario - junio

ISSN 2340-860X

Cadernos de Dereito Actual
Nº 11. Ordinario - junio - 2019

EQUIPO EDITORIAL

Director: Rubén Miranda Gonçalves, *Universidade de Santiago de Compostela.*

Secretario: Jose Martínez Fernández. *Universidad Camilo José Cela, Madrid.*

Secretario Adjunto: Fábio da Silva Veiga. *Universidad de Alcalá de Henares, Madrid.*

COMITÉ CIENTÍFICO

Rubén Miranda Gonçalves, *Universidade de Santiago de Compostela*, **Fábio da Silva Veiga**, *Universidade de Vigo*, **Consuelo Ferreira Regueiro**, *Universidade de Santiago de Compostela*, **Juan Fernando López Aguilar** *Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, **Rogelio Pérez-Bustamante González** *Universidad Rey Juan Carlos*, **Rufina Hernández Rodríguez**, *Tribunal Superior Popular de la Habana (Cuba)*, **Irene Maria Portela**, *Instituto Politécnico do Cávado e do Ave (Portugal)*, **Marcos Augusto Pérez**, *Universidade de São Paulo, (Brasil)*, **Alessandro Rosanó** *University of Padova (Italia)*, **José Julio Fernández Rodríguez** *Universidad de Santiago de Compostela*, **Camila Clarisse Romero Gomes**, *Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais (Brasil)*, **Emilia Santana Ramos**, *Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, **Antonio Tirso Ester Sánchez**, *Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, **Dávid Barczy**, *Pavol Jozef Šafárik University in Košice (Eslovaquia)*, **Francielle Vieira Oliveira**, *Universidade do Minho (Portugal)*, **Rodrigo Andrés Poyanco Bugueño**, *Universidad de los Andes (Chile)*, **Fernando Hernández Fradejas**, *Universidad de Bolonia (Italia)*, **Daniel Camilo Beltrán Castiblanco**, *Pontificia Universidad Javeriana de Bogotá (Colombia)*, **Érica Guerra da Silva**, *Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (Brasil)*, **Antônio Pereira Gaio-Júnior**, *Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro (Brasil)*, **Thiago Oliveira Moreira**, *Universidade Federal do Rio Grande do Norte (Brasil)*, **Alessandra Silveira**, *Universidade do Minho (Portugal)*, **Douglas Predo Mateus**, *Universidade Católica de Santos (Brasil)*, **Arlen José Silva de Souza**, *Universidade Federal de Rondônia - Escola da Magistratura de Rondônia, (Brasil)*, **Guilherme Augusto Souza Godoy**, *Universidade do Porto (Portugal)*, **Domenico d'Orsogna**, *Universidad de Sassari (Italia)*, **Manuel Pérez Rodríguez**, *Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, **Teresa Carballeira Rivera**, *Universidad de Santiago de Compostela*, **Rosa Rodríguez Bahamonde**, *Universidad de Las Palmas de Gran Canaria*, **Daniel Sansó-Rubert Pascual**, *Universidad de Santiago de Compostela*, **Teresa Fajardo del Castillo**, *Universidad de Granada*, **Rafael García Pérez**, *Universidad de Santiago de Compostela*, **Marco Aurélio Gumieri**, *Universidade de São Paulo*, **Bruno Joviniano**

de Santana, *Universidade Anhanguera, (Brasil)*, **Gabriel Martín Rodríguez**, *Universidad Rey Juan Carlos*, **Gemma Minero Alejandre**, *Universidad Autónoma de Madrid*. **Rui Miguel Zeferino Ferreira**, *Universidade de Santiago de Compostela*, **Heron Gordilho**, *Universidade Federal da Bahia, (Brasil)*, **Luciana Aboim Machado Gonçalves da Silva**, *Universidade Federal de Sergipe, (Brasil)*, **Márcio Luís de Oliveira**, *Universidade Federal de Minas Gerais, (Brasil)*, **Lucas Gonçalves da Silva**, *Universidade Federal de Sergipe, (Brasil)*, **Johannes San Miguel**, *Universidad de Guayaquil, (Ecuador)*, **Lucio Pegoraro**, *Università di Bologna, (Italia)*, **Anabela Susana de Sousa Gonçalves**, *Escola de Direito da Universidade do Minho, (Portugal)*, **Natalia Pérez Rivas**, *Universidad de Santiago de Compostela*, **Cristiane Elias Campos Pinto**, *Universidade Católica de Santos, (Brasil)*. **Sebastián Kiwonghi Bizawu**, *Escola Superior Dom Helder Câmara, (Brasil)*, **Wilson Engelmann**, *Universidade do Vale do Rio Sinos, (Brasil)*, **Ilton Garcia da Costa**, *Universidade Estadual do Norte do Paraná (Brasil)*, **Gilberto Atencio Valladares**, *Universidad de Salamanca, (España)*, **J. Eduardo Amorim**, *Universidade do Porto, (Portugal)*, **Celso Hiroshi Iocohama**, *(Universidade Paranaense, Brasil)*, **Salvador Tomás Tomás**, *(Universidad de Murcia)*, **Viviane de Sélos Knoerr**, *(UniCuritiba)*, **Juan Emilio Oviedo Cabañas**, *(Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur)* **Armando Rovai**, *(Universidade Presbiteriana Mackenzie, Brasil)*, **Felipe Chiarello**, *(Universidade Presbiteriana Mackenzie, Brasil)*, **João Relvão Caetano**, *(Universidade Aberta, Portugal)*, **Irene Patricia Nohara**, *(Universidade de São Paulo e U. Presbiteriana Mackenzie)*, **Ignacio Covarrubias Cuevas**, *(Universidad del Desarrollo, Chile)*, **Enoque Feitosa**, *(Universidade da Paraíba, Brasil)*, **Lorena Freitas**, *(UNIPÊ, Brasil)*, **Sidney Guerra**, *(Universidade do Rio de Janeiro, Brasil)*, **Maria Teresa Alonso** *(Universidad de Zaragoza, España)*, **Gonzalo Martínez Etxeberria**, *(Universidad de Deusto)*, **Vânia Aieta**, *(Universidade Estadual do Rio de Janeiro, Brasil)*, **Flavio Martins**, *(Damásio Educacional, Brasil)*, **Laura Miraut Martín** *(Universidad de Las Palmas de Gran Canaria)*. **Jose Eduardo Cardozo** *(Pontificia Universidade Católica de São Paulo, Brasil)*. **José Barroso Filho** *(Superior Tribunal Militar do Brasil)*. **Angelo Viglianisi Ferraro** *(Università Mediterranea, Italia)*. **Márcio Aleandro Correia Teixeira** *(Universidade Federal do Maranhão, Brasil)*. **Daniela Serra Castilhos** *(Universidade Portucalense, Portugal)*. **Carlos García Soto** *(Universidad Monteávila, Venezuela)*. **Claudia Gurgel** *(Universidade Estadual do Rio de Janeiro Brasil)*. **João Proença Xavier** *(Universidad de Salamanca)*. **Santiago Trujillo Santana** *(Universidad Fernando Pessoa, Canarias)*. **Cláudia Ribeiro Pereira Nunes** *(Universidade Veiga de Almeida, Brasil)*. **Jorge Miranda** *(Universidade de Lisboa, Portugal)*. **Nuno Garoupa** *(Texas A&M University School of Law, EEUU)*. **Marco Olivetti** *(Università LUMSA, Italia)*. **Deilton Ribeiro Brasil** *(Universidade de Itaúna-MG, Brasil)*. **Beata Stepień Zalucka** *(University of Rzeszów, Polonia)*. **María Camacho Zegarra** *(Universidad ESAN, Perú)*. **Antonio-Carlos Pereira Menaut** *(Universidad de Santiago de Compostela, España)*. **José Ignacio Martínez Estay** *(Universidad de los Andes, Chile)*. **Valter Moura do Carmo** *(Universidade de Marília, Brasil)*, **Hadassah Santana** *(Universidade Católica de Brasília, Brasil)*. **Letícia Mirelli Faleiro Bueno** *(Universidade de Itaúna, Brasil)*.

© Asociación Xuristas en Acción.

Edita: Asociación Xuristas en Acción. Facultad de Derecho Avenida Dr. Ángel Echeverri s/n CP 15782 Campus Vida, Santiago de Compostela.

Depósito Legal: C 2118-2013 **ISSN:** 2340-860X - **ISSNe:** 2386-5229

SUMARIO

Artículos de investigación

The subsumption in the international criminal case as an interpretative pick: The role of Latin American supreme courts

Dimitris Liakopoulos 09

Cooperative Constitutional State: the effectiveness of fundamental rights in a globalized world.

Lindomar Rodrigues de Oliveira 68

Liderança para o judiciário: contribuições dos estudos organizacionais

Sadraqe Rios & Vera Lúcia Mendes 89

Cuando los poderes se encuentran, los actores confrontan. Elementos para analizar los Jurys hacia el interior de la justicia penal

Ezequiel Kostenwein 102

Aproximaciones al modelo político-electoral de la Constitución cubana de 2019

Harold Bertot Triana 124

Reflexiones en relación con los principios éticos en el arbitraje internacional: la independencia y la imparcialidad del árbitro.

Nayiber Febles Pozo 141

A proteção jurídica de *softwares* e sua contribuição para o desenvolvimento brasileiro

Gabriel de Lima, Thaisi de Lima & Patricia Guimarães 161

O papel do GAFI/FATF: natureza jurídica de suas recomendações e formas de coerção aos países membros pela sua inobservância

Antonio Henrique Suxberger & Dalbertom Júnior 173

O prestígio da condição humana em detrimento da nocividade da categorização: um estudo sob a perspectiva dos migrantes haitianos e dos princípios que regem a política migratória brasileira

Daniele Aparecida Diniz & Deilton Brasil 186

Más allá de los métodos alternativos clásicos al proceso judicial: otras formas de resolución de conflictos

Almudena Valiño Ces 201

Redução a condição análoga à de escravo na sociedade moderna e função social da empresa	
Priscila Luciene de Lima & Rafael Torres	225
Acción internacional ante los crímenes de violencia sexual en los conflictos armados	
José Javier Hernández	245
A influência da soft law no sistema normativo brasileiro de proteção ambiental: o exemplo da declaração de estocolmo	
Adriano Oliveira, Lise Tupiassu & Jean-Raphael Gros-Desormeaux	263
O federalismo cooperativo aparente no Brasil para proteção ambiental	
Paulo Campanha , Márcia Dieguez & Letícia Rodrigues	279
O equilíbrio em tempos pós-modernos e pós-positivistas	
Lourenço Neto & Priscila Luciene de Lima	304
Consumo, educação e direito à sustentabilidade: uma reflexão sobre a educação ambiental em face da necessária revisão dos currículos escolares brasileiros.	
Elisa T. Goulart, Márcia R. dos Santos & Cleide Calgaro	319
A condição pós-moderna e a responsabilidade civil ambiental	
Arthur Pinheiro Basan & Gabriel Oliveira de Aguiar Borges	334
Regulación del derecho de las víctimas de trata de personas a una indemnización, compensación y reparación	
María Cristina Aranda López	347
A população indígena e seus reflexos no direito internacional contemporâneo	
Isabela Moreira do N. Domingos	360

The subsumption in the international criminal law: the role of Latin American Supreme Courts

Dimitris Liakopoulos¹

Fletcher School-Tufts University (EUA)

Summary: -1.Premise and analysis grid; -2.Interpretation of criminal cases in an expansive manner; -3.The foundation of the rule of imprescriptibility; -4.The "judicial typification" of the association crime: The Arancibia Clavel case; -5.Inter-American jurisprudence; -6.Criminal types "such as Giano bifronte": The double-subsumption method; -7.Fallacy of the model of specialty: The relationship between internal and international cases; -8.Failure to apply the apparent competition of rules; -9.Recurring problems: The system of sources and temporal validity of the imprescriptibility rule; -10.An "improper" use of the double subsumption: The Fujimori case; -11.Forced disappearances as a permanent crime; -12.The suspension of the limitation period during the de facto government; -13.Plan of the typical structure: The extension of the scope of international criminal types; -14.The context element as a key to opening the type; -15.Elimination of legislative limits to the international criminal type: The case of legitimacy control; -16.Expanding legislative choices of international criminal types and its own validation; -17.Interpretation of criminal types in a reductive key; -18.The context element of the international criminal type in a selective function; -19.The element of context as a distinction between international crimes and serious violations of human rights; -20.Delimitation criteria for crimes against humanity, crimes of drug trafficking and terrorism; -21.The commitment of the Latin American jurisprudence in the definition of the boundaries of criminal types from the "vaporous qualification"; -22.Interpretative parameters of the type; -23.The definition of the non-political nature of genocide; 24.The configuration of insolvency relationships with common crimes; -25.The jurisprudential validation of restrictive legislative choices; -26.Concluding remarks; -27.Bibliography.

Abstract: The analysis that follows presupposes an inevitable selection of judgments, conducted essentially on the basis of their particular contribution to the interpretation of the structure typical of international crimes, namely crimes of genocide, forced disappearance, torture and crimes against humanity as a whole. It should be clarified, as a preliminary point, that it will not be limited to some countries of the Latin American continent, nor is it intended to understand them all, as it is beyond the scope of this work to provide a systematic and exhaustive description of the jurisprudence by virtue of a geographical criterion. Instead, we will focus on the various judgments of Supreme Courts which, in dealing with international crimes, offer a particularly significant contribution to their interpretation and definition.

Key words: subsumption, international criminal justice, Latin American supreme courts, human rights, international jurisprudence.

1. PREMISE AND ANALYSIS GRID

The Latin American supreme courts have in fact been particularly prolific, in

¹Full Professor of European Union Law at the Fletcher School-Tufts University (MA in international law and MA of Arts in Law and diplomacy). Full Professor of International and European Criminal and Procedural Law at the De Haagse Hogeschool-The Hague. Attorney at Law a New York and Bruxelles. ORCID ID: 0000-0002-1048-6468 (prof.d.liakopoulos98@gmail.com) The present work is updated until May 2019.

recent years, of decisions having as their subject constitutive of international crimes, and have provided a significant contribution to the definition and determination of the essential discipline of these criminal categories.

In referring to the jurisprudence of "supreme courts", then, we adopt this formula in an intentionally vague and broad way, in order to include both those bodies that act as judges of last resort, and those that perform the function of constitutional control of laws². Skills, functions and methods of these two types of judicial bodies are obviously different, and this inevitably affects the process object and the direct effects of the respective sentences. However, both of these bodies have proven to contribute, each according to their own instruments, objectives and effects, to the configuration of international criminal cases.

To this we must add that in some Latin American countries a diffused-desconcentration constitutional control is applied, according to which every judge, even of the first instance, can declare a norm unconstitutional and consequently disapply it in the concrete case of judgment³. Well, even in these systems the decisions of the Supreme Court-here understood as a last resort body with criminal jurisdiction-, when they declare the unconstitutionality of a rule, enjoy greater authority for the lower jurisdictions and therefore this is of a particular relevance⁴. We will not dwell on a series of judgments that, although they play an undoubted role in the configuration and development of international criminal law⁵, do not directly imply an interpretation of the typicality of the crime attributed to the accused, focusing instead on other issues, such as the validity of amnesty and indults laws⁶. The common denominator of all the judgments that we will examine is, as we said, the space that they dedicate to the interpretation of the international criminal offense⁷ that they consider applicable to the facts they have as their object. Without

²The control of constitutional legitimacy can be entrusted to the same Supreme Court of Justice (as in Argentina, Brazil, Honduras Mexico, Panama, Uruguay and Venezuela), or to a special Constitutional Hall established within the Supreme Court (for example in Paraguay, Costa Rica and El Salvador), or even by an autonomous Court or Constitutional Court and separated from the Supreme Court, which can be placed within the judicial power (as in Colombia, Guatemala, Bolivia and Ecuador) or outside it (so in Peru). In Chile there is also a constitutional review by the Corte Suprema de Justicia by means of an incidental appeal and another exercised by the Tribunal Constitucional, which can be initiated through direct action. See, BREWER CARÍAS, A.R., "La jurisdicción constitucional en América Latina", in GARCÍA- BELAUNDE, D., FERNÁNDEZ SEGADO F., (eds.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, ed. Dykinson, Madrid, 1997, pp. 117-161.

³A mechanism of control of widespread constitutionality in the pure state-on the US model- was adopted in Argentina, starting from the judgment of the Supreme Court of Justice of the Argentine Nacional (from now on CSJN) in the Sojo case in 1887, but many other countries on the continent have a mixed or integrated model, which combines widespread control and different forms of direct constitutional action before the Supreme Court or the Tribunal Constitucional: this is what happens in Bolivia, Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Peru and Venezuela. "Pure" concentrated systems, on the other hand, are found in Costa Rica, El Salvador, Honduras, Paraguay and Uruguay. A.R. BREWER CARÍAS, "La jurisdicción constitucional en América Latina", op. cit.,

⁴Constitutional Court of Peru: Demanda de amparo promovida por Santiago Enrique Martín Rivas, exp.te n. 679-2005-PA/TC, 2.03.2007, which expressly states that amnesty laws can not benefit those responsible for crimes against humanity.

⁵AMBOS, K., *Treatise on international criminal law. Volume I: Foundations and general part*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 97ss.

⁶Constitutional Court of Peru (exp.te 2488-2002- HC/TC), stating that the objectives pursued by the Commission do not overlap with those of criminal judgments.

⁷CASSESE, A., *International criminal law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 182ss. STUCKENBERG, C.F., Multiplicity of offences, concursus delictorum, in FISCHER, H., KRESS, C., LÜDER S.R., (a cura di), *International and national prosecution of crimes under international law. Current developments*, ed. Nomos, Berlin, 2001, pp. 588ss, which is noted that: "(...) the lex specialis rule can be said to be part of international criminal law (...)". See also: JEUTNER, V., *Irresolvable norm conflicts in International Law. The concept of a legal dilemma*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 57ss. LINDROOS, A., "Addressing norm conflicts in a fragmented legal system: The doctrine of lex specialis", in *Nordic Journal of International Law*, 74, 2005, pp. 38ss. MILANOVIC, M., "The lost origins of lex specialis: Rethinking the

disregarding the specifics of each individual case and the corresponding judicial solution, it is possible to group all these pronouncements into two jurisprudential macro-trends, which we will use as classification paradigms for the purposes of our analysis.

The majority tendency interprets international crimes expansively, extending their applicative scope in a diachronic perspective-in order to qualify these facts as committed before the enacting norm in question came into force-or in relation to the more typically typical dimension, thanks to a reading of the elements of the case in question that allows for the re-integration of conducts *per se* not covered by the law. However, there is also a macro-trend of exactly opposite sign, universal jurisdiction⁸, relations between criminal trials and Truth Commissions. The reductive tendency responds to the need to circumscribe, or at least to clarify, legislative choices that, in typing international crimes, deviate from the definition adopted by international standards. However, there are cases in which the legislator and judges act in synergy, cooperating in legitimizing incriminating choices that place a *quid pluris* with respect to the internationally recognized definition of the case.

At the same time, the two macro-trends manifested by the Supreme Courts do not always correspond to the orientation followed by lower-ranking tribunals, since they often intervene precisely to bring into line with the international norms and constitutional principles specific interpretations proposed in the sentences previous degrees of judgment. The higher courts sometimes move in the opposite direction, supporting an extensive interpretation of the scope of the international criminal offenses⁹, placing themselves in continuity with the solution adopted by the lower courts - or, on the contrary, annulling judgments which instead had been strictly anchored to regulatory and constitutional limits.

The two macro-trends proposed here also correspond to two types of effects with regard to the recipients of the applicative field of international criminal types, by exploiting their specificity with respect to common crimes. This second tendency sometimes translates into tracing the interpretation of the norm within the tracks traced by the literal dictates of international standard, in the face of undue expansion matured internally; on the other hand, it is manifested in the more precise definition of the typical structure, to complete and clarify the international definition.

The large number of dissenting votes that usually accompany the judgments demonstrates precisely how the issues touched upon are extremely complex, and not susceptible to a univocal solution, but open to a plurality of different and even opposing interpretations on the basis of equally valid legal arguments. Furthermore, the frequent presence of several conforming votes demonstrates that the same interpretative outcome can be reached through different paths and therefore the argumentative activity of the judge is a constitutive part of the construction of penal norms.

2.INTERPRETATION OF CRIMINAL CASES IN AN EXPANSIVE MANNER

The first macro-trend, we have identified, intervenes on the scope of international criminal offenses by extending it in a double direction. In a first manifestation, aiming to subsume in the category of crimes against humanity, to

relationship between human rights and international humanitarian law", in OHLIN J.D., (a cura di), *Theoretical boundaries of armed conflict and human rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, pp. 30ss. PAUWELYN, J., *Conflict of norms in public international law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 385ss. CONWAY, G., "Conflicts of competence norms in EU Law and the legal reasoning of the ECJ", in *German Law Journal*, 11, 2010, pp. 985ss. See also the case: ICTY, Prosecutor v. Kunarac et al., Appeals Judgment, TC, IT-96-23-T, 22 February 2001, par. 170-171.

⁸Court de Constitucionalidad guatemalteca, apelación de amparo promovido por Ángel Aníbal Guevara Rodríguez y otros, exp.te 3380-2007, 12.12.2007.

⁹ESQUIROL, J.L., "The turn to legal interpretation in Latin America", in *American University International Law Review*, 26 (4), 2011, pp. 1032ss.

subsume the facts in these criminal categories¹⁰, and the tendency in some cases to expand the Latin American tribunals with regard to their scope, have more to do with the interpretation of their typical elements and especially of the corresponding element of context-respectively, the existence of a non-international armed conflict and the list of human groups protected by the norm¹¹.

This qualification depends, as we have seen, on the applicability of the special regime of international crimes, which provides, *inter alia*, the imprescriptibility and the impossibility of benefiting the authors with amnesties or indults. The relevance of these consequences explains the importance of the subsumption¹² of concrete facts in international criminal cases, as key to allow the persecution and punishment for behaviors that, according to the ordinary penal norms, would be prescribed or covered by the amnesty¹³.

In order to achieve this result, the courts have to remedy the problem that, in almost all cases subject to judgment, the typification of international crimes in the internal legal system took place at a time after the commission. The judicial bodies therefore react, in these cases, to the inactivity-or late intervention-of the legislator in the adaptation of the internal legal system to international obligations¹⁴ imposed both by the international conventions for the protection of human rights and the Rome Statute¹⁵.

This jurisprudential solution therefore translates into a widening of international criminal cases in the temporal, or rather diachronic, level, aimed at backdating the application of these criminal figures to a time before their formal provision in state legislation.

In order to achieve this result, the jurisprudence undertakes different argumentative paths: it enhances the international-conventional and customary norms, in addition to international jurisprudence and in particular interamerican-as direct sources of indictment, or recurs to an original double subsumption of facts in criminal cases international and internal at the same time. With reference to the forced disappearances of people, the Latin American jurisprudence¹⁶ has then elaborated a path that leverages the peculiarities of this criminal figure, making it possible to derive from its nature of permanent crime the impossibility of calculating the course of time to the effects of the prescription until discover the fate suffered by the missing victim¹⁷. All these interpretative solutions involve an important modification in the system of sources of law, which opens up, in different measures and in different ways, to international standards.

¹⁰DÍAZ SOTO, J.M., "Una aproximación al concepto de crímenes contra la humanidad", in *Revista Derecho Penal y Criminología*, n. 95, 2015, pp. 123ss.

¹¹Constitutional Court of Colombia, sentencia T-352/16 of 6 July 2016: "(...) en cuenta los elementos presentados que demuestran las graves violaciones a los derechos humanos por un acto de lesa humanidad cometido por las fuerzas armadas (...)".

¹²Let us clarify now that in this chapter the term "subsumption" is used as a synonym for the operation of reconditioning the facts subject to judgment to a specific case, or, to resume the Hassemerian definition, as an "approach between fact and case".

¹³KAYUTANA, E., "Domestic amnesty for international crimes and the ICC Prosecutor: When to exercise restraint in the "interest of justice"?", in *Nnamdi Azikiwe University Journal of International Law and Jurisprudence*, 9 (2), 2018, pp. 180ss.

¹⁴SAGÜES, N.P., "Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad", in *Estudios constitucionales*, 8, 2010, pp. 118ss.

¹⁵HERNÁNDEZ BALMACEDA, P., "Aplicación directa de los tipos penales del ECPI en el derecho interno", in AMBOS, K., MALARINO, E., WOISCHNIK J., (eds.), *Temas actuales de derecho penal internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania y España*, Fundación Konrad Adenaur, Berlin-Montevideo, 2005, pp. 135ss, the author admits that this adaptation can be achieved not only through ordinary legislation but also through national jurisprudence.

¹⁶HELMKE RIOS, G., FIGUEROA, J., *Courts in Latin America*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.

¹⁷PARENTI, P.E., *La inaplicabilidad de normas de prescripción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, ed. Foundation Konrad Adenaur, Berlin, 2010, pp. 214ss.

A further interpretative mechanism that some judgments apply to overcome the obstacle of the prescription is based on the nature of the state of exception of the dictatorial regimes during which mass crimes were committed, claiming that for the duration of this situation the course of the prescription it must be considered suspended. Even if this solution does not imply a real interpretation of the typicality of international crimes, we will mention it because it is probably the best proposal to ensure the persecution and sanction of those responsible for state crimes and at the same time respect for fundamental principles in criminal matters¹⁸.

A second modality of the expansive tendency is then manifested on the specifically typical plane, and in turn can take two different forms: it can result in the subsumption of facts, by the courts with criminal jurisdiction, in an international criminal case on the basis of a broad interpretation of its contextual element or its typical conduct¹⁹. Or, it can be manifested in the invalidation of constituent elements that the national legislator has introduced during the typification of international crimes in order to limit the scope of such cases or to establish a minimum threshold for the relevance of the conduct. In the latter case, the judicial re-expansion of the international criminal offense²⁰ passes through the constitutional review of the provision in question.

The hypothesis that we intend to demonstrate is that in both cases the classification of the facts as international crimes serves the courts as a "picklock" to achieve the application of the special regime that international law attaches to this criminal category.

3.THE FOUNDATION OF THE RULE OF IMPRESCRIPTIBILITY

The friction points that the application of international rules creates with the fundamental principles of national criminal law are manifested not only with reference to the typical definition of crimes, but also with respect to the rule of imprescriptibility. This rule, like the others that characterize the special regime of international crimes, was part of the international custom existing at the time of the events. This interpretation allows us to remedy the problem that the Convention on the impracticability of war crimes and against humanity (Convention of 1968), which expressly establishes this rule, has been ratified in most Latin American States at a later point in time. Also in this case, the obstacle posed by the prohibition of retroactivity is circumvented considering this Convention a mere crystallization of a *jus cogens* norm already in force. This reading, also taken from the jurisprudence²¹ of the confirmation, as noted by the judge Boggiano in the *Simón* judgment²², in the preparatory works of the 1968 Convention itself.

This argumentative path can be contrasted by the same objections that we have raised in relation to the use of custom as a directly incriminating rule and its incompatibility with the principle of penal legality. On this consideration is then grafted the wider debate around the need to bring into the scope of the aforementioned principle also the rules that do not base the indictment, but which are limited to setting the criminal law. In a sense contrary to this view judge Argibay

¹⁸OLÁSOLO, H., *Ensayos de derecho penal y procesal internacional*, ed. Diké, Bogotá. 2011.

¹⁹SCHRAMM, E., *Internationales Strafrecht*, C.H. Beck, München, 2018. ZAKERHOSSEIN, M.H., *Situation selection regime at the International Criminal Court*, ed. Intersentia, Antwerp, Oxford, 2018.

²⁰AHLBRECHT, H., BÖHMEER, K.M., *Internationales Strafrecht*, C.F. Müller, Heidelberg, 2018.

²¹PARENTI, P., "La inaplicabilidad de normas de prescripción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos", in AMBOS, K., MALARINO, E., ELSNER G., (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, op. cit., pp. 211ss.

²²Juzgado Nacional en los Criminal y Correccional n. 4 de Buenos Aires, giudice Cavallo, Simón, Julio, Del Cerro, Juan Antonio s/sustracción de menores de 10 años, causa n° 8686/2000, decision of 06.03.2001, par. IV.B.

expresses himself in his particular vote in the *Simón* case²³. On the contrary judge Fayt, in his dissenting vote in the same case²⁴.

The position taken by this last judge seems to us to be the most shareable, since it is more in keeping with the rationale behind the principle of legality: even the relevant changes to the penal discipline, which result in the production of detrimental effects for the offender and without doubt provisions that introduce the imprescriptibility or inapplicability of amnesties and indults are-must be known ex ante by the subject and compatible with the principle of favor that informs the entire system²⁵.

It can be said that recourse to international law, both customary and conventional-where the Conventions have entered into force after the commission of facts-, as a direct source of incrimination or discipline with effects *in pejus*, raises moments of strong tension with the principles foundations of the penal system, in particular with the principle of legality in its various dimensions. This friction is exacerbated by the fact that the object of protection of both systems belongs to the same core of fundamental human rights: on the one hand, the rights of the victim and the interest of society as a whole to combat impunity²⁶, from the other, the rights of defense and the guarantees that the penal system places to protect every defendant. It is therefore necessary to make a balance between interests. This complex tension can not be overcome simply by putting aside the principle of legality, which is in turn, as Judge Fayt points out in *Simón*²⁷, an essential guarantee of every democratic penal system²⁸ who enjoy the same rank and share the same inspiring ratio.

4.THE "JUDICIAL TYPIFICATION" OF THE ASSOCIATION CRIME: THE ARANCIBIA CLAVEL CASE

In the *Arancibia Clavel* case²⁹, effectively, modifying the indictment confirmed in the two previous degrees of judgment, which had condemned the accused for illicit association, it is stated that, being the association of which the accused was part destined to the commission of crimes against humanity-as a means of eliminating political opponents-the mere participation in this association can also be qualified as a crime against humanity³⁰. The Court develops an argument in two passages: first, it must demonstrate that the crimes attributed to the association of which the accused was a member constitute crimes against humanity³¹.

But in this ruling the Supreme Court of Justice of the Argentine Nation (CSJN)

²³Juzgado Nacional en los Criminal y Correccional n. 4 de Buenos Aires, giudice Cavallo, Simón, Julio, Del Cerro, Juan Antonio s/sustracción de menores de 10 años, op. cit.,

²⁴Suprema de Justicia de la Nación (CSJN argentina, Simón, Julio Héctor y otros s/privación ilegítima de la libertad, causa n° 17.768 (S.1767.XXXVIII), sentence of 14.06.2005.

²⁵Supreme Court of Chile, Sala Penal, caso Molco (Vásquez Martínez y Superby Jeldres), rol n. 559-2004, 13.12.2006, considerando 13.

²⁶DONDÉ MATUTE, J., "International criminal law before the Supreme Court of Mexico", in *International Criminal Law Review*, 10, 2010, pp. 577-578.

²⁷Juzgado Nacional en los Criminal y Correccional n. 4 de Buenos Aires, giudice Cavallo, Simón, Julio, Del Cerro, Juan Antonio s/sustracción de menores de 10 años, causa n° 8686/2000.

²⁸Dissenting opinion of judge Fayt in sentence *Simón*, op. cit., considerando 48-49.

²⁹CSJN argentina, Arancibia Clavel, Lautaro s/ homicidio calificado y asociación ilícita y otros - causa n° 259, sentence of 24.08.2004, par. 32. PATRICE MCSCHERRY, J., *Preditory States: Operation Condor and covert war in Latin America*, Rowman & Littlefield Publishers, New York, 2012, pp. 182ss.

³⁰SARRABAYROUSE, E.C., El caso "Arancibia Clavel": el paso del tiempo, los delitos imprescriptibles y la indeterminación de la acusación: los temores se hicieron realidad? in PASTOR D.R., (dir.), *Neopunitivismo y neoinquisición. Un análisis de políticas y prácticas penales violatorias de los Derechos fundamentales del imputado*, editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, pp. 414ss.

³¹RENZO, M., "Crimes against humanity and the limits of international criminal law", in *Law and Philosophy*, 31, 2012, pp. 444ss.

takes a further step, since, after having qualified the crimes-purpose of the association as crimes against humanity, it causes the character of crime against humanity also of mere participation in the association. Such conduct constitutes, in the words of the Court, a "punitive preparatory acto", a form of atypical participation sanctioned pursuant to art. 25 sub-par. 3 lett. d) of the Statute of ICC (StICC). In reality, the assimilation-which the Supreme Court proposes-of the crime of unlawful association to conspiracy is the result of an error³², since while the former is an independent crime, the second is a form of contribution to a crime committed with the persons, and requires the presence of both a volitional element-the agreement of will between the various competitors and the intention to participate-and of an objective element constituted by the causal contribution to the fact. Moreover, between the two only conspiracy is covered by law. It may also be noted that the Court confines itself to this statement, without dwelling on motivating it or analyzing its compatibility with the system of sources of Argentine law. Therefore, as a foundation of this interpretation, we find once again the international custom, which is considered an integral part of national law through the filter offered by art. 118 CN.

Finally, the Court quotes art. II of the Convention on Imprescriptibility. The Argentine Court limits itself to mentioning some relevant international instruments on the subject, none of which, however, clearly states the punishment of this type of preparatory acts with regard to international crimes. Moreover, the interpretative solution thus reached is based on the subversive conversion of a preparatory act in the form of participation in the crime, an operation that exempts from proving the material or objective element of participation, the causal contribution and the typical result, and the fact that at least one of the main authors committed the crime at least in the stage of the attempt³³. Judge Belluscio, for example, clarifies that admitting the rule of non-applicability of international crimes, to which Argentina has acceded with the ratification of the 1968 Convention, does not automatically translate into the legitimacy of the retroactive application of this Convention, unless not wanting to violate one of the fundamental corollaries of the principle of criminal law. The judge departs from the majority vote emphasizing the prevalence of the principle of non-retroactivity of the penal law (unfavorable) enshrined in the Constitution by art. 18, "preciada conquest de la civilización jurídica y política"³⁴ since the French Revolution, and whose exemption is not admissible even in the face of events of special gravity such as international crimes. Furthermore, Judge Belluscio criticizes the appeal to art. 118 of the Constitution to establish the binding nature of a presumed jus cogens rule³⁵, noting that this constitutional precept represents only a jurisdiction rule³⁶. On the other hand, the denial of the existence, at the time of the facts, of a customary norm that established it.

5.INTER-AMERICAN JURISPRUDENCE

³²JACKSON, M., "A conspiracy to commit genocide. Anti-fertility research in apartheid's chemical and biological weapons programme", in *Journal of International Criminal Justice*, 13, 2015, pp. 933-950. AMENGE OKOTH, J.R., *The crime of conspiracy in international criminal law*, ed. Springer, 2014.

³³See also from Argentina the next cases: Decision of the Federal Criminal and Correctional Chamber of the Federal Capital of September 1, 2003, in Case No. 761 "E.S.M.A., Facts reported that allegedly took place in the Naval Engineering School"; Supreme Court of Justice of the Nation. Case of Suárez Mason, Carlos Guillermo. Judgments 321:2031 of August 13, 1998, and Supreme Court of Justice of the Nation. Case of the Naval Engineering School. Judgment 311:401 of March 29, 1988

³⁴According to judge Belluscio, par. 3: "el instituto de la prescripción de la acción penal está estrechamente ligado al principio de legalidad, por lo tanto no sería susceptible de aplicación una ley ex post facto que alterase su operatividad en perjuicio del imputado".

³⁵DIXON, R., GINSBURG, T., *Comparative constitutional law in Latin America*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, 2017.

³⁶A.A.V.V., *Jurisdiccion universal. Sobre crímenes internacionales*, ed. Comares, Granada, 2013.

Within the interpretative line that seeks support in international law in order to subsume the crimes perpetrated by dictatorial governments in the category of international crimes and to apply the corresponding special regime to them, a special role is played by the jurisprudence of the inter-American bodies for the protection of human rights³⁷. The relevance of the latter in the internal legal system depends partly on structural reasons, given that the States that have chosen to become part of the San José de Costa Rica Pact are obliged to ensure compliance with its rules and the rights it recognizes, and accepting the jurisdiction of the bodies established by it, they are committed to observing and executing their sentences.

But on the basis of the importance of this jurisprudence there are also contingent reasons: the Commission and the IACtHR³⁸, in fact, have shown in the last decades a particularly intense commitment in the fight against impunity³⁹ and progressively elaborated, on the basis of an evolutionary interpretation of the CAHR, a series of principles and rules that helped to shape the definition and discipline of international crimes. The obligation to investigate, prosecute and punish those responsible for the serious violations of human rights⁴⁰, the impossibility of benefiting them with amnesties and indults⁴¹, the imprescriptibility⁴², the affirmation of the corresponding rights of victims to the truth, justice and reparation, are principles that the IACtHR has been progressively affirming⁴³, and that have contributed to delineating the current configuration of the discipline reserved to international crimes⁴⁴, influencing not only the national legal systems committed to responding to these crimes, but also the international criminal tribunals.

A direct testimony of the prominent prominence of the Inter-American jurisprudence in the response to state crime developed on the continent is provided by the judge Petracchi's concurring vote in the *Simón* judgment: joining the majority decision declaring the invalidity of the Argentinian impunity laws on the basis of the so-called Doctrine Barrios Altos⁴⁵, elaborated precisely by the IACtHR, states that it is deviating from its previous vote in the *Priebke* case⁴⁶, in which it had denied the applicability of the Convention on Imprescriptibility to facts committed before its entry into force and the possibility of applying the rule of the imprescriptibility

³⁷NASH ROJAS, C., *La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica. Tendencias jurisprudenciales*, Editorial Fontamara, México, 2010.

³⁸HENNABEL, L., "The inter-American Court of human rights: The Ambassador of universalism", in *Quebec Journal of International Law*, 57, 2011, pp. 58ss. QUISPE-REMÓN, D.J.L., *El debido proceso en el derecho internacional y en el sistema interamericano*, ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2010.

³⁹DONDE MATUTE, J., El concepto de impunidad: Leyes de amnistia y otras formas estudiadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, in *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, ed. Foundation Konrad Adenaur, Berlin, 2010, pp. 268ss.

⁴⁰IACtHR, Velásquez Rodríguez, op. cit., cit., parr. 166 e 174.

⁴¹IACtHR, Barrios Altos v. Perú, sentencia de fondo, 14.03.2001, parr. 41-44.

⁴²IACtHR, Bulacio v. Argentina, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 18.09.2003, parr. 106-108; Almonacid Arellano v. Chile, 26.09.2006, parr. 152-153.

⁴³GONZALEZ MORALES, E., *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013. SCHONSTEINER, J., "Hacia mayor seguridad jurídica en la protección regional de los derechos humanos: reformas procesales en el sistema interamericano", in *Anuario de Derecho Público*, 1, 2010.

⁴⁴MEDELLÍN URQUIAGA, X., "The normative impact of the inter-American Court of Human Rights on Latin-America national prosecution of mass atrocities", in *Israel Law Review*, 46 (3), 2013, pp. 410ss.

⁴⁵VON BOGDANDY, A., VENZKE, I., *International judicial law making*, ed. Springer, New York, London, 2012. FERRER MAC-GREGOR, A.E., "Conventionality control and the new doctrine of the inter-American Court of Human Rights", in *American Journal of International Law Unbound*, 109, 2015, pp. 95ss.

⁴⁶CSJN argentina, Priebke, Erich s/solicitud de extradición, causa nº 16.063/94, decision of 02.11.1995.

dictated by international law to internal criminal offenses⁴⁷.

This sudden change in the judge's position is due to the fact that the Argentine law has undergone fundamental changes that require the revision of what was established on that occasion. The statement by the Argentine judge thus reveals the special importance that this source assumes in the persecution-even-national of the serious violations of human rights⁴⁸.

Inter-American jurisprudence is constantly cited by the internal courts of Latin American countries that carry out criminal proceedings for crimes committed during dictatorships. The national courts, on the basis that they constitute international crimes and/or serious violations of human rights derive from the precedents of the IACtHR rules and principles relating to their persecution⁴⁹, which substantially coincide with the special regime reserved for this criminal category. These precedents have exerted a strong influence both on the internal legislations, when they explicitly typed the forced disappearance of people. On the other hand, it is given an independent value, sufficient in itself to support the existence of a certain norm also valid in the internal order: in this hypothesis the norm thus obtained is characterized by a "doubly judicial" origin, it is affirmed by the interamerican jurisprudence-usually well beyond the normative dictate of the ACHR, and subsequently implemented by the national courts, without necessarily intervening the legislator⁵⁰.

The citation of inter-American jurisprudence⁵¹ as a basis for qualifying facts as international crimes, and/or for determining the discipline applicable to them, despite being an instrument frequently used in the prosecution of serious violations of human rights, raises some concerns, which we could divide into problems of value or validity-of the pronouncements of the inter-American bodies within the national legal systems-and problems of content. As for the former, the national courts, in citing Inter-American jurisprudence, attribute different values and validities: some define it as an "unavoidable criterion for interpretation" or "model relevant to interpretation", others recognize it as an equal value to that of the doctrine. A paradigmatic example of this last vision is the sentence of the Argentine CSJN in the *Simón* case, which bases the declaration of unconstitutionality of the laws of

⁴⁷HUNEEUS, A., "Courts resisting courts: Lessons from the Inter-American Court's struggle to enforce human rights", in *Cornell International Law Journal*, 44, 2011, pp. 520ss.

⁴⁸Supreme Court of Chile, Sala Penal, caso Molco (Vásquez Martínez y Superby Jeldres), rol n. 559- 2004, 13.12.2006, parr. 18-20.

⁴⁹DE PAUW, M., "The inter-American Court of human rights and the imperative method of external referencing regional consensus v. universality", in HAECK, Y., RUIZ-CHIRIBOGA, O., CHERRERA, Y., *The inter-American Court of human rights: Theory and practice, present and future*, ed. Intersentia, Antwerp, Oxford, 2016, pp. 4ss. NEUMANN, G.L., "Inter-American Court of Human Rights (IACtHR)", in WOLFRUM, R., *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012.

⁵⁰IACtHR, *Heliodoro Portugal v. Panamá*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, 12.08.2008, par. 34; *Ticona Estrada y otros v. Bolivia*, fondo, reparaciones y costas, 12.08.2008, parr. 28 ss. In the same spirit: Colombian Constitutional Court C-317, 02.05.2002, *Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 165 (parcial) de la Ley 599 de 2000 "por la cual se expide el Código Penal"*, par. 2, and Sala Penal Nacional del Perú, *Sentencia contra Jiménez del Carpio y otros por el delito contra la Libertad-secuestro-en agravio de E.R. Castillo Páez*, 26.03.2006 (consideraciones sobre la calificación jurídica de los hechos). In argument see also: MODOLELL, J.L., *La desaparición forzada de personas en el sistema interamericano de derechos humanos*, in AMBOS, K., (coord.), *Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional*, ed. Gtz, Bogotá, 2009, pp. 184ss.

⁵¹*Torres Millacura & Others Case*, 2011 (ser.C) No. 229; *Contreras & Others Case*, 2011 (ser.C) No. 232; *González Medina & Family members Case*, 2012 (ser.C) No. 240; *Río Negro Massacres Case*, 2012 (ser.C) No. 250; *Massacres of El Mozote & nearby places Case*, 2012 (ser.C) No. 252; *Gudiel Álvarez & Others Case*, 2012 (ser.C) No. 253; *García & Family members Case*, 2012 (ser.C) No. 258; *Osorio Rivera & Family members Case*, 2013 (ser.C) No. 274; *Rochac Hernández & Others Case*, 2014 (ser.C) No. 285, and *Rodríguez Vera & Others Case*, 2014 (ser.C) No. 287. YENNESIT, P.V., "Género en el derecho constitucional transnacional: Casos ante la Corte Interamericana de derechos humanos", in *Revista Facultad de Derechos y Ciencias Políticas. Medellín*, 41, 2011, pp. 142ss.

Obediencia debida and Punto final⁵² on their opposition to the ACHR according to the "Barrios Altos doctrine"⁵³. The Argentine Supreme Court, however, affirms that it is also bound by that precedent by virtue of the principle of good faith which governs the interpretation of international treaties pursuant to art. 26 of Vienna Convention on Treaty of Law (VCLT)⁵⁴. In fact, one can doubt the validity of this argument, since interpretation in good faith does not in itself imply a departure from the clear literal dictum of the conventional norm, which in this case places a twofold limitation to the obligatory nature of the judgments of IACtHR⁵⁵. The jurisprudence and the national doctrine have elaborated various other arguments to support the binding character, beyond all limits, of the interamerican jurisprudence, but this does not mean that it is an interpretation that contradicts the literal datum of the ACHR⁵⁶.

An at least partially different discourse should be made for those state systems that include within themselves a rule that expressly attributes binding effectiveness to the IACtHR precedents even beyond the concrete case and beyond the country directly involved, thus legitimizing the direct application of its jurisprudence without particular limits⁵⁷. The existence of a basic assumption is essential, that is, between the fact for which it is judged and the case subject of the IACtHR ruling there is an identity or similarity that allows the analogical application of the reasoning developed by the Inter-American organ. This is not the case, for example, in the *Simón* ruling, in which CSJN applies a precedent of the IACtHR, even though it is judging the constitutional legitimacy of two decidedly different laws. The differences-according to him "anecdotal"-, we limit ourselves here to point out the necessity, when we decide to apply the inter-American jurisprudence in national processes, of a previous clarification as to the value we intend to attribute to this source: binding beyond the limits of objective and subjective character that the ACHR poses, or merely argumentative, as a hermeneutical criterion useful to the reasoning developed by the judging organ. In the latter case, it may carry out an authoritative function, aimed at conferring authority on an interpretative solution already identified by the judicial body, as well as the doctrine or precedents of other courts, even foreign ones, or may act as an indicator of existence of an *opinion juris* that contributes to integrating a customary law that the court intends to verify and apply to the case. In fact, they are much more relevant than we want to admit, and they prevent us from simply transferring the juridical considerations referred to the latter to the former⁵⁸. As

⁵²DERGHOUGASSIAN, K., *Evolución de la Política de Defensa, en la Defensa en el Siglo XXI, Argentina y la Seguridad Regional*, ed. Capital Intelectual, Buenos aires, 2012.

⁵³According to the Court in case *Simón* (considerando 29): "(...) que la traslación de las conclusiones de la Corte Interamericana en 'Barrios Altos' al caso argentino resulta imperativa (...) rechazar las leyes peruanas de "autoamnistía". Pues, en idéntica medida, ambas constituyen leyes ad hoc, cuya finalidad es la de evitar la persecución de lesiones graves a los derechos humanos (...)" GÓNGORA MERA, M.E., *Inter-american constitutionalism: On the constitutional pank of human rights treaties in Latin America through national and inter-American adjudication*, ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2011.

⁵⁴FITZMAURICE, M., ELIAS, O., MERKOURIS P., (eds), *Treaty interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties*, Martinus Nijhoff, The Hague, 2010, pp. 5-14. SOREL, J.M., BORÉ EVENO, B., 1969 Vienna Convention: Article 31-Interpretation of treaties, in CORTEN, O., KLEIN P., (eds), *The Vienna Conventions on the law of treaties: A commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 804, 817ss.

⁵⁵HAECK, Y., RUIZ-CHIRIBOGA, O., HERRERA, C., *The inter-American Court of human rights: Theory and practice, present and future*, ed. Intersentia, Antwerp, Oxford, 2016, 46ss.

⁵⁶CONTESSÉ, J., "Contestation and deference in the inter-american human rights system", in *Law and Contemporary Problems*, 79 (2), 2016, pp. 126ss.

⁵⁷GONZÁLEZ-SALZBERG, D., "The effectiveness of the inter-American human rights system. A study of the American States compliance with the judgments of the inter-American Court of human rights", in *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 15, 2015, pp. 116ss.

⁵⁸In fact, while the Peruvian laws (L. 14 June 1995, No. 26.479, of amnesty, and Law 21 June 1995, No. 26.492, of interpretation of the amnesty law) were issued by the government itself involved in the commission of crimes, therefore qualifying as self-amnesties, the Argentine ones (Law 23.492 of 24.12.1986, of Punto Final, and Law 23.521 of 08.06.1987, of Obediencia debida) were approved by the new democratic government in the context of the transition, and were preceded by a effective parliamentary debate. Moreover, the Peruvian laws arranged

reported by Judge Fayt in his vote in dissidence "En efecto, constituye un grave error que se declare inconstitucional (...) una decisión que no es aplicable al caso y una interpretación dinámica que no es tal"⁵⁹.

But the use of judgments of IACtHR to qualify the facts as international crimes and determine the corresponding discipline also raises some problems in relation to the content of those rulings. In fact, apart from the fact that the inclusion of the State in a supranational system already affects the sensitive sphere of its sovereignty, the IACtHR shows a tendency to an increasingly deep interference in the choice of measures designed to cope with serious violations of human rights, thereby reducing the margin of state appreciation in this regard. On the one hand, the Court has, in recent years, passed from traditional condemnations to economic reparations to imposing the most disparate sanctions that entail a far more significant interference in the sphere of state sovereignty. For example, he has condemned to typify certain crimes in the internal system and according to a specific form⁶⁰, to re-enact a criminal trial even if this translates, strictly speaking, into an encore, to exert criminal prosecution even if one opts for an alternative mechanism such as a Truth Commission, and even to invalidate amnesty laws whose validity had been confirmed directly by the people through the referendum vote. Naturally, this affects the validity and correctness of the application of the aforementioned jurisprudence-as far as here it is concerned, essentially the Inter-American case-to the cases from time to time subject to judgment⁶¹.

This tendency of the IACtHR we can characterize it as: "activist, punitivist and nationalizing" that tries to expand its power of control and imposition and to derive from the conventional text much more than what it actually says, it affects, above all, the limits of state sovereignty and the discretion of political choices.

But it also provokes moments of collision with a series of constitutional principles in criminal matters, such as that of legality or *ne bis in idem*, which arise not from the ACHR itself, but "solely as a consequence of the jurisprudential interpretation"⁶² that gives the IACtHR and the integration that it has worked on the

an absolute amnesty, covering any fact "derived from, or committed on the occasion or as a consequence of, the fight against terrorism" (Law 26479/1995, Article 1); the law of Argentine, however, beyond the fact that their technical qualification as amnesties is discussed, did not benefit the leaders of the repressive apparatus (although already condemned in the context of the well-known "juicio a las Juntas": see Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal, "Juicio a las Juntas", Case No. 13/84, sentence of 09.12.1985) nor those responsible for certain crimes specifically mentioned, such as child abduction.

⁵⁹GIL GIL, A., "La fertilización cruzada entre las jurisprudencias de derechos humanos y de derecho penal internacional y el uso defectuoso de la jurisprudencia ajena. Ejemplificación en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su cita por otros tribunales", in *Revista de Derecho Penal*, 111, 2011, pp. 219ss. GIL GIL, A., MACULAN, E., *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, ed. Dykinson, Madrid, 2017, pp. 380ss. LOBBA, P., MARINIELLO, T., *Judicial dialogue on human rights: The practice of international criminal tribunals*, ed. Brill, Leiden, Boston, 2017.

⁶⁰IACtHR, Trujillo Oroza v. Bolivia, reparaciones y costas, 27.02.2002, par. 97 and case: Goiburú y otros v. Paraguay, fondo, reparaciones y costas, 22.09.2006, par. 83.

⁶¹See the Updated Set of principles for the protection and promotion of human rights through action to combat impunity, ECOSOC Commission on Human Rights, Distr. GENERAL, E/CN.4/2005/102/Add.1, 8.02.2005, and the Report of the Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, entitled: "Study on the right to the truth", ECOSOC Commission on Human Rights, Distr. General, E/CN.4/2006/91, 8.02.2006). from the ICC see: Prosecutor v. Katanga e Ngudjolo-Chui, Judge S. Steiner, Decision 01/04-01/07-474, del 13.05.2008; ICC, Appeals Chamber, The Prosecutor v. Lubanga, Decision 01/04-01/06-2173, del 23.10.2009 (par. 41).

⁶²GUZMÁN, N., "El neopunitivismo en la jurisprudencia de la corte suprema de justicia de la nación y de la corte interamericana de derechos humanos: un pronóstico incierto para el *ne bis in idem* y la cosa juzgada", in PASTOR D., (dir.), *Neopunitivismo y neoinquisición. Un análisis de políticas y prácticas penales violatorias de los derechos fundamentales del imputado*, op. cit., pp. 227.

literal data. So again, also in relation to the interamerican jurisprudence, we emerge that judicial protagonism that we have already identified as a new fact of reality-partly physiological, partly pathological-of the current criminal systems, and the revision that imposes the principle of state obligations and obligations that the ACHR does not expressly provide, but that they were derived from an alleged evolutionary interpretation.

6.CRIMINAL TYPES "SUCH AS GIANO BIFRONTE": THE DOUBLE-SUBSUMPTION METHOD

Another interesting argumentative path that the Supreme Courts have undertaken to reach the conviction for the crimes committed during the past dictatorships is the so-called double subsumption. This technique essentially consists, as the name suggests, in subsuming the facts that are the object of judgment at the same time both in a common case, expressly contemplated by national law, and in an international crime. The courts, in this case, do not intervene directly on the international criminal type, but extend its scope to facts committed before its express typification, by means of an application combined with an ordinary case⁶³.

The purpose of this interpretative operation is to combine two opposing requirements: overcoming obstacles to the persecution and punishment of those responsible for such crimes, interposed by the prescription and by possible provisions of amnesty⁶⁴; respect the principle of criminal legality in its various forms. To the first of these two needs, the qualification of the facts as international crimes answers, from which the applicability of the special regime reserved to this criminal category derives. In this sense, we continue on the path already traced by the interpretative line that we have defined as "progressive", which operates the subsumption of facts in international criminal types, stating that at the time of the commission they were already provided for by international norms at least customary.

However, this qualification is accompanied by the parallel subsumption in a common criminal type, already envisaged at the time of the facts by domestic law, which serves as a complement to international criminal law. In this way, an internal-written norm is applied, determined and pre-existing to the facts, which guarantees - better than the international standard - the respect of the principle of legality⁶⁵. In this combination of two types, therefore, the internal one is used for the description of the typical elements and for the determination of the applicable penalty species and the corresponding edictal frame. The international case, however, can be applied according to two different ways or functions: in many cases, it is used solely for the purpose of applying the special discipline that marks this criminal category and which includes, among other characteristics, the imprescriptibility and inadmissibility of amnesty provisions.

In other cases, instead, the function of the international criminal type is carried out not only on the level of discipline but also on that of typicality, in the light of its suitability to reflect in a more complete and detailed manner the value of the conduct, whose particular gravity and whose mass character is only partially understood by the common occurrence. The courts therefore support, to a "primary typification and sanctioning subsumption", according to national rules, a "secondary qualification subsumption" in accordance with international standards.

The interpretive artifice thus elaborated makes it possible to resolve the dilemma between the application of a criminal figure-the international one-which

⁶³Supreme Court, Sala de lo Penal, sentence 798/2007, recurso casación n. 10049/2006 P, sentencia estimatoria parcial, 01.10.2007). GIL GIL, A., "La sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo", in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 7, 2005.

⁶⁴Tribunal Constitucional peruano, Demanda de amparo promovida por Santiago Enrique Martín Rivas, exp.te n. 679-2005-PA/TC, 2.03.2007.

⁶⁵According to judge Zaffaroni in case: Simón: "No existe problema alguno de tipicidad, pues se trata de casos de privación ilegal de libertad o ésta en concurso con torturas y con homicidios alevosos (...) Estatuto de Nürnberg fueron precisamente masivas privaciones ilegales de libertad seguidas de torturas y de homicidios alevosos" (par. 14).

captures the entire disvalue of the fact and allows it to be sanctioned beyond the limits set by the ordinary penal discipline, but which does not respects the principle of penal legality, and the choice of a specific situation-the internal one-which, on the contrary, complies with the principle of legality and contains a sanctioning provision, but is subject to the limitations and the possible benefits of amnesty and thus prevents, in many cases, the exercise of criminal prosecution.

In this double interpretative operation, international crime enjoys, in our opinion, a certain primacy or logical-temporal precedence. In other words, the judicial body first subsumes the fact in the international criminal type, which well reflects the phenomenology of the offenses subject to judgment and which justifies the penal persecution beyond the ordinary limits; only at a later stage, in the face of the foreseeable objections for which such an interpretation would entail a violation of the principle of legality, is a case in the internal legal system that is as close as possible to the overall structure of international crime.

There is therefore a sort of inversion of the logical order of the operation of interpretation and subsumption, or at least an anomaly in its operation: once the correspondence between the facts being judged and the typical elements of a specific international crime has been found -and the applicability of the relevant special discipline is ensured-it takes a step backwards, looking for a more solid regulatory support in the internal legal system, more in line with the criminal principles, and above all providing the element of which the international standard is absolutely ungoverned, that is to say the sanctioning framework. This second type of domestic law is therefore flanked by the qualification already implemented according to international law, with a twofold function: "strengthening international legality from the point of view of internal legality".

7.FALLACY OF THE MODEL OF SPECIALTY: THE RELATIONSHIP BETWEEN INTERNAL AND INTERNATIONAL CASES

A further critical profile of the double-subsumption method concerns the definition of the relations between the internal and the international criminal figures. The judgments in which this solution is used are sometimes content to verify the double correspondence of the facts that are the object of judgment both to the national criminal offense and to international crime, and on the basis of this justify the simultaneous application of both norms. This vision lends itself to the foreseeable objection that it is impossible to speak of a true identity between the constitutive facts of the two penal types, the internal and the international, since the latter is also necessarily composed of an element of context that give it international relevance. Other judgments, instead of attesting on the factual level, stop to examine the legal relationship between the two types of criminal law, and describe it as a relationship of specialty-or relationship of inclusion-in the sense that the international case is part of the internal one, the which constitutes the widest genus, and is at the same time marked by some additional and peculiar elements that determine its specificity.

The paradigmatic example of this configuration-as well as the crime hypothesis most frequently applied to the interpretative method under examination-is the forced disappearance of people: the conduct that complements it, as some of the Supreme Courts affirm, is also subsumed in this case of illegitimate deprivation of liberty, already provided for by national criminal codes at the time of the facts. The reasoning is well described in the dictamen of the Procurador General de la Nación in the famous judgment Simón⁶⁶.

The specializing elements of forced disappearance of persons with respect to the illegitimate deprivation of liberty are therefore identified, on the part of the Attorney General, in the active subject, which must necessarily be a state agent or a person acting with the authorization, support or acquiescence of the State, and in the lack of information about the victim's whereabouts after his seizure.

⁶⁶Procuración General de la Nación argentina, Dr. N. Becerra, Dictamen en el caso Simón, CSJN argentina, op. cit., 29.08.2002, par. IX. 9.

It seems opportune to specify that these are two elements that are anything but peaceful in the same international definition of the crime; it is sufficient to point out that they suggest the possibility of a rethinking of the typical structure of the forced disappearance crime, and in particular of the second segment of the conduct constituted by the failure to provide information on the missing person, before entrusting to it the dispositive function with respect to the crime of seizure. The identification of possible active subjects appears even more problematic. The delimitation of the latter to state agents is in fact envisaged as a structural requirement by the ACFDP, but not by the Rome Statute, which also includes "members of political organizations" (see article 7.2 letter i of the StICC), an aspect that demonstrates the absence in the international plan of a unanimous consensus around the configuration of this criminal figure as his own crime. Judge Argibay, for example, in his individual vote in the same *Simón* judgment (recital 10). Judge Lorenzetti, on the other hand, alongside the requirement of the presence of a state agent-or of a group holding a domination comparable to the state-as an active subject, identifies as a further element-more than specializing- "exceptional" of the disappearance forced the passive subject, which coincides with the person victim of the illicit fact not only as such, but also as a member of humanity as a whole. From the competition of these two elements derives the relevance of the fact as a crime against humanity⁶⁷.

The distinction between the crime of kidnapping and that of forced disappearance is then based, according to many other sentences, on the legal assets protected by the two figures⁶⁸. This vision of enforced disappearance as a pluri-offense, based on an interpretation of the IACtHR that defines it as "a multiple violation of various rights protected by the ACHR", is also the subject of debate: consequently, even this discrete criterion is not profiled totally free from criticism, while the case of seizure is designed to protect only personal freedom, that of forced disappearance aims to protect a plurality of different legal assets, which include personal freedom but are not limited to it, also including the physical and mental integrity, the right of access to justice and to an effective appeal and finally life. The existence of this element, even before the individual typical elements that we have indicated, constitutes the real discrimina between the common crime-in this case the seizure-and the crime against humanity-the forced disappearance-, and at the same time it is a prerequisite for the applicability of the exceptional legal regime to which the judicial bodies are aimed.

8. FAILURE TO APPLY THE APPARENT COMPETITION OF RULES

But regardless of the identification of the specializing elements that would make it possible to isolate the forced disappearance within the broader genus illegitimate deprivation of liberty, and returning to more general considerations, the specialty relationship that is found between these two cases-and similarly between the crime of torture and the one of injuries-⁶⁹, constitutes, strictly speaking, the application condition of the discipline of the apparent competition of rules. As the Procurador General de la Nación Argentino (PGN) recognizes in his opinion on the

⁶⁷146 "La descripción jurídica de estos ilícitos contiene elementos comunes de los diversos tipos penales descriptos, y otros excepcionales que permiten calificarlos como "crímenes contra la humanidad" porque: 1- afectan a la persona como integrante de la "humanidad", contrariando a la concepción humana más elemental y compartida por todos los países civilizados; 2- son cometidos por un agente estatal en ejecución de una acción gubernamental, o por un grupo con capacidad de ejercer un dominio y ejecución análogos al estatal sobre un territorio determinado" (Voto separato del giudice Lorenzetti, considerando 13).

⁶⁸Colombian Constitutional Court, C-317/2002, capítulo VI (consideraciones y fundamentos de la Corte), par. 2.d); Sala Penal Nacional peruana, Ernesto Castillo Páez (Proceso seguido contra Jiménez del Carpio y otros por el delito contra la libertad-secuestro-de Ernesto Rafael Castillo Páez), exp. 111-04, 20.03.2006, par. 7. de las "consideraciones sobre la calificación jurídica".

⁶⁹TOFAN, C., *Torture in international criminal law*, Wolf Legal Publishers, The Netherlands, 2011.

Simón case: "Debe quedar claro que no se trata entonces de combinar, en una suerte de delito mixto, un tipo penal internacional (...) se hallan parcialmente ambas formulaciones delictivas (...)"⁷⁰.

The regulation of the apparent competition of rules requires that only one of the two cases, abstractly suited to the description of the case, be applied; in particular, where there is a specialty relationship between such provisions, the *lex specialis* will prevail, in which the most generic figure is incorporated. In this case, therefore, only the figure of the forced disappearance of persons should be applied, with the exclusion of the more general illegitimate deprivation of liberty, whose disvalue is already included in the more specific and more serious international case.

This is not the result of the doble subsunción method: the international criminal type and the domestic law case are applied jointly, and each of them fulfills a specific descriptive and disciplinary function. We can not therefore assume that this is an apparent competition of rules, precisely because it can not be resolved by the application of the only special indicative rule - the international criminal type⁷¹.

The unusual applicative outcomes of the double subsumption method derive from a peculiarity that we have already pointed out: that is to say, the lack of autonomy of the two cases that are combined. Neither of the two can be applied independently and separately from the other, since we would be faced with or a norm, already in force at the time of the facts, which prescribes the prohibited conduct and the corresponding sanction respecting the principle of legality, but it would lead to the declaration of extinction of the offense-for the application of an amnesty provision or, on the other hand, to an international standard that fully describes the typical elements⁷² overcoming the statute of limitations and possible amnesties, but does not provide for any sanctions and is often lacking the required tax liability to an incriminating rule⁷³.

9.RECURRING PROBLEMS: THE SYSTEM OF SOURCES AND TEMPORAL VALIDITY OF THE IMPRESCRIPTIBILITY RULE

The critical findings now carried out are flanked, naturally, by those previously reported with respect to the use of international law as a direct source of incrimination, which constitutes, as we have seen, one of the logical steps in which the double subsumption is articulated, and whose problematic aspects they are not sufficiently resolved by the joint application of a domestic criminal law case.

Moreover, this method of interpretation is without prejudice to the question of the still-controversial-temporal validity of the rule which establishes the imprescriptibility and the additional special consequences of international crimes. To take up the example of enforced disappearance, the view that it was already contemplated as a crime at the time of the facts, in the most general case of illegitimate deprivation of liberty, does not in itself eliminate the obstacle to the prescription of the offense. In fact, this conclusion requires the execution of two further steps: first of all, it must be verified that at the time of the commission of the facts under investigation the forced disappearance of persons existed as a penal type, sufficiently defined, included in the crimes against humanity ; secondly, it must be demonstrated that the rule of imprescriptibility in relation to this criminal category was already recognized at that time in international order⁷⁴.

⁷⁰Procuración General de la Nación argentina, Dictamen nel caso Simón, par. IX. 9.

⁷¹SCHÜNEMANN, R., *Strafverfahrensrecht*, ed. C.H. Beck, 2012, pp. 439ss. SCHUON, C., *International criminal procedure: A clash of legal cultures*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2010. SCHUETZE-REYMANN, J., *International criminal justice on trial. The ICTY and ICTR case referral practice to national Courts and its possible relevance for the ICC*, ed. Duncker & Humblot, Berlin, 2016.

⁷²Procuración General de la Nación argentina, Dictamen nel caso Simón, cit., par. IX. 9.

⁷³FINUCANE, B., "Enforced disappearance as a crime under international law: A neglected origin in the laws of war", in *Yale Journal of International Law*, 35, 2010.

⁷⁴SERNÍN RODRÍGUEZ, C.A., "La evolución del crimen de lesa humanidad en el derecho penal

None of these two moments of assessment reserves a foregone conclusion: firstly, as has already been said, the forced disappearance of people has not always been considered in the category of conduct constituting crimes against humanity. On the contrary, in the interamerican sphere it was defined and prohibited by the 1994 Convention, while in international criminal law it has been expressed even more recently, in the Rome Statute. Although there is no doubt that the conduct constituting the crime of forced disappearance of persons was illicit even at the time of the facts in question, its configuration as a crime against humanity at that time had not yet crystallized with a level of sufficient certainty and certainty. Furthermore, as Judge Fayt points out in his vote in dissidence in the *Simón* judgment (recital 38). On the other hand, affirming, as the Supreme Courts frequently do, that this Convention constitutes a mere crystallization of a discipline that was already forming part of the corpus of international custom, clashes with all the difficulties of ascertaining the content and operation of the source customary above described. Another example of the inadequacy of the double-entry method for exceeding the limitation period is illustrated by the Chilean Supreme Court's ruling in the *Vásquez Martínez Y Superby Jeldres* case⁷⁵ in relation no longer to the crime of forced disappearance but to that of homicide. After reiterating that according to Chilean doctrine and jurisprudence international law, both written and customary, enjoys primacy over the internal law, the Court juxtaposes the typification of the facts as a constitutive homicide of international crime and that as a common murder⁷⁶. On the basis of this double subsumption, the Court upheld the appeal in cassation, declaring, contrary to what the tribunal had done, the imprescriptibility of the facts being judged on the basis of a logical double pass: qualifying them as international crimes and applying as a consequence, the rule of imprescriptibility established by the 1968 Convention.

This reasoning reveals a problematic knot: as Judge Ballesteros recalls in his vote in dissidence, the Chilean State is not part of the 1968 Convention⁷⁷, and can not therefore recognize its direct vigor in the internal legal system. The predictable response of the majority of the Court to this objection is that this Convention is merely codifying a customary international norm which, as such, also binds States, such as Chile, that do not have the corresponding Convention. Then reappear that interpretative path that resorts to international custom as a direct source of criminal offense and discipline, with all the reservations and criticalities that we have previously highlighted.

Furthermore, the concrete argument made by the Chilean Supreme Court to justify the typification of the facts as international crimes seems to apply jointly, almost confusingly, the categories of crimes against humanity and war crimes⁷⁸. In fact, in the initial steps of the sentence, the judicial body is concerned with proving that the facts that were the subject of judgment were committed in the context of an internal armed conflict⁷⁹.

From this description we can see the applicability of the 1968 Convention and the customary norm which, in the opinion of the Court, this instrument has intended

internacional", in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 47, 2017, pp. 210ss.

⁷⁵Corte Suprema de Chile, Sala Penal, Caso Molco, op. cit.

⁷⁶Corte Suprema de Chile, Sala Penal, Caso Molco, op. cit., considerando 25

⁷⁷Corte Suprema de Chile, Sala Penal, Caso Molco, op. cit., The judge adds that not even the Rome Statute, which provides for a similar rule, was in force at the time of the trial, since the ratification by the Chilean State took place only in 2009.

⁷⁸CASSESE, A., "The nexus requirement for war crimes", in *Journal of International Criminal Justice*, 10, 2012, pp. 1414ss, when he states that: "the armed conflict must also have created the "situation" (...)".

⁷⁹Judge Ballesteros in his dissident vote also contests this statement, arguing that it can not be defined as an armed conflict, on the basis essentially of a decree dictated by the regime itself, the internal situation of the country at the time of the facts: "el D. L. N° 5, de 1973, que erróneamente se invoca de contrario, para tener por acreditado que en la época en que se perpetraron y consumaron los hechos investigados en esta causa el país se encontraba en estado de guerra interna, realmente se dictó para los efectos de aplicar una penalidad más drástica, (...) No se ha acreditado que en la época (...)".

to crystallize, only to refer to crimes that are no longer considered war crimes⁸⁰, but rather as crimes against humanity. This internal incongruity, which may be due to simple imprecision, but which in reality risks translating into a "triple subsumption" of the facts, seems to confirm the suspicion that the Court uses the categories of international criminal law purely instrumental to the declaration of imprescriptibility of crimes, being for the indifferent purpose that typing refers to one or the other of these categories.

10. AN "IMPROPER" USE OF THE DOUBLE SUBSUMPTION: THE FUJIMORI CASE

At the margin of the double-subsumption method or, if you wish, as an example of its "improper" use, then the ruling of the Supreme Court of Peru in *Fujimori* case is placed. The judges of the Court, in typing the facts objects of judgment, opt for a solution so to speak cumulative: the subsumption in this case of aggravated seizure, aggravated murder and serious injury, under the Peruvian penal code, is in fact accompanied by the qualification of the offenses committed in the *Barrios Altos* and *La Cantuta* cases as "crimes against humanity in accordance with international criminal law"⁸¹. In the Court's opinion, in fact, the crimes committed in the cases *Barrios Altos* and *La Cantuta* "transcend the strictly individual or common sphere", since they present the requirements proper to crimes against humanity: it is stated that they formed part of a "state policy" selective but systematic elimination of alleged members of the subversive groups", designed and controlled by the highest spheres of the state, which hit a considerable number of defenseless people of the civilian population⁸².

This qualification does not imply any consequence on the sanctioning plan, nor on the legal regime applied to the facts being judged: the determination of the penalty, in fact, takes into consideration the edictal frames provided by the Peruvian penal code for the common crimes of murder, injury and seizure, in addition to the special aggravating circumstances mentioned above, without any reference being made to the category of international crimes during the commissurative period. The subsumption of the conduct in this type of international crimes would have otherwise clashed with the absence in the Peruvian order, at the time of the facts, of a corresponding incriminating case.

But the underlying reason behind this peculiar interpretative solution is to a large extent connected to the specific procedural events that led to the Supreme Court ruling: in particular, it was imposed by the limits connected to the extradition procedure. The principle of double indictment, in fact, prevented the Peruvian Court from subsuming the facts in the category of crimes against humanity, since Chile, an estranging country, did not contemplate them in its own legal system. The typification of the facts as common crimes can therefore be considered a sort of forced choice, which the Peruvian Supreme Court seems to have somehow wanted to compensate by the declaration that it deals with crimes against humanity.

It is clear that the arguments underlying the typification of facts in the *Fujimori* case do not fully correspond to the double-subsumption method that we have analyzed above: the declaration that the facts are classifiable as crimes against humanity is devoid of practical consequences on the commissural level and on temporal discipline⁸³, and is characterized by a purely symbolic value, aimed at

⁸⁰Constitutional Court of Colombia, sentencia T-689/14 of 7 February 2013: "(...) una infracción al derecho internacional humanitario (DIH) aplicable a los conflictos armados internos, un crimen de guerra y de lesa humanidad, y un delito en algunas legislaciones nacionales (...)".

⁸¹MICUS, A., *The inter-American human rights system as a safeguard for justice in national transitions*, ed. Brill & The Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2015, pp. 175ss.

⁸²Supreme Court of Peru Sala Penal Especial, *Fujimori* *Fujimori*, Alberto, 07.04.2009, exp. n° A.V. 19-2001.

⁸³GONZÁLEZ TAPIA, M.I., *Determinación del tiempo de comisión del delito*, ed. Comares, 25

underlining the extreme gravity of crimes and their insertion within a peculiar context of systematic and massive violence⁸⁴.

To seize in the sentence of condemnation against *Fujimori* an applicative hypothesis of the double subsumption method necessarily implies a conception of this method which is broader than that which has prevailed so far in the jurisprudence of the Latin American courts: the judges resort to the international criminal types in this case not as a vehicle to guarantee the attribution of the connected regime of exception, but as a key to a declaration with a mere descriptive and symbolic value.

11.FORCED DISAPPEARANCES AS A PERMANENT CRIME

To overcome the temporal limits to criminal persecution with reference, in particular, to the crime of enforced disappearance, the South American jurisprudence has elaborated a further and different argumentative path, which relies on the permanent nature of the crime. The peculiarities that mark the discipline of the permanent crime-whose distinctive feature, as is known, is the maintenance over time of the anti-juridical situation created by the illicit conduct, by the will of the active subject-entail significant consequences both for the possibility of applying retroactively a penal law occurred while the illicit situation was still in progress, both for setting the starting point for the limitation period: two profiles that appear to be connected but which do not necessarily coincide in the treatment that the criminal system assigns to them⁸⁵. The identification of the *tempus commissi delicti* then reverberates on the discipline of the prescription, marking the beginning of its course⁸⁶. Also with regard to this profile, permanent crimes are characterized by the placing of the *dies a quo* when the anti-juridical situation ceases, unlike what is generally foreseen. The peculiarities of the permanent crime obviously offer advantages that are anything but negligible to the criminal persecution of state crimes that the South American courts are undertaking today, since they allow both the, and also expressly acknowledged by the legislative provisions of various criminal codes, the *tempus commissi delicti* for permanent crimes it coincides not with the beginning of the conduct that establishes the illicit situation, but with the cessation of the maintenance of the same. Precisely at that moment, there is the need to determine the applicable penal law, with the consequence that the application of a criminal law that is not in force at the time of commencement but occurred during the stay, even if such a solution, would be legitimate; as we will see applying a norm that has come about during the maintenance of the anti-juridical situation-for example a law that typifies forced disappearance as a crime against humanity- and to circumvent the obstacle of the prescribed procedure. Asserting that the forced disappearance is a permanent crime and that, given that usually the person illegally seized and illegally has no news to date, his commission still continues, in fact, it is concluded that the starting point of the prescription has not yet begun effect.

The recognition of the permanent nature of the crime of enforced disappearance, on the other hand, not only reflects the phenomenological manifestation of the offending conduct, but also finds confirmation in the inter-American system. Based on what is established by art. 3 of the ACFDP, in fact, the IACtHR has affirmed in several judgments that the crime should be considered as "continuous or permanent as long as the fate of the victim and the place in which he

Granada, 2002, pp. 302-305.

⁸⁴SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.J., CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., "Algunas consideraciones jurídico-internacionales acerca de la sentencia de la sala Especial de la Corte Suprema de la República del Perú contra Alberto Kenya Fujimori Fujimori", in *Revista de Estudios Jurídicos*, 10, 2010, pp. 16ss.

⁸⁵GIL GIL, A., "La aplicación de la ley penal en el tiempo", in GIL GIL, A., LACRUZ LÓPEZ, J.M., MELENDO PARDOS, M., NUÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de derecho penal. Parte general*, ed. Dykinson S.L., Madrid, 2011, pp. 56-59ss.

⁸⁶GONZÁLEZ TAPIA, M.I., *La prescripción en el derecho penal*, ed. Dykinson S.L., Madrid, 2003, pp. 146ss.

is not defined"⁸⁷. Consequently, as the Court itself has pointed out, the limitation period does not start to run until there is uncertainty about the fate of the victim. These statements of the IACtHR seem to be based on the erroneous assumption that the concepts of "continuous" and "permanent" crime are equivalent, disavowing instead that, while the former is a "legal fiction"⁸⁸ that considers in unitary terms a plurality of behaviors linked by a particular constraint - in the Italian legal system described as the "same criminal design", the permanent crime is not characterized by any particularity in the typical consumption, simply the consummation lasts for a certain time.

The interpretation proposed in the Inter-American system has been captured and developed by the jurisprudence of the national courts. The Tribunal Constitucional of Peru, for example, followed this interpretative option in two well-known cases related to forced disappearances committed in the context of the violent confrontation between Sendero Luminoso and the Armed Forces and paramilitary forces during the *Fujimori* presidency⁸⁹. The attribution to the forced disappearance of the nature of a permanent crime is used, in both cases, as a vehicle to legitimize the retroactive application of the norm that typifies this crime⁹⁰.

In similar terms, the same ruling body is expressed in the ruling *Vera Navarrete*⁹¹, citing, however, expressly: "(...) Esto quiere decir que entre el 7 de mayo y el 1 de julio de 1992 no existió, taxativamente, en el Código Penal la figura típica correspondiente a la desaparición forzada de personas (...) the valorization of the permanent nature of the crime of enforced disappearance is therefore used by the Latin American jurisprudence⁹². As an interpretative key to broaden the scope of application of this case to facts whose commission began before the entry into force of the corresponding standard. The partial derogation from the principle of criminal non-retroactivity and the consequent extension in the temporal plan of the penal type in question are reached here by not applying international rules, but on the basis that the national laws reserve for a specific class of crimes.

We see that some judgments then resort to similar reasoning but prefer the subsumption of facts in the common crime of illegitimate deprivation of liberty (or illegitimate detention), which shares with the forced disappearance the nature of a permanent crime. A paradigmatic example in this sense is offered by the ruling of the Bolivian Constitutional Court in the *Trujillo Oroza* case⁹³, which cancels with a postponement a sentence declaring the extinction of the offense by prescribing the permanent nature of the crime of illegitimate deprivation of liberty in which the facts were subsumed⁹⁴. The court concludes that the commission of the crime has not yet ceased and that for this reason the statute of limitations has not started to run. This

⁸⁷IACtHR, Velásquez Rodríguez, op. cit., par. 155; Bámaca Velásquez, op. cit., par. 128.

⁸⁸MUÑOZ CONDE, F., GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte General*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010 (8ª ed.), pp. 472ss.

⁸⁹MACULAN, E., "La respuesta a las graves violaciones de derechos humanos entre derecho penal e internacional. Observaciones sobre el caso Fujimori", in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 14 (5), 2012.

⁹⁰In the same spirit and from the same Tribunal see the next case: exp. N.02071-2009 PHC/TC Ayacyczo edgar Armando Acevedo López of 7 April 2015.

⁹¹Peruvian Constitutional Tribunal, *Vera Navarrete*, Gabriel Orlando, recurso extraordinario de hábeas corpus, Exp. n. 2798-2004-HC/TC, 09.12.2004.

⁹²Colombian Constitutional Tribunal, C-580/2002 del 31.07.2002, Control De Constitucionalidad De Tratado Internacional y Ley Aprobatoria de la Convención Interamericana Sobre Desaparicion Forzada De Personas, sub art. 3; Sala Penal Nacional peruana, Ernesto Castillo Páez, op. cit., (par. "Situación o contexto de la desaparición forzada de personas en el Perú"); Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana, Tribunal Pleno, Controversia Constitucional 33/2004, 29.06.2004.

⁹³Tribunal Constitucional boliviano, sentencia constitucional N° 1190/01-R sobre recurso de amparo constitucional, *Trujillo Oroza*, 12.11.2001, Exp.te 2001-03164-07-RAC.

⁹⁴Tribunal Constitucional boliviano, sentencia constitucional N° 1190/01-R sobre recurso de amparo constitucional, *Trujillo Oroza*, 12.11.2001, Exp.te 2001-03164-07-RAC.

solution is even more firmly anchored to the internal penal system, and presents even greater advantages than the qualification of the facts as forced disappearance of people: on the one hand, in fact, enhancing the permanent nature of the crime, allows to achieve the result of excluding the limitation period has lapsed, and on the other, it does not entail the controversial retroactive application of an unfavorable penal provision that has occurred-the rule that typifies forced disappearance-because the conduct in a common situation already contemplated in national law at the time of events⁹⁵.

A similar interpretative path, but this time aimed at excluding the application of amnesty provisions, is undertaken by a Chilean Court of Appeals, and subsequently confirmed by the Supreme Court, in relation to the case of *Miguel Ángel Sandoval*. The Court of Appeal, confirming the convictions handed down by the judge of the first instance, subsumes the conduct attributed to the defendants in the seizure of the crime pursuant to art. 141 of Chilean p.c., exacerbated by the prolongation of the action-well-over 90 days and the serious consequences of the action. The specific judicial body that, due to the permanent nature of the seizure offense, does not apply the amnesty law, reserved for its express provision, to the crimes consumed in the period between 11 September 1973-date of Pinochet's coup-and March 10, 1978⁹⁶. The permanent nature of the common seizure crime is therefore asserted, in this case, not only and not so much to justify the non-prescription period, but rather to base the inapplicability of the amnesty law. The latter, expressly providing for an initial and final term of applicability of the benefit, would not in fact be applicable to facts - such as the forced disappearance of *Sandoval Rodríguez*, whose consumption had not yet ceased at that final deadline. In developing this argument, which is logical and consequential in itself, the Court of Appeal incurs two interpretative errors: first, it replaces the detention, which constitutes the anti-juridical situation whose permanence should demonstrate, with the disappearance, understood as a lack information on the illegally detained victim. Secondly, the judicial body mixes, so to speak, the case of seizure, in which the conduct actually subsumes, and the crime of enforced disappearance which, according to his words, "corresponds" to the first. Citing the main international and inter-American instruments that foresee and regulate the forced disappearance, the Court proposes a description, and specifies that it is applied in the Chilean system, even in the absence of its expressed typification, by virtue of the principle of pre-eminence of the treaties. international systems in the internal system⁹⁷. The text of the sentence does not clearly show in what terms the judging body conceives this "correspondence" between the two crimes - even if at a certain point it is stated that "the norm of art. 141 p.c. includes, as a consecuencia del secuestro, the desaparición forzada de personas"⁹⁸-, especially as at no time the existence of the facts in the single case of aggravated seizure is denied. This incongruity does not escape the defenders of the defendants, who, in

⁹⁵Corte de Apelaciones de Santiago (Chile), 5º sala, Miguel Ángel Sandoval, recurso de casación en la forma y de apelación presentado por Laureani Maturana y Krassnoff Marchenko, 05.01.2004.

⁹⁶Miguel Ángel Sandoval Rodríguez, militant in MIR (Movimiento de Izquierda Revolucionaria) was kidnapped by a military commando on 7 January 1975, and detained in the clandestine center "Villa Grimaldi", in which he was tortured and allegedly killed. To date it has disappeared. For his disappearance the former head of the secret services (DINA) General Manuel Contreras Sepúlveda, the former head of the clandestine center of Villa Grimaldi Colonel Marcelo Moren Brito, and other four members of the DINA dome were charged. All were convicted at first instance, as authors and accomplices of the kidnapping and disappearance of the victim, imprisonment from 5 to 15 years. Corte de Apelaciones de Santiago (Chile), 5º sala, Miguel Ángel Sandoval, recurso de casación en la forma y de apelación presentado por Laureani Maturana y Krassnoff Marchenko, 05.01.2004.

⁹⁷IACtHR: Velásquez-Rodríguez and Godínez Cruz, op. cit., considerando 45-57.

⁹⁸Corte de Apelaciones de Santiago (Chile), 5º sala, Miguel Ángel Sandoval, recurso de casación en la forma y de apelación presentado por Laureani Maturana y Krassnoff Marchenko, 05.01.2004, considerando 58.

their appeal before the Supreme Court⁹⁹, contest the application of the penal type of forced disappearance, in the light of the absence of its express typing and a corresponding request by the prosecution or defense¹⁰⁰-and therefore *ultra petita*-, noting that it is based on international treaties not incorporated and not in force in the Chilean system.

However, the Supreme Court rejects these grounds of appeal, considering that the Convention on Forced Disappearance and other international instruments have been invoked by the referring court only "for illustrative purposes", without this contradicting the subsumption of conduct in the case referred to in art. 141 Chilean p.c.¹⁰¹.

The judicial bodies involved do not question the validity of the amnesty provision per se, but they deny it. The Court of Appeal erroneously tried to present the seizure crime as "equivalent" to that of enforced disappearance, "with the sole purpose of denying the applicability of the amnesty and of the prescription" simply the applicability to offenses of a nature permanent, such as enforced disappearance and/or sequestration, whose consumption is maintained until the present time. In other words, the judges, even without expressly annulling the choice of the legislator, proceed essentially to "empty from the inside"¹⁰² the amnesty provision.

The interpretive path described above, which relies on the permanent nature of the crime of forced disappearance of people in order to overcome the obstacle of the prescription and the principle of non-retroactivity, appears preferable compared to the different mechanisms examined above, since it does not involve a surreptitious modification of the system of regulatory sources, nor does it compromise the principles of legal reserve, taxability and the determination of the criminal law. In relation to the consequences that the permanent nature of the crime carries out on the succession of laws over time, to admit the application of a norm occurred after the conduct, but during the maintenance of the anti-juridical situation, may produce detrimental consequences for the offender when the norm occurred to him unfavorable¹⁰³. Precisely on the basis of this consideration, a doctrinal orientation, which still today can be called minority-even if in our opinion shared -, proposes to identify the *tempus commissi delicti* in the moment of the beginning of the execution. In other words, the consummation of the crime would be instantaneous, like the generality of the crimes, and what goes on in time would be only the effects of that consummation, the anti-juridical situation that it caused.

But the problem now reported is intertwined with the typical structure of forced disappearance¹⁰⁴ as a crime-not only permanent, but also-complex, consisting of illegitimate detention as the first active conduct, and the refusal to provide information as a subsequent omissive conduct. The peculiarity that characterizes the discipline of the complex crime is that with respect to it a supervised penal law is applicable, as they have been able to clarify both the Spanish Supreme Tribunal and

⁹⁹Corte Suprema cilena, II Sala, Miguel Ángel Sandoval, rol 517-2004, 17.11.2004.

¹⁰⁰“(…) se ha hecho referencia a la Convención sobre Desaparición Forzada de Personas, lo cual es desarrollado en forma amplia, argumentada (...), aplicándose de esta manera no sólo una legislación inexistente en Chile, sino que se le imputa intencionalmente la comisión de un delito que no fue materia de la acusación y de la defensa” (considerando II).

¹⁰¹Considerando V e XVIII.

¹⁰²Considerando XVI.

¹⁰³GUZMÁN, N., “El neopunitivismo en la jurisprudencia de la Corte Suprema De Justicia De La Nación y de la Corte Interamericana De Derechos Humanos: un pronóstico incierto para el ne bis in idem y la cosa juzgada”, in PASTOR D., (dir.), *Neopunitivismo y neoinquisición. Un análisis de políticas y prácticas penales violatorias de los derechos fundamentales del imputado*, op. cit., pp. 203-251.

¹⁰⁴MACULAN, E., “La desaparición forzada de personas en el continente latinoamericano: en búsqueda de una definición del concepto jurídico”, in REQUENA M., (ed.), *La seguridad y la defensa en el actual marco socio-económico: nuevas estrategias frente a nuevas amenazas*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 375-400.

the European Court of Human Rights (ECtHR)¹⁰⁵, only where the conduct committed after its entry into force is sufficient in itself to reflect the negative value of the event¹⁰⁶.

The interpreters are therefore faced with a crossroads: they try to show that illegitimate detention, the result of the first active conduct that makes up the crime, remains even after the new law has come into force, or concentrate the negative value of the fact in the conduct omissive consisting in not providing information on the person illegally detained, which actually continues to be committed even after that time. To this must be added, with specific reference to enforced disappearance, that the retroactive application of this case is in any case possible only in those systems which, in the time between the commission of facts and the celebration of the trial, have provided to crime. In the first hypothesis, to legitimize the application of a penal norm that occurred during the maintenance of the anti-juridical situation, it would be rigorous to prove that, when this new law enters into force, the offended person is still in a state of detention¹⁰⁷.

This presumption is contradicted by what happened in most of the cases recorded as forced disappearances, which usually resulted in the killing of the victim followed by the concealment of his body. It is therefore a presumption that does not correspond to the *id quod plerumque accidit*, and that does not even find justification in the principle of favor, since it determines the application of a criminal offense normally punished with a more severe penalty and subject to a discipline definitely more rigorous. On the other hand, taking into consideration the death of the victim-normal outcome of the unlawful conduct-clashes with the obvious difficulties of ascertainment and timing of this event, which occurred at an unspecified time during illegitimate detention and absolute secrecy. The enforced disappearance thus conceived would become a crime of suspicion (of homicide)¹⁰⁸ aggravated by illegal detention¹⁰⁹. Secondly, the death of the victim determines the disappearance of the passive subject of the crime: from that moment on, it is no longer possible to state that personal freedom and the legal personality of the missing victim are being violated. The question is linked to the problematic profile of the identification of legal assets protected by the law that incriminates the forced disappearance: if you consider that the sole holder of such interests-personal liberty, physical integrity, access to an effective remedy, to the life-both the missing person, it must be accepted that with the death of the latter ceases also the violation of such interests and therefore the unlawful conduct sanctioned by that specific norm.

The only alternative compatible with the solution of the permanence of the crime presupposes, in our opinion, the recognition of the ownership of the protected interests also for the victim's family members. In other words, the legal good that the case intends to protect would be the right of access to an effective remedy not only for the person subjected to illegal detention, but also for his family members, bearers of an interest, worthy of protection, to be informed on the circumstances of the disappearance and the probable death of the loved one¹¹⁰. This extension of the passive subjects of the crime seems inevitable if we want to maintain the permanent character of forced disappearance without incurring internal contradictions, even if it is clear that this would have repercussions, *inter alia*, on the ownership of the right

¹⁰⁵ECtHR: Ecer and Zeyreck v. Turkey, 27.02.2001, par. 33. RAINEY, B., WICKS, E., OVEY, C., Jacobs, White and Ovey: *The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2017.

¹⁰⁶Constitutional Court of Peru, exp. 0901-2003-PHC/TC, 19.08.2010.

¹⁰⁷IACtHR: Castillo Páez v. Peru, sentencia de fondo, 3.11.1997, par. 90.

¹⁰⁸GUZMÁN DALBORA, J.L., "El principio de legalidad penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana De Derechos Humanos", in AMBOS, A., MALARINO, E., ELSNER G., (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Konrad Adenaur Stiftung, 2010, pp. 190ss.

¹⁰⁹TS spagnolo, Sala de lo Penal, Sección I, sentence 4918/1990 of 25.06.1990, nominated also as: "caso el Nani", fundamento de derecho 1º, punto 2.b e fundamento de derecho 3º).

¹¹⁰GALAIN, P., Uruguay, in AMBOS K., (coord.), *Desaparición forzada de personas*, op. cit., pp. 148ss.

to reparation.

These problematic implications and the probative difficulties mentioned above have therefore induced part of the jurisprudence to concentrate the negative value of the fact in the only omission conduct that makes up the crime of enforced disappearance, with the consequence that the consummation coincides with the first moment in which it is omitted or absent refuses to give news about the victim. However, even this different solution lends itself to critical criticism. First of all, it seems frankly doubtful that the omissive conduct concretized in not providing information on the person illegally detained is in itself sufficient to reflect the specific disvalue of forced disappearance and to justify the corresponding sanctioning treatment. The second problematic node of this interpretation consists in its incompatibility with the principle of guilt and with the constitutionally guaranteed right not to self-incriminate. If one accepts the reading of the IACtHR, according to which the crime remains until the fate of the victim is clarified and the place in which he finds himself, in fact, the cessation of consummation depends on a random event, independent of the voluntary domination of the active subject on the fact, thereby incurring a violation of the principle of guilt. At the same time, there is a mistaken error-to tell the truth rather frequent in the field of international criminal law-of confusing the obligation of the State to investigate disappearances and to provide the corresponding information to the persons concerned, and the responsibility of international nature¹¹¹ that derives from the non-fulfillment of this obligation, with the individual criminal responsibility attributable to the individual subjects for the violation of a duty imposed on them¹¹². But this conversion of a state obligation into a duty of the individual, namely the accused, is even more serious because it involves the violation of the right not to self-incriminate that many Constitutions count among fundamental rights. This right would inevitably be injured by the imposition of an obligation, extended to all citizens, to give information on an illegal conduct or situation, even when they have participated in it.

The classification of enforced disappearance as a permanent offense-and the same considerations also apply to the subsumption of facts in the common cases of seizure or illegitimate deprivation of liberty as exemplified-opens therefore a range of questions and doubts difficult to solve. It is therefore not surprising that some authors propose to classify the enforced disappearance of persons not as a permanent crime, but as an instant crime, which is consummated with the first offense of the duty to inform; the permanence of the legal situation would instead be irrelevant for the purpose of consummation. This interpretation, which defines it as an instant crime with permanent effects¹¹³, seems preferable, in light of the above considerations, with respect to the dominant one. Naturally, the "price" to be paid for a free classification of internal contradictions is the loss of the applicative advantages that the permanent crime offers with respect to the ordinary discipline of prescription and non-retroactivity.

¹¹¹LIAKOPOULOS, D., "Die Hybridität des Verfahrens der Internationalen ad hoc Strafgerichtshöfe und die Bezugnahme auf innerstaatliches Recht in der Rechtsprechung", in *International and European Union legal Matters*, 2012. TURAN, G., "Responsibility to prosecute in an age of global governamentality: The International Criminal Court", in *Cooperation and Conflict*, 50, 2015. ODRIÓZOLA GURRUTZAGA, M., "Responsabilidad penal por crímenes internacionales y coautoría medita", in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 17, 2015, pp. 7ss. JAIN, N., *Perpetrators and accessories in international criminal law. Individual modes of responsibility for collective crimes*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2014. GOY, B., "Individual criminal responsibility before the International Criminal Court: A comparison with the ad hoc Tribunals", in *International Criminal Law Review*, 12, 2012, pp. 5ss. AZZOLINI BIANCAZ, A., "La construcción de la responsabilidad construcción de la responsabilidad penal individual en el ámbito internacional", in *Alegatos Revista*, 20, 2018.

¹¹²ESTUPIÑAN SILVA, R., "Principios que rigen la responsabilidad internacional penal por crímenes internacionales", in *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2012, pp. 136ss.

¹¹³VÉLEZ FERNÁNDEZ, G.F., *La desaparición forzada de personas y su tipificación en el Código penal peruano*, ed. PCP, Lima, 2004, pp. 134ss.

12. THE SUSPENSION OF THE LIMITATION PERIOD DURING THE DE FACTO GOVERNMENT

Finally, to overcome the specific problem of the prescription, some Latin American tribunals have elaborated a different and original interpretative proposal, which does not directly affect the content and the scope of the international criminal types, and which in fact ignores the subsumption of the facts in this category. The assumption from which this argumentative path moves is the state of exception in which the facts subject to judgment are placed: the dictatorial regimes on whose background-or rather by which-the crimes were perpetrated were in fact connoted by the suspension, *de jure or de facto*, of a whole series of guarantees, and the impossibility, normative and/or factual, to exercise the criminal action against the perpetrators of the violations according to the ordinary ways. As long as this general suspension of the rule of law continued, it is stated that the limitation periods, designed and governed by the normal functioning of the judicial system, were not enforced. It would be absolutely contrary to the constitutional principles to admit the application of the prescription according to ordinary terms when the criminal persecution was in reality impossible due to the existence of an authoritarian regime which is also responsible for the offenses. A detailed argument to support this interpretation can be found in the aforementioned sentence condemning the former Uruguayan dictator Bordaberry, even if it refers, in practice, to the crime of attack on the Constitution, and not to an international crime. In rejecting the statute of limitations raised by the defense, the District Court of Montevideo¹¹⁴.

The Uruguayan court, in the absence of a precise reference, in the penal code, to the possibility of suspending the prescription in a situation of exceptionality, finds a normative support in the discipline of the prescription contained in the civil code, which expressly provides the hypothesis of "just cause". The statute of limitations would therefore start not after the commission of the crime, but rather from the recovery of a situation of democratic normality in which state institutions and in particular the judicial bodies are not subject to illegitimate impediments. We find then a trace of this interpretation, as well as in the note and discussed lawsuit opened by the Spanish judge Baltasar Garzón for the crimes of Francoism¹¹⁵, also in a recent sentence of the Peruvian Constitutional Tribunal, which originates in an appeal for *habeas corpus* presented by the convicted facts occurred on the occasion of the so-called *matanza de Accomarca*¹¹⁶.

On this occasion the constitutional judge confirms the existence of the facts in the crime of arson (*asesinato*) taken by the national court, as well as his statement that "por las circunstancias que lo rodean, no se le puede negar la condición de violación a los derechos humanos, y por ende, resulta aplicable el criterio de imprescriptibilidad". In short, the Constitutional Tribunal adheres to the interpretation that these are imprescriptible crimes because they constitute international crimes; however, this reading is accompanied by another, apparently considering it as an alternative with the same value ("cualquiera que sea la opción"; "interpretative que se tome", fundamento 19). In this second interpretation he invokes the suspension of the prescription period during the validity of the amnesty laws issued by the Fujimori government, which prevented the prosecution of the penal action according to the ordinary criteria. The Constitutional Tribunal concludes that the statute of limitations began only after the annulment of the partial judgment held in the military forum, following the declaration of unconstitutionality of amnesty laws in 2002¹¹⁷. While the Uruguayan court of first instance, in the Bordaberry ruling above, fixes the

¹¹⁴DAVIS, J., *Seeking human rights justice in Latin America: Truth, extra-territorial courts and the process of justice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.

¹¹⁵Juzgado Central de Instrucción nº 5, Audiencia Nacional de Madrid, Diligencias Previas Proc. Abreviado 399/2006 V, Auto of 16.10.2008.

¹¹⁶Tribunal Constitucional peruano, Contreras Roberto, exp. N. 00218-2009-PHC/TC, 11.11.2010.

¹¹⁷Tribunal Constitucional peruano, Contreras Roberto, exp. N. 00218-2009-PHC/TC, 11.11.2010, fundamento 19.

starting point of the prescription, generically, in the restoration of the democratic regime, the Peruvian Constitutional Tribunal values a moment more closely connected to the concrete case of judgment, that is to say the annulment of the trial held before the military forum for those same facts. Beyond this-although important-divergence, the two judgments cited move in the same direction: without recalling supranational normative sources, and without claiming to affirm the international criminal nature of the offenses ascribed to the defendants, they reach the elimination of obstacle imposed by the rules on limitation by means of an interpretation based exclusively on the legitimacy of national law.

The solution thus reached seems to be undoubtedly preferable compared to a reading that retroactively applies international standards sometimes not even written¹¹⁸; however, its validity is subordinated to the verification of the actual existence of a provision, in the national legal system, which foresees a similar cause of suspension of the prescription, in the penal system or in the constitutional dictate. It does not fully convince the normative support put forward by the Uruguayan court, which refers to a rule valid for civil law, but not for the different institution of the criminal prescription. Beyond this emphasis, this argumentative path undoubtedly poses fewer problems of compatibility with the constitutional principles in criminal matters, and in any case allows to circumvent the obstacles that the long period of time elapsed by the commission of crimes poses with respect to their persecution and sanction. Naturally, the other limitations that ordinary criminal law fixes-amnesty, indults, *ne bis in idem*-and with which the response to the crimes of the past dictatorial regimes has to deal with in this hypothesis remain unaffected.

13. PLAN OF THE TYPICAL STRUCTURE: THE EXTENSION OF THE SCOPE OF INTERNATIONAL CRIMINAL TYPES

The Latin American jurisprudence has revealed its tendency to widen the scope of international criminal types not only in the temporal dimension, but also with reference to the typical structure of the cases. This expansive movement takes two different forms: on the one hand, it is expressed in the broad interpretation that the courts adopt, in the context of a criminal trial, of the constituent elements of international crimes, particularly of their contextual element. On the other, it manifests itself in the control of the constitutionality of those internal norms that characterize international crimes by introducing new elements, not provided for by the corresponding international definition, which are suitable to restrict the application field of the case.

These are two forms of judicial activity that are obviously different in terms of their modality, object and scope, and which also presuppose a different relationship with the national legislative power. The first tendency, in fact, is maintained on a strictly interpretative level, without affecting the literal dictates of the norm but grasping and enhancing the expansive potentials allowed, perhaps even more than the ordinary incriminating norms, with a vague and evanescent character of the international definitions of crimes. This type of interpretation, which may go as far as the manipulation of the typical structure, is perfectly compatible both with cases in which the legislator has proceeded to classify international crimes in the internal order, in accordance with the definition and the indications provided at the level. international, both with the opposite situation of absolute-or late-legislative inactivity, and with the consequent direct application-in the different forms that we have examined above-the conventional or customary international norms.

The second tendency, which manifests itself in the control of constitutional legitimacy, presupposes a legislative intervention that has chosen to characterize one

¹¹⁸According to PASTOR, "(...) es cuestionable... el hecho de que se ha generalizado una imprescriptibilidad absoluta donde hubiera correspondido establecer nada más que una suspensión de la prescripción mientras la persecución de los hechos estuviera obstruida por el poder real de los autores o sus cómplices". PASTOR, D., *La imprescriptibilidad de los crímenes internacionales en conexión con el fenómeno del terrorismo*, op. cit., pp. 648ss.

or more international crimes by introducing some new and additional elements with respect to the international definition, in the exercise of the margin of appreciation that the International Conventions and Treaties on the subject-including the Rome Statute-grant the States. These elements can produce a restriction on the scope of application of the incriminating rule: this can occur, for example, by providing a minimum threshold for pipelines, or by limiting the range of possible active subjects to a specific category of persons. In this second case, therefore, in the "dialogue" between the norm and the international jurisprudence, on the one hand, and the national jurisprudence, on the other, a third subject is inserted, the legislator, who in turn offers a definition of the type criminal law, departing from the internationally valid one and then colliding with the constitutional legitimacy judgment.

The two interpretive tendencies now outlined also place themselves in a different relationship with the international norm that defines crimes: while the extensive interpretation of the typical elements operated by the criminal tribunals aims to further widen the boundaries, the control of constitutionality in the forms described above implies only a re-expansion of the penal type restricted to internal typing and the recovery of correspondence with the international definition.

In both cases, however, like what has already been noted with reference to the widening of the case in the temporal plan, the motivation underlying this type of interpretative operations is to arrive, through the application of the facts in the international penal types, to the application of the regime special character that characterizes them, and the consequent overcoming of obstacles of a temporal, jurisdictional or beneficiary nature.

Besides this reason of eminently practical nature, however, a different motivation also makes its way into the background, which is not directed towards the production of concrete effects in terms of sanctions and discipline, but is characterized by a merely communicative or symbolic value, aimed at offer a contribution to the construction of a knowledge and memory of crimes. In this sense, it is a ruling pronounced in appeal by the Regional Mixta de la Corte de Apelaciones de Cobán in relation to the "massacre of the Río Negro"¹¹⁹.

The Guatemalan court, while confirming the subsumption of the facts in the case of multiple homicide, makes an explicit rebuke to the Public Prosecutor and the *querellante* (an association for the protection of human rights), for not proposing the classification of the facts as genocide¹²⁰, what which would have allowed the application of a much more severe sentence. It is noted that the application of the genocide case was absolutely justified in light of the concrete modalities of commission, the type of conduct-murder, serious injury, intentional subjection to conditions of existence aimed at physical destruction, forced transfer of children, the dole of destruction that animated them and of the passive subject-a human group that is identified as ethnic, racial and national at the same time¹²¹. However, in view

¹¹⁹Sala Regional Mixta de la Corte de Apelaciones de Cobán (Alta Verapaz-Guatemala), Sentence 96/2008, proceso 89-2008-Of. 4º- Sala, Macaro Alavarado Toj y otros ("Masacre de Río Negro"), 24.09.2008.

¹²⁰BEHRENS, P., HENNAM, R., *Elements of genocide*, ed. Routledge, London & New York, 2013, pp. 194ss. BEIGBEDER, Y., *International Criminal Tribunals*, ed. Palgrave, London, 2011. SÁNCHEZ REVERTE, R.S., "Referencia al crimen de genocidio aproximación genocide crime", in *Revista de estudios jurídicos*, 16, 2016. KELLY, M.J., "The debate or genocide in Darfur, Sudan", in *University of California, Davis Journal of International Law & Policy*, 19, 2012, pp. 208ss. LINGAAS, C., "Imagined identities: Defining the racial group in the crime of genocide", in *Genocide Studies and Prevention: An International Journal*, 2016, pp. 80ss. MAISSON, E., *Justice pénale internationale*, ed. PUF, Paris, 2017. BETTWY, D.S., "The genocide Convention and unprotected groups: Is the scope of protection expanding under customary international law?", in *Notre Dame Journal of International and Comparative Law*, 2011, pp. 102ss. HALLING, M., "Push the envelope: Watch it bend: Removing the policy requirement and extending crimes against humanity", in *Leiden Journal of International Law*, 23, 2010, pp. 828ss. ROBERTS, C., "On the definition of crimes against humanity and other widespread or systematic human rights violations", in *University of Pennsylvania Journal of Law and Social Change*, 20, 2017, pp. 4ss.

¹²¹FOURNET, C., *The crime of destruction and the law of genocide. Their impact on collective*

of the procedural obligation to limit the appeal judgment to the pleas relied on by the appellants, and since there was no specific request to that effect, this consideration of the Court remains at the mere declaration stage, devoid of correspondence in the actual subsumption of facts¹²². In this case, therefore, the qualification as international crimes-specifically as genocide-is carried out, on a purely declarative or descriptive level, with an openly pedagogical purpose, to give instructions-or at least suggestions-for the future to lower-ranking judges¹²³.

14.THE CONTEXT ELEMENT AS A KEY TO OPENING THE TYPE

To illustrate the first of the two lines of interpretation outlined above, which comes to subsume in international crimes through a broad interpretation of their typical elements, it should be noted that the structural component with respect to which this tendency has most manifested itself is the element of context or chapeau¹²⁴, since it constitutes, as we said, the true *quid pluris* which determines the international character of the crimes and on which therefore the qualification of the facts is played. At the same time, the definition, which gives this element international standards and the national provisions that implement them, is by nature broad and open, and therefore lends itself to extensive interpretations. The courts therefore use the element of context-or rather, the individual components that contribute to form it-as an interpretative justification in order to expand the scope of application of the international criminal type.

A recurring argumentative figure in this sense, especially in the Argentine jurisprudence, is the qualification of the atrocities committed by the dictatorial regimes as genocide, on the basis of a broad interpretation of the concept of "national group" or, alternatively, of "group" religious". In this regard, it should be recalled that the chapeau of genocide, which subordinates the configurability of the case to the presence of an intention to destroy in whole or in part a specific human group, as a specific malice that leads to the realization of the sanctioned criminal conduct, limits the groups protected by racial, ethnic, national and religious groups¹²⁵.

This interpretative path was inaugurated by the Spanish Audiencia Nacional, in the context of a proceeding against 98 Argentine soldiers for crimes committed in the context of the military dictatorship of the 70s¹²⁶. The Court, called upon to rule

memory, Ashgate Publishing, Hampshire, 2007, pp. 99-108. HENCKAERTS, J.M., DOSWALD-BECK, L., *Customary international humanitarian law. Volume I: Rules*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009. MERON, T., *The continuing role of custom in the formation of international humanitarian law*, in *American Journal of International Law*, 90, 1996, pp. 238. SHAHABUDEEN, M., "Does the principle of legality stand in the way of progressive development of law?", in *Journal of International Criminal Justice*, 2, 2004, pp. 1007ss. MERON, T., "Revival of customary humanitarian law", in *American Journal of International Law*, 99, 2005, pp. 817ss. For the customary nature of the additional protocols of Convention of Geneva of 1977, see: CASSESE, A., "The Geneva Protocols of 1977 on the humanitarian law of armed conflict and customary international law", in *UCLA Pacific Basin Law Journal*, 3, 1984, pp. 55ss. GREENWOOD, C., Customary law status of the 1997 Additional Protocols, in DELISSEN, A.J.M., TANJA G.J., (a cura di), *Humanitarian law of armed conflict*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1991, pp. 93ss.

¹²²Sala Regional Mixta de la Corte de Apelaciones de Cobán (Alta Verapaz-Guatemala), Sentence 96/2008, proceso 89-2008-Of. 4º- Sala, Macaro Alavarado Toj y otros ("Masacre de Río Negro"), 24.09.2008, fundamento 2.

¹²³BOSLY, H.D., VANDERMEERSCH, D., *Génocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre face à la justice*, ed. Bruylant, Bruxelles, 2012.

¹²⁴SLUITER, G., "Chapeau elements" of crimes against humanity in the jurisprudence of the UN ad hoc Tribunals, in SADAT L.N., (a cura di), *Forging a convention for crimes against humanity*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pp. 102-141. CHESTERMAN, S., "An altogether different order: Defining the elements of crimes against humanity", in *Duke Journal of Comparative and International Law*, 10, 2000, pp. 316ss.

¹²⁵GIL GIL, A., "El principio de jurisdicción universal en España", in *Revue Internationale de Droit Penal*, 78-79 (1-2), 2008, pp. 125-191.

¹²⁶Audiencia Nacional spagnola, Pleno de la Sala de lo Penal, Auto por el que se considera

on an objection of incompetence made by the defense, justified the jurisdiction of the Spanish court on the basis of the principle of universal jurisdiction pursuant to art. 23.4 LOPJ¹²⁷, which in turn is conditioned by the classification of the facts to be considered as crimes of genocide. Not being able to penetrate even to the smallest extent in the vast and complex issue of universal jurisdiction, which transcends the specific object of this research, we will limit ourselves to pointing out that even in this case the subsumption of facts in the category of international crimes seems preordained to achieve a concrete result: precisely, the possibility of invoking universal jurisdiction, on the basis of the discipline dictated by Spanish legislation. However, the notion of "national group" -and, to a lesser extent, that of "religious group" -has been subjected to an extremely broad interpretation that would allow to include also groups whose unifying trait is, in reality, a determined ideology policy. Keeping in mind the ultimate goal underlying the reasoning of the court, it is interesting to analyze the interpretation that proposes the criminal type of genocide in order to make you fall within the facts being judged.

The Audiencia Nacional argues its conclusion on the basis of a "social conception" of the genocide crime, broader than the legal one¹²⁸, and in particular thanks to an extensive interpretation of the concept of "national group", understood as a differentiated human group, distinguished from something, integrated into a wider community. According to the court, this reading is dictated by the need, warned by the member states of the 1948 Convention, to criminalize genocide and to avoid impunity for this horrific crime of international law. In the specific case of Argentina, the extermination plan implemented by the military dictatorship responded precisely to the desire to destroy a certain sector of the population, a very heterogeneous but differentiated group from the majority, integrated by all those who did not respond to the ideal of a citizen set by the repressors .

The Juzgado Central de Instrucción n. 5 of Madrid¹²⁹, in the person of Judge Garzón, in issuing the decree of indictment in relation to the same case. The victims of the Argentine repression were undoubtedly hit for their political affiliation, but also and above all because because of their orientation they integrated a national group, within the wider Argentine population, which was identified by opposition to the characteristics, he further developed this subject and added another alternative to it. The judge, like what previously stated by the Audiencia Nacional, states that the victims of the Argentine state crime can be considered belonging to a "national group"¹³⁰, in light of an interpretation of this concept that relies not so much on a territorial characteristic, but rather on the existence of a trait that distinguishes it within a larger population. The interpretative solution proposed here is divided into three topics: first, a broad concept of "national/nationality", referring to "stable groups of people of common origin"; second, the admissibility-according to the

competente la Justicia española para perseguir delitos de tortura, genocidio y terrorismo cometidos en Argentina (Rollo de Apelación 84/98-Sección Tercera-Sumario 19/97-Juzgado Central de Instrucción Nº 5), 04.11.1998.

¹²⁷RIOS-FIGUEROA, J., *Constitutional Courts as mediators: Armed conflict, civil-military and the rule of law in Latin America*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, pp. 50ss.

¹²⁸Audiencia Nacional: cfr. Audiencia Nacional spagnola, Pleno de la Sala de lo Penal, Auto por el que se considera competente la Justicia española para perseguir delitos de genocidio, tortura y terrorismo cometidos en Chile (Rollo de Apelación 173/98-Sección Primera-Sumario 1/98, del Juzgado Central de Instrucción Nº 6, 05.11.1998. See the report of the Max Planck Institut Sobre la posibilidad de persecución en Alemania de las violaciones de los derechos humanos cometidos en Sudamérica en los casos argentino y chileno, in *Cuadernos de doctrina jurisprudencial y penal*, n. 8 c, 1999, pp. 441ss. FEIJOO SÁNCHEZ, B., "El genocidio en el Derecho penal español", in *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, 8, 1999, pp. 560ss. GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., "El exterminio de grupos políticos en el Derecho penal internacional. Genocidio y crímenes contra la humanidad", in *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 4, 2000, pp. 151, 157.

¹²⁹Juzgado Central De Instrucción Nº5 de la Audiencia Nacional de Madrid, giudice Garzón, Auto de procesamiento, sumario 19/97-L, 02.11.1999.

¹³⁰MICHEL, V., *Prosecutorial accountability and victim's rights in Latin America*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, pp. 96ss.

doctrine and the international jurisprudence-of the "self-genocide", that is to say the genocide committed against members of the same population of authors; third, the intrinsically political nature that animates not only the criminal practice of the Argentine dictatorship but also, more generally, any plan aimed at the elimination of a specific human group.

This reading proposal is immediately accompanied by another one, presented as an alternative to achieve the same application solution. According to this vision, the victims of the ferocious Argentine military repression were united by a particular ideology and therefore, on the basis of an equivalence between ideology and religious belief, could be assimilated to a "religious group", as such expressly listed among the groups protected by the norm on genocide: nationalist, conservative, fascist, Catholic fundamentalist and anti-communist¹³¹.

The extensive conception of the notion of national group thus elaborated in the Spanish sphere-in reality later rejected by another judgment of the same Audiencia Nacional as well as by the Supreme Tribunal, which considers it violating the principle of legality as constitutive of *analogia contra reum*-was subsequently implemented by an Argentine court, in the context of the trial against¹³².

The Tribunal Oral Federal of La Plata, in addressing the question of the possible qualification of the facts as genocide, confines itself in reality to reporting almost entirely the motivations of the two previous ones analyzed above. Taking on board the extensive interpretation of the notion of "national group" proposed there¹³³, and also recalling that the 1948 draft of the Convention originally provided for both the political groups and the political opinions of its members among the objects of protection, the Judge arrives at the conclusion that the crimes of the Argentine dictatorship constituted a genocide against a national group, citing in confirmation the words of an Argentine sociologist¹³⁴.

These considerations do not correspond in reality to the actual subsumption of facts: Etchecolatz is in fact convicted of illegal detention, torture and murder, even if it is declared that they were committed "in the context of genocide"¹³⁵.

¹³¹Juzgado Central De Instrucción Nº5 de la Audiencia Nacional de Madrid, giudice Garzón, Auto de procesamiento, op. cit., fundamento II.

¹³²Tribunal Oral Federal en lo Criminal de La Plata, Etchecolatz, Miguel Osvaldo, case nº 2251/06, sentence of 19.09.2006, considerando IV.a: "Son actos inhumanos que por su extensión y gravedad van más allá de los límites de lo tolerable para la comunidad internacional, la que debe necesariamente exigir su castigo". With the same words see: CSJN argentina, Mazzeo, op. cit., considerando 23.

¹³³FEIERSTEIN, G.D., *Hasta que la muerte nos separe. Prácticas sociales genocidas en América Latina*, ed. Al Margen, Buenos Aires, 2004, pp. 76ss.

¹³⁴Tribunal Oral Federal en lo Criminal de La Plata, Etchecolatz, Miguel OsvaldoRoberto s/recursos de casación e inconstitucionalidad, causa nº 7896, Reg. nº 10.488.1, decision of 18.05.2007, e Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, Von Wernich, Christian Federico s/recurso de casación, causa nº 9517, Reg. N.1 13.516, resolución del 27.03.2009. FEIERSTEIN, G.D., *Hasta que la muerte nos separe. Prácticas sociales genocidas en América Latina*, op. cit., pp. 78ss.

¹³⁵See, BEHRENS, P., "Genocide and the question of motives", in *Journal of International Criminal Justice*, 10, 2012, pp. 501. JONES, J.R.W.D., "Whose intent is it anyway?-Genocide and the intent to destroy a group", in VOHRAH L.C., et al. (a cura di), *Man's Inhumanity to Man*, Brill/Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2003, pp. 467ss. TRIFFTERER, O., "Genocide, its particular intent to destroy in whole or in part the group as such", in *Leiden Journal of International Law*, 14, 2001, pp. 399ss. NERSESSIAN, D.L., "The contours of genocide intent. Troubling jurisprudence from the International Criminal Tribunals", in *Texas International Law Journal*, 37, 2002, pp. 231. According to another approach it would be sufficient to act in the awareness that one's conduct contributes to the total or partial destruction of the victim group (knowledge-based approach): "(...) the requirement of genocidal intent should be satisfied if the perpetrator acted in furtherance of a campaign targeting members of a protected group and knew that the goal or manifest effect of the campaign was the destruction of the group in whole or in part (...)". (GREENAWALT, A.K.A., "Rethinking genocidal intent: The case for a knowledge-based interpretation", in *Columbia Law Review*, 99, 1999, pp. 2259ss). This approach enhances the cognitive element of malice to the

Furthermore, the problem of the prescription is exceeded by attributing to the facts of the nature-not of genocide, but- of crimes against humanity, according to the mechanism of "double subsumption" that we have previously examined.

Here, then, a phenomenon that we have already encountered in the sentence condemning the former President of Peru *Fujimori*: the qualification of the facts as international crimes-in that case, as crimes against humanity, in this case as genocide-not it carries out no specific function in determining the sentence or in relation to the applicable discipline. The Argentine tribunal's declaration, unlike the previous Spanish which he expressly cites, has a merely symbolic value, connected to the idea of criminal trial as a place of truth production, and therefore fits into a wider perspective of reparation to the victims¹³⁶ and the construction of a historical memory that has very little to do with the aims of the penal process. In similar terms, the same Tribunal Oral Federal of La Plata in the *Von Wernich* case¹³⁷, was then expressed, a little later, particularly well known because it offered tangible proof of the involvement of part of the Catholic Church in the crimes of the military dictatorship¹³⁸. In dealing with the question of the possible qualification of the facts as genocide, proposed by the defenders of the victims and by the associations established in the trial, the court slavishly repeats the motivation made in the previous Etchecolatz, and therefore indirectly the pronouncement of the Spanish Audiencia Nacional, merely adding a quote from a new book by the aforementioned sociologist, which develops the concept of "genocide reorganization"¹³⁹-genocidal mode characterized by the systematic use of concentration camps and the purpose of transforming social relations within an existing nation-state, but in such a profound way as to alter its social functioning¹⁴⁰. In this case too, these considerations do not correspond to the subsumption of the facts that are the object of judgment, which are instead qualified as homicides, kidnappings and torture¹⁴¹. In fact, the subsumption in common cases is considered "the one that is most easily combined with the principle of congruence without endangering the legal structure of the sentence"¹⁴².

detriment of the volitional, and opens the door to eventual fraud. See in argument: JESSBERGER, F., "The definition and the elements of the crime of genocide", in GAETA P., (a cura di), *The UN Genocide Convention*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 106ss. CLARK, R.S., "Does the Genocide Convention go far enough? Some thoughts on the nature of criminal genocide in the context of Indonesia's invasion of East Timor", in *Ohio Northern University Law Review*, 8, 1981, pp. 327ss. KIRSCH, S., "The two notions of genocide. Distinguishing macro phenomena and individual misconduct", in *Creighton Law Review*, 42, 2009, pp. 352ss. SAFFERLING, C.J.M., "The special intent requirement in the crime of genocide", in SAFFERLING, C.J.M., CONZE, E., (a cura di), *The Genocide Convention sixty year after its adoption*, ed. Springer, The Hague, 2010, pp. 172ss. APTEL, C., "The intent to commit genocide in the case law of the International Criminal Tribunal for Rwanda", in *Criminal Law Forum*, 13, 2002, pp. 277ss.

¹³⁶LIAKOPOULOS, D., ZAGER, U., "Victim-perpetrator and individual criminal responsibility in international criminal law", in *International and European Union Legal Matters*, 2014.

¹³⁷Tribunal Oral Federal Nº1 di La Plata, Von Wernich, Christian Federico, case 2506/07, sentence of 9.10.2007. FIGARI LAYÍS, R., *The reparative effects of human rights trials: Lessons from Argentina*, ed. Routledge, London & New York, 2017.

¹³⁸Tribunal Oral Federal Nº1 di La Plata, Von Wernich, Christian Federico, case 2506/07, op. cit.,

¹³⁹FEIERSTEIN, D., *El genocidio como práctica social. Entre el nazismo y la experiencia argentina*, ed. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2007.

¹⁴⁰"El grupo nacional se iba integrando con trabajadores, estudiantes, políticos, adolescentes, niños, empleados, amas de casa, periodistas y todo aquel que por cualquier circunstancia los genocidas consideraran sospechoso de entorpecer la realización de sus fines", cited in the sentence from MÁNTARAS, M., *Genocidio en Argentina*, ed. Cooperativ Chilavert Artes Gráficas, Buenos Aires, 2005, pp. 68ss.

¹⁴¹NOWAK, M., "Torture and enforced disappearance", in KRAUSE, C., SCHEININ, M., *International protection of human rights: A textbook*. Turku: Institute for Human Rights, Åbo Akademi University, 2009.

¹⁴²Tribunal Oral Federal Nº1 di La Plata, Von Wernich, Christian Federico, case 2506/07, op. cit.,

The same symbolic value and the same purpose of reconstructing the truth and the memory that animated the declaration of the genocidal nature of crimes in the *Etchecolatz* case re-emerge here in all their evidence and problems. However, it is necessary to clarify that in both cases the courts¹⁴³ and reporting passages of interviews released by some authors of the repression that offered tangible proof of this plan. Indeed, it is claimed that the national group victim of the genocide in Argentina did not exist yet, but was gradually created by the same repressors, as they identified subjects who opposed their "national reorganization plan" a mention made almost fleetingly in the execution of the motivations, which does not affect in any way the commensurate sentence or the applicable discipline, and in which we can therefore glimpse the same symbolic and communicative purpose already highlighted. However, this statement is not taken up again in the judgments of the successive degrees of higher judgment in the successive degrees of judgment, namely the Cámara Nacional de Casación Penal and the Supreme Court of the NICE¹⁴⁴, they did not resume this declaration, merely confirming the subsumption of made in common crimes and their imprescriptibility as crimes against humanity. The interpretative path described above, which through a rereading of the concept of "national group" aims to apply the qualification of genocide even where the victims are actually affected for political and ideological reasons, evidently raises some critical profiles.

Although it makes use of the expansive potentials inherent in a vague and open concept-"nation" and "national", one may ask whether it does not exceed the limits set by the literal data. The difficulty in tracing the outlines of this concept concerns more generally the definition of the groups protected by the international norm on genocide, to which neither the text of the 1948 Convention nor the corresponding preparatory works bring any help, and for which we resort to other sciences with respect to the juridical one, like history, sociology, anthropology, although "the opinions in these areas are so varied that it seems impossible to obtain a single and definitive criterion"¹⁴⁵. Faced with this indeterminacy, some authors positively evaluate the broad interpretation of the concept of "national group", considering it a solution allowed by the literal tenor of the rule and valid to avoid impunity: Pacheco Estrada in commenting the judgments of the Spanish Audiencia Nacional in the *Scilingo* and *Pinochet* cases, he argues that "nothing seems to prevent political groups from being considered an identifiable part of the Argentine national group"-or Chilean-and that in favor of this conclusion they lay down the admissibility of self-genocide and intention to destroy the group only partially, as well as the vague nature of the terms used by the standard.

But beyond the intrinsic definitional difficulties in the concepts of "nationality", "religion", "race" and "ethnicity", some doubts about the identification of the victims of Argentine state crime arise in the light of the concrete forms with which it is manifested. We find an excellent description in a recent ruling by the Tribal Oral Federal n. 2 of the Argentine Federal Capital¹⁴⁶, in which the qualification of the facts

¹⁴³Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, Etchecolatz, Miguel Osvaldo Roberto s/recursos de casación e inconstitucionalidad, causa n° 7896, Reg. n° 10.488.1, decisión del 18.05.2007, and Cámara Nacional de Casación Penal, Sala I, Von Wernich, Christian Federico s/recurso de casación, causa n° 9517, Reg. N.1 13.516, resolución del 27.03.2009.

¹⁴⁴CSJN argentina, Etchecolatz, Miguel Osvaldo s/ recurso extraordinario, causa n° E. 191. XLIII, sentence of 17.02.2009 and Von Wernich, Christian Federico s/ recurso de hecho, causa n° 9517 (V. 411. XLV), sentence of 19.05.2010.

¹⁴⁵ICTY, The Prosecutor v. Goran Jelisić, Judgement 1-95-10, Trial Chamber, 14 December 1999, par. 30. HEFENDEHL, R., *Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts?*, BWV Berliner Wissenschafts Verlag, Berlin, 2010, pp. 24ss. SWART, B., ZAHAR, A., *The legacy of the international criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 298ss. OLÁSULO, H., *International criminal law, transnational criminal organizations and transitional justice*, Brill/Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2018.

¹⁴⁶Tribunal Oral en lo Criminal Federal n. 2 di Buenos Aires, Miara, Samuel y otros, causa n° 1668, e Tepedino, Carlos Alberto Roque y otros, causa n° 1673, 22.03.2011.

is rejected as genocide proposed by the civil parties constituted in court. In the first place, the difference between the meaning commonly attributed to the term "genocide"-understood as the most serious crime that can be committed against humanity "-and its juridical concept, which is more. As noted by the International Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY) in the *Jelisić* case¹⁴⁷. As emerges from the passage reported here, the alleged group on which the dictatorial repression was attacked was in fact extremely heterogeneous within itself, as it united members of insurrection movements, affiliated to the communist and socialist party, simple sympathizers of generic political ideologies "of left ", trade unionists, students and representatives of youth protest movements, even people without direct involvement in political activities and related to" dissidents "from mere relationships of kinship or knowledge. The only common feature of this varied plurality of subjects is, evidently, their opposition-true or presumed-to the dictatorial regime and to the ideology under whose banner it claimed to unify the "Argentine Nation".

First of all, it is an identification in purely negative terms, in the sense that the victims were selected, regardless of their belonging to one or the other political-ideological movement, simply because they did not correspond to the project imposed by the regime. Moreover, this unique trait of negative sign is purely political in character, which is very difficult to include among the characteristics that are valid for identifying a national group¹⁴⁸. On the contrary, it has emerged from the various criminal investigations carried out so far, as well as from the Comisión Nacional de Verdad y Reconciliación (CONADEP), that the victims were not infrequently of Argentinian nationality, but who came from other South American countries or even Europeans. On the other hand, the characteristics of the group affected by military repression can not even claim to classify it as a religious group: the victims did not share the same creed, and assimilate to it a political ideology-beyond the fact that within the group ideologies were variegated and united only by opposition to the regime-it constitutes nothing more than an analogy in *malam partem* prohibited in criminal law. The military repression, therefore, was intended to exterminate people considered dissidents, and not aimed at the total or partial destruction of a national group as such, as required by the law that typifies genocide-which limits the applicability of such a case to crimes committed with the intention of destroying one of the four protected groups precisely because of the characteristics that distinguish these groups, as confirmed by the prediction of the formula "as such"¹⁴⁹.

Consequently, although there was no doubt that the intent of the criminal acts

¹⁴⁷ICTY, Prosecutor v. Jelisić, n. IT-95-10 of 6 October 2003. In particular see the dissenting opinion of the judge Wald in case Jelisić, which has stated that: "(...) the view that there is no additional public interest in determining a genocide charge simply because the underlying killings have already been dealt with as crimes against humanity and violations of the laws or customs of war may be problematic in the development of international criminal law (...)": ICTY, Prosecutor v. Goran Jelisić, Partial Dissenting Opinion of Judge Wald, AC, IT-95-10-A, 5 July 2001, par. 13. ICTR, Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, Trial Judgment, op. cit., par. 701ss. ICTR, Prosecutor v. Kayishema and Ruzindana, Trial Judgment, op. cit., par. 98. AKHAVAN, P., "The crime of genocide in the ICTR jurisprudence", in *Journal of International Criminal Justice*, 3, 2005, pp. 989ss. SZPAK, A., "National, ethnic, racial and religious groups protected against genocide in the jurisprudence of the ad hoc International Criminal Tribunals", in *European Journal of International Law*, 23, 2012, pp. 155-173. For the ethnic groups see: WIESSNER, S., "Ethnic groups", in D.L. SHELTON (a cura di), *Encyclopedia. Volume I*, Thomson Gale, Farmington Hills, 2005, pp. 304ss. LIPPMANN, M., "The Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide", in *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 15, 1998, pp. 456ss.

¹⁴⁸ICTR, Prosecutor v. Akayesu: "as a collection of people who are perceived to share a legal bond based on common citizenship, coupled with reciprocity of rights and duties": ICTR, TC, The Prosecutor v. Jean-Paul Akayesu, ICTR-96-4-T, 02.09.1998, par. 512. ICC, Prosecutor v. Katanga and Ngudjolo-Chui, Decision on the Confirmation of Charges, PTC-I, ICC-01/04-01/07, 30 September, 2008, par. 287. ICC, Prosecutor v. Bemba Gombo, Decision Pursuant to Article 61(7)(a) and (b), TC III, ICC-01/05-01/08, 21 June 2016, par. 132. ICTY, Prosecutor v. Milorad Krnojelac, Trial Judgment, TC-II, IT-97-25, 24 February 1999, par. 329.

¹⁴⁹GIL GIL, A., "Persecución de crímenes contra la humanidad en la Audiencia Nacional. Los informes que los fiscales no quisieron firmar", in *Jueces para la democracia*, 31, 1998, pp. 4ss.

of the Argentine dictatorship was to eliminate a plurality of people, it must be accepted that the designated victims could be considered members, at most, of a political group, identified moreover, in negative terms, as opposed to the prevailing political ideology, and not included as such in the category of categories protected by the genocide norm. It should be remembered that one thing is the "social concept" of genocide and the other is its normative definition, which, although more restrictive than the first, is the only one that a criminal court can apply in the exercise of its judicial activity. On this conclusion, the shameful criticism that many voices move to the limitation of protected categories in the normative definition of the criminal type of genocide is grafted. The four protected groups, if in the moment of the elaboration of the norm could perhaps correspond to the victims that the genocidal conducts had struck up to then, certainly do not reflect the phenomenological modalities that the crime has taken over the last decades. The ever more frequent occurrence of episodes of genocide against political and/or ideological groups suggests the opportunity to revise a normative description that dates back to the now distant 1948 and now appears obsolete. Indeed, the tragic Latin American experiences seem to have played a key role in this sense, since they have indeed shown that they are possible-and indeed, they have been extensively tested¹⁵⁰-destructive paradigms different from Nazi-based crime. A desirable modification of the genocide rule could therefore include among the protected categories also other human groups, such as political, economic, social: this is the path chosen by some states that, in typing the crime of genocide within their own legal system, they added, to the groups covered by the international standard, political groups-as happens in Colombia, Panama and Costa Rica-or social-envisaged in Peru and Paraguay-or a plurality of groups of various kinds, as in Uruguay. The adoption of such a regulatory change would allow the scope of the incriminating provision to be extended to cover all possible ways of manifesting the crime, and therefore to eliminate those gaps in protection generated by the restriction of protected groups that the current version of the norm imposes. In any case, this solution should necessarily pass through an intervention of legislative matrix, and can not be implemented through an argumentative path like the ones mentioned above, which, based on the unchanged international definition and in the absence of an express regulatory provision at the level national, tends the meshes of the concept of "national group" (or religious) far beyond the natural limits that the literal figure imposes.

In the sentence: *Jorge Eduardo; Astiz, Alfredo Ignacio y otros* of an Argentine court of first instance has been accused of the need for such a legislative intervention: after a long *excursus* on the crime of genocide and on the precedents of the Argentine courts that have applied-or at least discussed-the qualification as such of the crimes of the dictatorship, the sentence vehemently criticizes the absence of political groups from the category of those protected by the case in question, but at the same time affirms: "En suma, en el caso que nos toca juzgar, el ataque estuvo dirigido a un grupo político que, justamente, no se encuentra abarcado en el ámbito de protección (...)"¹⁵¹. Alternatively, the revision of the rule could consist in replacing the enumeration of the groups with a general clause that assigns relief to the intention to destroy "a specific human group as such", regardless of the reason on which its identification is based. The court, therefore, demonstrating a considerable awareness of the limits of its functions, hopes for a dialogue and collaboration with the other powers of the state in order to fill the void of protection caused by the lack of inclusion of political groups in the incriminating norm of genocide. It should be noted, however, that this conclusion disassembles the judge Farías who, in partial dissidence, notes that such a proposal *de lege ferenda* "constitutes a doctrinal opinion unrelated to the

¹⁵⁰Tribunal Oral en lo Criminal Federal n. 5 di Buenos Aires, Acosta, Jorge Eduardo; Astiz, Alfredo Ignacio y otros, joined cases n. 1270, 1271, 1275-1278, 1298-1299, sentence of 28.12.2011.

¹⁵¹Tribunal Oral en lo Criminal Federal n. 5 di Buenos Aires, Acosta, Jorge Eduardo; Astiz, Alfredo Ignacio y otros, joined cases n. 1270, 1271, 1275-1278, 1298-1299, op. cit., par. 1897.

jurisdiction of this court"¹⁵².

Regardless of similar suggestions in perspective *de jure condendo*, when the concrete phenomenology of the crime does not allow to speak properly of genocide, precisely because the groups affected do not fall within the category of those protected-or even in the different case in which you can not try the destructive intention of the active subjects-, it is still possible to qualify the facts as crimes against humanity¹⁵³. Of course, the application of this case is subject to the verification of the existence of a context of "extensive or systematic attack against the civilian population", but this verification poses decidedly lower probative difficulties and thresholds of significance much less restrictive than the element of genocide context.

This alternative solution to attribute to the facts object of judgment international importance can be found in several judgments: the sentence in the *Miara* case¹⁵⁴, for example, after explaining the reasons why it does not believe that genocide occurred in Argentina, concludes: "Estos argumentos nos convencen de que los damnificados no fueron escogidos por formar parte de un "grupo nacional"¹⁵⁵. In fact, in the decisive part it confirms the qualification of the facts as constitutive of crimes against humanity.

A similar conclusion is reached by the Spanish Audiencia Nacional in relation to the aforementioned proceedings against ninety-eight Argentine soldiers, in which is inserted the famous judgment against *Scilingo*¹⁵⁶: modifying the subsumption in the crime of genocide operated by the Juzgado de Instrucción when referring to trial, the Court chooses to qualify the facts as crimes against humanity. In reality, this change is justified on the basis of a legislative reform that had meanwhile intervened in the Spanish legal system, which had specifically typed crimes against humanity, and was accompanied by a declaration that the validity of the solution proposed by Judge Garzón-which qualified the facts as genocide and on this basis legitimized universal jurisdiction-it had only come to a halt after the pronouncement, precisely because of this reform¹⁵⁷.

The application of the category of crimes against humanity, in the hypothesis in which the qualification as genocide is precluded by the non-compliance of the group-victim with the normative provision, appears therefore as an anchor of salvation: on the one hand, it allows equally to attribute to the facts the nature of international crimes and the consequent special regime, on the other respects the normative limits of the typical genocide structure. The insistence with which the public prosecution and even more the defenders of the civil parties and the associations formed in court often claim the subsumption of the facts in the crime of genocide seems to betray different and further motivations. It seems that behind this insistence there is the conviction-in fact erroneous and without legal support-that there is a hierarchy of seriousness among international crimes, at the top of which genocide would be located, and that a conviction for this crime is to some extent more severe, certainly not in terms of a sanction that is concretely applied - given that usually the penalty does not vary much compared to the other categories of

¹⁵²Tribunal Oral en lo Criminal Federal n. 5 di Buenos Aires, Acosta, Jorge Eduardo; Astiz, Alfredo Ignacio y otros, joined cases n. 1270, 1271, 1275-1278, 1298-1299, op. cit., par. 1897.

¹⁵³LINGAAS, C., "The crime against humanity of apartheid in a post apartheid world", in *Oslo Law Review*, n. 2, 2015.

¹⁵⁴Tribunal Oral en lo Criminal Federal n. 2 di Buenos Aires, Miara, Samuel y otros, causa n° 1668, sentence of 22.03.2011.

¹⁵⁵Tribunal Oral en lo Criminal Federal n. 2 di Buenos Aires, Miara, Samuel y otros, causa n° 1668, e Tepedino, Carlos Alberto Roque y otros, causa n° 1673, sentences of the 22.03.2011.

¹⁵⁶Tribunal Supremo, Sala de lo Penal, sentence 798/2007, recurso casación n. 10049/2006 P, sentencia estimatoria parcial, 01.10.2007. PACHECO ESTRADA, C., "El tratamiento del exterminio de grupos políticos a la luz del caso Scilingo", in *Jueces para la democracia*, 55, 2006, pp. 48-58.

¹⁵⁷According to the Tribunal Oral en lo Criminal Federal: "Es necesario tener en cuenta que la Sala da esta interpretación superestricta y restringida del delito de genocidio en el momento actual, precisamente por haberse incorporado al Código Penal (...) su tipificación penal como delito de genocidio" (fundamento de derecho I.A.6).

international crimes- nor as regards the specific discipline, which is common to crimes against humanity and war , but in terms of social impact and, we could say, media. The suspicion that arises in the face of these mechanisms is therefore that, by claiming to obtain a conviction for genocide, it is intended to attribute to the criminal trial and sentence, once again, a symbolic function and value, even at the cost of forcing, in the terms set out above, the content of the law. It is also true that this alternative qualification does not make it possible to exploit the specificity of the intention to destroy a particular human group, when such a goal is indeed to be found; at the same time, as noted in the ruling *Astiz and others*, the category of crimes against humanity is designed to protect individuals, and not the existence of particularly vulnerable human groups, such as genocide¹⁵⁸.

15.ELIMINATION OF LEGISLATIVE LIMITS TO THE INTERNATIONAL CRIMINAL TYPE: THE CASE OF LEGITIMACY CONTROL

The other modality with which the Latin American courts have intervened to widen the scope of international criminal types is the control of the constitutionality of the national norms that characterize such crimes. This interpretative outcome presupposes that the national legislator, in introducing the case in the internal legal system, has inserted some new elements, not foreseen by the international norm, which introduce higher penalties, penalties or other typical elements whose effect is a restriction on the field of application of the offending rules. Such legislative choices, legitimate in themselves in the exercise of the national margin of appreciation granted by international instruments, can be challenged in the control of constitutionality: the Constitutional Court-or the ordinary judge in diffused or mixed control systems-can declare the unconstitutionality of the norm, usually noting its opposition to international law internally transposed with constitutional status, and thus re-examining the scope of the penal type that had been reduced by internal law. A particularly prolific actor of this line of jurisprudence is the Colombian Constitutional Court, which, through the declaration of partial unconstitutionality of the rules on genocide, on enforced disappearance and torture, has "rewritten" the definition of such crimes in national law, trying to recover its compliance with international instruments.

A significant example of such intervention is the C-177/01, which declares unconstitutional the expression "that act in accordance with the law"¹⁵⁹, which the Colombian legislator had inserted, when genocide was typed, as a requirement for protected groups from this rule. The provision of this clause, as well as the inclusion, in the list of protected groups, of the political ones, can be explained in light of the peculiar forms of manifestation that mass crime has taken in Colombia. On the one hand, in fact, in the context of the internal conflict that for decades has seen clashing guerrilla groups and military and paramilitary forces, the commission of crimes of international importance is not a state prerogative-as in most other states of the continent- but it is imputable to all the actors of the conflict, as demonstrated by the famous episode of massacre against the militants of the Unión Patriótica; on the other, the reasons for the clashes and the commission of crimes are primarily and essentially political. Furthermore, the absence of an explicit typification of crimes against humanity is probably at the basis of this legislative peculiarity; this lack of legislation has led to the expansion of the genocide in such a way as to allow the punishment of conduct otherwise without international criminal cover.

The peculiarities that distinguish the phenomenology of crime in the

¹⁵⁸Tribunal Oral en lo Criminal Federal n. 5 of Buenos Aires, sentence Acosta, Jorge Eduardo; Astiz, Alfredo Ignacio y otros, sentence of 28.12.2011, considerando VI.3, p. 1796.

¹⁵⁹Art. 322 law 589/2000 del 06.07.2000: "Por medio de la cual se tipifica el genocidio, la desaparición forzada, el desplazamiento forzado y la tortura; y se dictan otras disposiciones": "Genocidio.- El que con el propósito de destruir total o parcialmente a un grupo nacional, étnico, racial, religioso o político que actúe dentro del margen de la Ley, por razón de su pertenencia al mismo, ocasionare la muerte de sus miembros (...)".

Colombian state and the delay in typifying crimes against humanity have therefore led the legislator to add to the typical description of the genocide the two elements mentioned above. Now, while it is clear that to foresee among the possible victims also the political groups exerts an expansive effect of the scope of the case, the exact opposite leads to the introduction of the condition that it must be groups that act according to the law, since they are excluded thus from the sphere of protection of the norm all those groups that undertake illegal activities.

The Court perfectly distinguishes these two opposite practical effects, and precisely on the basis of this saves the prediction of "political groups", thus validating the expansion of the penal type determined by the internal legislator. This formula, the Court claims, contrasts first of all with art. 93 of the Constitution¹⁶⁰, which establishes the prevalence of international treaties in internal law and imposes the obligation to interpret constitutionally guaranteed rights in accordance with the relevant international treaties in force in the legal system. Moreover, the discrete criterion introduced by the law is absolutely lacking in precision and clarity: while it cancels the segment "that act within the limits of the law", considering inadmissible internal provisions that restrict the minimum content offered by the international law.

The restriction made by the provision is in clear contrast with the inspiring principles of the Constitution, which do not allow any kind of differentiation in the protection of supreme values such as the right to life and physical integrity, which enjoy the same value for all human beings. On the basis of these arguments, therefore, the Court declares the clause "acting in conformity with the law" unconstitutional, and thus re-enacts protection against genocide to all the groups listed by the norm-ethnic, racial, national, religious and politicians - regardless of whether they act within or outside legal limits. The Court considers that this statement infringes the principle of equality¹⁶¹, in relation to the crime of forced disappearance of people. The disposition that typifies this crime in the Colombian order, in fact, took into account, in its original formulation, the only criminality due to illegal groups: before the Court's intervention, it envisaged as possible active subjects anyone belonging to an armed group that operates in illegality. This formulation appears on a broader side than that adopted at international level, which limits the active subjects of this specific crime to state agents or to those who work with state support; on the other, however, it reiterates that distinction already encountered in relation to the genocide that limits the punitive intervention in relation to illegal groups.

Furthermore, it is noted that this formulation "significantly reduces the meaning and scope of the general protection established by art. 12 of the Political Charter"¹⁶², which places a prohibition of a universal nature, and which responds to the concrete forms of manifestation of the crime in the Colombian experience. As a result, the Colombian Constitutional Court declares the constitutional illegitimacy of the expression belonging to an illegal armed group and thus re-establishes the typical definition and scope of the forced disappearance offense. On closer inspection, in this case, the effect of the sentence is not simply that of recovering compliance with the international definition of crime, since the prediction of the private citizen as a possible active subject remains firm. The forced disappearance is therefore characterized in the Colombian order, following the intervention of the Constitutional Court, as a common crime, which anyone can commit, and thus guarantees a much wider scope of protection than the international definition that conceives of it as a

¹⁶⁰Art. 93 of the Colombian Constitution: "Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia". Using also in the case C-589/13 from the Colombian Constitutional Court.

¹⁶¹Colombian Constitutional Court, C-317/2002, Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 165 (parcial) de la Ley 599 de 2000 "por la cual se expide el Código Penal", 02.05.2002, fundamento 2.d.

¹⁶²Art. 12 of the Colombian Constitution: "(...) Nadie será sometido a desaparición forzada (...)".

crime . Another example of the Colombian Constitutional Court's intervention on a peculiar typical element introduced by the internal legislation in the definition of an international crime is offered by the sentence C-148/2005, which decides on the constitutional conformity of the adjective "serious" referring to the conduct of lesions constituting genocide, either to pain or suffering suitable to integrate torture as a war crime (torture en persona protegida under article 137 colombian criminal code) and as a common crime pursuant to art. 178 colombian criminal code.

The curious aspect of this sentence is that it arrives at two opposing solutions in relation to the two contested norms, even in the face of an identical literal formula, and this on the basis of a rigorous analysis of the international criminal figures. The Court considers that the provision of a severity threshold for the injuries to be able to supplement the crime of genocide is perfectly compatible with the structure of this crime. Only serious injuries, he notes, are compatible with the specific malice that characterizes this crime, that is to say with the intention of destroying a group, and can produce the violation of the legal good that this case aims to protect: the very existence of a human group. Setting this severity threshold to attribute the status of genocide does not mean that the injuries that do not reach it remain unpunished, since they can be subsumed in other common cases, typified in the chapter dedicated to personal injuries. In short, the judge seems to want to underline the difference between the lightness of the lesions, which can occur, and the lightness of the genocide as a whole, which is not conceivable. On the contrary, in analyzing the same "serious" expression referring to the pain and suffering inflicted on torture victims-both as a war crime and as a common crime-the Court declares its unconstitutionality on the basis of the dictates of the Inter American Convention against Torture¹⁶³.

This requirement is contrary to art. 12 of the Colombian Constitution, which strictly prohibits-in addition to enforced disappearance, as we have seen-torture, cruel, inhuman and degrading treatment and punishment. And on the basis of this rule a member of the judging panel disputes the majority vote for not having declared the unconstitutionality also of the genocide rule, in the part in which it limits the relevance of the injuries to the serious ones. Beyond the critical findings formulated in the votes in dissidence, this sentence offers an excellent example of how a Constitutional Court-in this case the Colombian one-can intervene on the typical definition that the national legislation gives of an international crime, eliminating those elements that contrast with the corresponding international standard, or that limit its scope, and confirming instead those compatible with it.

16.EXPANDING LEGISLATIVE CHOICES OF INTERNATIONAL CRIMINAL TYPES AND ITS OWN VALIDATION

The control of constitutionality can produce an expansive effect of the scope of international criminal types also through another mechanism, that is to say by confirming the legitimacy of national norms that broaden the definition of such figures with respect to the international one. In this hypothesis, unlike the one examined in the previous paragraph, the constitutional judge does not contradict a legislative choice, but on the contrary validates it, thus cooperating with the national legislator in an expansion of the typical definition of the crime with respect to the corresponding international definition. The subject around which this interpretation revolves is the idea that international law limits itself to setting minimum parameters of protection, which the national system is then free to expand, when it comes to internal typing of international crimes. As the Colombian Constitucional Court states in its judgment C-177/01164. On this assumption the Court declares constitutionally legitimate the provision, in the Colombian norm that typifies the crime of genocide, of the political

¹⁶³Colombian Constitutional Court, C-148/2005, Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo Ley 599 de 2000 "por la cual se expide el Código Penal", 22.02.2005, fundamento 4.2. of the sentence.

¹⁶⁴Colombian Constitutional Court, C-177/01, Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 322^a (parcial) del Código Penal, 14.02.2001), fundamento 5.

groups within the category of protected passive subjects, even if this does not correspond to the international definition of the case. As already said, in the same sentence the Court instead eliminates the formula "that act within the limits of the law" referred to the protected groups against genocide: this conclusion is a good view of the other side of what has just been stated, because, if it is recognized that the State is free to extend the minimum standards of protection established by international law, it must also be admitted that it is not legitimate for the opposite reduction of these limits.

We find the same statement in a sentence of the Bolivian Constitutional Tribunal, which claims the autonomy of the national legislator with respect to the typification of international crimes, stating that it is consubstantial with the principle of complementarity¹⁶⁵ on which the ICC system is based¹⁶⁶. This sentence because it endorses an expansive choice of the criminal type of genocide operated by the legislator in the internal typing of the crime: art. 138 of the Bolivian penal code, in fact, sanctions, next to the genocide figure substantially coinciding with the international one, the crime of *masacre sangrienta* (bloody massacre), devoid of compliance with the international standard and so described¹⁶⁷.

It is therefore a crime figure quite different from genocide, which shares with it, at most, macro-dimensions, but certainly not the specificity: it therefore seems legitimate to ask why the Bolivian legislator has decided to place it alongside the genocide, and not instead, for example, in proximity to the crime of extermination, with which it presents notable similarities, it differs from genocide because it does not limit the number of possible passive subjects to certain human groups, thus reaching an abstractly broader applicative field; moreover, it does not include among the typical elements the specific intent of destruction that is required for the genocide configuration.

The absence, among the typical elements, of the context element proper to the crime of genocide, but also of that characterizing crimes against humanity, leads us to conclude that it is a common crime, which can not be applied to the regime special reserved for international crimes¹⁶⁸. The question of unconstitutionality

¹⁶⁵See in particular: ROBINSON, D., "Three theories of complementarity: Charge, sentence or process?", in *Harvard International Law Journal*, 53, 2012, pp. 87ss. TRAHAN, J., "Is complementarity the right approach for the International Criminal Court's crime of aggression-Considering the problem of overzealous National Court prosecutions", in *Cornell International Law Journal*, 45, 2012, pp. 576ss. HELER, K.J., "A sentence-based theory of complementarity", in *Harvard International Law Journal*, 53, 2011, pp. 208ss. ZAWATI, M.H., "The International Criminal Court and complementarity", in *Journal of International Law and International Relations*, 12, 2016, pp. 208-228. DAZA GONZÁLEZ, A., *El principio de complementariedad en el derecho penal internacional*, ed. Universidad Católica de Colombia, Bogotá, D.C, 2015. SASCHA, D., BACHMANN, D., EDA NWIBO, L., "Pull and push- Implementing the complementarity principle of the Rome Statute of the ICC within the AU: opportunities and challenges", in *Brooklyn Journal of International Law*, 43, 2018, pp. 464ss.

¹⁶⁶Bolivian Constitutional Tribunal, sentencia constitucional 0034/2006 (exp. 2005-12941-26-RDI), Leigue Hurtado diputado nacional v. Sandra Giordano Presidente de la Cámara de Senadores, 10.05.2006, fundamento II.3.2., "Sobre la supuesta vulneración al principio de taxatividad". SANTALLA VARGAS, E., "Bolivia", in AMBOS, K., MALARINO, E., ELSNER, G., (eds.), *Jurisprudencia latinoamericana sobre derecho penal internacional*, op. cit., pp. 78ss.

¹⁶⁷Bolivian Constitutional Tribunal, sentencia constitucional 0034/2006 (exp. 2005-12941-26-RDI), Leigue Hurtado diputado nacional v. Sandra Giordano Presidente de la Cámara de Senadores, 10.05.2006, op. cit.,

¹⁶⁸See also: ICC, Prosecutor v. Ruto, Kosgey and Sang, Dissenting Opinion by Judge Hans-Peter Kaul to Pre-Trial Chamber II's "Decision on the Prosecutor's Application for Summons to Appear for William Samoei Ruto, Henry Kiprono Kosgey and Joshua Arap Sang, P-TC II, ICC-01/09-01/11, 15 March 2011, par. 21-70. In our opinion it is necessary to consider the extension of the sphere of application of crimes against humanity resulting from the adoption of an extensive approach. If by organization we mean any entity capable of carrying out an extensive or systematic attack, it should be concluded that a whole series of non-State actors-such as those belonging to organized crime-can commit crimes against humanity. A restrictive reading of the concept of organization seems therefore preferable in order to prevent excessive dilation of the category of crimes against humanity. In a consistent sense, see, BASSIOUNI,

presented to this norm, however, concentrates on another critical aspect, which concerns, rather than its location, its formulation. First of all, it is contested to be structured as a blank criminal law, and therefore to oppose with the principle of reserve of law. This reading is decidedly rejected by the Tribunal Constitucional¹⁶⁹. The overly broad formulation adopted by the law would also constitute, according to the applicants, a violation of the principle of taxation. Even in this case, however, the Bolivian court denies this contrast, believing that the concept of "*masacre sangrienta*" is sufficiently clear and defined, only to then resort to an extra-normative source for its definition. The court also rejects the ground of appeal based on the alleged violation of the prohibition of analogy, caused by the fact that the law describes the objective type in such wide terms that allow to punish any conduct. This relief is overcome on the basis of an argument that exploits the comparison with the crime of homicide, and which appears frankly weak¹⁷⁰.

The Constitutional Tribunal, refuted all the grounds for appeal on the basis of which it argues that the rule is contrary to the principle of legality, declares its constitutional legitimacy. This decision-whose outcome seems difficult to share, in light of the actual vagueness of the normative formulation-arises therefore on the wake of the jurisprudential trend that we have defined expansive: in this case, the extension of the international criminal type-the genocide-is not carried out independently by the judicial body, but by the legislator, and the Constitutional Court limits itself to endorse the choice. In light of the substantial differences between "*masacre sangrienta*" and genocide, it is reasonable to doubt that this is a real extension of this last typical figure: rather, we are faced with a mere juxtaposition of different cases, which the legislator has inexplicably decided to type within the same provision, but who do not share either the typical structure, nor the character of international crimes and the corresponding discipline. This key to reading, while leaving unadulterated profiles of opposition to the principle of legality in the internal sphere, allows to overcome frictions with international criminal law and its harmonizing movement.

In finis, the Bolivian Supreme Court seems to disprove this interpretation, when it condemns the seven defendants of the massacre known as "*Octubre Negro*"¹⁷¹ for "delito de genocidio bajo la modalidad de *masacre sangrienta*"¹⁷²: this formulation seems to suggest that, Unlike what we maintain, the crime of "*masacre sangrienta*" is a mere commissioning modality of the crime of genocid

17.INTERPRETATION OF CRIMINAL TYPES IN A REDUCTIVE KEY

At the extreme opposite to the expansive trend lies a jurisprudential orientation that moves in a so-called centripetal direction, trying to delimit the scope of application of international criminal types. The position taken by the Supreme Courts thus determines a different configuration of their relations with the other state institutions: in some cases, through the control of constitutional legitimacy, the judges are opposed to a legislative solution that, in the exercise of the margin of

M.C., *The legislative history of the International Criminal Court: Introduction, analysis and integrated text*. Volume I, Brill/Martinus Nijhoff Publishers, New York, 2005, pp. 151ss. LUBELL, N., *Extraterritorial use of force against non-State actors*, Oxford University Press, Oxford, 2010.

¹⁶⁹Bolivian Constitutional Tribunal, sentencia constitucional 0034/2006 (exp. 2005-12941-26-RDI), Leigue Hurtado diputado nacional v. Sandra Giordano Presidente de la Cámara de Senadores, 10.05.2006, op. cit., fundamento II.3.2., "Sobre la supuesta vulneración del principio de reserva legal (...)".

¹⁷⁰Bolivian Constitutional Tribunal, sentencia constitucional 0034/2006 (exp. 2005-12941-26-RDI), Leigue Hurtado diputado nacional v. Sandra Giordano Presidente de la Cámara de Senadores, 10.05.2006, op. cit., Fundamento II.3.2., "Sobre la prohibición de la analogía".

¹⁷¹Bolivian Constitutional Court, Tribunal de Sentencia, Claros Flors Roberto y otros, 31.08.2011.

¹⁷²Bolivian Constitutional Court, Tribunal de Sentencia, Claros Flors Roberto y otros, op. cit.

state appreciation, he typed an international crime in much broader terms than those traced by the international standard. In other cases, however, the higher courts recall the international definition of international criminal types, departing from an excessively extensive interpretation made by the courts of first and second instance. Like what we have noted in relation to the opposing expansive interpretative tendency, this type of intervention appears strictly conditioned by the possibility of applying the special regime of international crimes. The exceptional nature of this system, and the significant contra-effects it causes, impose particular caution in delimiting the circumstances that justify its application. Consequently, the limiting or specific intervention of the Supreme Courts plays a key role in avoiding an excessive expansion of the category of international crimes and of the special regime assigned to them. This circumstance is noted by a judge of the Peruvian Constitutional Court: he, while arguing the importance of excluding the prescription-and other limits to the persecution and punishment-for crimes against humanity, points out that recognition of this exceptional discipline must be accompanied by a restrictive conception of this criminal category, to avoid undue inflation and exploitation¹⁷³. In undertaking the reductive work now described, often the judicial bodies carry out an analysis of the typicality of international crimes that not only recovers the international intentions in this regard, but which further defines and clarifies the individual structural elements, drawing on the baggage of tools and categories of criminal dogmatics. There is thus a further, possible function of the Latin American jurisprudence in the field of international crimes: in configuring the typical structure of such criminal figures, it not only aims to align its national interpretation with the international one, but, adopting in this operation the lenses of the criminal law classically intended, provides a definitive contribution that clarifies and perfects the international standard. This jurisprudential tendency can therefore play a fundamental role in the progressive and desirable phenomenon of harmonization of domestic and international criminal law in relation to the persecution of international crimes.

18.THE CONTEXT ELEMENT OF THE INTERNATIONAL CRIMINAL TYPE IN A SELECTIVE FUNCTION

Within this reductive macro-trend there is a first argumentative figure that, through an enhancement of the context element of international crimes, refutes those interpretations, usually proposed by lower-ranking judges, who claim to subsume the facts subject to judgment in this criminal category by an improper extension of the case. In particular, some judgments qualify the facts as international crimes even if committed in the absence of the specific context that determines the international nature of the crime, through an improper interpretation of the typical elements of such crimes-sometimes lacking also from the point of view of motivation. This argumentative artifice is usually aimed at circumventing the limits that the penal system poses to persecution-for example, the prescription-, and which would prevent in the concrete case of reaching the conviction of the manager. This manipulation of the international penal types, preordained to the application of the corresponding special regime-which therefore fits into that expansive trend examined in the previous paragraphs-is sometimes rejected by the Supreme Courts, which intervene by reporting the typicality of the offense.

This mechanism perfectly illustrates a ruling by the Argentinean Supreme Court of the Nacional de la Nacion, which, in contrast to the expansive interpretation often expressed in relation to the application of international criminal figures, intervenes in the *Derecho* case¹⁷⁴ with an exactly opposite address. The peculiar aspect of this sentence is that it refers to an isolated episode of torture, which occurred in the restored democracy and without any kind of connection with the

¹⁷³Tribunal Constitucional del Peru, Pleno jurisdiccional, Demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el Decreto Legislativo nº 1097, exp. Nº 0024-2010-PI/TC, 21.03.2011.

¹⁷⁴CSJN Argentina, Recurso de hecho deducido por Juan Francisco Bueno Alves y Carlos A. B. Pérez Galindo (querellantes) en la causa Derecho, René Jesus, s/ incidente de prescripción de la acción penal, causa nº 24.079 (D. 1682. XL), sentence of 11.07.2007.

systematic plan of repression carried out by the last military dictatorship. Nonetheless, the civil parties filed in court, to overcome the declaration of an offense prescribed by the judge of the first instance, venture into the demonstration of the alleged international nature of the crime. The Supreme Court, invested in the matter, confirms the declaration of an interim prescription of the crime¹⁷⁵. The ruling correctly states that the conduct that integrates crimes against humanity are at the same time "attacks against individual legal assets", like common crimes, and that it is of fundamental importance to identify a discrete criterion that allows them to be separated from the latter. To draw this distinction, the Court uses two different argumentative paths: first it refers to a definition in general terms, based on the identification of the protected legal asset, noting that the distinctive feature of crimes against humanity is that they not only harm the victim, direct, but also humanity as a whole. Thus, the criminal laws which characterize them protect only secondarily the individual legal assets of the persons directly affected, who, while bearing in mind that importance, the Court declares that it wishes to analyze this figure in the light of the most recent developments in the subject, namely, on the basis of the internationally shared definition offered by the Rome Statute, acknowledging the historical evolution of the previous years, referring entirely to the arguments made by the Procurador General de la Nación (PGN) in its lucid opinion. The motivations of the ruling start from a preliminary statement which shows the awareness that at the time of the facts there was no provision that would characterize crimes against humanity, but that they were already prohibited by customary international law with full binding already they would find protection in the incrimination of common crimes such as murder: their primary purpose is instead the protection of humanity.

The sentence, while recognizing the lack of serious doctrinal attempts to identify the essence of the legal good protected by this criminal category by developing Aristotelian reminiscences, identifies this element in the protection of the human being as a "political animal" against the perversion of the legal systems within of which men organize themselves, in cases where governments-or organizations comparable to them-commit atrocities to the detriment of the civilian population placed under their control. The Court declares that it assumes as a "general test"¹⁷⁶ to identify crimes against humanity, it is inevitable to conclude that the episodes of torture allegedly committed by the accused *Derecho* against *Bueno Alves* can not fall into this category¹⁷⁷.

The same conclusion is also reached by following the further argumentative path that the Court carries out below, based essentially on a detailed analysis of the constituent elements of crimes against humanity in accordance with the current international law, consolidated in the Rome Statute.

The sentence rightly identifies as typical elements, in addition to the behaviors listed by the norm-and that correspond to a "core of acts of extreme cruelty"-, their inclusion in a generalized or systematic attack directed against a civilian population and implemented in execution of, or to promote a policy of a state or an organization¹⁷⁸, the involvement of the State or of an organization comparable to it,

¹⁷⁵IACtHR, *Bueno Alves v. Argentina*, fondo, reparaciones y costas, 11.05.2007.

¹⁷⁶LUBAN, D., "A theory of crimes against humanity", in *The Yale Journal of International Law*, 29, 2004, pp. 85-161.

¹⁷⁷"No son muchos los intentos realmente dogmáticos de encontrar un criterio de distinción, o si se prefiere expresarlo con un lenguaje más tradicional, de determinar cuál es la esencia del bien jurídico protegido en los crímenes contra la humanidad" (Considerando IV).

¹⁷⁸The Corte Suprema de Justicia de la Nación argentina cited the case *Tadić*: ICTY, Prosecutor v. Tadić, Case No. IT-94-1-A and IT-94-1-A bis, Judgment in Sentencing Appeals, 26 January 2000, par. 38 In the same spirit the dissenting opinion of judge A. Cassese in case *Tadić*, which has stated: "(...) if classified as a crime against humanity, the murder possesses an objectively greater magnitude and reveals in the perpetrator a subjective frame of mind which may imperil fundamental values (...)". ICTY, Prosecutor v. Duško Tadić, Separate Opinion of Judge Cassese, AC, IT-94-1-A e IT-94-1-A bis, 26 January 2000, par. 16. See also: CLARKE, K.M., "Refining the perpetrator culpability history and international criminal law's impunity gap", in *The International Journal of Human Rights*, 19, 2015, pp. 594ss.

which enjoys control over a given territory-, the sentence concludes that the forms with which the offense subject to judgment is manifested do not correspond to this structure.

The Court therefore does not find, in this case, any of the characteristics that distinguish crimes against humanity, especially the policy element that contributes, together with the other components of the element of context, to attribute to the conduct that *quid pluris* of specificity and gravity that motivates its international importance. And he concludes by openly criticizing the evident instrumentality. And precisely in light of the characteristics of this last element, the policy element-which requires, according to the doctrine and international jurisprudence of the qualification proposed by the applicants with respect to the application of the special international crimes regime, in order to legitimize the persecution of crimes also by way of derogation from ordinary criminal law institutes. This consideration captures the problematic core of the jurisprudential tendencies that we are analyzing, summarizing perfectly and with great lucidity the terms of the conflict of values underlying them.

19.THE ELEMENT OF CONTEXT AS A DISTINCTION BETWEEN INTERNATIONAL CRIMES AND SERIOUS VIOLATIONS OF HUMAN RIGHTS

The valorisation of the context element of crimes against humanity thus exerts a fundamental reductive function that acts as a shield against excessive and improper expansion of the application field of such crimes. But at the same time it plays an essential role in defining the relationships between the various normative sources that, in different ways and in different fields, incriminate the same illicit conduct. Numerous acts are sanctioned both as serious violations of human rights, in the context of international law, and as international crimes, within international criminal law. While sharing a common core, these two figures do not fully coincide, and the distinction between them is fundamental because only the behaviors that fall into the second category achieves the applicability of the special regime described above. An excellent example of this duplicity is offered by the forced disappearance of people who are the object of express condemnation both in the international protection of human rights and in international criminal law, where it is typified among the constitutive deeds of crimes against humanity. The essential difference between these two areas- in addition to those, also important, related to the description of the typical behavior and to the identification of possible active subjects-is that only the second provides the structural element among the structural requirements, from which it depends precisely the subsumption in the category of crimes against humanity. In other words, the enforced disappearance of people is always a serious violation of human rights, which international law requires states to criminalize and punish, but only its systematic practice reaches the threshold of relevance to crimes against humanity. This fundamental distinction, which also has repercussions on national legislation, is sometimes taken up by Latin American jurisprudence. The Costa Rican Supreme Court of Justicia¹⁷⁹. National courts do not always demonstrate this discrete trait, leading to the classification of crimes against humanity by the inclusion of enforced disappearance in a generic "practice", without analyzing in detail the specific characteristics that it must assume to integrate this category, as evidenced by the following statement of the Peruvian Constitutional Tribunal¹⁸⁰.

A similar imprecision in the definition of structural elements, and of the particular context element, risks generating confusion, especially in those systems in which we think of Peru. Forced disappearance is typified as a common crime or in any case, although included in the title dedicated to the "crimes against humanity", it does not include among structural requirements that element of context on which

¹⁷⁹Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, Consulta sobre el proyecto de ley de aprobación del "Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional", sent. Nº 09685, exp. Nº 00-008325-0007-CO, Consulta Judicial Perceptiva, 01.11.2000, considerando II.A.

¹⁸⁰Peruvian Constitutional Tribunal, Vera Navarrete, Gabriel Orlando, recurso extraordinario de hábeas corpus, Exp. n. 2798-2004-HC/TC, 09.12.2004, considerando 25.

the subsumption depends on international crimes. Admission to the category of crimes against humanity on the basis of generic elements-"patrón de violaciones"- which do not correspond to the international normative definition, goes in the opposite direction to the desired harmonization of national and international criminal laws-in matters of persecution of international crimes.

Consequently, domestic jurisprudence should always bear in mind that, regardless of the *nomen juris* that national legislation assigns to typical conduct, its correspondence with the typical elements of enforced disappearance as indicated by the ACFDP is not sufficient in itself to subsume it in the category of crimes against humanity: to this end it will be necessary to prove that it was part of an extensive or systematic attack against a civilian population, accomplished in the execution of a precise state policy. If this contextual element is not satisfied, it is certainly possible to punish the conduct as a common crime of enforced disappearance-or, if it is not foreseen as such, subsuming it in other similar cases such as the illegitimate deprivation of liberty or illegal detention-, but it will not be possible to attribute it the status of crime against humanity nor the special regime that distinguishes this criminal category.

20.DELIMITATION CRITERIA FOR CRIMES AGAINST HUMANITY, CRIMES OF DRUG TRAFFICKING AND TERRORISM

The cross-border dimension that characterizes these criminal figures has often led to talk of their presumed international importance prevails the orientation that classifies them as transnational and non-international crimes in strict sense¹⁸¹. The distinction between these two categories is based on their different nature and on the fact that only with respect to the latter the typical elements, the causes of non-punishment and the models of attribution of responsibility apply in a substantially uniform manner in the various States. Furthermore, compared to transnational crimes, the special regime of international crimes, nor by express conventional provision-the Convention of Imprescriptibility of 1968 does not mention them-nor according to customary law, given the absence of a consolidated state practice and consensus in this regard. However, there have been no lack of interpretative proposals, formulated by the public prosecution and by the civil parties and sometimes accepted by the courts, which, precisely in order to justify the application of the special regime of international crimes, and in particular the rule of imprescriptibility, have dared the classification of such criminal conduct as crimes against humanity, making it included in the opening clause with which the listing of the conduct constituting the crime ends, or relying on the formulation adopted in the corresponding internal legislation. Similar interpretive artifices were then disregarded by the Supreme Courts, which also deployed in these cases their role as "guardians of regulatory" limits in the face of excessively broad interpretations, often based on incorrect premises and on an incorrect perception of international standards in matter. A corrective action of this kind emerges in a judgment of the Supreme Court of Justice of the Argentine Nacional (Argentine CSJN) in relation to the case *Lariz Iriondo*¹⁸². On this occasion, the Court of First Instance, called upon to rule on the extradition of a presumed ETA terrorist requested by Spain, had decided to deny it, deeming the expiry of the limitation period for the crimes ascribed to him.

The pronouncement of the Supreme Court is of particular interest for our analysis because it rejects the reading proposed by the Appellant Public Ministry, according to which the facts ascribed to *Lariz Iriondo* must have been subsumed in "acts of terrorism" under the International Convention on the Suppression of terrorist

¹⁸¹BANTEKAS, I., *International criminal law*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2010, pp. 8-9 and 260ss. DI FILIPPO, M., "Terrorist crimes and international co-operation: critical remarks on the definition and inclusion of terrorism in the category of international crimes", in *European Journal of International Law*, 19, 2008, pp. 533ss.

¹⁸²CSJN argentina, *Lariz Iriondo*, Jesús María s/ solicitud de extradición, (L. 845. XL. R.O.), decision of 10.05.2005.

attacks with explosives¹⁸³, and constituted as such crimes against humanity. From this qualification the appellants caused, as is to be expected, the consequence of the imprescriptibility, thus eliminating the obstacle on the basis of which the judge at first instance had denied the extradition. The Supreme Court, after analyzing the definition of "terrorism" and "acts of terrorism" formulated by the relevant international instruments. In light of this difference, the possibility of applying to the present case the criterion elaborated in the previous *Arancibia Clavel*, which legitimizes the imprescriptibility of the crime of illicit association aimed at the commission of crimes against humanity, considered in its turn constitutive of a crime against humanity. That solution, which caused the attribution of the same character to the associative offense from the international nature of the crimes-ends, can not be transposed to the present case, since here the crimes of purpose constitute acts of terrorism and are therefore not included among the crimes against humanity. The difference between the *Lariz Iriondo* case and the precedents of CSJN in matters of imprescriptibility is further specified by the special vote of the judges Maqueda and Zaffaroni¹⁸⁴.

The judges base the imprescriptibility of crimes against humanity on customary law and therefore legitimizes its application to facts committed before the entry into force of the relevant Conventions; however, they point out that this criterion does not apply to crimes such as terrorism which, according to customary law, do not fall into that category or autonomously enjoy the regime of imprescriptibility. The extraneousness of these behaviors with respect to the category of crimes against humanity remains at the current state, given that international law and jurisprudence do not show a consensus on this point, nor does the doctrine agree on it, even if this does not exclude *a priori*, as Judge Fayt suggests, a possible future evolution of international law in this direction, considering the inclusion of terrorist acts within crimes against humanity as perfectly admissible, adopting the opening clause as a legislative support, present in the international standard since the time of the Statute of the Court of Nuremberg, which incriminates "other inhumane acts" of similar nature and gravity. According to our opinion, it would be absurd to deny the applicability of the Barrios Altos doctrine, which as we have seen affirms the imprescriptibility, the impossibility of amnesty and the obligation of persecution and punishment with respect to international crimes, elaborated by episodes of state terrorism, to all acts of terrorism, even if not attributable to state responsibilities, since they are simply different forms of manifestation of the same crimes. The possibility of considering crimes of terrorism as crimes against humanity is still controversial, but, as the majority of the Court rightly points out, there is no standard or international consensus that is sufficient, at present, to support this qualification. In the Bolivian system, where the Corte Suprema de Justicia has on several occasions affirmed that the crimes of drug trafficking-also traditionally considered transnational crimes-are among the crimes against humanity, as they "undermine the stability and social peace of the people Bolivian". In support of this statement we quote art. 145 of the law on drug trafficking, which defines it "a transnational crime of" injured humanity "and contrary to international law", disavowing the different nature of transnational crimes compared to international ones, the consequence of this qualification, as well as the objective pursued by the courts that support it, is the subtraction of this offense from the ordinary regime of criminal prescription. The Bolivian Tribunal Constitucional had a first opportunity to rule on this in an appeal for *habeas corpus* interposed in the context of a drug-trafficking process¹⁸⁵. The appeal

¹⁸³DOSWALD BECK, L., *Human rights in times of conflict and terrorism*, Oxford University Press, Oxford 2011, pp. 230ss.

¹⁸⁴CSJN argentina, Lariz Iriondo, Jesús María s/ solicitud de extradición, (L. 845. XL. R.O.), decision of 10.05.2005, considerando 27-28.

¹⁸⁵Constitutional Court of Colombia, sentencia C-630/12 of 15 August 2012: "(...) que afecten el patrimonio del Estado o quienes hayan sido condenados por delitos relacionados con la pertenencia, promoción o financiación de grupos ilegales, delitos de lesa humanidad, narcotráfico en Colombia o en el exterior, o soborno transnacional, con excepción de delitos culposos (...)".

is however declared inadmissible due to procedural defects, without entering into the merits of the correctness of the interpretation proposed by the prosecution, which qualifies the crime of drug trafficking as a crime against humanity and therefore declares it imprescriptible. The sentence limits itself to referring to the plaintiff's argument that this classification is completely arbitrary, since no international instrument assigns the character of "*lesa humanidad*" to such a crime, but does not really leave the court's about. While waiting for a clearer position, therefore, we can hypothesize-or at least hope-that this body acts as a "guardian of the limits" of the typicality of international crimes, circumscribing it with respect to misleading and excessively expansive interpretations.

21.THE COMMITMENT OF THE LATIN AMERICAN JURISPRUDENCE IN THE DEFINITION OF THE BOUNDARIES OF CRIMINAL TYPES FROM THE "VAPOROUS QUALIFICATION"

The intervention of the Latin American Supreme Courts in a restrictive key to the international criminal types manifests itself, as well as in the expressed refusal of argumentative proposals that claim to apply such qualification to conduct extraneous to those indicted by the international standard, or to facts committed in the absolute absence a context suitable to give them international relevance, even in the different form of the clarification of the typical elements of such cases. International crimes show, even more than common crimes, a "need for conceptual delimitation" that derives from their very nature, characterized by a great openness, not to say indefiniteness, on the typical plane. The Latin American jurisprudence, when it applies such cases, is often preoccupied with drawing out its contours, arranging to define more precisely the individual structural elements and to identify the peculiar features that determine the distinction with respect to common crimes. The courts, within this bounding work, also perform a valuable synthesis between the international definition of crimes, which is lowered in the national system, and the institutes proper to internal criminal law, which they are called to apply. The intervention of meticulous reconstruction and combination thus undertaken offers a fundamental contribution to the definition of the international penal types that avoids easy manipulations for instrumental purposes, and at the same time contributes to their inclusion in the internal systems in harmony with the principles and institutions of criminal law.

22.INTERPRETATIVE PARAMETERS OF THE TYPE

The Latin American Supreme Courts, as part of the definitional work described above, sometimes dictate some interpretative parameters for the definition and application of international criminal types, exercising their *nomofilattico* role intended to condition all the jurisdictions of the internal legal system. A paradigmatic example of this intervention is a Plenary Agreement drawn up by the Peruvian Supreme Court of La República in which certain binding criteria are established to discern the crime of enforced disappearance of persons from other common crimes governed by the penal code. The Court, ascertaining that the essential and distinctive element of forced disappearance is the refusal or omission to provide information on the fate of the victim, is concerned with "translating" this element into categories familiar to the internal criminal lawyer¹⁸⁶.

The criteria thus established by the Supreme Court are intended to condition the application of law that incriminates the enforced disappearance of all the courts of the country, and therefore arise as an interpretative source of primary importance for the typical nature of this international crime. Another manifestation of this

¹⁸⁶Corte Suprema de la República peruviiana, Acuerdo Plenario N° 9-2009/CJ-116, "que fija criterios interpretativos del delito de desaparición forzada de personas", 13.11.2009 (adopted according to art. 116 of Texto único Ordenado de la Ley Orgánica del Poder Judicial), fundamento n. 11.

commitment by the Supreme Courts in defining and circumscribing the typical elements that determine the attribution of the character of crime against humanity is offered by a sentence of the Peruvian Constitutional Tribunal, called to rule on the constitutional conformity of a legislative decree which establishes a uniform discipline for crimes which constitute, in fact, violations of human rights¹⁸⁷.

Constitutional courts can play a fundamental role in defining international criminal types, specifying their typical elements and tracing more precise boundaries than those that international law tends to leave confused and uncertain.

23.THE DEFINITION OF THE NON-POLITICAL NATURE OF GENOCIDE

The Supreme Court of Justice of the Mexican Nation also ruled on the crime of genocide, on the occasion of the extradition request made by Spain against Ricardo Miguel Cavallo, a former Argentine military involved in the criminal repressive plan of the dictatorship. The Court clarifies on this occasion that genocide does not constitute a political crime, and is therefore not among those crimes for which the Mexican law prohibits extradition. This conclusion is, first of all, based on the connotation that the current language and the scientific language give to the term "political", and that leads to the understanding that the crime committed against the State is a political crime. Secondly, by carrying out a detailed reconstruction of the origins and historical evolution of the notion of genocide, the judging organ identifies its *ratio*, which consists in the protection of certain human groups characterized by stability, and the protected legal asset, which coincides precisely with the existence and integrity of these groups: in both cases, these are aspects that are extraneous to the concept of political crime. Finally-and this is perhaps the most interesting data for the purposes of our speech-the Mexican Supreme Court states that the typicality of the crime contemplates a "subjective element of injustice"¹⁸⁸, namely the specific intent of destroying one of the protected groups, but that remains indifferent to the possible motives of the crime, within which a political motivation can take on importance. The clarification of the nature of the intentional element and its extraneousness with respect to the motives of crime, besides contributing to the concrete purpose of denying the political character of the crime of genocide and therefore legitimating the extradition of its alleged perpetrator, can also provide useful tools to counteract a growing tendency, especially widespread in Latin America¹⁸⁹, "to portray as genocide any conflict that involves a certain degree of violence and which produces victims within ethnic minorities or socially perceived marginal groups"¹⁹⁰.

24.THE CONFIGURATION OF INSOLVENCY RELATIONSHIPS WITH COMMON CRIMES

The ruling by the Brazilian Supreme Tribunal Federal on the case known as the massacre de Haximu¹⁹¹ is probably the only sentence to date pronounced in the Latin American continent to carry out a proper analysis of this criminal case. The subject of the dispute was in this case the identification of the competent court, contested in the appeal brought by the convicts in the first instance, following the outcome of a trial held before a federal monocratic judge. The appellants claimed that the crime of genocide ascribed to them fell within the category of fraudulent

¹⁸⁷Tribunal Constitucional del Peru, Pleno jurisdiccional, Demanda de inconstitucionalidad interpuesta contra el Decreto Legislativo nº 1097, exp. Nº 0024-2010-PI/TC, 21.03.2011, considerando 50-52.

¹⁸⁸Suprema Corte de Justicia de la Nación mexicana, Tribunal Pleno, Amparo en revisión promovido por Ricardo Miguel Cavallo nº 140/2002, 10.06.2003, considerando 11.

¹⁸⁹SANTALLA VARGAS, E., "An overview of the crime of genocide in Latin American jurisdictions", in *International Criminal Law Review*, 10, 2010, pp. 448ss.

¹⁹⁰SANTALLA VARGAS, E., "An overview of the crime of genocide in Latin American jurisdictions", op. cit.,

¹⁹¹Supremo Tribunal Federal brasileiro (STF), Tribunal Pleno, Recurso extraordinário 351.487-3 Roraima ("massacre de Haximu"), 03.08.2006.

crimes against life, which a constitutional provision assigns to the jurisdiction of the Tribunal do Júri (collegiate and comprising non-toga judges).

The Brazilian Supreme Court rejects the appeal, refuting the classification of the genocide as a fraud against life on the basis of a detailed examination of the typical structure and characteristics of the crime of genocide. Once again, central in this analysis is the identification of the legal good protected by the law, which, we read, transcends the individual goods life or physical integrity-whose violation constitutes only a modality of the genocidal behavior- essentially coincides with the existence of human groups that make up "humanity in its diversity"¹⁹².

The determination of the legal good protected by the law that incriminates the genocide thus acts as a discrete criterion with respect to the category of crimes against life and, consequently, as a methodological assumption to deny the special jurisdiction of the Tribunal do Júri¹⁹³. But the Supreme Court of Brazil does not limit itself to this conclusion, and analyzes the possibility of considering this body as competent on the basis of the connection criterion, on the assumption that there is a competition of crimes between the genocide and the established murders. Preliminary to this question is the verification of the configurability of a crime offense between the crime of genocide and the individual crimes that determine the constitutive conduct: it is a matter of extreme practical importance. The Brazilian court goes deeper into the matter, citing a sentence of the German BGH¹⁹⁴ the first sentence of a national court to condemn for genocide - and above all the comment made by A. Gil Gil¹⁹⁵, showing that it fully adheres to the thesis interpretive of this author. The reference to the sentence of the Supreme Court of Germany, which, in reform of the first instance sentence, condemned the defendant for a single crime of genocide in formal competition with thirty murders, is considered entirely appropriate in light of the perfect correspondence between the typical description of the genocide foreseen in that legal system and that adopted by the Brazilian legislator, declaratively inspired by the German model. The Brazilian sentence breaks down the problem of the bankruptcy proceedings of the genocide in two dimensions: on the one hand, remaining within this criminal type, it is necessary to define whether the commission of more homogeneous and constitutive conduct of a genocidal modality- for example, more homicides-results in the ascription of multiple crimes of genocide in material competition between them and, in parallel, if the same conclusion applies to the commission of multiple heterogeneous behaviors constituting genocide-for example, one or more murders and injuries. On the other hand, the problem emerges from the confines typical of the case, and concerns the relationship between genocide and each of the behaviors that integrate it and which are at the same time autonomous common situations set up to protect individual legal assets, such as life and physical integrity. This conclusion, which the Brazilian court fully shares, derives once again from the identification of the legal good protected by the norm on genocide with the existence of a specific human group, and the recognition of the individual who concretely suffers the injury as a mere illicit object. The different criminal acts that integrate the crime do not therefore stand out as autonomous cases, but as mere commissioning modalities of a single crime of genocide, or, on the

¹⁹²Supremo Tribunal Federal brasileiro (STF), Tribunal Pleno, Recurso extraordinário 351.487-3 Roraima ("masacre de Haximu"), op. cit., considerando 1 of the vote of Relator (Ministro Cezar Peluso) (pp. 11-13).

¹⁹³In the same spirit also: Procurador Geral da República: "Como se vê, diferentemente do homicídio, no qual o elemento subjetivo do agente é matar alguém, no genocídio o dolo é de exterminar, total ou parcialmente, fisicamente ou culturalmente determinado grupo. Não se inclui, por isso, o genocídio, dentre os crimes dolosos contra a vida, muito embora os bens jurídicos vida e integridade física e mental também são afetados por este crime (...)".

¹⁹⁴Bundesgerichtshof, Jorgic, 3 StR 215/98-OLG Düsseldorf, sentence of 30.04.1999. SAFFERLING, C., KIRSCH, S., *Völkerstrafrechtspolitik: Praxis des Völkerstrafrechts*, ed. Springer, Berlin, 2013, pp. 243ss.

¹⁹⁵GIL GIL, A., *Comentario a la primera sentencia del Tribunal Supremo alemán condenando por el delito de genocidio*, op. cit., pp. 774ss.

contrary, as different forms of attack on the same legal good. Consequently, the imputation of a single crime of genocide fully reflects the disvalue of the fact¹⁹⁶.

The genocide is therefore characterized as a "unit of typical action", in the sense that the type is realized only once even in the presence of the repetition of several homogeneous acts. Against a plurality of heterogeneous behaviors, however, the conclusion in favor of the criminal unit derives from the conception of genocide as an "alternative mixed type", with respect to which the individual executive modalities simply represent a different degree of disvalue of the action. As for the second profile, concerning the "external" relations between the genocide crime, considered in a unitary way, and the different criminal conduct that integrate it, the Supreme Court of Brazil claims that the absorption criterion can not be applied¹⁹⁷. The logical conclusion of this configuration is that between the crime of genocide and the individual crimes that integrate it, there is a concurrence of crimes, all of which must be taken into account for the purpose of commensurate sentences. The insolvency relationship develops, so to speak, in two directions: the various murders of murder are linked to each other by a continuation constraint, determined by the identity of conduct and by the conditions of time and place and executive modalities. The crime thus continued configured then arises in a formal competition relationship with the crime of genocide, assessed in unitary terms.

The judicial body seems to "land" abruptly, recognizing that it is limited by the prohibition of *pejus* reform of the sentence when the appeal was lodged by the defense. Since the plaintiffs had not been convicted of murder, but only for that of genocide, the various murders were also to be charged with causing an aggravation of punishment not allowed by the aforementioned principle. The court confines itself to reiterating that genocide is not among the malicious crimes against life, and that the jurisdiction to judge on it is therefore not up to the Tribunal do Jurí, rejecting the appeal accordingly. Beyond the outcome of the ruling, however, the Supreme Court of Brazil on this occasion performs an extremely interesting analysis of the criminal genocide and in particular the complex issue of its insolvency relationships with the individual conducts that integrate it, offering a interpretation-followed by the German-strict BGH and firmly anchored to classical institutes and criminal dogmatics. In this way, it offers a valid contribution to the definition of the boundaries of the international criminal type-in this case the genocide-, specifying a profile - the bankruptcy relations - which international criminal law has not yet profoundly examined, but which is extremely practical relevance at the time of application.

25.THE JURISPRUDENTIAL VALIDATION OF RESTRICTIVE LEGISLATIVE CHOICES

A final manifestation of the centripetal jurisprudential motion that we are examining emerges in some judgments that, in judging the constitutional conformity of the norms that characterize international crimes, endorse legislative choices that are restrictive with respect to the corresponding international definition. This is the other side of the coin with respect to those sentences of Constitutional Courts which reiterate the freedom of the national legislator to extend the application field of international indictment rules, on the assumption that they limit themselves to setting a minimum of protection that can not be waived but on the contrary, it can very well be expanded. Well, there are also some-not numerous, for the real-judgments that validate legislative choices operating in the opposite direction, which omit some structural elements of the case envisaged by the international standard. In fact, the positive judgment regarding the constitutional conformity of such

¹⁹⁶Supremo Tribunal Federal brasileiro (STF), Tribunal Pleno, Recurso extraordinário 351.487-3 Roraima ("masacre de Haximu"), op. cit., considerando 1.

¹⁹⁷Supremo Tribunal Federal brasileiro (STF), Tribunal Pleno, Recurso extraordinário 351.487-3 Roraima ("masacre de Haximu"), op. cit., considerado 1.

provisions does not seem to call into question the necessary respect for the minimum threshold that the international norm imposes: simply, it is believed that this standard is not compromised by the mere absence of a specific textual element which is however included in the generally considered standard.

This argument appears clearly in a recent ruling by the Guatemalan Court of Constitucionalidad, called to rule on the presumed unconstitutionality of the incriminating norm of genocide, in the part in which it does not include racial groups among the protected groups. The request for unconstitutionality states that art. 376 of the Guatemalan penal code, which provides for groups protected by the provision against genocide only national, ethnic and religious groups, with the exclusion of racial groups, which contrasts with the Constitution. In particular, it would violate the rights to life, physical integrity and security, as set forth in articles 2 and 3 of the Constitution, recognized not only to individuals but also to human groups as a whole. Moreover, the appellant points out the violation of the principle of pre-eminence of international human rights treaty, expressly provided for by art. 46 of the Constitution, since the contested provision deviates from the Genocide Convention, which imposes on the Member States the obligation to classify the crime of genocide and to provide for adequate and effective penal sanctions (article 5) according to the definition provided by the Convention itself (article 2). This argument seems especially interesting, since it enters into the merits of the relationships between internal and international normative sources, claiming the pre-eminence of the latter, even when this collision involves criminal provisions that typify crimes. The content of the international treaty- the Genocide Convention-is therefore used as a parameter to assess the defect of unconstitutionality of the law by means of art. 46 Constitution, which acts as a link between the international system and the internal one, as well as the principle of equality (article 4 of the Constitution), since it marks an unjustified and unreasonable difference in treatment between the three categories envisaged by the norm and the racial groups which remain excluded from it. Finally, the appeal attributes to the contested provision the violation of the obligation to criminalize the serious violations of jus cogens, which can be interpreted by means of interpretation 44 and 149 of the Constitution.

The Constitution Court, with a rather concise motivation, rejects the appeal on the basis of a topic of linguistic tenor, without taking into consideration in particular the interesting facts-arguments presented by the applicant. In the opinion of the judicial body, in fact, with the term "racial" -regulate the peaceful cohabitation refer to the human race understood, and therefore find application with respect to all human beings Considering II of the sentence. Consequently, concludes the ruling, the contested law, in providing protection recipients for ethnic groups, also includes the so-called racial groups, and is therefore not contrary to the Constitution. Without going into the complex question of the difference between "race" and "ethnicity", which can best be resolved by anthropologists and sociologists, it is sufficient to note that the Court considers two terms equivalent to international standards on genocide- the 1948 Convention, both the treaties establishing international criminal tribunals- expressly distinguish. In this way, the Constitutional Court chooses to endorse a choice made by the internal legislator which clearly departs from the international normative dictate. However, on closer inspection, what may appear to be the confirmation of a restrictive typification is denied by the Court, according to which the difference between the internal and the international norms is purely literal, and does not affect their actual field of application, which remains unchanged and extended also to racial groups. A completely analogous procedure has recently been activated on the initiative of the same applicant in relation to art. 201 bis of the Guatemalan penal code, which typifies the torture offense. In particular, the unconstitutionality by omission of the norm is noted, in the part in which it does not provide for the obligation to punish the conduct and discrimination or any other purpose as the purpose that animates the active subject, in contrast to the definition of the crime provided by the 1984 International Convention. In addition, the unsuccessful provision, among the possible modalities of the conduct, of the application of methods aimed at nullifying the personality of the victim or decreasing

their physical or mental capacity, even if they do not cause physical pain or suffering, are contested. psychic, in violation of the provisions of the Inter-American Convention on Torture. The arguments on which the appeal is based are identical to those, examined earlier, on which the appeal against the incriminating norm of genocide is based, namely: the violation of the rights to life, physical integrity and safety, of the principle of equality, of the pre-eminence of international human rights treaties and of the obligation to classify crimes of *jus cogens* and human rights as crimes. The proceeding is still ongoing: it will be interesting to verify, when the ruling of the Guatemalan Constitutional Court occurs, whether it remains on the line of validation of national legislative choices, or if, contrary to what happened in relation to the genocide rule, it will be considered that the torture rule, in omitting typical elements provided for in the international definition, effectively contravenes the minimum standards of protection imposed by the latter. The constitutional judge therefore proposes the alternative between invalidating the normative solution adopted by the internal legislator, restoring the wider application field of the corresponding international norm, or adhering instead to the restrictive legislative choice, seeking a justification with respect to the internationally imposed obligations. Once again, the key role played by the judgment of constitutionality in the combination and harmonization of national and international sources, and its immediate impact on the definitions of international criminal types and on the significant practical consequences, in terms of punishment and discipline, is clearly highlighted, that the subsumption of the facts in this category involves.

26.CONCLUDING REMARKS

The principle of typicality is implemented by means of a normative drafting technique called typological construction or typological construction, which makes it possible to lay a permanent bridge between abstract disposition and concrete fact. The product of this technique of selection and schematization is the category of typicality, the penal type, which constitutes the technical precipitate of the homonymous principle and the true connecting fabric between abstract norm and concrete fact. The content of the penal type, which only partially coincides with that of the case-broader concept-consists of all and only those elements that determine the core of the essential disvalue of a particular criminal figure. At the end of a long dogmatic evolution, we have now come to recognize that it includes not only the objective and descriptive elements, but also the normative and subjective elements that characterize conduct. The category of typicality is perfected in the dynamic moment of judicial interpretation that coincides with the judgment of conformity to the type, thanks to which the meeting and mutual completion take place between abstract disposition and concrete fact. Protagonist of this moment, essential to the life of criminal law, is the judge, which therefore plays a constructive role in law. Recognizing this role implies the abandonment of the Enlightenment paradigm that sees the judge as the mere applicator of an already perfect law, by means of a mechanistic subsumption operation.

The analysis of the jurisprudence of these Courts in the field of international crimes has demonstrated the centrality of the typical definition of these criminal figures and the consequences that it entails in terms of applicative and sanctioning consequences. At the same time, this jurisprudence has provided an important contribution to the configuration and evolution of these cases. From the overview outlined in the second chapter, the special complexity that distinguishes the international criminal offenses has emerged, and which derives from their nature in progress, from the convergence of international law and criminal law in their definition and the multilevel structure of the sector in which they are inserted. These characteristics determine the coexistence of different normative definitions in the Founding Statutes of the international criminal tribunals and in the various Conventions for the protection of human rights, which are flanked by further differences in national legislation. In fact, in fulfilling the obligations of incrimination imposed by the instruments for the protection of human rights, or in the adaptation of the law to the Rome Statute, the States can take advantage of a margin of

appreciation-confirmed, lastly, by the principle of complementarity which supports the ICC¹⁹⁸, system, which allows them to take into account local needs and specificities. As a result, international crimes are configured as a variable geometry category.

The expansion on the temporal plane tends to allow the subsumption in international criminal cases of facts committed prior to their typification in the internal order: to achieve this objective, different argumentative paths have been developed, some of which are entirely based on international law as a direct source of incriminating rules. The "progressive" jurisprudence that develops this path, faced with the absence, in the national legal system, of pre-existing provisions that typify international crimes, resorts to the direct application of international norms that define international crimes, stating that they correspond to the international custom, which allows to anticipate their validity and to give them an imperative character. The Courts seek support for the existence of such a norm in the Statutes of international criminal tribunals, in the instruments of protection of human rights and in the jurisprudence of the IACtHR¹⁹⁹. This argument based on the direct application of international law is used both to affirm the existence-previous to the facts-of the international criminal offenses, and to base the rule of the imprescriptibility of this class of crimes. In relation to this last profile, the judicial bodies usually refer to the Convention of Imprescribibility of 1968, regardless of its ratification by the State in question and the date on which it occurred, since it is considered a mere crystallization of a pre-existing customary law, which therefore admits a retrospective application. Finally, a ruling by the Argentine Supreme Court (*Arancibia Clavel*) was examined, which pushes this argumentative path to the point of reaching a proper judicial typification of the associative crime: the offenses attributed to the illicit association of which the accused was a member they are qualified as crimes against humanity through the direct application of international norms, and as a further step it is affirmed that even the mere participation in this illicit association constitutes, almost by osmosis, a crime against humanity, as such imprescriptible.

Another original path that the Latin American jurisprudence has elaborated to allow the widening of the international criminal cases in the temporal plane is the so-called double subsumption: this method combines a primary subsumption, of typing and sanctioning, in a common situation foreseen by the national legislation prior to the facts- for example the crime of imprisonment or illegitimate deprivation of liberty-with a secondary subsumption in an international criminal case, which serves to reflect the peculiar disvalue of the fact that the common crime does not capture and, above all, to apply the special regime reserved for international crimes. Also in this case, the international criminal offense has a logical-temporal priority; the common one intervenes in second instance to provide the sanctioning framework and to remedy the problems that the former poses with respect to the principle of legality and non-retroactivity.

The interpretive artifice thus elaborated raises perplexity not only because it consists in the creation from scratch of an incriminating case by the judge-as formed by the merger of two normatively foreseen cases-but also because it is based on a paradoxical if not erroneous assumption. While affirming the existence of a relationship of specialty between the domestic and international cases-in the sense that the latter would be *lex specialis* compared to the former, even if there remains a certain discrepancy of views on the identification of the specializing elements-not then follows the rules of the apparent competition of rules governing such hypotheses, and which would like the application of the special rule only, but, as we have seen, both apply jointly. Finally, the same reservations are raised with respect to this interpretative process, and precisely with respect to the part that applies the

¹⁹⁸MELLOH, F., *Einheitliche Strafzumessung in den Rechtsquellen des ICC-Statuts*, Dunker & Humblot, Berlin, 2010.

¹⁹⁹LIAKOPOULOS, D., "The advisory power of the inter American Court", in *International and European Union Legal Matters*-working paper series, 2016.

international criminal offense, to the argument based on the international custom as a directly applicable offense. The double-subsumption method has also been the object, on some occasions, of an "improper" use, which has added to the subsumption in this case a statement, with a purely declarative function and without any disciplinary consequences, according to which the facts also constitute international crimes. The value of such statements is purely symbolic, and aims to underline the extreme gravity of the crimes and their massive size.

Finally, a last interpretative path that can be placed within the expanding trend in question overcomes the problem of the prescription stating the suspension for the duration of the *de facto* regime, considering it an exceptional state. Such a solution, which obviously does not directly involve international sources, should however be able to count on the existence of a provision that provides for such a suspensive cause of the prescription with specific reference to the criminal sphere.

The same instrumental purpose that marks the widening of the international criminal cases in the temporal plane can also be found in those interpretative tendencies which determine an expansion on the more typical plane: even in this synchronic perspective, the limits of the typical structure of these are forced. criminal figures in order to include the concrete facts that must be judged. This expansion can take shape either through an extensive interpretation of some elements constituting the case, or through the control of constitutional legitimacy, when it validates legislative choices that expand the scope of the cases in relation to their definition at international level or when, on the contrary, decides to eliminate elements, introduced by the national legislator, which restrict the applicative scope of the cases in question. The first form of manifestation includes the numerous sentences that qualify the crimes of the Argentine dictatorship as genocide on the basis of a very broad interpretation of the notion of "national group", which aims to conceal nature in the political reality of the group affected by the repression systematic. Examples of the widening of the cases because of the constitutional legitimacy check are instead offered by some sentences of the Colombian Constitutional Court and the Bolivian one in the field of genocide, torture and enforced disappearance, which intervene on some typical elements inserted by the legislator during the typing of such crimes, which deviate from the corresponding international definition in the double sense highlighted above.

The expanding trend now described coexists with an opposite tendency that we have defined as reductive, which, although it appears to be a minority, opens up new and interesting possibilities with respect to the contribution that the jurisprudence of the Supreme-Latin American Courts but not only can offer to the definition and development of international criminal cases. This contribution sometimes assumes the form of clarification or clarification of some of the constituent elements of the case, on the assumption that the latter, in the light of the significant *contra-reum* consequences that their exceptional discipline entails, must be interpreted restrictively and clearly delimited. This line of jurisprudence includes the judgments that recover the selective value of the context element of international crimes in order to counter undue expansion of the latter to facts that do not present the characterizing traits or the special gravity. Furthermore, the element of context is sometimes enhanced by these interpretative tendencies to mark more clearly the distinction between international crimes and serious violations of human rights-which do not always coincide with them-and between those crimes and transnationals crimes, such as drug trafficking and terrorism.

The overall assessment of the analyzed Latin American jurisprudence has revealed that it has a very significant impact both within the national system in which it is inserted, and beyond these boundaries. This influence assumes different traits depending on the macro-trend in which the pronunciations are inserted: the expansive tendency negatively affects the defendant's defense guarantees, expanding the sphere of applicability of that exceptional regime which has for him decidedly detrimental effects. The "differentiated" criminal ²⁰⁰ that is thus created,

²⁰⁰AMBOS, K., *Internationales Strafrecht*, C.H. BECK, München, 2014, par. 4. LIAKOPOULOS, D., "Die Hypothese des Rechts auf ein faires Verfahren internationalen Strafgericht", in

and which seems to expand more and more, risks to easily slip into a manifestation of the enemy's terrible-criminal law, which suspends a whole series of institutes and principles guaranteed freedom and dignity of the accused. At the same time, the tendency to widen the boundaries of international criminal cases through the direct application of international norms generates profound friction with the principle of legality, understood here not so much in its political aspect linked to the separation of powers, but in its material-maintained appearance even in the "weakened" version that adopts the international law of this principle-which is concerned with ensuring the knowledge of the criminal law as a prerequisite for the guilty judgment and the orientation function of the members²⁰¹.

The jurisprudence of the Latin American Supreme Courts has a strong external impact, which projects it on a world scale. Through the phenomenon of jurisprudential circulation in its various directions and dimensions-horizontal and vertical, ascending and descending-, the interpretative solutions elaborated by those Courts, the argumentative paths developed by them, even their general tendencies and tendencies, influence the foreign judges, international criminal jurisdictions and bodies for the protection of human rights. This circulation of precedents and tendencies, which is independent of the binding effectiveness of decisions and is based instead on their persuasive authority, assumes an informal and dynamic face, which has led to talk of a "global community" of judges. The mutual influence between Courts of different countries and levels gives rise to a phenomenon effectively described as "jurisprudential cross-fertilization"²⁰², which, while concealing in some cases an amplification of hermeneutical errors or the instrumental use of previous decontextualized, in its complex provides an essential contribution to the process of harmonization of international criminal law.

Within this complex phenomenon of interaction, the Supreme Courts stand out as a true creator of the harmonization of definitions and interpretation of international crimes, and a leading player in the configuration of international criminal law as a legal space characterized by a pluralism ordered.

27. BIGLIOGRAPHY

- A.A.V.V., *Jurisdiccion universal. Sobre crimenes internacionales*, ed. Comares, Granada, 2013.
- AHLBRECHT, H., BÖHMEER, K.M., *Internationales Strafrecht*, C.F. Müller, Heidelberg, 2018.
- AKHAVAN, P., "The crime of genocide in the ICTR jurisprudence", in *Journal of International Criminal Justice*, 3, 2005, pp. 989ss.
- AMBOS, K., *Internationales Strafrecht*, C.H. BECK, München, 2014, par. 4.
- AMBOS, K., *Treatise on international criminal law. Volume I: Foundations and general part*, Oxford University Press, Oxford, 2013, pp. 97ss.
- AMENGE OKOTH, J.R., *The crime of conspiracy in international criminal law*, ed. Springer, 2014.
- APTEL, C., "The intent to commit genocide in the case law of the International Criminal Tribunal for Rwanda", in *Criminal Law Forum*, 13, 2002, pp. 277ss.
- AZZOLINI BIANCAZ, A., "La costruzione de la responsabilidad construcción de la responsabilidad penal individual en el ámbito internacional", in *Alegatos Revista*, 20, 2018.
- BANTEKAS, I., *International criminal law*, Hart Publishing, Oxford-Portland, 2010, pp. 8-9 and 260ss.

International and European Union Legal Matters, 2012.

²⁰¹LIAKOPOULOS, D., *Parità di armi nella giustizia penale internazionale*, vol. 1, ed. Libellula, Puglia, 2018.

²⁰²SLAUGHTER, A.M., *A new world order*, Princeton University Press, Princeton 2004. JENEUSS, J., "Obstacles to cross-fertilisation: The international criminal tribunals "unique context" and the flexibility in the European Court of Human Rights' case law", in *Nordic Journal of International Law*, 84 (3), 2015, pp. 408ss.

- BASSIOUNI, M.C., *The legislative history of the International Criminal Court: Introduction, analysis and integrated text*. Volume I, Brill/Martinus Nijhoff Publishers, New York, 2005, pp. 151ss.
- BEHRENS, P., "Genocide and the question of motives", in *Journal of International Criminal Justice*, 10, 2012, pp. 501.
- BEHRENS, P., HENNAM, R., *Elements of genocide*, ed. Routledge, London & New York, 2013, pp. 194ss.
- BEIGBEDER, Y., *International Criminal Tribunals*, ed. Palgrave, London, 2011.
- BETTWY, D.S., "The genocide Convention and unprotected groups: Is the scope of protection expanding under customary international law?", in *Notre Dame Journal of International and Comparative Law*, 2011, pp. 102ss.
- BOSLY, H.D., VANDERMEERSCH, D., *Gènocide, crimes contre l'humanité et crimes de guerre face à la justice*, ed. Bruylant, Bruxelles, 2012.
- BREWER CARÍAS, A.R., "La jurisdicción constitucional en América Latina", in GARCÍA BELAUNDE, D., FERNÁNDEZ SEGADO F., (eds.), *La jurisdicción constitucional en Iberoamérica*, ed. Dykinson, Madrid, 1997, pp. 117-161.
- CASSESE, A., "The Geneva Protocols of 1977 on the humanitarian law of armed conflict and customary international law", in *UCLA Pacific Basin Law Journal*, 3, 1984, pp. 55ss.
- CASSESE, A., "The nexus requirement for war crimes", in *Journal of International Criminal Justice*, 10, 2012, pp. 1414s.
- CASSESE, A., *International criminal law*, Oxford University Press, Oxford, 2008, pp. 182ss.
- CHESTERMAN, S., "An altogether different order: Defining the elements of crimes against humanity", in *Duke Journal of Comparative and International Law*, 10, 2000, pp. 316ss.
- CLARK, R.S., "Does the Genocide Convention go far enough? Some thoughts on the nature of criminal genocide in the context of Indonesia's invasion of East Timor", in *Ohio Northern University Law Review*, 8, 1981, pp. 327ss.
- CLARKE, K.M., "Refining the perpetrator culpability history and international criminal law's impunity gap", in *The International Journal of Human Rights*, 19, 2015, pp. 594ss.
- CONTESSE, J., "Contestation and deference in the inter-american human rights system", in *Law and Contemporary Problems*, 79 (2), 2016, pp. 126ss.
- CONWAY, G., "Conflicts of competence norms in EU Law and the legal reasoning of the ECJ", in *German Law Journal*, 11, 2010, pp. 985ss.
- DAVIS, J., *Seeking human rights justice in Latin America: Truth, extra-territorial courts and the process of justice*, Cambridge University Press, Cambridge, 2013.
- DAZA GONZÁLEZ, A., *El principio de complementariedad en el derecho penal internacional*, ed. Universidad Católica de Colombia, Bogotá, D.C., 2015.
- DE PAUW, M., "The inter-American Court of human rights and the imperative method of external referencing regional consensus v. universality", in HAECK, Y., RUIZ-CHIRIBOGA, O., CHERRERA, C., *The inter-American Court of human rights: Theory and practice, present and future*, ed. Intersentia, Antwerp, Oxford, 2016, pp. 4ss.156.
- DERGHOUGASSIAN, K., *Evolución de la Política de Defensa, en la Defensa en el Siglo XXI, Argentina y la Seguridad Regional*, ed. Capital Intelectual, Buenos aires, 2012.
- DI FILIPPO, M., "Terrorist crimes and international co-operation: critical remarks on the definition and inclusion of terrorism in the category of international crimes", in *European Journal of International Law*, 19, 2008, pp. 533ss.
- DIXON, R., GINSBURG, T., *Comparative constitutional law in Latin America*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham, UK, 2017.
- DÍAZ SOTO, J.M., "Una aproximación al concepto de crímenes contra la humanidad", in *Revista Derecho Penal y Criminología*, n. 95, 2015, pp. 123ss.
- DONDÉ MATUTE, J., "International criminal law before the Supreme Court of Mexico", in *International Criminal Law Review*, 10, 2010, pp. 577-578.
- DONDÉ MATUTE, J., *El concepto de impunidad: Leyes de amnistía y otras formas*

- estudiadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, in *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, ed. Foundation Konrad Adenaur, Berlin, 2010, pp. 268ss.
- DOSWALD BECK, L., *Human rights in times of conflict and terrorism*, Oxford University Press, Oxford 2011, pp. 230ss.
- ESTUPIÑAN SILVA, R., "Principios que rigen la responsabilidad internacional penal por crímenes internacionales", in *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 2012, pp. 136ss.
- FEIERSTEIN, D., *El genocidio como práctica social. Entre el nazismo y la experiencia argentina*, ed. Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 2007.
- FEIERSTEIN, G.D., *Hasta que la muerte nos separe. Prácticas sociales genocidas en América Latina*, ed. Al Margen, Buenos Aires, 2004, pp. 76ss.
- FEIJOO SÁNCHEZ, B., "El genocidio en el Derecho penal español", in *Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal*, 8, 1999, pp. 560ss.
- FERRER MAC-GREGOR, A.E., "Conventionality control and the new doctrine of the inter-American Court of Human Rights", in *American Journal of International Law Unbound*, 109, 2015, pp. 95ss.
- FIGARI LAYYS, R., *The reparative effects of human rights trials: Lessons from Argentina*, ed. Routledge, London & New York, 2017.
- FINUCANE, B., "Enforced disappearance as a crime under international law: A neglected origin in the laws of war", in *Yale Journal of International Law*, 35, 2010.
- FITZMAURICE, M., ELIAS, O., MERKOURIS P., (eds), *Treaty interpretation and the Vienna Convention on the Law of Treaties, 30 years on*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2010, pp. 9ss.
- FOURNET, C., *The crime of destruction and the law of genocide. Their impact on collective memory*, Ashgate Publishing, Hampshire, 2007, pp. 99-108.
- GIL GIL, A., "El principio de jurisdicción universal en España", in *Revue Internationale de Droit Penal*, 78-79 (1-2), 2008, pp. 125-191.
- GIL GIL, A., "La fertilización cruzada entre las jurisprudencias de derechos humanos y de derecho penal internacional y el uso defectuoso de la jurisprudencia ajena. Ejemplificación en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos y su cita por otros tribunales", in *Revista de Derecho Penal*, 111, 2011, pp. 219ss.
- GIL GIL, A., "La sentencia de la Audiencia Nacional en el caso Scilingo", in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 7, 2005.
- GIL GIL, A., "Persecución de crímenes contra la humanidad en la Audiencia Nacional. Los informes que los fiscales no quisieron firmar", in *Jueces para la democracia*, 31, 1998, pp. 4ss.
- GIL GIL, A., "La aplicación de la ley penal en el tiempo", in GIL GIL, A., LACRUZ LÓPEZ, J.M., MELENDO PARDOS, M., NUÑEZ FERNÁNDEZ, J., *Curso de derecho penal. Parte general*, ed. Dykinson S.L., Madrid, 2011, pp. 56-59ss.
- GIL GIL, A., MACULAN, E., *La influencia de las víctimas en el tratamiento jurídico de la violencia colectiva*, ed. Dykinson, Madrid, 2017, pp. 380ss.
- GIL GIL, A., "Principio de legalidad y crímenes internacionales. Luces y sombras en la sentencia del Tribunal Supremo en el caso Scilingo", in CUERDA RIEZU, A., JIMÉNEZ GARCÍA F., (dirs.), *Nuevos desafíos del Derecho Penal Internacional. Terrorismo, crímenes internacionales y derechos fundamentales*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2009, pp. 391-409.
- GÓMEZ BENÍTEZ, J.M., "El exterminio de grupos políticos en el Derecho penal internacional. Genocidio y crímenes contra la humanidad", in *Revista de Derecho y Proceso Penal*, 4, 2000, pp. 151, 157.
- GÓNGORA MERA, M.E., *Inter-American constitutionalism: On the constitutional path of human rights treaties in Latin America through national and inter-American adjudication*, ed. Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 2011.
- GONZALEZ MORALES, F., *El Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, ed. Tirant Lo Blanch, Valencia, 2013.
- GONZÁLEZ TAPIA, M.I., *Determinación del tiempo de comisión del delito*, ed.

- Comares, Granada, 2002, pp. 302-305.
- GONZÁLEZ TAPIA, M.I., *La prescripción en el derecho penal*, ed. Dykinson S.L., Madrid, 2003, pp. 146ss.
- GONZÁLEZ-SALZBERG, D., "The effectiveness of the inter-American human rights system. A study of the American States compliance with the judgments of the inter-American Court of human rights", in *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 15, 2015, pp. 116ss.
- GOY, B., "Individual criminal responsibility before the International Criminal Court: A comparison with the ad hoc Tribunals", in *International Criminal Law Review*, 12, 2012, pp. 5ss.
- GREENAWALT, A.K.A., "Rethinking genocidal intent: The case for a knowledge-based interpretation", in *Columbia Law Review*, 99, 1999, pp. 2259ss.
- GREENWOOD, C., "Customary law status of the 1997 Additional Protocols", in DELISSEN, A.G.M., TANJA, G.J., (a cura di), *Humanitarian law of armed conflict*, Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 1991, pp. 93ss.
- GUZMÁN DALBORA, J.L., "El principio de legalidad penal en la jurisprudencia de la Corte Interamericana De Derechos Humanos", in AMBOS, K., MALARINO, E., ELSNER G., (eds.), *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, Konrad Adenaur Stiftung, 2010, pp. 190ss.
- HALLING, M., "Push the envelope: Watch it bend: Removing the policy requirement and extending crimes against humanity", in *Leiden Journal of International Law*, 23, 2010, pp. 828ss.
- HEFENDEHL, R., *Grenzenlose Vorverlagerung des Strafrechts?*, BWV Berliner Wissenschafts Verlag, Berlin, 2010, pp. 24ss.
- HELER, K.J., "A sentence-based theory of complementarity", in *Harvard International Law Journal*, 53, 2011, pp. 208ss.
- HELMKE RIOS, G., FIGUEROA, J., *Courts in Latin America*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011.
- HENCKAERTS, J.M., DOSWALD-BECK, L., *Customary international humanitarian law. Volume I: Rules*, Cambridge University Press, Cambridge, 2009.
- HENNEBEL, L., "The inter-American Court of human rights: The Ambassador of universalism", in *Quebec Journal of International Law*, 57, 2011, pp. 58ss.
- HERNÁNDEZ BALMACEDA, P., "Aplicación directa de los tipos penales del ECPI en el derecho interno", in AMBOS, K., MALARINO, E., WOISCHNIK, J., (eds.), *Temas actuales de derecho penal internacional. Contribuciones de América Latina, Alemania y España*, Fundación Konrad Adenaur, Berlin-Montevideo, 2005, pp. 135ss.
- HUNEEUS, A., "Courts resisting courts: Lessons from the Inter-American Court's struggle to enforce human rights", in *Cornell International law Journal*, 44, 2011, pp. 520ss.
- JACKSON, M., "A conspiracy to commit genocide. Anti-fertility research in apartheid's chemical and biological weapons programme", in *Journal of International Criminal Justice*, 13, 2015, pp. 933-950.
- JAIN, N., *Perpetrators and accessories in international criminal law. Individual modes of responsibility for collective crimes*, Hart Publishing, Oxford and Portland, Oregon, 2014.
- JENEUSS, J., "Obstacles to cross-fertilisation: The international criminal tribunals 'unique context' and the flexibility in the European Court of Human Rights' case law", in *Nordic Journal of International Law*, 84 (3), 2015, pp. 408ss.
- JESSBERGER, F., The definition and the elements of the crime of genocide, in P. GAETA (a cura di), *The UN Genocide Convention*, Oxford University Press, Oxford, 2009, pp. 106ss.
- JEUTNER, V., *Irresolvable norm conflicts in International Law. The concept of a legal dilemma*, Oxford University Press, Oxford, 2017, pp. 57ss.
- JONES, J.R.W.D., "Whose intent is it anyway?-Genocide and the intent to destroy a group", in VOHRAH, L.C., et al. (a cura di), *Man's Inhumanity to Man*, Brill/Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2003, pp. 467ss.
- KAYUTANA, E., "Domestic amnesty for international crimes and the ICC Prosecutor:

- When to exercise restraint in the "interest of justice"?, in *Nnamdi Azikiwe University Journal of International Law and Jurisprudence*, 9 (2), 2018, pp. 180ss.
- KELLY, M.J., "The debate or genocide in Darfur, Sudan", in *University of California, Davis Journal of International Law & Policy*, 19, 2012, pp. 208ss.
- KIRSCH, S., "The two notions of genocide. Distinguishing macro phenomena and individual misconduct", in *Creighton Law Review*, 42, 2009, pp. 352ss.
- LIAKOPOULOS, D., "Die Hypothese des Rechts auf ein faires Verfahren internationalen Strafgericht", in *International and European Union Legal Matters*, 2012
- LIAKOPOULOS, D., "The advisory power of the inter American Court", in *International and European Union Legal Matters-working paper series*, 2016.
- LIAKOPOULOS, D., "Die Hybridität des Verfahrens der Internationalen ad hoc Strafgerichtshöfe und die Bezugnahme auf innerstaatliches Recht in der Rechtsprechung", in *International and European Union legal Matters*, 2012.
- LIAKOPOULOS, D., *Parità di armi nella giustizia penale internazionale*, vol. 1, ed. Libellula, Puglia, 2018.
- LIAKOPOULOS, D., ZAGER, U., "Victim-perpetrator and individual criminal responsibility in international criminal law", in *International and European Union Legal Matters*, 2014.
- LINDROOS, A., "Addressing norm conflicts in a fragmented legal system: The doctrine of *lex specialis*", in *Nordic Journal of International Law*, 74, 2005, pp. 38ss.
- LINGAAS, C., "Imagined identities: Defining the racial group in the crime of genocide", in *Genocide Studies and Prevention: An International Journal*, 2016, pp. 80ss.
- LINGAAS, C., "The crime against humanity of apartheid in a post apartheid world", in *Oslo Law Review*, n. 2, 2015.
- LIPPMANN, M., "The Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide", in *Arizona Journal of International and Comparative Law*, 15, 1998, pp. 456ss.
- LOBBA, P., MARINIELLO, T., *Judicial dialogue on human rights: The practice of international criminal tribunals*, ed. Brill, Leiden, Boston, 2017.
- LUBAN, D., "A theory of crimes against humanity", in *The Yale Journal of International Law*, 29, 2004, pp. 85-161.
- LUBELL, N., *Extraterritorial use of force against non-State actors*, Oxford University Press, Oxford, 2010.
- MACULAN, E., "La respuesta a las graves violaciones de derechos humanos entre derecho penal e internacional. Observaciones sobre el caso Fujimori", in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 14 (5), 2012
- MACULAN, E., "La desaparición forzada de personas en el continente latinoamericano: en búsqueda de una definición del concepto jurídico", in REQUENA, M., (ed.), *La seguridad y la defensa en el actual marco socio-económico: nuevas estrategias frente a nuevas amenazas*, ed. Marcial Pons, Madrid, 2011, pp. 375-400.
- MAISSON, R., *Justice pénale internationale*, ed. PUF, Paris, 2017.
- MÁNTARAS, M., *Genocidio en Argentina*, ed. Cooperativ Chilavert Artes Gráficas, Buenos Aires, 2005, pp. 68ss.
- MEDELLÍN URQUIAGA, X., "The normative impact of the inter-American Court of Human Rights on Latin-america national prosecution of mass atrocities", in *Israel Law Review*, 46 (3), 2013, pp. 410ss.
- MELLOH, F., *Einheitliche Strafzumessung in den Rechtsquellen des ICC-Statuts*, Dunker & Humblot, Berlin, 2010.
- MERON, T., "Revival of customary humanitarian law", in *American Journal of International Law*, 99, 2005, pp. 817ss.
- MERON, T., *The continuing role of custom in the formation of international humanitarian law*, in *American Journal of International Law*, 90, 1996, pp. 238.
- MICHEL, V., *Prosecutorial accountability and victim's rights in Latin America*, Cambridge University Press, Cambridge, 2018, pp. 96ss.
- MICUS, A., *The inter-American human rights system as a safeguard for justice in national transitions*, ed. Brill & The Nijhoff Publishers, Leiden, Boston, 2015, pp. 175ss.
- MILANOVIC, M., "The lost origins of *lex specialis*: Rethinking the relationship between human rights and international humanitarian law", in OHLIN, J.D., (a cura di), *Theoretical boundaries of armed conflict and human rights*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, pp. 30ss.
- MODELELL, J.L., *La desaparición forzada de personas en el sistema interamericano de*

- derechos humanos, in AMBOS, K., (coord.), *Desaparición forzada de personas. Análisis comparado e internacional*, ed. Gtz, Bogotá, 2009, pp. 184ss.
- MUÑOZ CONDE, F. GARCÍA ARÁN, M., *Derecho penal. Parte General*, Editorial Tirant lo Blanch, Valencia, 2010 (8ª ed.), pp. 472ss.
- NASH ROJAS, C., *La concepción de derechos fundamentales en Latinoamérica. Tendencias jurisprudenciales*, Editorial Fontamara, México, 2010.
- NERSESSIAN, D.L., "The contours of genocide intent. Troubling jurisprudence from the International Criminal Tribunals", in *Texas International Law Journal*, 37, 2002, pp. 231.
- NEUMANN, G.L., "Inter-American Court of Human Rights (IACtHR)", in WOLFRUM, R., *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, Oxford University Press, Oxford, 2012.
- NOWAK, M., "Torture and enforced disappearance", in KRAUSE, C., SCHEININ, M., *International protection of human rights: A textbook*. Turku: Institute for Human Rights, Åbo Akademi University, 2009.
- ODRIOZOLA GURRUTZAGA, M., "Responsabilidad penal por crímenes internacionales y coautoría medita", in *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, 17, 2015, pp. 7ss.
- OLÁSOLO, H., *Ensayos de derecho penal y procesal internacional*, ed. Diké, Bogotá. 2011.E. SCHRAMM, *Internationales Strafrecht*, C.H. Beck, München, 2018.
- OLÁSOLO, H., *International criminal law, transnational criminal organizations and transitional justice*, Brill/Martinus Nijhoff Publishers, The Hague, 2018.
- PACHECO ESTRADA, C., "El tratamiento del exterminio de grupos políticos a la luz del caso Scilingo", in *Jueces para la democracia*, 55, 2006, pp. 48-58.
- PARENTI, P.E., *La inaplicabilidad de normas de prescripción en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, in *Sistema interamericano de protección de los derechos humanos y derecho penal internacional*, ed. Foundation Konrad Adenaur, Berlin, 2010, pp. 214ss
- PATRICE MCSCHERRY, J., *Preditory States: Operation Condor and covert war in Latin America*, Rowman & Littlefield Publishers, New York, 2012, pp. 182ss.
- PAUWELYN, J., *Conflict of norms in public international law*, Cambridge University Press, Cambridge, 2003, pp. 385ss.
- QUISPE-REMÓN, D.J.L., *El debido proceso en el derecho internacional y en el sistema interamericano*, ed. Tirant lo Blanc, Valencia, 2010.
- RAINEY, E., WICKS, E., OVEY, C., *Jacobs, White and Ovey: The European Convention on Human Rights*, Oxford University Press, Oxford, 2017.
- RENZO, M., "Crimes against humanity and the limits of international criminal law", in *Law and Philosophy*, 31, 2012, pp. 444ss.
- RIOS-FIGUEROA, J., *Constitutional Courts as mediators: Armed conflict, civil-military and the rule of law in Latin America*, Cambridge University Press, Cambridge, 2016, pp. 50ss
- ROBERTS, C., "On the definition of crimes against humanity and other widespread or systematic human rights violations", in *University of Pennsylvania Journal of Law and Social Change*, 20, 2017, pp. 4ss.
- ROBINSON, D., "Three theories of complementarity: Charge, sentence or process?", in *Harvard International Law Journal*, 53, 2012, pp. 87ss.
- SAFFERLING, C., KIRSCH, S., *Völkerstrafrechtspolitik: Praxis des Völkerstrafrechts*, ed. Springer, Berlin, 2013, pp. 243ss.
- SAFFERLING, C.L.M., "The special intent requirement in the crime of genocide", in SAFFERLING, C.J.M., CONZE, E., (a cura di), *The Genocide Convention sixty year after its adoption*, ed. Springer, The Hague, 2010, pp. 172ss.
- SAGÜES, N.P., "Obligaciones Internacionales y Control de Convencionalidad", in *Estudios constitucionales*, 8, 2010, pp. 118ss.
- SÁNCHEZ REVERTE, R.S., "Referencia al crimen de genocidio aprociation genocide crime", in *Revista de estudios jurídicos*, 16, 2016.
- SÁNCHEZ RODRÍGUEZ, L.I., CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., "Algunas consideraciones jurídico-internacionales acerca de la sentencia de la sala Especial de la Corte Suprema de la República del Perú contra Alberto Kenya Fujimori Fujimori", in *Revista de Estudios Jurídicos*, 10, 2010, pp. 16ss.
- SANTALLA VARGAS, E., "An overview of the crime of genocide in Latin American jurisdictions", in *International Criminal Law Review*, 10, 2010, pp. 448ss.
- SARRABAYROUSE, E.C., "El caso "Arancibia Clavel": el paso del tiempo, los delitos

- imprescriptibles y la indeterminación de la acusación: los temores se hicieron realidad?", in PASTOR, D.R., (dir.), *Neopunitivismo y neoinquisición. Un análisis de políticas y prácticas penales violatorias de los Derechos fundamentales del imputado*, editorial Ad-Hoc, Buenos Aires, 2008, pp. 414ss.
- SASCHA, D., BACHMANN, D., EDA NWIBO, L., "Pull and push- Implementing the complementarity principle of the Rome Statute of the ICC within the AU: opportunities and challenges", in *Brooklyn Journal of International Law*, 43, 2018, pp. 464ss.
- SCHONSTEINER, J., "Hacia mayor seguridad jurídica en la protección regional de los derechos humanos: reformas procesales en el sistema interamericano", in *Anuario de Derecho Público*, 1, 2010
- SCHUETZE-REYMANN, J., *International criminal justice on trial. The ICTY and ICTR case referral practice to national Courts and its possible relevance for the ICC*, ed. Duncker & Humblot, Berlin, 2016.
- SCHÜNEMANN, R., *Strafverfahrensrecht*, ed. C.H. Beck, 2012, pp. 439ss.
- SCHUON, C., *International criminal procedure: A clash of legal cultures*, T.M.C. Asser Press, The Hague, 2010.
- SERNÍN RODRÍGUEZ, C.A., "La evolución del crimen de lesa humanidad en el derecho penal internacional", in *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 47, 2017, pp. 210ss.
- SHAHABUDEEN, M., "Does the principle of legality stand in the way of progressive development of law?", in *Journal of International Criminal Justice*, 2, 2004, pp. 1007ss.
- SLAUGHTER, A.M., *A new world order*, Princeton University Press, Princeton 2004.
- SLUITER, G., "'Chapeau elements' of crimes against humanity in the jurisprudence of the UN ad hoc Tribunals", in SADAT, L.N., (a cura di), *Forging a convention for crimes against humanity*, Cambridge University Press, Cambridge, 2011, pp. 102-141.
- SOREL, J.M., BORÉ EVENO, B., "1969 Vienna Convention: Article 31-Interpretation of treaties", in CORTEN, O., KLEIN, P., (eds), *The Vienna Conventions on the law of treaties: A commentary*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 804, 817ss.
- STUCKENBERG, C.F., "Multiplicity of offences, concursus delictorum", in FISCHER, H., KRESS, C., LÜDER, S.R., (a cura di), *International and national prosecution of crimes under international law. Current developments*, ed. Nomos, Berlin, 2001, pp. 588ss
- SWART, B., ZAHAR, A., *The legacy of the international criminal Tribunal for the Former Yugoslavia*, Oxford University Press, Oxford, 2011, pp. 298ss.
- SZPAK, A., "National, ethnic, racial and religious groups protected against genocide in the jurisprudence of the ad hoc International Criminal Tribunals", in *European Journal of International Law*, 23, 2012, pp. 155-173.
- TOFAN, C., *Torture in international criminal law*, Wolf Legal Publishers, The Netherlands, 2011.
- TRAHAN, J., "Is complementarity the right approach for the International Criminal Court's crime of aggression-Considering the problem of overzealous National Court prosecutions", in *Cornell International Law Journal*, 45, 2012, pp. 576ss.
- TRIFFTERER, O., "Genocide, its particular intent to destroy in whole or in part the group as such", in *Leiden Journal of International Law*, 14, 2001, pp. 399ss.
- TURAN, D., "Responsibility to prosecute in an age of global governmentality: The International Criminal Court", in *Cooperation and Conflict*, 50, 2015.
- VÉLEZ FERNÁNDEZ, G.F., *La desaparición forzada de personas y su tipificación en el Código penal peruano*, ed. PCP, Lima, 2004, pp. 134ss.
- VON BOGDANDY, A., VENZKE, I., *International judicial law making*, ed. Springer, New York, London, 2012.
- WIESSNER, S., "Ethnic groups", in SHELTON, D.L., (a cura di), *Encyclopedia. Volume I*, Thomson Gale, Farmington Hills, 2005, pp. 304ss.
- YENNESIT, P.V., "Género en el derecho constitucional transnacional: Casos ante la Corte Interamericana de derechos humanos", in *Revista Facultad de Derechos y Ciencias Políticas. Medellín*, 41, 2011, pp. 142ss.
- ZAKERHOSSEIN, M.H., *Situation selection regime at the International Criminal Court*, ed. Intersentia, Antwerp, Oxford, 2018
- ZAWATI, M.H., "The International Criminal Court and complementarity", in *Journal of International Law and International Relations*, 12, 2016, pp. 208-228.

Cooperative Constitutional State: the effectiveness of fundamental rights in a globalized world.

Lindomar Rodrigues de Oliveira¹

University of Lisbon

Summary: Introduction. 1. The Constitutional State of Cooperative Law. 1.1. A new view of the sovereign nation-state. 1.2. The Cooperative Constitutional State – conceptual vision of Peter Häberle. 2. The objective of the Cooperative Constitutional State of Law. 3. Conclusions. 4. Bibliography.

Abstract: In the present essay we seek to demonstrate, in light of Peter Häberle's theory, how a state with a cooperative and open attitude towards the world can ensue more effective fundamental rights.

A Cooperative state aims to give greater effectiveness to the accepted norms which guarantee rights and provide a higher degree of protection for the global community, since we live in a dynamic world, where it is necessary to be open to new visions on fundamental rights.

Keywords: Peter Häberle's theory. Constitutional Cooperative State. Democracy. Open, pluralistic and democratic countries. Globalization.

Introduction

In the present paper, we intend to analyze the theoretical-philosophical basis of a possible "Cooperative Constitutional State", therefore, the following question is posed: could this state be possible in a world that is constituted on a basis of such an heterogeneous nature? Because of this, could a state of a cooperative nature really be a reality or is it just a mirage? To try to answer these questions, we will start from Peter Häberle's theory as a theoretical basis to refine what will become the "Cooperative Constitutional State" and what will be its objectives.

In the first topic, we will outline the theory of the "Cooperative Constitutional State", beginning with the problems that involve the current Sovereign State. This has developed from the "era of globalization" and its effects that in the end contest the authority of a state defined in the framework of classical theory and consequently its placement in the present world dynamics.

In the second topic, we start from the generic vision of a Cooperative Constitutional State and the difficulties in elaborating the possibility of a system that shelters and attracts the global society towards a more cooperative posture, which approaches the conceptual vision of that term postulated by Professor Peter Häberle.

¹ Master in legal sciences from the Faculty of Law of the University of Lisbon. Doctorate in progress on Law-Political Sciences from the University of Lisbon. Author of the books: *Interpretação dos Contratos duradouros*, Editora: Lumen Juris, 2018; *Direito da União Europeia e limites à liberdade religiosa*, Editora Viseu, 2018; *Transexualidade: Ensaio jus-filosofico sobre o Direito e o Ser*, Editora Livre Expressão, 2014.

In conclusion, this paper considers some aspects of the effectiveness of "Cooperative" or "open" norms, and whether they could be effective, in an increasingly turbulent scenario in which cooperation appears to be an imperative order.

1. Problems posed by globalisation

The new world presents itself in a dynamic way. Relations between peoples and cultures intertwine in such a way that legal dialogue between the most diverse cultures becomes necessary. What was previously slow to evolve, is now happening almost in real time, due to the "new age" brought about by the "information society" that now characterizes the continuous activity of modern Man.²

The globalized world's data traffic and information imposes new perspectives and outlooks for the world beyond the National State.³ Cultural, economic and technological exchange, by themselves, have already effectively imposed new frontiers on constitutional law, which was already complicated in terms of global cooperation,⁴ and we now face new challenges imposed on multilateral institutions and governments.

The network economy, such as the case of securities sold in electronic transactions linked to international market fluctuations,⁵ the "de-nationalization" of legal entities and the arrival of increasingly virtualized companies, technological and informational development, raises questions about individual nation's ability to ensure their citizens' rights,⁶ which, in reality, are no longer national, but worldwide, as the network economy is carried on in a socially and culturally plural society,⁷ a process that arises from the emergence of new economies, or centers of power, across all continents, that is, the post-war polarized world, has now become a multipolar world, leading to many "disagreements"⁸ on which point should be common to authorities.

Protecting the environment as a global source of sustainability and man's survival,⁹ fauna, flora, aquatic life, life in cities and fields in various parts of the world are affected by activities of countries located in different parts of the globe. From this observation, it can be seen that the environmental problem cannot be considered nationally, "patrimonialized", as inadequate uses of natural resources affect countries on a global scale,¹⁰ a notable fact is the case of emissions of greenhouse gases which have consequently been causing global warming¹¹ with unpredictable consequences for all living things.

² CASTELLS, M.; HIMANEN, P. "A Sociedade da informação e o Estado-Providência". *O Modelo finlandês*, (trad. "The Information Society and Welfare State – The Finnish Model, 2002), Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007, p.1.

³ Seen in these terms, GIDDENS, A. *O Mundo na era da Globalização* (trad. Runaway World), 6ª. edição. Lisboa: Editorial Presença, 2006, p. 19.

⁴ HALE, T.; HELD, D.; YOUNG, K. *Gridlock: Why Global Cooperation Is Failing When We Need It Most*. Cambridge: Polity Press, 2013, p. 16.

⁵ GIDDENS, A. *Ibidem*, p. 22; see also, HALE, T.; HELD, D.; YOUNG, K. *Gridlock...*, *ibidem*, p. 33.

⁶ FISCHER-LESCANO, A.; MÖLLER, K. (EDS.). *Transnacionalisation of social rights*, Cambridge – Antwerp – Portland, 2016, p. 15.

⁷ CASTELLS, M.; HIMANEN, P. *Ibidem*, p. 3.

⁸ HALE, T.; HELD, D.; YOUNG, K. *Gridlock...*, p. 35.

⁹ See, BECK, U. *A sociedade de risco: em busca da segurança perdida*. (trad. Weltrisikogesellschaft. Auf der Suche nach der verlorenen Sicherheit).- Lisboa: Edições 70, 2015; *Idem*, *A metamorfose do mundo*. (Trad. The Metamorphosis of the World). Lisboa: Edições 70, 2017.

¹⁰ GIDDENS, A. *Este turbulento e poderoso continente: que futuro para a Europa?* Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014, p. 169.

¹¹ E. STIGLITZ, J. *Globalização: como dar certo* (trad. Making globalization work), São Paulo: Companhia das Letras, 2007, p. 17-18.

Concern over the increasing emissions of these types of gases, such as Methane [CH₄], Carbon dioxide [CO₂], Nitrous oxide [N₂O], Chlorofluorocarbons [CFCs], Hydrofluorocarbons [HFCs], Perfluorocarbons [PFCs], Sulfur hexafluoride [SF₆]) was the subject of discussion at an intergovernmental meeting that culminated in the Kyoto Protocol of 1997 and entered into force on February 16, 2005, after ratification by Russia in November 2004. This international treaty defines emission reduction of these types of gases, had not been welcomed by some industrialized and developing countries.

Still in the environmental field, there has been growing concern about the pollution of the seas with product discharges without a zone of great depths, the contamination of river beds caused by activities of multinationals, mainly by mining activity, the predatory exploitation of forests and natural resources of Developing countries, the creation of "new living species, developed to serve certain human purposes"¹² puts the environmental problem in the jurisdictional web, not at the national but global level. Due to these consequences, Constitutional Law's effectiveness in unentangling these relationships is being questioned.¹³

Other issues arising from globalization, such as security,¹⁴ labor,¹⁵ cooperative justice,¹⁶ the protection of immigrant citizens¹⁷ and the dangers from other countries or continents, such as epidemics, terrorism and drug trafficking in modern societies are also key considerations.

Information is increasingly fluid and broader in scope and brings to the fore the discussion on the delimitation of human conduct in the national context [in the constitutional sphere], in view of the challenge from transnational organized crime and terrorist groups.

Today, one can speak of drug cartels that act in an organized way at a global level and that have a network of distributors in every part of the planet. Although, at the national level, every State has been attempting to undermine the power of criminal organizations, but from time to time these efforts collide, in certain countries, with the Fundamental Law, a fact that requires urgent review, and which subordinate fundamental rights to a degree of "inter-constitutionality" with different types of states as a way of achieving a certain minimum standard of protection of fundamental rights.¹⁸

Security is a constant concern common to all countries, especially after September 11, 2001 with the attack on the Twin Towers of the World Trade Center in the United States. The issue of terrorism has brought to the surface complex situations involving the fundamental rights of man, since [terrorism] nowadays is sometimes equated to a particular religion [Islamic], it requires more attention when rights that may be restricted by virtue of the growing fear or prejudice towards the people of this religious persuasion, especially, the various questions raised by the

¹²CARVALHO ROCHA, J. C. *Direito Ambiental e transgênicos: princípios fundamentais da biossegurança*. Belo Horizonte: Del Rey, 2008, em particular capítulo I, p. 8.

¹³ JOAQUIM CANOTILHO, J. In _____, LEITE, J. R. M. (Organizadores); *Direito Constitucional Ambiental Brasileiro*, 2. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2008, p. 1-11.

¹⁴ HALE, T.; HELD, D.; YOUNG, K. *Gridlock...*, p. 65.

¹⁵ E. STIGLITZ, J. *Globalização: como dar certo...*, p. 91.

¹⁶ See, Ac. TJUE, C-477/16 PPU; Ac. TJUE, C-399/11.

¹⁷ See, C. ANTÓNIO, J. H.; POLICARPO, V. (Coords.). *Os Imigrantes e a Imigração aos Olhos dos Portugueses*. Lisboa: Universidade Católica Portuguesa / Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, especialmente, Capítulo IV, Imigração e Governos Constitucionais em Portugal, p. 94-132.

¹⁸ In these terms, it's the judicial *dialogue* proposal, see, TAVARES DA SILVA, S. *Direitos Fundamentais na Arena Global*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011, p. 32; about the challenges faced by domestic and external legal systems in safeguarding human rights., see, ALBUQUERQUE MELLO, C. D. *Direito Constitucional Internacional: uma introdução: constituição de 1998 (sic)* revista em 1994. 2ª. edição – revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.

European Court of Human Rights [ECHR] and the Court of Justice of the European Union [CJEU].¹⁹

The war on terror raises the question of national security in the wake of global discussion, since terrorism is a constant danger, without a face, without a country, based on a radical faith / policy that puts the citizens of the whole world in danger. These events have been reported in the United States (2001), France (2016), Germany (2016), Turkey (2016), England (2017), Egypt (2017), Spain August 2017, in Syria, Iraq, Afghanistan and Pakistan, these latter countries are the scene of constant [religious political] conflicts that cost the lives of hundreds of citizens, placing the discussion on fundamental human rights in the global arena,²⁰ Cooperation among States is a way to combat such violation of human dignity.

Humanitarian issues are raised at a local level [national], from blocs like: the European Union, MERCOSUR, APEC, ASEAN, CEA, among others, as the world is constantly erupting²¹ and the common effort in principle, is the most effective way to address the issue.

The crisis of refugees in Europe, which led to the opening of a procedure for non-compliance with treaty provisions against three European Union countries [Hungary, Poland and the Czech Republic], the crisis of those affected by catastrophes in Haiti, the crisis of lack of food in Venezuela, which comes from a totalitarian²² system that lasts for decades and ends up affecting the countries of MERCOSUR and South America as a whole, immigration and recrudescence of the anti-Latin speech of the American President Donald Trump, directed to Mexico, wars and disputes over power in African territories.

These are just a few examples of the panoply of problems that hit modern society and come to confront the traditional concepts of sovereignty and "constitutional independence"²³ of states. At the European level, many questions arise about the application of law within the Community and the Council of Europe, since this is the bloc of countries with greater integration at world level.

Questions such as those raised above are leading to questioning and ever more searching for a solution to local problems, which due to the process of more dynamic exchanges in the world today, have repercussions beyond these States almost immediately.²⁴ In this vein, the purpose of this paper is to verify whether the cooperation in the form advocated by Peter Häberle is the most effective way of conceiving a constitutional State able to deal with these human rights issues in the

¹⁹ See in these terms, acórdãos do TJUE n. C-188 e C-157/15 de 14 de março de 2017, available on: <http://curia.europa.eu>; e do TEDH *Affaire Ahmet Arslan e outros c. Turquia*, proc. n.º 41135/98; *Dahlab v. Switzerland*, proc. n. 42393/98, Ac. de 15 de fevereiro de 2017, available on: <http://hudoc.echr.coe.int>, accessed on 09 de ago de 2017.

²⁰ See, TAVARES DA SILVA, S. *Direitos Fundamentais na Arena Global...*, p. 9.

²¹ CANÇADO TRINDADE, A. A. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Volume I, Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997, p. 212-213.

²² This is an example, among many, in which the state equips the public machine to achieve its objectives. In this sense, MIRANDA, J. *Democracia e Constituição para lá do Estado*, in da Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, vol. LI – n.º. 1 e 2, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, p. 34, To the author, "the Absolute State did not intervene in the private life of the people, did not intend to absorb civil society (nor had the means to do so); while the totalitarian state assumes all power in society and identifies human freedom with the pursuit of its ends."

²³ QUEIROZ, C. *Direito Constitucional Internacional*, Lisboa: Petrony Editora, 2016, p. 16. In the author's opinion, "The legal core of sovereignty - the highest political authority and constitutional independence - remains, but its content necessarily changes considerably."

²⁴ In this sense we can mention: the crisis of pathologies that spread through human contact; of contaminated foods that are produced by countries where they will not be consumed. More recent case is the crisis of the Eggs in the European Union that affected several countries within the economic block, and outside of it, Switzerland and Hong Kong. This was the case of the "blocking" of farms in four countries, where "illegal use of this product was confirmed": Belgium and the Netherlands, origin of the crisis, as well as Germany and France (August 2017).

global sphere,²⁵ or if, at the present moment and / or in the near future, the "Cooperative Constitutional State" will be possible?

1. The Constitutional State of Cooperative Law

The current state is influenced by multiple factors, because it is embedded in a global reality which suffers the impulse and inflows of unusual realities to its frontier boundaries. Although the Cooperative Constitutional State presents numerous difficulties in implementation and needs further study. Nevertheless, the issues that are faced should not divert the search for a more integrated (cooperative) society, because these problems are the keys that must impel the development of new perspectives and propose new objectives to be incorporated by the State of Law that extends to the outside world.

The global reality is imperative, both internally and externally in developing fundamental standards as a way of covering and protecting as many rights as possible, a good example of this type of open constitution is that of the United Kingdom.²⁶ Therefore, "The solution for the guarantee of fundamental rights will not be found in the cross-cultural consensus on them, but in the cooperation procedures and dependence of this cooperation."²⁷ In this sense, Constitutional Law cannot be considered as a right attached to the productive sphere of the local (national) parliament, since it can, and should be, influenced by normative and assecuratorial productions of rights derived from other normative orders, be they regional, such as the Fundamental Letters of Law (with areas of continental coverage) or worldwide as in the Universal Declaration of Human Rights (UDHR), UNESCO, FAO, International Human Rights Treaties,²⁸ International Organizations²⁹ and many other normative documents.

The Cooperative Constitutional State of Law, despite calling for an "openness to the outside," nonetheless, the political, juridical and social criteria of a given state unit are not neglected. At that point, the assessment of reality, to which the State is linked, is permeated by the political appreciation of a given society. In this sense it "opens inwards."

This is due to the fact that the modern state, as Jorge Miranda teaches, "Today, it tends to also be situated in different ways in different instances - those of the increasingly institutionalized international community, through the United Nations and organizations and integration training, so-called above or transnational."³⁰ In fact, the State of Cooperative Constitutional Law does not appear very distant from the early developments that formed the idea of adopting national constitutions, because the reality that demands a global society is the definition of the scope of the duties and rights of the citizens and protection to those rights and duties by the state in relation to the international community.

This statement is in line with the vision of a Cooperative Constitutional State, because although there are internationally recognized human rights, it is within the internal sphere of the State that it is held, because as it is settled, the origin of the regulatory monopoly of fundamental rights, is based on constitutions, because "it is

²⁵ See, SOUSA SANTOS, B. *Os processos da globalização*. In: A Globalização e as ciências sociais. Boaventura de Sousa Santos (org.). 2ª. ed. – São Paulo: Cortez, 2002, p. 32 - 35.

²⁶ In this sense the UK Constitution is an example of constitution open to the world. In these sense, LEYLALAND, P. *The constitution of the United Kingdom: a contextual analysis*. Third edition, Portland, Oregon: Hart Publishing, 2016, p. 25, affirms that: "Despite the fact there is no fundamental law relating to the constitution, it is possible to approach a description of the constitution by reference to a number of key constitutional sources."

²⁷ BECK, U. *O que é globalização?...*, p. 168-169.

²⁸ See, CANÇADO TRINDADE, A. A. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, ... *passim*.

²⁹ MIRANDA, J. *Democracia e constituição para lá do Estado...*, *loc. cit.*

³⁰ MIRANDA, J. *Curso de Direito Constitucional. Estado e Constitucionalismo. Constituição. Direitos Fundamentais*. Vol. 1. Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016, p. 11.

the Constitution that deals with rights, in fact, it is thanks to the Constitution that [fundamental] human rights become rights in the legal sense."³¹

1.1. A new view of the sovereign nation-state

Global movements for the search for peace in the post-war period (1st and 2nd)³², brought to light the problems created by globalization and the diffusion of electronic information media, give local problems global reach. The very configuration of the present world that presents itself in an increasingly economic³³ and culturally transnational way³⁴, entails many problems or difficulties experienced by some countries or continent, which are generated by exogenous factors³⁵.

These movements, in search of integration around objectives common to the global community, strongly challenge the configuration of a "nation-state" in the classic way³⁶, that State "established" on the basis of "territorial" and "sovereign"³⁷. Since cloistering, within its own borders, no longer serves the interests of citizens of the State itself³⁸, nor of citizens of other countries, since international relations must be guided by the principle of respect for fundamental rights, that is to say, the realization of the Cooperative Constitutional State is achieved in the respect for

³¹D'ATENA, A. "Jedermannsrechte", "bürgerrechte" ed imigrazione: Note minime. In: O constitucionalismo do séc. XXI na sua dimensão estadual, supranacional e global: Congresso em Honra de Peter Häberle (por ocasião do seu 80º. aniversário). Vasco Pereira da Silva e Francisco Balaguer Callejón (Coord.). Lisboa: ICJP, 2015. E-book. ISBN 978-989-8722-06-5. Available on: www.icjp.pt, p. 23 – 30.

³²HALE, T.; HELD, D.; YOUNG, K. *Gridlock...*, p. 4; also see, MOTA DE CAMPOS, J. *Direito Comunitário: O Direito Institucional*: Vol. I, 2ª. edição. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa, 1998, p. 40.

³³BECK, U. *O que é globalização? Equívocos do globalismo: resposta à globalização* (trad. Was ist globalisierung?: Irrtümer des globalism: Antworten auf globalisierung); São Paulo: Paz e Terra, 1999, according to the author, the globalization of the economy ends with the beacons of the "State and the national economy", p. 15.

³⁴BECK, U. *O que é globalização?...*, p. 123-127.

³⁵GIDDENS, A. *Este turbulento e poderoso continente...*, p. 19. in these sense see, D'ATENA, A. "Jedermannsrechte", "bürgerrechte" ed immigrazione..., p. 29 – 30.

³⁶KAFFT KOSTA, E. *A Local Globalização da Soberania*, In FERNANDO ALVES CORREIA; JÓNATAS E. M. MACHADO, E JOÃO CARLOS LOUREIRO (orgs.), *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Volume II, *Constituição e Estado: entre Teoria e Dogmática*, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 347, In this sense, the author refers to the need for a "re-evaluation of the *topos* of state sovereignty and its revaluation, while free of absolutisms and self-enclosures."

³⁷VAN CAENEGEM, R. C. *Uma introdução histórica ao Direito Constitucional Ocidental* (trad. An Historical Introduction to Western Constitutional Law), Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009, p. 32, in this sense, the author states that the sovereign nation-state was "(...) Those did not consider themselves limited by supranational laws or subject to supranational institutions, and freely decided on their international policies, including war and peace. They were superior, that is, sovereign, higher than any other authority. The superiors of these states concerned not only other States, but also had an internal dimension, since citizens were completely and solely subject to a national legislator, a national government and a national judiciary without recourse to any external authority."

³⁸Here, we highlight countries such as North Korea, Venezuela and some countries in the Middle East. They are countries that close to the world and as a consequence impose on their citizens, organizations and companies a regime of suffering and deprivation of their fundamental freedoms and guarantees; also see, RUELA RIBEIRO, J. *Luxemburgo sugere expulsar Hungria da União Europeia: A política anti-imigração do governo de Budapeste põe em causa "a coesão dos valores" europeus, disse o ministro dos Negócios Estrangeiros luxemburguês*, *Diário de Notícias*, Lisboa, 13 de setembro de 2016, available on: <https://www.publico.pt/2016/09/13/mundo/noticia/luxemburgo-sugere-expulsar-hungria-da-ue-1743963>, accessed on 25 de jan de 2017.

fundamental rights³⁹, even for the citizens of other States⁴⁰, since these rights are "inherent in the very notion of person" and form "the legal basis of human life at its present level of dignity, as the philosophical, political, social and economic bases and circumstances of each time and place."⁴¹

The modern "nation-state" is reconfigured in malleability and "permeability" that allows external influences, especially, on matters that concern the international community, but which must be carried out internally in this aspect and at this stage of our Transnational organizations, so gaining great importance⁴².

An example, well marked by respect for fundamental rights and the need for States to safeguard them is delimited by the European Union, as teaching Maria Luisa DUARTE,

"Fundamental rights are on the path of the European Union as they have been - and are - in the long run of the constitutional state, in the sense that they are a structuring requirement of a model of legitimation and exercise of political power based on the nuclear idea of respect for dignity of the human person, with its multiple legal, ethical, economic and social implications."⁴³

From this point of view, it can be seen that the opening up of the Rule of Law is a requirement of the internal legal order⁴⁴, here Constitutional Law plays an essential role, since it proposes, through democratically⁴⁵ elected representatives, the "Opening up to the world". It is through the manifestation of the parliament that the constitutional law relaxes the internal order, in order to allow the dialogue with other rights assured in the international order.⁴⁶

In this light, the national State opens itself to "cooperation" with other States. This is due to the implementation of western constitutionalism, which is now shaped by representative and pluralist democracy⁴⁷ and the rule of law in its modern sense, based on solidarity and interdependence in the sharing of values and common problems, that "facilitates the acceptance of limits to the respective prerogatives of sovereignty."⁴⁸

³⁹ MIRANDA, J. *Valores permanentes da Constituição Portuguesa*. In IV Seminário Luso-Brasileiro de Direito Constitucional: Constituição e Crise: A Constituição no contexto das crises políticas e económica. Carlos Blanco de Moraes e Gilmar Ferreira Mendes (org.). Brasília: IDP, 2017, pp. 39 -56.

⁴⁰ In these terms, cf. LUÍSA DUARTE, M. *União Europeia e Direitos Fundamentais – no espaço da internormatividade* – Reimpressão. Lisboa: aafdl, 2006, pp. 21 e ss.

⁴¹ MIRANDA, J. *Direitos Fundamentais: Introdução Geral*. Lisboa: Sem Editora. 1999, p. 14.

⁴² VAN CAENEGEM, R. C.. *op. cit.*, p. 31.

⁴³ LUÍSA DUARTE, M. *União Europeia e Direitos Fundamentais...*, p. 21.

⁴⁴ VAN CAENEGEM, R. C. *op. cit.*, p. 321-322, in which case it was apparent that the opening inwards eventually led to a break with the one-party system, and the contestation within the Soviet Union, as issues of nationalities began to emerge within block, and with the defeats of the Communist Party (the only party), and consequently, after the 1991 revolution, the Soviet Union disappeared from the global scenario..

⁴⁵ HESSE, K. *A força normativa da Constituição (trad. Die normative Kraft der Verfassung)*, Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, p. 21

⁴⁶ BROWNLIE, I. *Princípios de Direito Internacional Público (trad. Principles of Public international Law, 4th edition, 1990)*, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997, p. 62-63

⁴⁷ GOMES CANOTILHO, J. J. *Direito constitucional*, 6ª. edição revista, Coimbra: Livraria Almedina, 1993, p. 406-407; MIRANDA, J. *Curso de Direito Constitucional...*, p. 70.

⁴⁸ LUÍSA DUARTE, M. *União Europeia e Direitos Fundamentais...*, p. 23.

1.2. The Cooperative Constitutional State - conceptual vision of Peter Häberle.

The term "Co-operative Constitutional State" was coined by Professor Peter Häberle. This developed from discussions about the need to open constitutional law, since the Constitution set to the national order ends up 'enclosing citizens' rights and excluding new rights produced in the global context.⁴⁹

With the importance of an open discussion in the context of the States, Peter Häberle, based on a new vision on the Constitutional State of the 19th Century, the so-called "Cooperative Constitutional State"⁵⁰ is the new compass that should guide constitutional law. As Gilmar Mendes points out, "Through his constitutional theory, aimed at the defense of tolerance and acceptance of the other and the protection of fundamental rights in the complex reality of the world today, Peter Häberle contributes enormously to the strengthening of the Constitutional State, above all in countries with democratic transition"⁵¹. This is crucial for the development of new horizons in law as a whole, as we live in a time when the need for international cooperation has been greatly demanded⁵², mainly because domestic challenges end up affecting other countries and what happens in other countries also ends up affecting companies outside their scope of action.

In the teaching of Professor Peter Häberle, the Modern Democratic State cannot be considered "immutable" and as a consequence of its transformation, a new phase arises within the "Constitutional State of International Law" due to the pressing needs of the State's adaptation to new paradigms⁵³, he proposes the concept of a "Cooperative Constitutional State"⁵⁴.

According to the author, the "Cooperative Constitutional State" is one that "finds its identity also in international law, in the intertwining of international, supranational relations, in the perception of international cooperation and responsibility, as well as in the field of solidarity. It corresponds, therefore, to the international need for peace policies."⁵⁵

Even more, for him "(...). The Cooperative Constitutional State is not only a possible (future) form of development of the type of "Constitutional State"; it has already taken shape today, clearly, in reality and is, a necessary form of legitimate statehood of tomorrow."⁵⁶

In the "Cooperative Constitutional State," state power is limited by material and formal constitutional principles: such as "Fundamental Rights, Social State of Law, division of powers, independence of the courts, - in which it is controlled in a pluralistic and legitimate manner democratically⁵⁷", principles that give consistency

⁴⁹ *Ibidem*..., p. 22.

⁵⁰ See, HÄBERLE, P. *Estado Constitucional Cooperativo* (trad. Der Kooperative Vervassungsstaat). Rio de Janeiro: Renovar, 2007.

⁵¹ MENDES, G. *Homenagem a Peter Häberle e sua influência no Brasil*, available on: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portalStfInternacional/portalStfAgenda_pt_br/anexo/Homenagem_a_Peter_Haberle_Pronunciamento_3_1.pdf, accessed on 26 de jan de 2017.

⁵² See, HALE, T.; HELD, D.; YOUNG, K. *Gridlock*..., p. 34.

⁵³ In this sense, see, QUEIROZ, C. *Direito Constitucional Internacional*..., p. 22, for the author the "modern state of territorial basis, that is, the "classical" Vestifalian model. They no longer express the need of the international community.

⁵⁴ HÄBERLE, P. *Estado Constitucional Cooperativo*..., p. 2.

⁵⁵ HÄBERLE, P. *Estado Constitucional Cooperativo*..., p. 4.

⁵⁶ *Ibidem*, p. 5.

⁵⁷ HÄBERLE, P. *ibidem*, p. 6; see in this sense what the author has in his essay on constitutional hermeneutics, HÄBERLE, P. *Hermenêutica Constitucional: A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição*

to what is articulated more essential in a Constitution and that emanate for the entire legal order⁵⁸ of a particular State.

The "Cooperative Constitutional State" is "open" to itself and "to the world," "juridically and politically," and "corresponds" to the development of "International Co-operative Law"⁵⁹. In this sense, the "Cooperative Constitutional" is achieved through trust, "walking together", for the defense of human rights. This type of state "lives from cooperation with other states, the community of states and international organizations. (...) It takes for itself the international structures of community law in losing or letting it completely empty its own contours."⁶⁰

The Cooperative Constitutional State does not cling to its territorial universe, but is "open" to external influences, it works in the global interest and contests those who are shielded under an impermeable mantle. "The Constitutional State is the internal response of the free and democratic Western Constitutional State to the change in International Law and to its challenge that led to forms of cooperation. "At this point, International Law and Constitutional Law are self-influencing and" transforming together " and further" Crossroads and reciprocal actions are too intensive to give this external form of complementarity an exact idea. The result is the "common law of cooperation."⁶¹

1.3. Norms of Constitutional Law that guide cooperation.

The Constitutional State of Cooperative Law puts side by side the great themes of the present day and its affects on Man as being belonging to a "transnational / relational" environment, what Ulrich Beck calls "globalization of biographies"⁶² and Anthony Giddens draws attention to more clearly, because according to him "Globalization is not just another thing that goes "around", remote and detached from the individual. It is also an "inner" phenomenon that influences the intimate and personal aspects of our lives."⁶³ These aspects are intrinsically linked to fundamental rights, such as: to establish families with people from other countries, housing rights, children's rights and those for the elderly, as well as access to basic health services to people from other parts of the globe, but which demand local action.

In this state, the "openness" to the outside, widens the horizon of analysis of the right (by virtue of a wide juridical framework at disposal), thus questioning the limits established in the national field that only the domestic legislation is given as " good and sufficient, "because there are norms and rights outside domestic law that assist and portray the best interest of man before the international community. This is due to the fact that many decisions within the State internal framework depend on global and supranational policies⁶⁴, an idea that is expressed, especially within the European Union, which is increasingly aware that what happens in the delimited

(trad. *Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und "prozessualen" Verfassungsinterpretation*). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 2002, principalmente o cap. III, item 4, p. 36 – 40.

⁵⁸ MIRANDA, J. *Valores permanentes da Constituição Portuguesa...*, p. 39.

⁵⁹ HÄBERLE, P. *Estado Constitucional Cooperativo...*, p. 6-7.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 8-9.

⁶¹ *Ibidem*, p. 10-12.

⁶² BECK, U. *O que é globalização...*, p. 138.

⁶³ GIDDENS, A. *O Mundo na era da Globalização...*, p. 23

⁶⁴ BALAGUER CALLEJÓN, F. *El final de una época dorada. Una reflexión sobre la crisis económica y el declive del derecho constitucional nacional*, In FERNANDO ALVES CORREIA; JÓNATAS E. M. MACHADO, E JOÃO CARLOS LOUREIRO (orgs.). *Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho*, Volume II, *Constituição e Estado: entre Teoria e Dogmática*, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, p. 101.

territory of another Member State, affects the rights of the local citizen⁶⁵. In this sense, the "supranationality" of [fundamental] rights is halfway to the obligations of international obligations [Treaties, Agreements and Conventions]⁶⁶, which is more easily adapted to the evolutionary modern states need, being able to allow constitutional evolution⁶⁷ by the fact that "conventions are capable of being easily modified to accommodate changing circumstances."⁶⁸

A fact that proves this situation, in which the sense of cooperation must prevail is the fact that crises originated in other states end up affecting directly neighboring countries, as is the case of the crisis triggered by political persecution in Venezuela, that affected neighboring countries. The problems caused by the crisis in this country are notorious, fundamental rights such as food, freedom of expression or education are victimized or, due to the current situation, cannot be implemented at national level, causing the exodus of the nationals of that country to neighboring countries [Brazil, Colombia and Guyana] and, consequently, have a devastating effect on their local institutions.

This fact, more evident, in the city of Pacaraima, on the border of Brazil with Venezuela, where the number of inhabitants has doubled and still grows, Venezuela is the country that has the highest number of refugees in Brazil⁶⁹, due to this reality, fundamental rights, not only of Brazilians, but also of Venezuelans are disrespected because of the lack of structural conditions of the Brazilian government, and the principle of non-reversibility of fundamental rights is plainly unfeasible⁷⁰.

Based on the reality observed in the global context, the search for legal support must be done in a joint way, since "(...) it becomes increasingly predictable - and analytically comprehensible - that internal legal systems cannot live in isolation, and can no longer cope by themselves. They can no longer be analyzed and interpreted without considering their relation as an external system."⁷¹ In this sense, cooperation (openness) has the function of extending and assisting the national State in its mission of effecting, integrating and interpreting fundamental rights. At this point, "Cooperation will be, for the Constitutional State, a part of its identity that it, in the interest of" constitutional transparency", should not only practice but also document in its legal texts, especially in constitutional documents.⁷² Such norms, as an objective to be achieved, should come in the form of programmatic norms of "reception/integration"⁷³, because the open texture of the current ["human"] rights that one wishes to protect need such tools⁷⁴.

⁶⁵ BECK, U. *A Europa alemã: de Maquiavel a "Merkiavel": estratégias de poder na crise do euro* (das deutsche Europa. Neue Machtlandschaften in Zeiten der Krise). Lisboa: Edições 70, 2014, p. 19.

⁶⁶ See, MOTA DE CAMPOS, J. *Direito Comunitário...*, p. 509.

⁶⁷ In this sense, for a description from another point of view, tending to demonstrate a process of adaptation in a globalized and complex order of fundamental rights, denominated by the author as "bridges of transitions", see, NEVES, M. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins- Fontes, 2009, p. 110.

⁶⁸ LEYLAND, P. *The constitution of the United Kingdom...*, p. 26.

⁶⁹ BRASIL. *Refúgio em números*. Available on: http://justica.gov.br/noticias/brasil-tem-aumento-de-12-no-numero-de-refugiados-em-2016/20062017_refugio-em-numeros-2010-2016.pdf/view, accessed on 15 de ago de 2017.

⁷⁰ QUEIROZ, C. *O Princípio da não Reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais: Princípios Dogmáticos e Prática Jurisprudencial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006, p. 25 e ss.

⁷¹ QUEIROZ, C. *Direito Constitucional Internacional...*, p. 104.

⁷² HÄBERLE, P. *Estado Constitucional Cooperativo...*, p. 3, et. seq.

⁷³ QUEIROZ, C. *Ibidem*, p. 20.

⁷⁴ It is necessary to mention that these standards really have a minimum of effectiveness, because as highlights NEVES, M. *A Constitucionalização simbólica*, 3ª. ed. – São Paulo: Editora

These norms would be the way to approximate the human rights established or recognized in the international sphere of [fundamental] state law, because in this way the State could verify its pertinence and necessity in the national order. At this point, these norms would approximate those advocated by Peter Häberle as the triad of "reality-possibility-needs"⁷⁵. In this sense, critical democracy develops⁷⁶, since it ends up rejecting the uncritical acceptance of the precepts [treaties, agreements or conventions] imposed by economically stronger states. The orientation by the triad defined by Peter Häberle is due to the fact that the countries that are oriented by the factor "reality-possibility-necessity" have the condition to go beyond⁷⁷ the internal constitution dictated, but within an appreciation of their needs.

Therefore, collaboration is done, under the pallium of reflection, thus replacing the arrogance of thought that what is internal is better, and in contrast, analyzes what is good and feasible in the national sphere of internationally established precepts and thus constitutionalizes rules that appear in accordance with the internal Constitution. In this way, the implementation of international norms in the national constitution of each country must pass through the scrutiny of critical democratic analysis, since "Critical democracy is, in contrast, a restless, circumspect regime that distrusts itself, always willing to recognize its own mistakes, to return to discussion, to start again from the beginning."⁷⁸ From this regime [critical democracy], one can see that the Constitution opens to the world.

2. The objective of the Cooperative Constitutional State of Law.

In a closer analysis, one can start from the idea that the Democratic State of Constitutional Law is born and is strengthened, starting from the powers granted to it by its holders, the people. In this mission, the State of Cooperative Constitutional Law has as its goal the exercise of power, these are "fundamental rights", because in order for democracy to exist, it is necessary first of all to safeguard the fundamental rights of citizens, regardless of what instruments are listed⁷⁹. As Jorge Miranda states, fundamental rights are "all those who are enshrined in any norms of the formal Constitution, which covers both the instrumental constitution and the Universal Declaration: the place does not violate the nature of rights, [...]"⁸⁰.

It should be borne in mind that fundamental rights are not exhausted in the latter, since they are "not only those that formally constitutional norms enunciate;

WMF Martins Fontes, 2011. there is a tendency of distortion of the programmatic norms, which in the author's words are "pseudoprogrammatic" with the sense of advertising abroad, but which are disregarded by the domestic legislator, a fact that lacks greater control at the state level, since "can not propose or implement another program, or even act against the constitutional program. Hence why non-compliance with programmatic norms can raise the problem of controlling the constitutionality of the respective action (or omission) of state organs."

⁷⁵ HÄBERLE, P. *Pluralismo Y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de La Sociedad Abierta* (trad. *Die Verfassung des Pluralismus. Studien Zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft*, Athenäum TB-Rechtswissenschaft, Könstein/TS, 1980), Madrid: Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.), 2013, p. 78.

⁷⁶ See, ZAGREBELSKY, G. *A Crucificação e a Democracia* (trad. II "Crucifige!" e la Democrazia). Coimbra: Edições Tenacitas, 2004. p. 102 e ss.

⁷⁷ ZAGREBELSKY, G. *A Crucificação e a Democracia...*, p. 103.

⁷⁸ *Ibidem*, p. 114.

⁷⁹ In these terms, see. GOMES CANOTILHO, J. J. *Incomensurabilidade dos discursos ou hierarquias entrelaçadas nos sistemas jurídicos multinível*. In: *Católica Law Review*, Volume I / n.º 1 / jan. 2017. According to the author, "In multilevel systems where inter-convergence, inter-consistency, inter-constitutionality, interjurisdictionality, and interjurisdictionality converge, it is found that the hierarchy of sources of law no longer has a pyramidal logic.", p. 37.

⁸⁰ MIRANDA, J. *Curso de direito constitucional. Estado e Constitucionalismo. Constituição. Direitos Fundamentais...*, p. 260; see also, in these sense, BROWNLIE, I. *Princípios de Direito Internacional Público* (trad. *Principles of Public; international Law*, 4th edition, 1990) ..., p .39-40.

are or may also be rights from other sources, from the broader perspective of the material Constitution⁸¹. "Therefore," openness "to the outside and to" inside"⁸² aims to safeguard the fundamental rights⁸³ that will arise in the future. As José Afonso da Silva points out, "The recognition of fundamental human rights, in explicit statements in the declarations of rights, is recent, and its possibilities are far from exhausted, since every step in the evolutionary stage of humanity matters conquest of new rights"⁸⁴. These new rights are emerging from the demands of the populations of various parts of the world, causing an effect, previously not imagined by the States, the so-called "*bottom-up*"⁸⁵ movement is one of the realities born just of the open society of the interpreters of the constitution⁸⁶, also claim constitutional rights that many times closed states can not see.

This opening has a double basis, as Peter Häberle asserts, because fundamental rights are "supreme values themselves", and enable Man to discover and actualize values, while at the same time guaranteeing him the libertarian status. The fundamental rights are, on the one hand, an expression of an order of liberty already achieved and, at the same time, are presupposed for this order to be constituted again, again and again through the action in freedom of all, ⁸⁷ " being thus" elements constitute the "guiding principles of the Constitutional Constitutional Law.

From the above, it is stated that the Cooperative Constitutional State, because of the many mishaps and problems that involve the globalized world, is one of the possibilities that are in line with the need to safeguard fundamental rights in the

⁸¹ MIRANDA, J. *A Abertura Constitucional a Novos Direitos Fundamentais*, in Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, p. 560, (p. 560-572)

⁸² In this sense, we can highlight the role of the *Amicus Curiae* (friends of the Court). It provides the democratic and dialogical interaction between the Courts and natural or juridical persons, organs or specialized entities, in which it has the cognitive potential to present different points of view, interests, aspects and elements not always perceived, seen or heard by the Courts directly from the controversy between the parties that make up the controversy, thus allowing for more accurate and also more legitimate decisions from the point of view of the Democratic State of Law, provided that they fulfill criteria for admission, namely the relevance of the matter, the specificity of the topic or the social repercussion of the controversy, as well as the adequate representation of the suitors. In that sense, the San Francisco Court of Appeal in the United States has allowed 97 large companies to act as *Amicus Curiae* in a lawsuit in which the suspension of the entry ban of seven Muslim countries in the United States will be considered, made in September 2016, available on: <http://newsroom.courts.ca.gov/news/supreme-court-issues-order-inviting-amicus-curiae-submissions-following-receipt-of-state-bars-interim-special-regulatory-assessment-request>, accessed on 09 de fev de 2017.

⁸³ MIRANDA, J. *Constituição e Cidadania 2003-2015*, Coimbra: Almedina, 2016, p. 13.

⁸⁴ AFONSO DA SILVA, J. *Curso de Direito Constitucional Positivo*..., p. 149.

⁸⁵ About this form of activism, see the work of HALE, T.; HELD, D.; YOUNG, K. *Gridlock*..., p. 300.

⁸⁶ In these terms, see. HÄBERLE, P. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição*..., *passim*.

⁸⁷ HÄBERLE, P. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales em la ley fundamental de Bonn. Una contibuición a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoria de la reserva de la ley* (trad. *Die Wesensgehaltgarantie des art. 19 abs. 2 Grundgesetz. Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt*, Freiburger rechts -und staatswissenschaftliche Abhandlungen (hrsg. von d. Rechts – und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Uiversität Freiburg, Breisgau, Band 21), Karlsruhe, 1^a. ed., 1962), Madrid: Editorial Dykinson, 2004, p. 8.

world order⁸⁸. Such an open and cooperative state is in line with the "critical democracy" that seals itself from the great and terrible works of truth and force. Even though supporters of vigorous politics may seem to be devoid of fiber, that renunciation nevertheless achieves freedom from necessity and openness to liberty⁸⁹. "This state is what Peter Häberle calls the" Cooperative Constitutional State⁹⁰", an ideal to be built within a regime that allows democracy to flourish.

4. Are the means of cooperation really effective?

The above question is related to the moment when the world has great uncertainty about the future of the peoples around the globe⁹¹, thus contesting the idea that the State of Cooperative Constitutional Law⁹² "would be the State of the future"⁹³. Such doubts are raised by the need to seek alternatives to the events that now appear in Europe, with an ever greater restriction of fundamental rights, of certain groups, especially of Muslims (in France); persecution of the Right of Worship and extinction of the activities of Jehovah's Witnesses (in Russia); the authoritarian and undemocratic reforms made by the Polish legislature, dominated by the conservative nationalists of the Law and Justice Party who call into question the exemption from justice; the crisis of refugees, which affect more forcefully, Spain, Greece, Italy among other countries of the European continent.

These facts provoke a critical questioning of the "Cooperative Constitutional State", since, as it seems to draw in the sphere of the European Union and in the global arena, it is a great split in the consensus on the issue of fundamental Rights, which puts it on a collision course with the "idea" of a "Cooperative Constitutional State", this fact is due to the differences between the philosophical thought and the reality that is verified in the practice⁹⁴.

These facts end up provoking a strong questioning of a "Cooperative Constitutional State", since it seems to draw in the sphere of the European Union and in the global arena, it is a significant split in the consensus on the matter of fundamental Rights, which puts in collision route to the "idea" of a "Cooperative Constitutional State", this fact is due to the differences between the philosophical thought and the reality that is verified in the practice.

In the United States, the issue of the Constitutional State of Cooperative Law is also posed, as the US president has signaled that the United States is in the process of closing in and out. It closes in, when the president attacks established institutions, trying to demoralize them as he has done by attacking the judiciary and parliament. Outwardly, when it manifests its intention to close relations with other States, because relations previously considered strategic for the region [Canada and Mexico], it is placed in the wake of the doubt, such facts can be verified from the Decrees of

⁸⁸ TAVARES DA SILVA, S. *Direitos Fundamentais na Arena Global...*, p. 17.

⁸⁹ ZAGREBELSKY, G. *A crucificação e a Democracia...*, p. 114.

⁹⁰ HÄBERLE, P. *O Estado Constitucional Cooperativo...*, *passim*.

⁹¹ See, DIDI-HUBERMAN, G. *Coisa pública, Coisa dos povos, Coisa plural*, in Rodrigo Silva e Leonor Nazare, (Orgs.), *A República por vir. Arte, Política e Pensamento para o século XXI*, 2ª. ed. Conferências no âmbito da exposição *Res Publica*, 1910 e 2010 Face a Face, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015, p. 41-70.

⁹² See, GIDDENS, A. *Este turbulento e poderoso continente: ...*, "As far as the larger countries are concerned, the EU's human rights record is much less impressive. It was pointed out that, in the case of China, the policies implemented have been 'the most embarrassing signs of an abyss between European rhetoric and reality' p. 228.

⁹³ See, HÄBERLE, P. *Estado Constitucional Cooperativo...*, p. 11.

⁹⁴ In these sense, LACROIX, J. *Crise da democracia, crise da civilização* (trad. *Crise de la Démocratie, Crise de la Civilisation: Chronique Sociale de France*, 1965), p. 128, "[...] The philosopher is the one who thinks the end of the struggle and the oppositions, the reconciliation of man with man. But this thought does no change the reality and if everything is reconciled in the mind of the philosopher nothing is in the daily life of men."

President Donald Trump. The president-elect's Promise of Closing the Border with Mexico, through the construction of a wall, calls into question the North American Free Trade Agreement, NAFTA, even against precepts established by the Charter of the United Nations (art. 55), which establishes "cooperation" in the economic sphere as essential for the search and maintenance of peace.

In addition to the decree ordering the construction of the border wall with Mexico, other decrees strongly affect citizens of other countries, such as anti-immigrant, anti-Islamic decrees, including discriminating against countries and their citizens because they belong to a what that the president has labelled as an enemy, such an attitude is demonstrated in countries like Iran, Iraq, Libya, Syria, Somalia, Sudan and Yemen.

Also in the international sphere, the decrees of the president end up affecting fundamental rights of American citizens, of different origins, because, there are American people who have origins of several countries of which the president, by means of Decree, has prevented them living in their homes in the USA, thus establishing noncompliance with the constitutional precepts of freedom and many others affirmed in International Treaties and by the American Constitution itself⁹⁵.

There is also disregard for the Charter of the United Nations, which, in its preamble, states that countries must respect their obligations under the international order and promote better living conditions "within a broad freedom". Countries need to practice "tolerance and live in peace with one another as good neighbors." In Article 1, paragraph 3, the UN Charter affirms that "international cooperation is the way to solve international problems of an economic, social, cultural or humanitarian nature, and to promote and encourage respect for human rights and fundamental freedoms for all without distinction as to race, sex, language or religion; ⁹⁶"

The Inter-American Charter of Human Rights reaffirms that the American States must respect the "essential human rights"; that this right is not due to the human being "being or not" national of a particular country, but of the attributes of the human person, "reason why an international protection, of a conventional nature, supporting or complementary to that offered by domestic law of the American States; ⁹⁷" On the basis of these two normative instruments, we have learned that the US president's attitudes do not conform to the international commandments, but also severely defends human rights.

In Europe, speaking on a continent with a more developed supranational integration, due to the proportions, there is a greater stage of cooperation than in other parts of the world, and due to this configuration, the possibility of a European constitution⁹⁸, although this debate which had developed for several years, had been rejected by the referendum of the French and then of the Dutch in 2005. Although these two countries had "endorsed" such an instrument, there would still be difficulty in joining it because, as Ingolf Pernice asserts, the kind of constitutionalism that

⁹⁵ EUA. Constituição Americana. Art. VI, n.º 2. available on: https://usconstitution.net/xconst_A6.html, accessed on 28 de ago de 2017; também cf. DE ALBUQUERQUE MELLO, C. D. *Direito Constitucional Internacional...*, p. 102; 104.

⁹⁶ See, also in these sense, the art. 55 (a), (b) and (c) of the Charter of the United Nations.

⁹⁷ OAS. Convenção Americana sobre direitos humanos. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, available on: http://cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm, accessed on 09, fev, 2017.

⁹⁸ See, GUERRA MARTINS, A. M. *O projeto de constituição europeia*, Coimbra: Almedina, 2004, p. 31.

prevails in Britain has as "the key to Parliament's supremacy"⁹⁹, this kind of sovereignty has survived for centuries and therefore there is no need for a written constitution¹⁰⁰.

Following the abortion of a "Constitution" for Europe, another blow to the countries and integration into the old continent, came with the departure of the United Kingdom, the so-called "Brexit", which had been finalized on June 23, 2016. In addition to Britain's departure, the European continent is experiencing a crisis due to its openness to the outside, the growth of xenophobic nationalism is leading other countries to ventilate the possibility of also leaving the European Union.

In France, there is already a great movement, mainly dominated by the far-right National Front party (FN), which demonstrates the appeal for nationalist and anti-immigration ideas in terms of the promise of a political campaign that led to US President Donald Trump to power in 2016. In her address in the city of Lion, Marine Le Pen, a French right-wing candidate, attacked the fact that European countries opened too much to the world, causing a "large-scale immigration" effect, attacked globalization and the risk of "Islamic fundamentalism".

The persecution of [fundamental] human rights seems to break the frontiers of countries "not very civilized" or in the language of Peter Häberle, "indomitable States"¹⁰¹ or "savages"¹⁰² and anchor in so-called "civilized" countries, we see this fact in Myanmar, which continues with the ethnic cleansing of the Muslim community, which was denounced by the first Bangladeshi Minister in a UN General Assembly statement, with the ban in France on behalf of the secular State prohibiting the exercise of a fundamental right to the use of religious symbols, cruel death by the regime of the Philippine government¹⁰³, torture and mass murder by Bashar Al-Assad's regime in Syria, denounced by Amnesty International (AI) in its report¹⁰⁴. Decriminalization of crimes against family members in Russia, violation of fundamental rights in Turkey, discussion of the ban on the use of the Islamic veil and signing of an integration contract for Islamic immigrants from Austria, the inadmissibility of persons from Islamic countries and Latin countries in the United States of America, carrying out the promises made by the current American president.

In Mercosur, at the transnational level, there is still much to go through in the process of integration for the conquest of the Cooperative Constitutional State, mainly by the many political regimes established in the region from democracies in the process of sedimentation to totalitarianism. The internal solidification of protection of human rights remains to be achieved, because is evident, States, with few exceptions, do not yet have a strong apparatus to protect their own citizens.

⁹⁹ PERNICE, I. "Multilevel Constitutionism in the European Union", *Walter Hellstein-Institut, Für Europäisches Verfassungsrecht, Humboldt-Universität zu Berlin*, WHI – Paper 5/2, 2001, p. 3, available on: www.whi-berlin.de/pernice-constitutionalism.htm, accessed on 10 de fev de 2017.

¹⁰⁰ *Idem*.

¹⁰¹ HÄBERLE, P. *Estado Constitucional Cooperativo...*, p. 8.

¹⁰² *Ibidem*, p. 20.

¹⁰³ ANISTIA INTERNACIONAL (AI), *Filipinas: a guerra assassina da polícia contra os pobres*, available on: <https://anistia.org.br/noticias/filipinas-querra-assassina-da-policia-contra-os-pobres/>, accessed on 09 de fev de 2017.

¹⁰⁴ ANISTIA INTERNACIONAL (AI). *Síria: Matadouro humano: enforcamentos em massa e extermínio na prisão de Saydnaya*, available on: <https://anistia.org.br/direitos-humanos/publicacoes/siria-matadouro-humano-enforcamentos-em-massa-e-exterminio-na-prisao-de-saydnaya/>, accessed on 09 de fev de 2017.

This can be seen from a slow and inefficient judiciary, leading countries to be condemned internationally (Brazil) for not respecting labor rights. It can still be understood that, although the Brazilian Constitution is a constitution open to cooperation, the principles that guide this [cooperation] are not observed by the Brazilian government, because issues such as environment, which is of total importance for the whole world, and especially for Latin American countries, such as issues related to the preservation of the Amazon, have not deserved adequate treatment, let us say of collaborative bias, evidence that can be noticed from the Decree of the presidency of Brazil [Dec. 9,142 dated August 22, 2017], which extinguished the copper mineral reserve on the border of the State of Pará and Amapá¹⁰⁵, thus causing an impact not yet measured, since the extinction of the reserve did not go through the debate with the communities, which the exploitation of this ex-reserve will impact.

There is still a destabilization brought about by pseudodemocratic countries that only cooperate with their peers, it is understood, that they profess the same regime (Bolivia, Ecuador and Venezuela), in the latter, because they do not open themselves to "cooperation" they end up taking their citizens through the hardship of not having their basic fundamental rights respected.

The democratic State of Law has not yet been fully present. This was manifested in Venezuela's withdrawal¹⁰⁶ from the MERCOSUR pro-tempore rotating presidency, since it did not comply with the "constitutional" precepts of free elections, and the effectiveness of the rights to freedom of expression and politics, including condemning parties and opposition supporters to prison for disagreement at several crucial points regarding the administration of the current President [Nicolas Maduro], there is still disregard for the Constitution itself, regarding the convocation of elections, even after a positive referendum in favor of them.

Can the Cooperative Constitutional State prevail in a scenario of major eruptions and turbulences at the international level and with effects closely linked to the internal order of the countries? How to protect in the national order proposals that basically try to demonize movements from globalization? In this scenario, of promises that require the people to awaken from a dangerous cycle that seems to have no end, how can societies be "open" to the world if the promises of development and banishment of danger, especially from external phenomena such as immigration, terrorism, little economic development exist? Does the promise of placing order in a place of utter confusion seem to be the most productive path, even if there is no effective proposal for it?

In this sense, it seems that the Cooperative Constitutional State of Law, is blurred by the difficulties brought about by globalization itself, causing a real impasse¹⁰⁷

¹⁰⁵BRASIL. Decreto n.º 9.142 de 22 de agosto de 2017. *Extingue a Reserva Nacional de Cobre e seus associados*, constituída pelo Decreto nº 89.404, de 24 de fevereiro de 1984, localizada nos Estados do Pará e do Amapá. available on: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9142.htm, accessed on 28, ago, 2017.

¹⁰⁶ ESTADO DE MINAS (EM). *Venezuela anuncia transferência da presidência do Mercosul para Argentina*. Available on: http://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2016/12/30/interna_internacional,836138/venezuela-anuncia-transferencia-da-presidencia-do-Mercosul-para-argent.shtml, accessed on 10, fev, 2017. In this sense, the newspaper reports: "Venezuela was suspended from the bloc on December 2nd, after the three-month deadline given to Nicolás Maduro's government to comply with Mercosur's trade and political provisions, including respect for human rights."

¹⁰⁷ In this sense, cf. HALE, T.; HELD, D.; YOUNG, K. *Gridlock...*, *passim*.

in its actual realization, however, assessing in what terms to "cooperate or not cooperate" is a discretionary activity of each State, which ultimately leads to the act of cooperating in a "more than desirable" aspect rather than a true cooperative spirit, that is, cooperation is more a value to be quantified in financial terms than to pursue the protection of fundamental rights of Men.

However, it should be borne in mind that the basis of a Constitutional State of Law lies in the legitimacy that its people bestows on its rulers in the internal sphere to negotiate their rights in the international order, therefore, it is necessary to strengthen of internal cooperation (open inwards) so that not only the nationals of a particular State, but those who come to establish themselves therein have their rights ensured, since fundamental rights are and should be the basis of democracy in a State of law,¹⁰⁸ regardless of how it is performed. However, although there is a great deal of difficulty, in implementing a cooperative Constitutional State, it is worth noting that the current scenario requires a joint and institutionalized¹⁰⁹ activity, or will, to continue to see the fundamental rights of people being disrespected throughout the world.

Conclusions

The new perspectives launched on the modern state leads to the questioning of their self-sustaining governance within its borders, without the participation in the global political reality. This questioning seems obvious, but it is not, since the modern state is increasingly confronted with new realities brought on in the winds of globalization, moreover, with the intensification of this caused by the growth of the information society the intra and extraterritorial movements become intensive and require new tools, or at least a solid guarantee, within the territory of each State that the Fundamental Rights will be safeguarded, because at least a minimum of cooperation is guaranteed to protect the rights guaranteed in the global sphere.

The State as a closed entity cannot subsist without incurring the risks of economic and social decay and delays, since today the revenues of states are not derived solely from revenues from their economic or regulatory activity, but also from revenues from business, tourism and people interested in different cultures. For modern states to have more flow of visitors, business with other States and with business societies, a system must be in place to ensure the rights of all those actors within it.

The effectiveness and communicability of constitutional systems impose themselves as an objective tool for safeguarding human rights, but this does not mean the loss of sovereignty, but above all, the affirmation of this before the global order as a form of protection and solidification of rights of man in the inner order.

In this sense, the "Cooperative Constitutional State", before opening itself to the world, should seek to make human rights strong in the local sphere, thus implementing the formula of "thinking globally and acting locally", since only then will it be a strong world, a country with a strong constitution and a strong rule of law, being able to open the protection of all the men who are under its tutelage, regardless of their nationality.

Bibliography

ANISTIA INTERNACIONAL (AI). *"Filipinas: a guerra assassina da polícia contra os pobres"*, available on: <https://anistia.org.br/noticias/filipinas-guerra-assassina-da-policia-contra-os-pobres/>, accessed on 09, fev, 2017.

¹⁰⁸ HÄBERLE, P. La garantía del Contenido esencial de los derechos fundamentales..., p. 20-23.

¹⁰⁹ See, HALE, T.; HELD, D.; YOUNG, K. *Gridlock*..., p. 34.

- ¹ ANISTIA INTERNACIONAL (AI). “Síria: Matadouro humano: enforcamentos em massa e extermínio na prisão de Saydnaya”, available on: <https://anistia.org.br/direitos-humanos/publicacoes/siria-matadouro-humano-enforcamentos-em-massa-e-extermínio-na-prisão-de-saydnaya/>, accessed on 09, fev, 2017.
- BALAGUER CALLEJÓN, Francisco. *El final de una época dorada. Una reflexión sobre la crisis económica y el declive del derecho constitucional nacional*, In CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M., e LOUREIRO, João Carlos (orgs.), Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, Volume II, Constituição e Estado: entre Teoria e Dogmática, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 99-121.
- BECK, U. *A sociedade de risco: em busca da segurança perdida*. (trad. Weltrisikogesellschaft. Auf der Suche nach der verlorenen Sicherheit).- Lisboa: Edições 70, 2015.
- BECK, U. *A Europa alemã: de Maquiavel a “Merkiavel”: estratégias de poder na crise do euro* (das deutsche Europa. Neue Machatlandschaften in Zeiten der Krise). Lisboa: Edições 70, 2014.
- BECK, U. *O que é globalização? Equívocos do globalismo: resposta à globalização* (trad. Was ist globalisierung?: Irrtümer des globalism: Antworten auf globalisierung); São Paulo: Paz e Terra, 1999.
- BRASIL. Decreto n.º 9.142 de 22 de agosto de 2017. Extingue a Reserva Nacional de Cobre e seus associados, constituída pelo Decreto nº 89.404, de 24 de fevereiro de 1984, localizada nos Estados do Pará e do Amapá. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/decreto/D9142.htm, acessado em 28 de agosto de 2017.
- BRASIL. *Refúgio em números*. Available on: http://justica.gov.br/noticias/brasil-tem-aumento-de-12-no-numero-de-refugiados-em-2016/20062017_refugio-em-numeros-2010-2016.pdf/view, accessed on 15 de ago de 2017.
- BROWNLIE, I. Princípios de Direito Internacional Público (trad. *Principles of Public: Internacional Law*, 4th edition, 1990), Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 1997.
- VAN CAENEGEM, R. C. *Uma introdução histórica ao Direito Constitucional Ocidental* (trad. An Historical Introduction to Western Constitutional Law), Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2009.
- MOTA DE CAMPOS, J. *Direito Comunitário: O Direito Institucional*: Vol. I, 2ª. edição. Fundação Calouste Gulbenkian. Lisboa, 1998.
- CANÇADO TRINDADE, A. A. *Tratado de Direito Internacional dos Direitos Humanos*, Volume I, 1ª. Edição, Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 1997.
- GOMES CANOTILHO, J. J. “Incomensurabilidade dos discursos ou hierarquias entrelaçadas nos sistemas jurídicos multinível.” In: *Católica Law Review*, Volume I / n.º 1 / jan. 2017, pp. 35 – 54.
- GOMES CANOTILHO, J. J. *Direito Constitucional Ambiental Português e da União Europeia*, in _____; LEITE, José Rubens Morato (Organizadores); *Direito Constitucional ambiental brasileiro*, 2. ed. rev. – São Paulo: Saraiva, 2008, pp. 1-11.
- GOMES CANOTILHO, J. J. *Direito Constitucional*. 6ª. Edição revista, Coimbra: Livraria Almedina, 1993.
- CASTELLS, M.; HIMANEN, P. “A Sociedade da informação e o Estado-Providência”. *O Modelo finlandês* (trad. “The Information Society and Welfare State – The Finnish Model, 2002), Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2007.
- D’ATENA, A. “Jedermannsrechte”, “bürgererrechte” ed imigrazione: Note minime. In: *O constitucionalismo do séc. XXI na sua dimensão estadual, supranacional e global: Congresso em Honra de Peter Häberle (por ocasião do seu 80º. aniversário)*. Vasco Pereira da Silva e Francisco Balaguer Callejón (Coord.). Lisboa: ICJP, 2015. [E-book]. Disponível em: www.icjp.pt, pp. 23 – 30.

- DIDI-HUBERMAN, G. "Coisa pública, Coisa dos povos, Coisa plural", in SILVA, Rodrigo; NAZARÉ, Leonor (Orgs.), *A República por vir. Arte, Política e Pensamento para o século XXI*, 2ª. ed. Conferências no âmbito da exposição *Res Publica*, 19910 e 2010 Face a Face, Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2015, pp. 41-70.
- LUÍSA DUARTE, M. *União Europeia e Direitos Fundamentais – no espaço da internormatividade* – Reimpressão. Lisboa: aafdl, 2006.
- ESTADO DE MINAS (EM). *Venezuela anuncia transferência da presidência do Mercosul para Argentina*. Disponível em: http://www.em.com.br/app/noticia/internacional/2016/12/30/interna_internacional,836138/venezuela-anuncia-transferencia-da-presidencia-do-mercopol-para-argent.shtml, accessed on 10, feb, 2017.
- EUA. *Constituição Americana*. Art. VI, n.º 2. available on: https://usconstitution.net/xconst_A6.html, accessed on 28, aug, 2017.
- GIDDENS, A. *Este turbulento e poderoso continente: que Futuro para a Europa?* Lisboa: Fundação Calouste Gulbenkian, 2014.
- GIDDENS, A. *O Mundo na era da Globalização* (trad. Runaway World), 6ª. edição. Lisboa: Editorial Presença, 2006.
- HÄBERLE, P. *Estado Constitucional Cooperativo* (trad. Der Kooperative Vervassungsstaat) / Peter Häberle. - Rio de Janeiro: Renovar, 2007.
- HÄBERLE, P. *Hermenêutica Constitucional. A sociedade aberta dos intérpretes da constituição: contribuição para a interpretação pluralista e "procedimental" da Constituição* (trad. Die offene Gesellschaft der Verfassungsinterpreten. Ein Beitrag zur pluralistischen und "prozessualen" Vervassungsintetation). Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor.
- HÄBERLE, P. *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales en la ley fundamental de Bonn. Una contibuición a la concepción institucional de los derechos fundamentales y a la teoria de la reserva de la ley* (trad. Die Wesensgehaltgarantie des art. 19 abs. 2 Grundgesetz. Zugleich ein Beitrag zum institutionellen Verständnis der Grundrechte und zur Lehre vom Gesetzesvorbehalt, Freiburger rechts -und staatswissenschaftliche Abhandlungen (hrsg. von d. Rechts – und Staatswissenschaftlichen Fakultät der Uiversität Freiburg, Breisgau, Band 21), Karlsruhe, 1ª. ed., 1962), Madrid: Editorial Dykinson, 2004.
- HÄBERLE, P. *Pluralismo Y Constitución. Estudios de Teoria Constitucional de La Sociedad Abierta* (trad. Die Verfassung des Pluralismus. Stidien Zur Verfassungstheorie der offenen Gesellschaft, Athenäum TB-Rechtswissenschaft, Könistein/TS, 1980), Madrid: Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.), 2013.
- HESSE, K. *A força normativa da Constituição* (trad. Die normative Kraft der Verfassung), Porta Alegre: Sergio Antonio Fabris Editor, 1991, ISBN 85-88278-18-9.
- KAFFT KOSTA, E. *A Local Globalização da Soberania*, In CORREIA, Fernando Alves; MACHADO, Jónatas E. M., e LOUREIRO, João Carlos (orgs.), Estudos em homenagem ao Prof. Doutor José Joaquim Gomes Canotilho, Volume II, Constituição e Estado: entre Teoria e Dogmática, Coimbra: Coimbra Editora, 2012, pp. 334-351.
- LACROIX, J. *Crise da democracia, crise da civilização* (trad. Crise de La Democratie, Crise de la Civilization: Chronique Sociale de France, 1965), Lisboa: Portugal; São Paulo: Brasil, 1968.
- LEYLAND, P. *The constitution of the United Kigdom: a contextual analysis*. Third edition. Portland, Oregon: Hart Publishing, 2016.
- DE OLIVEIRA MANZZUOLI, V. "Comentário ao artigo 5º., § 3º.", in CANOTILHO, José Joaquim Gomes [et. al.], Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo: Saraiva / Almedina, 2013, pp. 518-524.
- GUERRA MARTINS, A. M. *O projeto de constituição europeia: contributo para o debate sobre o futuro da União*. Coimbra: Almedina, 2004.

- DE ALBUQUERQUE MELLO, C. D. (Celso Duvivier de Albuquerque). *Direito Constitucional Internacional: uma introdução: constituição de 1998 (sic) revista em 1994*. 2ª. edição – revista. Rio de Janeiro: Renovar, 2000.
- MENDES, G. *Homenagem a Peter Häberle e sua influência no Brasil*, available on: http://www.stf.jus.br/repositorio/cms/portaStfInternacional/portaStfAgenda_pt_br/anexo/Homenagem_a_Peter_Haberle_Pronunciamento_3_1.pdf, accessed on 26, jan, 2017.
- MIRANDA, J. *Curso de Direito Constitucional. Estado e Constitucionalismo. Constituição. Direitos Fundamentais*. Vol. 1. – Lisboa: Universidade Católica Editora, 2016.
- MIRANDA, J. *Valores permanentes da Constituição Portuguesa*. In IV Seminário Luso-Brasileiro de Direito Constitucional: Constituição e Crise: A Constituição no contexto das crises políticas e econômica. Carlos Blanco de Moraes e Gilmar Ferreira Mendes (org.). Brasília: IDP, 2017, pp. 39 -56
- MIRANDA, J. “O Estado Constitucional Cooperativo e o Jus-Universalismo da Constituição Portuguesa”. in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, LV – n.ºs 1 e 2 – 2014, Coimbra: Coimbra Editora, 2014.
- MIRANDA, J. *Democracia e Constituição para lá do Estado*, in *Revista da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa*, vol. LI – n.º. 1 e 2, Coimbra: Coimbra Editora, 2010, pp. 33-46.
- MIRANDA, J. *A Abertura Constitucional a Novos Direitos Fundamentais*, in *Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Manuel Gomes da Silva*, Edição da Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, Coimbra: Coimbra Editora, 2001, pp. 560-572.
- MIRANDA, J. *Direitos Fundamentais: Introdução Geral*. Lisboa: Sem Editora 1999.
- NEVES, M. *A Constitucionalização simbólica*. 3ª. ed. – São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2011.
- NEVES, M. *Transconstitucionalismo*. São Paulo: Editora WMF Martins Fontes, 2009.
- OAS. *Convenção Americana sobre direitos humanos*. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969, available on: http://cidh.oas.org/Basicos/Portugues/c.Convencao_Americana.htm, accessed on 09, fev, 2017.
- PERNICE, I. “Multilevel Constitutionism in the European Union”. *Walter Hellstein-Institut, Für Europäisches Verfassungsrecht*, Humboldt-Universität zu Berlin, WHI – Paper 5/2, 2001, available on: www.whi-berlin.de/pernice-constitutionalism.htm, accessed on 10, fev, 2017.
- PIRES, S. “Imigração e Governos Constitucionais em Portugal”. In ANTÓNIO, João H. C.; POLICARPO, Verónica (Coords.), *Os Imigrantes e a Imigração aos Olhos dos Portugueses. Especialmente*, Capítulo IV, Lisboa: Universidade Católica Portuguesa / Fundação Calouste Gulbenkian, 2011, p. 94-132.
- QUEIROZ, C. *Direito Constitucional Internacional*, Lisboa: Petrony Editora, 2016.
- QUEIROZ, C. *O Princípio da não Reversibilidade dos Direitos Fundamentais Sociais: Princípios Dogmáticos e Prática Jurisprudencial*. Coimbra: Coimbra Editora, 2006.
- AFONSO DA SILVA, J. *Curso de Direito Constitucional Positivo*. 34ª. edição, revista e atualizada até a Emenda Constitucional n. 67, de 22.12.2010, São Paulo: Malheiros Editoras, 2011.
- TAVARES DA SILVA, S. *Direitos Fundamentais na Arena Global*. Coimbra: Imprensa da Universidade de Coimbra, 2011.
- DE SOUSA SANTOS, B. *Os processos da globalização*. In: *A Globalização e as ciências sociais*. Boa Ventura de Sousa Santos (org.). 2ª. ed. – São Paulo: Cortez, 2002.
- E. STIGLITZ, J. *Globalização: como dar certo* (trad. *Making globalization work*) / Joseph E. Stiglitz; tradução Pedro Maia Soares. - São Paulo: Companhia das Letras, 2007.

ZAGREBELSKY, G. *A Crucificação e a Democracia* (trad. Il “Crucifige!” e la Democrazia). Coimbra: Edições Tenacitas, 2004.

Liderança para o judiciário: contribuições dos estudos organizacionais

Leadership for the judiciary: contributions of organizational studies

Sadraque Oliveira Rios¹

(Escola de Magistrados da Bahia - Brasil)

Vera Lúcia Peixoto Santos Mendes²

(Universidade Federal da Bahia – Brasil)

Sumário: 1 INTRODUÇÃO. 2 LIDERANÇA: UM CONCEITO MULTIFACETADO. 3 O JUDICIÁRIO E OS DESAFIOS DE LIDERANÇA: CONTRIBUIÇÃO DOS ESTUDOS ORGANIZACIONAIS. 4 CONSIDERAÇÕES FINAIS. REFERÊNCIAS.

Resumo: Este trabalho, cuja metodologia é a revisão bibliográfica, busca apresentar a importância dos estudos sobre liderança para o Judiciário brasileiro contemporâneo. Como ponto de partida, apresenta-se uma contextualização teórica de alguns significativos autores da temática “liderança” a partir do arcabouço das produções em Estudos Organizacionais; em seguida, o tema “liderança” é analisado na perspectiva de gestão da atividade-meio no Judiciário; finalmente, são tecidas algumas considerações finais, em que se reforça a pertinente contribuição dos Estudos Organizacionais para a reforma administrativa do Judiciário, sobretudo com a temática “liderança”.

Palavras-chave: Estudos Organizacionais. Liderança. Reforma do Judiciário. Gestão de pessoas.

Abstract: This work, whose methodology is the bibliographical review, seeks to present the importance of studies on leadership for contemporary Brazilian Judiciary. As a starting point, we present a theoretical contextualization of some significant authors of the topic "leadership" from the framework of the productions in Organizational Studies; then the topic "leadership" is analyzed in the perspective of management of the activity-middle in the Judiciary; Finally, some final considerations are woven, reinforcing the pertinent contribution of the Organizational Studies to the administrative reform of the Judiciary, especially with the theme of "leadership".

¹ Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Doutor em Administração Pública e Governança pela Universidade Federal da Bahia. Membro do Comitê Executivo Estadual baiano do Fórum Nacional de Saúde do CNJ. Membro do Comitê Deliberativo da Câmara de Conciliação de Saúde – BA. Membro da Comissão Gestora de Atenção Integral à Saúde do Poder Judiciário do Estado da Bahia (Resolução no 207/2015 do CNJ). Membro do Comitê Gestor Local de Gestão de Pessoas do Tribunal de Justiça da Bahia (Resolução no 240/2016 do CNJ). Juiz cooperador do NAT-JUS do Tribunal de Justiça do Estado da Bahia. Coordenador-Geral da Escola de Magistrados da Bahia. Editor da Revista Erga Omnes, da Escola de Magistrados da Bahia. Formador e Tutor da Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados (Enfam). E-mail: sadraque.rios@gmail.com. Currículo: <<http://lattes.cnpq.br/8206035902751925>>.

² Professora Titular da Universidade Federal da Bahia. Pós-Doutorado em Direito Internacional da Saúde pela Faculdade de Direito e Centro Hospitalar Universitário da Universidade de Nice Sophia Antípolis (França, 2016), mestrado em Administração pela Universidade Federal da Bahia (1994) e doutorado em Administração pela Universidade Federal da Bahia (2000), com realização de Sandwich na University of Brighton - Inglaterra, Sanitarista e Advogada.

Keywords: Organizational Studies. Leadership. Reform of the Judiciary. People management.

1 INTRODUÇÃO

Burocrata, tecnicista, conservador, distante, solitário, profundo conhecedor das leis. Este é o retrato do juiz de ontem, cujo perfil atendia as necessidades sociais da época, extremamente centrada no utilitarismo e no império da lei (NOGUEIRA, 2009). No entanto, quando ingressa na magistratura, o juiz enfrenta desafios que extrapolam o Direito. Afinal, diante do vultoso número de processos a serem julgados, a necessidade e o dever lhe imputam atividade diversa daquela para a qual sua formação acadêmica o habilitou: a de administrar os meios necessários ao exercício da jurisdição.

De fato, à frente da vara³, da seção judiciária, de seu gabinete ou na presidência do tribunal, o magistrado administra recursos humanos e materiais, administra o tempo, delega atribuições e estabelece os procedimentos mais adequados para alcançar objetivos e o bom funcionamento de sua unidade jurisdicional (SILVA, 2006). Compreende-se, portanto, que a prestação jurisdicional abrange uma atividade-meio (gestão de pessoas, da tecnologia e dos processos de trabalho) e uma atividade-fim (impulsionamento das ações por meio dos despachos e decisões interlocutórias e os julgamentos por sentenças ou acórdãos).

Neste particular, Sirangelo (2009) destaca que o Judiciário brasileiro enfrenta uma atual crise de funcionalidade, porquanto o antigo modelo organizacional da instituição, suas práticas de gestão e os modos de exercer a atividade jurisdicional até aqui praticados se tornaram incapazes de responder às expectativas internas e externas.

Fundadas neste argumento, observa-se que os Estudos Organizacionais podem contribuir para o crescimento da disciplina nomeada de Administração Judiciária, cujo objetivo é oferecer respostas às questões que desbordam do conhecimento jurídico e buscam na interdisciplinaridade soluções para os problemas de gestão da atividade-meio.

Assim, segundo Silva, Laros e Mourão (2007), o estudo da atuação do gestor é indispensável para apreender a dinâmica organizacional, especialmente a maneira como se lida com as pessoas e se formam equipes de trabalho. E, no espectro de papéis atribuídos ao gestor, a liderança ocupa situação de destaque, pois, através dela dá-se o “processo de influência social em que o indivíduo é capaz de mobilizar o apoio e a ajuda de outros, para a realização de uma tarefa comum” (CHEMERS, 2000, p. 27 – tradução dos autores).

O Judiciário brasileiro, historicamente, limitou-se a confundir liderança com a autoridade decorrente da lei para o cargo do juiz - quando minimamente reconheceu a importância das atividades de gestão - ao passo que restringiu a gestão de pessoas e a formação de equipes à mera estrutura hierárquica e burocrática do serviço público. Contudo, um dos maiores desafios do Judiciário como organização é criar um ambiente de trabalho que motive os servidores, sendo a grande função do gestor trabalhar sua liderança para alcançar níveis de eficiência e estimular condutas proativas satisfatórias.

Este trabalho busca identificar nos Estudos Organizacionais, precisamente nas discussões sobre liderança, a necessária contribuição teórica ao Judiciário brasileiro na atualidade. Para tanto, este artigo, cuja metodologia é a revisão bibliográfica, divide-se em três partes (além desta introdução): uma contextualização teórica de alguns significativos autores da temática “liderança”, a partir do arcabouço das produções em Estudos Organizacionais; em seguida, o componente “liderança” é analisado na perspectiva de gestão da atividade-meio no Judiciário; finalmente, são apresentadas algumas considerações finais.

³ Órgão judiciário de primeira instância.

2 LIDERANÇA: UM CONCEITO MULTIFACETADO

Para Amorim et al. (2009), o estudo sobre liderança nas organizações é desafiador pela complexidade de entendimentos, processos de implantação e influências tanto em relação aos gestores, como em relação às equipes de trabalho e todos que participam da organização.

Fiedler (1967 apud BERGAMINI, 1994a) assinala que a preocupação com a liderança é tão antiga quanto a própria história escrita. Invariavelmente, surgiu uma pluralidade de teorias e conceitos, alguns deles contraditórios, em torno dos quais se destacam as teorias dos grandes homens, as teorias relativas aos traços do caráter, as teorias ambientais, as teorias pessoa-situação, as teorias interação-expectativa e as teorias perceptuais e cognitivas (KETS DE VRIES e MILLER, 1990).

Cronologicamente, a sequência histórica dos estudos sobre liderança possui várias etapas, apresentando-se, neste artigo, as quatro principais enunciadas por Bergamini (1994a): teorias dos traços, teorias dos estilos de liderança, teorias das trocas sociais e teorias situacionais.

A teoria dos traços originou-se de pesquisas disponíveis a respeito de liderança dentro do período compreendido entre 1904-1948. Desses estudos, advém o mito do líder-herói, argumentando-se que ele seria uma pessoa especial, dotada de capacidade de comando e influência, que combinaria habilidade, visão, ambição, carisma e uma dose de prepotência (RIZZATTI, PEREIRA e AMARAL, 2012). Robbins (2005), a par desse grupo teórico, elabora uma definição de liderança como a capacidade de influenciar um grupo para alcançar metas. Segundo Robbins (2005), as organizações necessitam de uma liderança e uma administração fortes, de forma a alcançar uma maior eficiência.

De outra parte, o enfoque dos estilos de liderança surge no início da década de 50 (BERGAMINI, 1994a), principalmente nos Estados Unidos da América, em que foram criados inúmeros instrumentos de análise dos tipos de comportamento dos líderes em face dos liderados, evidenciando três estilos: autocrático, democrático e liberal ou tolerante (GALVÃO et al., 1997).

Esses estilos advêm de pesquisa desenvolvida por Chemers e Fiedler (1981), em que se identificaram os seguintes estilos: democrático - as decisões do grupo são tomadas por votação da maioria, com estímulo à participação igualitária; autocrático, em que todas as decisões eram tomadas pelo líder, havendo uma disciplina estrita; e o tolerante, em que a real atividade de liderança do líder do grupo é reduzida ao mínimo.

Um quarto estilo, próximo à noção autocrática, é desenvolvida por Wood Jr. (2000). Para ele, gerenciar é o processo que visa a garantir convergência e coerência mínima em um ambiente caótico, complexo e ambíguo, tanto em sua dimensão objetiva quanto em sua dimensão subjetiva. Nesse prisma, liderança corresponde ao processo interativo de sedução e influência que permeia os jogos de poder nas organizações. A liderança é essencialmente um exercício de controle dos significados por meio da manipulação simbólica⁴.

A liderança também tem sido estudada como um processo de interação que envolve trocas sociais. Sob esse critério, o líder é visto como alguém que alcança um benefício, não só ao grupo em geral, como a cada membro em particular, fazendo nascer desse intercâmbio o valor que seus seguidores lhe atribuem. Em contrapartida, os membros do grupo devolverão ao líder seu reconhecimento e aceitação como forma de lhe conferir a autoridade para dirigir pessoas (BERGAMINI, 1994a).

Neste grupo teórico, extrai-se definição apresentada por Katz e Kahn (1975 apud RIZZATTI, PEREIRA e AMARAL, 2012), para quem liderança é o desenvolvimento da influência acima de uma submissão mecânica com diretrizes rotineiras da organização. Igualmente, é a análise teórica de Hollander (1978 apud BERGAMINI, 1994a, p. 103):

⁴ Líderes simbólicos criam pontos de referência e esquemas interpretativos para encaminhar decisões e definir ações. Eles usam artefatos, tais como sistemas de informação, planos estratégicos e orçamentos e empregam retórica, imagens, metáforas e ações simbólicas (WOOD JR. 2000).

O processo da liderança normalmente envolve um relacionamento de influência em duplo sentido, orientado principalmente para o atendimento de objetivos mútuos, tais como aqueles de um grupo, organização ou sociedade. Portanto, a liderança não é apenas o cargo do líder mas também requer esforços de cooperação por parte de outras pessoas.

Em uma etapa subsequente, surgem as teorias situacionais que possuem como principal foco de interesse o estudo do comportamento contingente em liderança. A ênfase já não é mais colocada unicamente sobre uma variável isolada circunscrita à ação do líder sobre um tipo de atitude passiva do subordinado. De modo mais complexo e abrangente, a análise principal desse novo grupo de estudos será direcionada também aos atributos comportamentais dos liderados (BERGAMINI, 1994a). Se, para as discussões teóricas iniciais, o traço de liderança era inato, agora, com os teóricos da contingência, essa característica pode ser desenvolvida. O princípio mais relevante desse grupo de teorias é que não existe um único estilo de liderança ideal para toda e qualquer situação (GALVÃO et al., 1997).

Nessa perspectiva situacional, é válido apontar que o estilo mais eficaz de liderança diverge de acordo com a maturidade dos funcionários. À proporção que estes se capacitam e amadurecem, o administrador precisa alterar sua forma de liderança. A abordagem situacional sugere uma liderança mais dinâmica e maleável, em vez de estática (RIZZATTI, PEREIRA e AMARAL, 2012), avaliando-se periodicamente a motivação, a capacidade e a experiência dos membros da equipe para se adequar e combinar os estilos mais apropriados de liderança sob condições versáteis e mutantes (HERSEY e BLANCHARD, 1986).

Acolhendo esta última categoria história, Bergamini (1994b, p. 18) oferece seu conceito de liderança: “o processo de liderança se vincula a contingências mais profundas do que uma simples relação diádica de mão única no sentido descendente apenas”. Afinal, no desempenho da organização, tanto líder como liderado detêm papéis relevantes, assim como as contingências do momento e do ambiente também são decisivas.

Enfim, nada obstante as diversas propostas teóricas de compreensão da liderança, Bergamini (1994a) defende que dois aspectos parecem comuns à maioria das definições de liderança existentes na atualidade. Primeiro, elas conservam o denominador comum de que a liderança está associada a um fenômeno de grupo. Em segundo lugar, a liderança evidencia um processo de influência exercido de modo intencional por parte dos líderes sobre seus seguidores.

Diante dessa plurívoca compreensão, Chemers (2000) oferece uma definição com vários aspectos dos grupos acima, sendo acolhida neste trabalho como referencial teórico. Para Chemers (2000), os líderes devem primeiro estabelecer a legitimidade de sua autoridade, demonstrando competência e confiabilidade para os seguidores. Em seguida, os líderes devem treinar, orientar e apoiar os seus seguidores de uma forma que permita aos mesmos contribuírem para a realização da meta do grupo, desde que satisfazendo as próprias necessidades pessoais e objetivos (CHEMERS, 2000). Nesse desiderato, os líderes devem compreender as habilidades, valores e personalidades de seus liderados, para que eles possam fornecer o tipo de treinamento e apoio que será mais eficaz (CHEMERS, 2000).

Finalmente:

os líderes eficazes devem usar as habilidades e competências possuídas por si e seus seguidores para realizar a missão do grupo. O primeiro passo na utilização desses recursos é a criação de um sentimento de confiança e empoderamento pessoal que incentiva cada membro do grupo para liberar os seus melhores esforços. O segundo passo é focando os recursos resultantes sobre o ambiente da atividade, de forma a obter o melhor ajuste entre o processo de grupo e a demanda ambiental (CHEMERS, 2000, p. 40 - tradução dos autores).

Então, se liderança ocorre em função das necessidades existentes em certo contexto, em uma relação entre um indivíduo e um grupo, ela perpassa pelo conceito de relação funcional, como atributo essencial do pensar coletivo, em favor do grupo, desenvolvendo laços de confiança, incentivo e cooperação mútua (AMORIM et al., 2009). Logo, estudar liderança em organizações públicas, a exemplo do Judiciário, é um desafio maior, pois sua rígida estrutura burocrática interfere fortemente no processo de incentivo, cooperação e pensar coletivo.

Mas por que seria importante incorporar ao contexto do Judiciário os conceitos e as discussões práticas acima traçadas? É possível liderar no Judiciário?

3 O JUDICIÁRIO E OS DESAFIOS DE LIDERANÇA: CONTRIBUIÇÃO DOS ESTUDOS ORGANIZACIONAIS

Thoenig (2007), em artigo intitulado “Recuperando a ênfase da dimensão pública dos estudos organizacionais”, aponta que a sociologia organizacional clássica (ou teoria-padrão) lançou bases para o estudo da Administração e gerência públicas, identificando semelhanças entre instituições públicas e não-públicas no tocante a alguns aspectos de seus modelos organizacionais, a exemplo das funções de produção: eficiência (produtos) e efetividade (resultados societais).

Neste sentido, identificado como organização formal, o Estado, por meio de suas entidades e órgãos, passou a ser objeto dos Estudos Organizacionais, em que se destacam os seguintes autores: March e Simon (1958); Etzioni (1961); Blau e Scott (1962); Lynn (1981); Guerreiro Ramos (1983); Hood (1983); Bendor (1985); Bozeman (1987); Ranson e Stewart (1994); Vasu, Stewart e Garson (1998); Weber (1999); Friedman (2006); Fernandes (2014).

Certamente, o Judiciário como Poder ou função do Estado (art. 2º da Constituição Federal de 1988) é lídima organização pública e suscetível de análise sob o prisma dos Estudos Organizacionais. Porém, sua estrutura altamente burocrática e sua cultura organizacional tradicionalmente fechada e refratária aos estudos não-jurídicos não permitiram um diálogo com outras ciências durante muitos anos.

A tendência que se observa na contemporaneidade – modernização da estrutura administrativa do Judiciário – é uma resposta para os problemas do sistema judiciário que foram se evidenciando, sobretudo aqueles relacionados às questões de morosidade na prestação jurisdicional e de credibilidade do sistema junto à sociedade, tornando-se imperativo focar a coordenação dos trabalhos administrativos da equipe judiciária, ou seja, a gestão das pessoas, da tecnologia e dos processos de trabalho. Essa modernização sucedeu especialmente a partir de 2004, com a Emenda Constitucional n. 45, conhecida por promover a Reforma do Judiciário e criar o Conselho Nacional de Justiça (CNJ).

Insta salientar que, somente com a Resolução CNJ n. 75, de 12 de maio de 2009, houve uma uniformização nacional quanto à necessidade de se prever, nos editais de concurso para ingresso na magistratura, disciplinas não estritamente jurídicas, mas, ainda assim, com o foco jurídico, como: sociologia do direito, filosofia do direito, psicologia judiciária, ética e estatuto jurídico da magistratura nacional, teoria geral do direito e da política. São os componentes do chamado grupo de “noções gerais do direito e formação humanística”. No detalhamento da disciplina “sociologia do direito” está o tema “gestão de pessoas”.

Ocorre que, mesmo com essa diretriz categórica, observa-se o predomínio indiscutível da preparação e das questões do grupo de disciplinas exclusivamente jurídicas, o que permite inferir que tal exigência não habilita o candidato de modo suficiente ao entendimento dos demais saberes. Tal preparação, no entanto, é exercida ainda de modo incipiente pelas Escolas Nacionais de Magistratura (Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM, e Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados do Trabalho – ENAMAT), por meio dos cursos oficiais de ingresso, formação inicial e continuada e aperfeiçoamento (Instrução Normativa CNJ n.

25, de 24 de julho de 2009, revogada, estando vigente a Resolução CNJ n. 159, de 12 de novembro de 2012).

Neste panorama, os Estudos Organizacionais, entendidos como o campo do conhecimento que investiga a estrutura, o funcionamento e o desempenho das organizações e o comportamento de grupos e indivíduos dentro delas (PUGH, 1971), permitem analisar situações complicadas e descobrir ou inventar meios eficazes de lidar com elas (HATCH e CUNLIFFE, 2006).

Nas organizações integrantes do Poder Executivo, o estudo sobre liderança é tradicional, contudo é uma das temáticas que os Estudos Organizacionais oferecem de maneira inovadora aos debates sobre aprimoramento da organização do Judiciário em si com vistas aos serviços judiciários; afinal a morosidade da prestação jurisdicional é considerada um problema complexo, vez que decorre de mais de uma causa simultaneamente.

Dessa forma, o tema, costumeiramente estranho à visão estrutural hierarquizada e conservadora do Judiciário, reforça a pauta da gestão dos servidores do Judiciário como parte da tríade da atividade-meio judiciária (gestão de pessoas, da tecnologia e dos processos de trabalho) indispensável à prestação da atividade-fim (impulsionamento das ações por meio dos despachos e decisões interlocutórias e os julgamentos por sentenças ou acórdãos).

Em particular, a relevância do estudo sobre liderança no Judiciário é desmistificar a usual confusão entre autoridade oficial e liderança, especialmente em organizações públicas, dotadas de uma estrutura funcional formatada por lei que define e delimita as atribuições dos agentes (servidores públicos). De fato, a autoridade oficial provém da hierarquia administrativa que é o escalonamento em plano vertical dos órgãos e agentes da Administração Pública, cujo objetivo é organizar a função administrativa, sendo acontecimentos naturais do âmbito dessas organizações (CARVALHO FILHO, 2016). Desse sistema hierárquico, decorre, dentre outros efeitos específicos, o poder de comando de agentes hierarquicamente superiores sobre os subordinados, com o consectário dever de obediência por parte destes, cabendo-lhes executar as tarefas em consonância com as determinações legais recebidas.

Todavia, Bergamini (1994b, p. 112) adverte que:

Corporações e repartições governamentais, em toda parte, têm executivos que imaginam que o lugar que ocupam nas organizações lhes deu um corpo de seguidores, e isso, evidentemente, não acontece. Eles ganharam subordinados. Se os subordinados se tornarão seguidores, dependerá do fato de o executivo agir como líder.

A esse respeito, o verdadeiro poder está vinculado à habilidade interpessoal, sendo, por isso, anterior ao poder formal e não podendo ser confundido com autoritarismo (BERGAMINI, 1994b). Tanto que, de acordo com Pondy (1989 apud BERGAMINI, 1994b), a eficácia do líder está na sua habilidade de tornar uma atividade significativa para aqueles que estão nesse conjunto de papéis, dando-lhes o senso de compreensão daquilo que estão fazendo e, especialmente, articulando-os para que possam comunicar-se sobre o sentido dos seus comportamentos.

Em uma estrutura burocrática, hierarquizada, com funções previamente definidas por lei, o primeiro destaque para o estudo da liderança, dentro do Judiciário, é entender o líder (magistrado, presidente do Tribunal⁵ etc.) como aquele que dá sentido às coisas (atividades, rotinas de trabalho etc.) e as traduz em linguagem significativa para um grande número de pessoas (servidores e usuários dos serviços). Seguramente, o êxito no alcance das missões do grupo ou da organização está diretamente relacionado ao vínculo de liderança e não necessariamente ao vínculo de hierarquia legal.

⁵ Aqui se distingue, basicamente, a figura de dois líderes: o juiz, perante sua unidade de atuação (Vara, Comarca etc.); e o Presidente do Tribunal, perante a(s) unidade(s) federativa(s) correlata(s).

Retoma-se aqui o conceito de liderança apresentado por Chemers (2000), exposto no item anterior. Sem embargo da “legitimidade” da posição de autoridade do juiz ou do Presidente do Tribunal anteceder a vontade do subordinado (servidor do Judiciário), já que deflui da lei, é indispensável que seja estabelecido um liame de confiança e demonstração de competência no bojo da “administração do sentido” das atividades judiciárias. Também, o exercício de orientação, treinamento e apoio aos servidores, atentando-se às habilidades e interesses pessoais dos mesmos, pode contribuir para viabilizar a consecução eficiente das metas institucionais.

O segundo destaque dos estudos sobre liderança para o Judiciário pode ser extraído das lições de Rowe (2002). Para o professor canadense, existem três tipos de liderança: a gerencial, a visionária e estratégica. A liderança gerencial está associada à ideia de estabilidade e de ordem na organização. Os líderes gerenciais identificam-se com atividades rotineiras e ações de curto prazo, adotando atitudes impessoais e passivas em relação a metas. Eles vêem-se como reguladores e conservadores do *status quo* de suas organizações e se identificam pessoalmente com elas; valem-se de um processo de pensamento linear e acreditam em determinismo: fazem o que é determinado pelos ambientes interno e externo da organização (ROWE, 2002).

Esta descrição é muito apropriada ao Judiciário em sua compreensão tradicional. As atividades desempenhadas pelos membros do Judiciário, tanto em seu viés meio como no finalístico, seguem esquema tão secular quanto a própria existência da organização⁶, pelo que se infere a tendência de preservação do *status quo*. Além disso, o posicionamento do magistrado (seja o juiz de primeiro grau quanto o desembargador) dentro da estrutura funcional da organização judiciária tem natureza orgânica⁷ – uma relação de apresentação⁸ em face da entidade que integra. Essa ideia reforça a identificação pessoal entre o juiz e a respectiva organização.

A liderança gerencial assemelha-se ao conceito de liderança transacional, teorizada por Burns (1978 apud BERGAMINI, 1994b), para quem, na liderança transacional, há uma troca entre o líder e o seguidor, de natureza econômica, política ou psicológica, mas, em todo caso, não duradoura e mantida enquanto houver benefício e interesse recíprocos.

Rowe (2002, p. 10) assevera que a maioria dos executivos exerce a liderança gerencial:

Por diversas razões, as organizações treinam seus funcionários implícita e explicitamente para serem líderes gerenciais [...]. Governos treinam ainda mais seus funcionários para serem líderes gerenciais do que as empresas, devido à prestação de contas, ao grau de diversificação, à questão da reeleição e, para a maioria dos governos, ao enorme volume da dívida.

Portanto, a existência de líderes gerenciais no Judiciário é evidente, seja pela preocupação em manter a estabilidade e a ordem da estrutura burocrática e da representativa da “autoridade da lei”, seja porque a relação entre seguidores (servidores públicos) e líderes (juízes e Presidente do Tribunal) reflete um simplório laço funcional estabelecido pelo estatuto normativo do funcionalismo público, muitas vezes mantido apenas pela necessidade de subsistência do servidor face à remuneração do cargo. Neste ponto, assemelha-se ao sentido de “entrincheiramento organizacional” correspondente à tendência do sujeito em permanecer na organização, devido a possíveis perdas financeiras em comparação as poucas ou nenhuma alternativa fora daquele espaço (RODRIGUES e BASTOS, 2012; PINHO e BASTOS, 2014).

⁶ Exemplo: a Lei Orgânica da Magistratura Nacional é de 1979 (Lei Complementar n. 35/1979).

⁷ Exemplo: de acordo com o artigo 34, II, da Lei Estadual n. 10.845/2007 (Lei de Organização Judiciária do Estado da Bahia), os juízes de direito são órgãos do Poder Judiciário Estadual.

⁸ De acordo com Pontes de Miranda (1995), as relações travadas por um sujeito, enquanto integrante de uma entidade na condição de órgão, possui *status* de apresentação e não representação; nesta, há clara distinção entre aquele que age e aquele em nome de quem se age; o que não há na relação de apresentação, pois o ato do presentante é ato da própria entidade.

Rowe (2002) apresenta um segundo tipo de liderança: a visionária. Numa estrutura de *continuum*, a liderança visionária situa-se diametralmente oposta à gerencial. Líderes visionários buscam aprimorar escolhas e abordagens novas para problemas antigos. Envolvem-se em atividades de alto risco, especialmente quando as recompensas são altas. A liderança visionária foca metas de longo prazo ainda que haja riscos. A presença de um líder visionário na organização torna as relações humanas mais turbulentas, intensas e até desorganizadas, o que pode intensificar a motivação individual e gerar resultados inesperados, tanto negativos quanto positivos (ROWE, 2002).

De certa forma, a liderança visionária é parecida com o componente inspirador da liderança transformacional (ROWE, 2002). Com efeito, o líder transformacional procura motivos potenciais nos seguidores, visando a satisfazer necessidades de alto nível e assume o seguidor como uma pessoa total. O resultado da liderança transformacional é o relacionamento de estímulo mútuo e a elevação que converte os subordinados em líderes e os líderes em agentes morais (KETS DE VRIES e MILLER, 1990; BERGAMINI, 1994b; AVOLIO et al., 2003).

Esses atributos, ainda que valiosos em alguns pontos, não se coadunam integralmente com as organizações públicas, já que, por elas tratarem de bens indisponíveis (interesse da coletividade e recursos públicos), são vedados ao administrador público quaisquer atos que impliquem renúncia a direitos do Poder Público ou que, sem fundamento, onerem a sociedade (ALEXANDRINO e PAULO, 2016).

Finalmente, Rowe (2002) traz a liderança estratégica, conceituando-a como a capacidade de influenciar outras pessoas a tomar, de forma voluntária e habitual, decisões que ampliem a viabilidade (evolução e sobrevivência) em longo prazo da organização, ao mesmo tempo em que garantem a estabilidade financeira em curto prazo. A liderança estratégica seria um produto sinérgico de atributos da liderança visionária e da gerencial, na medida em que “os estratégicos sonham e tentam concretizar seus sonhos, sendo uma combinação do líder gerencial, que nunca pára para sonhar, e do visionário, que apenas sonha” (ROWE, 2002, p. 13).

Em uma perspectiva de “administração de sentidos” (BERGAMINI, 1994b), o líder estratégico se destaca pelo comportamento ético (IRELAND e HITT, 1999 apud ROWE, 2002). De acordo com Kouzes e Posner (1992), a liderança ética envolve um processo de auto-questionamento sobre o que é certo e o que é errado, ao mesmo tempo do exercício de um modo de conduta, dando um exemplo para os outros sobre o acerto ou erro de ações particulares. Assim, dois objetivos são contemplados: tornar clara e explícita a dimensão ética de decisões e formular e justificar princípios éticos (ENDERLE, 1987 apud KOUZES e POSNER, 1992).

Os líderes estratégicos contornam o paradoxo criado pelos modelos de liderança visionária e gerencial. Valem-se de metáforas, analogias e modelos de justaposição de conceitos aparentemente contraditórios, estabelecendo limites de coexistência mútua (ROWE, 2002). Por outro ângulo, mais relevante do que pensar, inclusive, em liderança como influência mecanicista e incremental (obediência cega) para dar sentido às missões da organização, o líder estratégico exerce influência interpessoal através da comunicação⁹ (SADLER, 2003).

Se o Judiciário tem desenvolvido, ainda que sem compreensão técnica, o modelo de liderança gerencial e os resultados da atuação desse perfil de líder tem se confundido com a mera detenção de poder, tem-se, no outro extremo, a impossibilidade de alteração para a liderança visionária, em virtude da inerente incompatibilidade com o regime de direito público.

Por conseguinte, a liderança estratégica se revela como uma alternativa, a partir do momento em que se pauta na orientação do “processo de geração de conhecimento, incentivando a capacidade de integrar conhecimentos tácitos e explícitos individuais,

⁹ Neste tópico, a melhor tradução na literatura é representada no termo “comprometimento organizacional” em sentido estrito, o qual significa o vínculo unidimensional entre o indivíduo e a organização, pelo compartilhamento de valores e consequente contribuição ativa daquele para alcançar os objetivos desta (MOSCON, 2013; PINHO e BASTOS, 2014).

grupais e organizacionais para criar inovações organizacionais” (ROWE, 2002, p. 13), mesclando, dentro dos limites legais e da própria natureza pública da organização, as habilidades dos modelos gerencial e visionário.

Ademais, o processo de liderança estratégica para o Judiciário significa compreender, antes mesmo da formatação do planejamento estratégico (a rigor da Resolução n. 70/2009, sucedida pela n. 198/2014, ambas do Conselho Nacional de Justiça), a estratégia emergente, ou seja, as decisões e atitudes tomadas voluntária e cotidianamente (ROWE, 2002) pelos juízes e Presidente do Tribunal, no exercício das atividades administrativas, as quais direcionam com maior renitência o sentido e o futuro da organização.

Apesar da necessidade de maior estudo sobre as repercussões do perfil de liderança estratégica para o Judiciário, inclusive com dados empíricos, a tendência de resignificação do papel e da eficiência do Judiciário na sociedade contemporânea aduz forte inclinação teórica para a proposta ora esboçada. Exemplo indiscutível desse movimento por um “novo” Judiciário é a crescente produção científica em torno da matéria que se convencionou chamar de Administração Judiciária, caracterizada pelos estudos sobre as regras que prevêem a existência física dos tribunais e o seu funcionamento, este imposto pelo movimento provocado pelo processo e as quais não visam à composição da lide (SOUZA, 1990).

O grande marco político-institucional dessa transformação foi a criação do Conselho Nacional de Justiça, através da Emenda Constitucional n. 45/2004. Aludido Conselho possui, dentre outras atribuições, o controle da atuação administrativa do Poder Judiciário. Dessa missão, surgiram as metas nacionais em 2009 (atualizadas anualmente) a serem alcançadas em diversos níveis do Judiciário, algumas delas com a tônica voltada para as atividades-meio¹⁰, bem como diversas resoluções objetivando o aprimoramento do Judiciário como organização¹¹.

Sendo assim, a liderança, no bojo das discussões sobre a gestão de pessoas no Judiciário, representa, em seu tipo “estratégico”, uma possibilidade de remodelagem do perfil de gestão cujos componentes estão sendo esquadrihados pela continuada reforma judiciária inaugurada em 2004.

4 CONSIDERAÇÕES FINAIS

No cenário atual de aumento significativo na cobrança por eficiência do Poder Judiciário brasileiro, as preocupações se voltam às atividades-meio (gestão de pessoas, da tecnologia e dos processos de trabalho), a fim de permitir um substrato de maior realizabilidade da atividade-fim (prestação jurisdicional).

Por essa razão, discutir liderança é matéria indispensável ao debate sobre gestão de pessoas e sobre a maneira como os servidores que desempenham as atividades no Judiciário se relacionam com os superiores hierárquicos e vice-versa. Afinal, líderes e seguidores exercem funções ativas na transformação e mudança organizacional (BERGAMINI, 1994b).

¹⁰ Exemplo: em 2014, para o segmento da Justiça Estadual, dentre outras metas, foi estabelecido: mapear, pelo menos, 60% das competências dos tribunais, até 31/12/2014, para subsidiar a implantação da gestão por competências. No mesmo ano, para a Justiça Eleitoral, foi estabelecido: instituir unidade de gestão de processos e elaborar a cadeia de valor; capacitar os gestores em governança no setor público.

¹¹ Exemplos: Resolução n. 192/2014 - Dispõe sobre a Política Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Servidores do Poder Judiciário; Resolução n. 182/2013 - Dispõe sobre diretrizes para as contratações de Solução de Tecnologia da Informação e Comunicação pelos órgãos submetidos ao controle administrativo e financeiro do Conselho Nacional de Justiça (CNJ); Resolução n. 198/2014 - Dispõe sobre o Planejamento e a Gestão Estratégica no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências.

Compreender o papel de liderança exercido no Judiciário revolve a preocupação de Lapierre (1989) quando alude que a administração e a liderança são concebidas como dois polos de um mesmo contínuo: “Uma pessoa em posição de direção não é nunca totalmente um líder ou totalmente um administrador. A arte e a prática de direção são sempre uma espécie de amálgama entre essas duas tendências” (p. 6).

De todo modo, seguindo Chemers (2000), um líder deve construir credibilidade na legitimação de sua autoridade, projetando uma imagem que desperte sentimentos de confiança em seguidores (gestão de imagem). Um líder deve estabelecer relações com os subordinados que lhes permitam mover-se em direção individual à realização do objetivo coletivo (desenvolvimento de relacionamento). E os líderes devem usar eficazmente o conhecimento, as habilidades e os recursos materiais presentes dentro de seu grupo para realizar a missão do grupo (implantação de recursos).

Assim, o líder é responsável pela definição de princípios (liderança ética) e normas que irão reger o comportamento das pessoas na organização; o líder enfrenta o desafio de superar as resistências à mudança; e um líder necessita averiguar e buscar atender as necessidades dos clientes internos e externos a organização (BENNIS e NANUS, 1988).

Por conseguinte, intensificar os estudos e as medidas voltadas ao aperfeiçoamento da liderança no Judiciário é medida deveras relevante ao alcance de maior efeito para a gestão de pessoas. Afinal, se o líder administra sentidos para a consecução dos objetivos da organização, o primeiro passo consiste em desfazer a equívoca metáfora de liderança imanente ao cargo de hierarquia na estrutura burocrática judiciária para permitir a geração de novos conhecimentos sobre a gestão.

A verdadeira reforma do Judiciário guarda em si essa reformulação transversal, oportunidade em que a contribuição deste artigo é fomentar, inclusive em sede de proposta, o estímulo à renovada formação dos magistrados, qualificando-os sobre o prisma dos Estudos Organizacionais, com destaque para a liderança estratégica.

Juízes exercem, sim, papel de liderança consoante a própria diagramação dos trabalhos em que são investidos na estrutura do Judiciário e, para isso, necessitam legitimar sua autoridade pela competência, confiança dos servidores, capacitação continuada, atenção às necessidades, habilidades e valores dos integrantes de sua equipe e da instituição, manejando os recursos necessários ao empoderamento do grupo e à melhor relação (situacional) de alcance de objetivos. Como bem asseverado por Kouzes e Posner (2005), estratégias, táticas, habilidades e práticas são ociosos e vazios, caso não entendam as aspirações humanas fundamentais que conectam líderes e seus constituintes.

REFERÊNCIAS

- ALEXANDRINO, M.; PAULO, V. *Direito administrativo descomplicado*. 24 ed. São Paulo: Método, 2016.
- AMORIM, T. N. G. F. et al. É Possível Liderar no Judiciário? Um Estudo Buscando Caracterizar a Liderança e o Gênero no Tribunal de Justiça de Pernambuco. In: XXXIII Encontro da Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Administração, 2009, São Paulo. *Anais...* São Paulo: ANPAD, 2009.
- AVOLIO, B. J. et al. Leadership Models and applications. In: BORMAN, W. C.; ILGEN, D.R.; KLIMOSKI, R. J. (orgs). *Handbook of psychology: industrial and organizational Psychology*. John Wiley & Sons, Inc., Hoboken, New Jersey. Vol. 12, p.277-308, 2003.
- BAHIA. Lei Estadual n. 10.845, de 27 de novembro de 2007. Dispõe sobre a Organização e Divisão Judiciária do Estado da Bahia, a administração e o funcionamento da Justiça e seus serviços auxiliares. *Diário Oficial do Estado*, Poder Executivo, Salvador, 2007.
- BENDOR, J. B. *Parallel systems: redundancy in government*. Berkeley: University of California Press, 1985.
- BENNIS, Warren G.; NANUS, Burt. *Líderes: estratégias para assumir a verdadeira liderança*. São Paulo: Harbra, 1988.

- BERGAMINI, C. W. Liderança: a administração do sentido. *Rev. adm. empres.* [online]. Vol. 34, n. 3, p. 102-114, 1994a.
- _____. *Liderança: administração do sentido*. São Paulo: Atlas, 1994b.
- BLAU, P. M.; SCOTT, W. R. *Formal organizations: a comparative approach*. San Francisco: Chandler Publishing Company, 1962.
- BOZEMAN, B. *All organizations are public: comparing public and private organizations*. San Francisco: Jossey-Bass, 1987.
- BRASIL. Lei complementar n. 35, de 14 de março de 1979. Dispõe sobre a lei orgânica da magistratura nacional. *Diário oficial da União*, de 14 de março de 1979.
- _____. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF: Senado, 1988.
- _____. Emenda Constitucional n. 45, de 30 de dezembro de 2014. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. *Diário Oficial da União*, de 31 de dezembro de 2014.
- _____. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 70, de 18 de março de 2009 - Dispõe sobre o Planejamento e a Gestão Estratégica no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. *DJE/CNJ* nº 47/2009, de 25/03/2009, p. 5-18.
- _____. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 75, de 12 de maio de 2009 - Dispõe sobre os concursos públicos para ingresso na carreira da magistratura em todos os ramos do Poder Judiciário nacional. *DJE/CNJ* nº 205/2011, de 07/11/2011, p. 2-18, conforme Emenda nº 01.
- _____. Conselho Nacional de Justiça. Instrução Normativa n. 25, de 24 de julho de 2009 - Regulamenta o Programa de Educação Corporativa e dá outras providências. *DJE/CNJ* nº 133/2009, de 6/8/09, p. 3-7.
- _____. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 159, de 12 de novembro de 2012 - Dispõe sobre as diretrizes administrativas e financeiras para a formação de magistrados e servidores do Poder Judiciário. *DJE/CNJ* nº 208, de 13/11/2012, p. 3-4.
- _____. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 182, de 17 de outubro de 2013 - Dispõe sobre diretrizes para as contratações de Solução de Tecnologia da Informação e Comunicação pelos órgãos submetidos ao controle administrativo e financeiro do Conselho Nacional de Justiça (CNJ). *DJE/CNJ* nº 199/2013, de 18/10/2013, p. 4-12.
- _____. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 192, de 08 de maio de 2014 - Dispõe sobre a Política Nacional de Formação e Aperfeiçoamento dos Servidores do Poder Judiciário. *DJE/CNJ* nº 79, de 09/05/2014, p. 6.
- _____. Conselho Nacional de Justiça. Resolução n. 198, 01 de julho de 2014 - Dispõe sobre o Planejamento e a Gestão Estratégica no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. *DJE/CNJ* nº 114, de 3/07/2014, p.4-7; 16-19.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. *Manual de direito administrativo*. São Paulo: Atlas, 2016.
- CHEMERS, M. M. Leadership Research and Theory: A Functional Integration. In: *Group Dynamics: Theory, Research, and Practice*. Vol. 4, n. 1, p. 27-43, 2000.
- CHEMERS, M. M.; FIELDER Fred E. *Liderança e administração eficaz*. São Paulo: Editora da Universidade de São Paulo, 1981.
- ETZIONI, A. *A comparative analysis of complex organizations*. New York: Free Press, 1961.
- FERNANDES, G. A. de A. L. *Dinâmica comportamental no setor público*. Rio de Janeiro: Editora FGV, 2014.
- FRIEDMAN, B. L. Policy analysis as organizational analysis. In: GOODIN, R. E., MORAN, M.; REIN, M. (orgs.). *The Oxford handbook of public policy*. Oxford: Oxford University Press, 2006.
- GALVÃO, C. M. et al. Liderança situacional: um modelo para aplicação na enfermagem brasileira. *Rev. Esc. Enf. USP*. V. 31, n. 2, p. 227-236, ago. 1997.

- GUERREIRO RAMOS, A. A nova ignorância e o futuro da Administração Pública na América Latina. *R. Adm. Pub.* Rio de Janeiro, 17 (1), 1983, p. 32-65.
- HATCH, M. J.; CUNLIFFE, A. L. *Organization theory: Modern, symbolic, and postmodern perspectives*. 2.ed. New York: Oxford University Press, 2006.
- HERSEY, P.; BLANCHARD, K. H. *Psicologia para administradores: a teoria e as técnicas da liderança situacional*. São Paulo: EPU, 1986.
- HOOD, C. *The tools of government* (public policy and politics). London: Macmillan, 1983.
- KETS DE VRIES, M. F. R.; MILLER, D. Narcisismo e liderança: uma perspectiva de relações de objetos. *Rev. adm. empres.*, São Paulo, v. 30, n. 3, Set. 1990. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-75901990000300002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 13 mar. 2016.
- KOUZES, J. M.; POSNER, B. Z. Ethical Leaders: An Essay About Being in Love. In: *Journal of Business Ethics*. Kluwer Academic Publishers, 1992, 11: p. 479-484.
- _____. Leading in Cynical Times. In: *Journal of Management Inquiry*. Vol. 14, nº 4, p. 357-364, dez. 2005.
- LAPIERRE, Laurent. Imaginário, administração e liderança. Traduzido por Cecília W Bergamini, Roberto Coda. *Rev. adm. empres.* [online]. Vol. 29, n. 4, p. 05-16, out./dez. 1989.
- LYNN, L. E. *Managing the public's business*. New York: Basic Books, 1981.
- MARCH, J. G.; SIMON, H. A. *Organizations*. New York: Wiley, 1958.
- MIRANDA, F. C. P. de. *Comentários ao Código de Processo Civil*. 4ª. ed., Rio de Janeiro: Forense, Tomo I, 1995.
- MOSCON, D. C. B. *As relações entre liderança e estabelecimento de vínculos do trabalhador nas organizações*. 2013. 154 f. Tese (Doutorado em Administração) – Escola de Administração, Universidade Federal da Bahia, Salvador, 2013.
- NOGUEIRA, E. G. Gestão estratégica de Vara. *Coleção Administração Judiciária: coletânea de trabalhos de conclusão de curso apresentados ao programa de capacitação em Poder Judiciário*, vol. V. Porto Alegre: Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Departamento de Artes Gráficas, p. 89-155, 2009.
- PEREIRA, J. J. et al. Um estudo sobre as teorias tradicionais de liderança: contribuições da teoria crítica. In: XXXIX Encontro da Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Administração, 2015, Belo Horizonte - MG. *Anais...* Belo Horizonte: ANPAD, 2015.
- PINHO, A. P. M.; BASTOS, A. V. B. *Vínculos do trabalhador com a organização: comprometimento, entrincheiramento e consentimento*. São Paulo: Hucitec, 2014.
- PUGH, D. S. *Organization theory: selected readings*. 2ª ed. Middlesex, England: Penguin Books, 1971.
- RANSON, S.; STEWART, J. D. *Management for the public domain: enabling the learning society*. New York: St. Martin's Press, 1994.
- RIZZATTI, G.; PEREIRA, M. F.; AMARAL, H. C. M. A influência da liderança na condução do processo implementação do planejamento estratégico: estudo de caso no hospital universitário da Universidade Federal de Santa Catarina. In: *Revista Ibero-Americana de Estratégia – RIAE*. São Paulo, v. 11, n. 2, p. 170-196, mai./ago. 2012.
- ROBBINS, S. P. *Comportamento Organizacional*. Tradução de Reynaldo Marcondes. 11ª edição. São Paulo: Pearson Prentice Hall, 2005.
- RODRIGUES, A. C. de A.; BASTOS, A. V. B. Entincheiramento Organizacional: construção e validação da escala. *Psicologia: Reflexão e Crítica* (UFRGS. Impresso), v. 25, p. 688-700, 2012.
- ROWE, G. W. Liderança estratégica e criação de valor. *Rev. adm. empres.* [online]. São Paulo. Vol.42, n.1, p. 7-19, jan./mar. 2002.
- SADLER, P. Leadership and organizational learning. In: DIEKERS, M. et al. *Handbook of organizational learning and knowledge*. Oxford: Oxford University Press, p. 415-427, 2003.
- SILVA, Claudia Dantas Ferreira da. Administração Judiciária: Planejamento Estratégico e a Reforma do Judiciário Brasileiro. In: *Jus Navigandi*, Teresina, ano 10, n. 976, 4.

- mar. 2006. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=8062>>. Acesso em: 23. jan. 2016.
- SILVA, W.; LAROS, J. A.; MOURÃO, L. Como atuam os gerentes?: O desenvolvimento de uma medida. In: XXXI Encontro da Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Administração, Rio de Janeiro, 2007. *Anais...* Rio de Janeiro: ANPAD, 2007.
- SIRANGELO, F. P. Aprendendo a Fazer o Futuro: Breves Notas de um Percurso dos Tribunais Brasileiros no Caminho da Modernização. *Estudos de administração judiciária: reflexões de magistrados sobre a gestão do Poder Judiciário*. – Porto Alegre: HS Editora, ano 1, n. 2, p. 7-16, 2009.
- SOUZA, L. R. *III Breviário de organização judiciária*. Rio de Janeiro: Editora Forense, 1990.
- THOENIG, Jean-Claude. Recuperando a ênfase na dimensão pública dos estudos organizacionais. *Rev. Adm. Pública*, Rio de Janeiro, v. 41, n. spe, p. 9-36, 2007. Disponível em: <http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0034-76122007000700002&lng=en&nrm=iso>. Acesso em: 10 jul. 2016.
- VASU, M. L.; STEWART, D. W.; GARSON, G. D. *Organizational behavior and public management*. 3. ed. Nova York: Marcel Dekker, 1998.
- VILAS BOAS, O. T.; DAVEL, E. Liderança: Provocações Conceituais, Teóricas e Epistemológicas. In: XXXIX Encontro da Associação Nacional dos Programas de Pós-Graduação em Administração, 2015, Belo Horizonte - MG. *Anais...* Belo Horizonte: ANPAD, 2015.
- WEBER, Max. *Economia e sociedade: fundamentos da sociologia compreensiva*. V. 2. Tradução de Regis Barbosa e Karen Elsabe Barbosa. Revisão técnica de Gabriel Cohn. Brasília: Editora Universidade de Brasília, 1999.
- WOOD JR., T. Organizações de simbolismo intensivo. *Rev. adm. empres.* [online]. São Paulo. Vol. 40, n.1, p. 20-28, jan./mar. 2000.

Cuando los poderes se encuentran, los actores confrontan. Elementos para analizar los Jurys hacia el interior de la justicia penal

When powers meet, actors confront. Elements to analyze Juries towards the interior of criminal justice

Ezequiel Kostenwein
(CONICET, UNLP, ICJ)¹

Sumario: Introducción. 1. La *cadencia* judicial: inicios y trayectorias en carreras contingentes. 1.1 Motivación y control. 1.2 Desencantamiento y delegación. 1.3 La carrera judicial como trayectoria laboral. 2. Crujen los hechos: denuncia pública, casos resonantes y justicia penal. 2.1 Una breve aproximación a las denuncias públicas y los casos resonantes. 2.2 Punto de apoyo para los conceptos. 3. De la “familia judicial” a la familia *del* judicial. 4. Declarar la independencia, analizar la autonomía. 5. Conclusión.

Resumen: Con este trabajo intentaremos aportar, a partir de una serie de entrevistas realizadas a actores pertenecientes a la justicia penal de la provincia de Buenos Aires en la república Argentina, elementos con los cuales comprender mejor las percepciones y los efectos que ocasiona para ellos un Jury. Se trata de un abordaje cualitativo y exploratorio que no pretende apelar a fundamentos históricos o criterios comparativos. En primer lugar, analizaremos la carrera judicial como trayectoria laboral en la que se destaca una progresión de jerarquías a lo largo de los años por medio de la cual los actores van ocupando cargos de menor a mayor relevancia. Luego sugeriremos que el tradicional concepto de “familia judicial” parece estar más ligado a una representación pública sobre la justicia penal que se desentiende de los escepticismos privados que poseen los operadores jurídicos sobre la misma. En tercer lugar, desde la sociología de la justicia penal, consideraremos importante pensar a esta última no sólo en términos de independencia como se lo suele hacer sino también de autonomía. Por último, mencionaremos tres cuestiones relevantes que aparecen en los testimonios de los actores judiciales para interpretar el problema de dicha autonomía: el tipo de causas que se estén investigando, el voluntarismo de los actores judiciales y los atributos de la institución penal.

Palabras clave: justicia penal, carrera judicial, independencia, autonomía

¹ Abogado (UNLP), Magister en Criminología (UNL) y Doctor en Ciencias Sociales (UNLP). Docente de grado y posgrado (UNLP, UNL). Es Investigador del CONICET, trabaja la prisión preventiva y la justicia penal como problemas públicos en la Provincia de Buenos Aires. Es Coordinador del Área de Sociología de la Administración de la Justicia Penal en el Instituto de Cultura Jurídica (UNLP). Participa de proyectos de investigación acerca de la justicia penal y sus relaciones con actores políticos y medios de comunicación. Ha sido distinguido como Joven Investigador por la UNLP. Es autor de *Por una criminología menor: ensayos, admiraciones y aserciones* (Di Plácido, Buenos Aires, 2014), *La cuestión cautelar: el uso de la prisión preventiva desde la sociología de la justicia penal* (Ediar, 2016) y compiló *Sociología de la justicia penal. Interrogantes actuales sobre la administración del castigo* (Ediar, 2017). Correo: ezequielkostenwein@gmail.com

Abstract: In this paper, we will attempt to provide elements from a series of testimonies given by criminal justice actors, with which we may better understand the insights and effects derived from a Jury from their perspective. This is an exploratory approach which does not intend to appeal to any historical rationale or comparative criteria. Firstly, we shall examine the judicial career as a professional path in which a progression of hierarchies over the years stands out allowing actors to climb up from low to high positions. Secondly, we shall suggest that the traditional concept of "judicial family" seems to be more associated with a public representation over criminal justice eluding the private skepticism that legal agents have about it. Thirdly, from the sociology of criminal justice viewpoint, we find it important to explore this justice not only in terms of independence, as it is usually the case, but also in terms of autonomy. Lastly, we shall mention three relevant aspects that arise from the testimonies of judicial actors to interpret the problem of its autonomy: the type of cases under investigation, the voluntarism showed by judicial actors and the attributes of the criminal institution.

Keywords: criminal justice, judicial career, independence, autonomy

Introducción

En el presente trabajo analizaremos una serie de entrevistas semi-estructuradas realizadas a actores que en el ámbito de la justicia penal de la provincia de Buenos Aires pertenecientes a la república Argentina se han visto directamente involucrados en hechos conmocionantes, y que como consecuencia de ello atravesaron Jurys que les ocasionaron efectos relevantes en sus desempeños laborales posteriores. Nuestro objetivo es mostrar algunos de estos efectos que se produjeron en circunstancias en la que dicha justicia penal se vio afectada por la controversia con los otros poderes del Estado o con otros actores extrajudiciales. En este sentido, nos interesa señalar cuáles son las semejanzas y diferencias entre dichos casos, sus desarrollos y desenlaces, cómo lo vivieron y en qué hacen hincapié sus protagonistas. Consideramos que para nuestra investigación estos casos resonantes permiten comprender mejor la forma de relacionarse de la justicia penal con actores e instituciones no judiciales, para lo cual además recabaremos el tratamiento que la prensa escrita realiza de los mismos.

Vale aclarar que se trata de un trabajo exploratorio que no pretende emplear parámetros históricos o criterios comparativos, asumiendo que al utilizar narrativas personales existen ciertos beneficios y se generan ciertas restricciones. En el caso de la justicia penal en concreto, reedita la discusión entre variables institucionales y prácticas individuales. Sin embargo, permite adentrarse en las percepciones de actores judiciales, percepciones que se vuelven insumo para analizar mejor algunas lógicas de un ámbito poco accesible.

1 - La *cadencia* judicial: inicios y trayectorias en carreras contingentes

Los trabajos que han tomado como objeto de estudio a la carrera judicial en el ámbito penal no son numerosos, con la particularidad que sus perspectivas suelen ser diferentes y más disímiles aún las conclusiones a las que arriban². Haciendo esta aclaración, aquí nos interesa más que definir dicha carrera, ofrecer algunos componentes para analizar y comprender –al menos en parte– su funcionamiento.

Según los testimonios de los propios operadores jurídicos que entrevistamos en el marco de investigaciones previas³, la carrera judicial es uno de los factores

² Los análisis sobre los rasgos y características de la carrera judicial suelen provenir de la dogmática jurídica (Viñas, 2004), la antropología y la sociología del derecho (Tiscornia, 2004; Fucito, 2001) y los documentos e informes de ONGs (INECIP, 2006, 2012).

³ KOSTENWEIN, E. *La cuestión cautelar. Estudio socio-jurídico sobre el uso de la prisión preventiva en la provincia de Buenos Aires*, Bs. As., EDIAR, 2016

que con mayor frecuencia contribuye a relativizar el peso de las normas jurídicas en su trabajo cotidiano. En esta carrera parece intervenir un proceso de aprendizaje local, es decir, un conjunto de saberes más ligados a la organización judicial del ámbito penal que a lo técnico jurídico. En este proceso de aprendizaje que se alimenta de interpretaciones específicas del trabajo cotidiano, tanto las prácticas como los procedimientos que estructuran el ámbito penal son considerados como el marco inmediato que ofrece una referencia a la acción. En otras palabras, se trata de una amalgama indefinida de experiencias acumuladas, enseñanzas institucionales y sentido común profesional que orienta las conductas de los agentes penales y dota de significado a sus tareas⁴.

Pensada en tanto amalgama indefinida, la carrera judicial se presenta como un cúmulo de experiencias institucionales acumuladas y reconocidas con sus propias expresiones, categorías y escalas, lo cual configura el contexto tangible de los actores judiciales⁵. Algunos trabajos destacan cómo en esta carrera son decisivos los favoritismos y las protecciones informales, y de qué manera esto último permite organizar el trabajo cotidiano en dicha institución. Más en concreto, se observan relaciones apoyadas en el parentesco, el status y las jerarquías que dan un sentido particular a la acción de los actores, relaciones a las que se vuelve imprescindible acudir si se pretende interpretar el funcionamiento de la justicia penal⁶. Esto significa que, pese a que en dicha justicia rige un conjunto de pautas abstractas de tipo universales e impersonales propias de todo aparato burocrático, hay otro régimen coexistente que impera simultáneamente con él. Es decir que, por un lado, se advierten una serie de reglas y de leyes generales, y por el otro, un conjunto de vínculos personales que pueden provenir del clientelismo y las prebendas.

1.1 Motivación y control.

En sintonía con lo anterior, actores judiciales sugirieron que hacia el interior de la justicia penal en la que trabajan aparecen en tensión intereses utilitarios que dicha institución promueve y valores solidarios que la misma institución menoscaba, o al menos no fomenta⁷. En este sentido, a la hora de evaluar las decisiones que toman, los actores judiciales parecen tener presente aspiraciones de más largo alcance dentro de la justicia penal, pero también compromisos y convicciones morales más cercanos, siempre según sus palabras, a la protección de normas, garantías y principios jurídicos. Desde su percepción, es factible distinguir entre una motivación institucional que promueve especulaciones con el uso de las leyes de acuerdo a la conveniencia personal –actitud calculadora. Y a esta motivación se le suma un débil control de la misma institución para que los mismos actores se apeguen a las mencionadas leyes.

Como consecuencia, para analizar la carrera judicial en la justicia penal es importante tener en cuenta la combinación que surge entre una frágil supervisión para apegarse a la norma jurídica y un persistente estímulo para negociar con su utilización⁸. En definitiva, ambos lados de la ecuación de la carrera judicial, motivación y control, se vuelven elementos destacados para el análisis de las prácticas de los operadores jurídicos.

1.2 Desencantamiento y delegación.

Las ideas propuestas de motivación y control no son las únicas que aparecen en los testimonios de los operadores jurídicos. Para algunos de ellos la carrera

⁴ GARLAND, D. *Castigo y sociedad moderna*, Siglo XXI, México, 2006

⁵ FUCITO, F. *¿Podrá cambiar la Justicia en la Argentina?*, FCE, Bs. As., 2001

⁶ SARRABAYROUSE, M. J. *La justicia penal y los universos coexistentes*, en *Burocracias y violencia*, Antropofagia, Bs. As., 2004, p. 203-238

⁷ KOSTENWEIN, E. (2015). *El uso de la prisión preventiva en Argentina. El caso de la provincia de Buenos Aires*. Revista Nova Criminis Nº 9, Chile, Universidad Central de Chile

⁸ YOUNG, J. *La sociedad excluyente*, Marcial Pons, Madrid, 2003; FEELEY, M. *The process is the punishment*, Russell Sage Foundation, New York, 1992

judicial provoca cierto desencantamiento que favorece, primordialmente, la delegación de responsabilidades dentro de la institución judicial a partir de las jerarquías formales existentes en esta última.

Si bien conocemos el peso que tiene la metáfora del desencantamiento del mundo en el ámbito de las ciencias sociales⁹, nosotros la utilizamos en un sentido muy específico. Tomando en cuenta lo que expresan los mismos actores, hablamos de desencantamiento del mundo judicial para dar cuenta de un declive en el prestigio de dicha institución para quienes allí se desempeñan¹⁰. Una de las consecuencias de este debilitamiento del prestigio del mundo judicial se expresa en el agotamiento de componentes característicos de su historia y su tradición. El mérito, la trayectoria, el esfuerzo persistente, que según algunos testimonios recogidos supieron ser la base en la consolidación de antiguas y respetables carreras judiciales, hoy parecen haber cedido primacía.

Si bien se trata de reconstrucciones hechas en base a percepciones situadas de los operadores jurídicos, su importancia está dada no tanto por su exactitud –la cual no es posible determinar– como por el hecho de que expresan el desprestigio en el que ha caído la justicia penal a la que ellos pertenecen. Agreguemos a esto las objeciones que provoca en los mismos operadores la utilización de criterios considerados indebidos en la elección del personal, criterios que auspician una actitud escéptica en quienes lo advierten de ese modo. Sin que desaparezca el interés de los actores judiciales por integrar la justicia, sin que decidan renunciar a sus empleos por calificar ilegítimos varios de sus procedimientos, estos actores expresan su desencanto, en el sentido de que ya no creen en algo que antes creían, y en simultáneo, comienzan a reconocer mecanismos reprochables que antes –según ellos mismos– no existían. En palabras de Fucito, “en la última década del siglo XX [...] el nombramiento puramente político de jueces afines [...] se extendió hasta el punto de sobrepasar todos los límites tolerables, incluso en un sistema *familista*” como el sistema judicial¹¹. No es que la institución judicial haya dejado sin respuestas a los actores sobre cuestiones importantes como las relacionadas a qué deben hacer o cómo deben hacerlo, sino que dicha institución ha ofrecido nuevas respuestas que fomentan la desidia de estos actores a la hora de percibir qué pueden hacer concretamente.

En este aspecto, es importante señalar que dentro de la justicia penal se dieron cambios, tanto en su expansión como en su composición en las últimas dos décadas. Un ejemplo de esto puede observarse en la Provincia de Buenos Aires (PBA), donde hubo un gran crecimiento en el número del personal, el cual se duplicó con creces. Según las cifras de la Suprema Corte de Justicia de la PBA a las que accedimos, en diciembre de 1998 había un total de 11.385 empleados sumando la Administración de Justicia y el Ministerio Público. Para agosto de 2017, la cifra era de 26.388. A su vez, este incremento se dio junto con la llegada de abogados jóvenes formados con programas de estudios en materia penal y procesal penal más actualizados que aquellos con los que se habían instruido los actores judiciales que llevaban más tiempo en el ámbito judicial bonaerense. La reforma al Código Procesal Penal del año 1998 en la PBA implicó una nueva división de tareas en el ámbito penal que exigía la ampliación del número de empleados:

“Al girarse hacia un sistema de enjuiciamiento de espíritu más acusatorio se multiplicaron los cargos en la Procuración General (fiscalías y defensorías), se separaron a los jueces que intervendrían en la instrucción (de garantías) y los de juicio. Y para los casos de delitos graves, el juicio estaría a cargo de un tribunal compuesto por tres jueces. Esta súbita expansión de los cargos jerárquicos permitió que junto con los operadores políticos ingresaran al

⁹ WEBER, M. *Economía y sociedad*, FCE, México, 2002

¹⁰ KOSTENWEIN, E. *La cuestión cautelar. Estudio socio-jurídico sobre el uso de la prisión preventiva en la provincia de Buenos Aires*, Bs. As., EDIAR, 2016

¹¹ FUCITO, F. *¿Podrá cambiar la Justicia en la Argentina?*, FCE, Bs. As., 2001, p. 64

mundo judicial (y hasta como necesidad de sostener ideológicamente el nuevo proyecto) varios funcionarios del área académica de la Universidad de Buenos Aires y sus universidades satélite, que habían demostrado capacidad de análisis para poder crear jurisprudencia y una visión crítica del viejo poder judicial cerrado y endogámico, y del viejo sistema de enjuiciamiento inquisitivo”¹².

En definitiva, el debilitamiento del prestigio dentro de la institución judicial puede entenderse, al menos para determinados actores judiciales, a partir de la percepción de estos nuevos nombramientos y ascensos como arbitrarios. En términos generales, esta nueva configuración en la justicia penal es experimentada como una situación injusta que a su vez podría ser evitada. Situación que, además, no es vista por dichos actores judiciales como resultado de su propio comportamiento, sino que se la atribuyen a las autoridades institucionales y políticas que están por fuera de su ámbito de influencia¹³. Por lo tanto, desde la perspectiva de estos actores parece existir una institución judicial en la cual se socializa a los recién llegados lejos de su tradicional cultura del esfuerzo. Y como consecuencia de esta nueva socialización, se desalienta a los empleados con más trayectoria allí dentro.

1.3 La carrera judicial como trayectoria laboral.

Concentrándonos ahora en los actores que entrevistamos para este trabajo, cuatro de los cinco han desarrollado una serie de movimientos por medio de los cuales forjaron la *cadencia* necesaria para consolidar una carrera judicial convencional¹⁴. Con esto queremos decir, principalmente, que han ido avanzando en sus jerarquías a lo largo de los años, ocupando cargos de menor a mayor relevancia en la justicia hasta el advenimiento de un hecho contingente que derivó en un Jury de enjuiciamiento.

Entrevista 1: “Ingresé en el Poder Judicial de la Provincia de Buenos Aires en el año 1991. El ciclo judicial finalizó en el mes de Diciembre de 2013. Mi ingreso fue como meritorio y me retire siendo Juez de Garantías en el Departamento Judicial XXX. Me desempeñé como Secretario de la Sala II en el Tribunal de Casación Penal de la Provincia de Buenos Aires, como Secretario de la Sala III en la Cámara de Apelación y Garantías del Departamento Judicial XXX, como Auxiliar Letrado de la Fiscalía General del Departamento Judicial XXX y transité, antes de mi designación como funcionario, varios cargos en primera instancia, principalmente en el Juzgado de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional XXX”.

¹² GUTIÉRREZ, M. Y ÁLVAREZ, V. *La construcción de la trama política del Poder Judicial*, Jornadas Preparatorias del Congreso Alas, 2009, p. 11. La reforma procesal en la PBA supuso cambios institucionales importantes: “Durante este período, y principalmente el primer año que va de 1998 a 1999 el Poder Judicial de la Provincia se pobló de jóvenes profesores, que sin atacar a la estructura judicial en sí misma ni sus dinámicas internas, con actitud militante se propusieron cambiar las formas de actuación, provocar un cambio en las formas de entender el enjuiciamiento y crear una nueva corriente jurisprudencial” (Ibid.).

¹³ La experimentación de una situación como arbitraria por parte de los actores judiciales tiene cierta relación con lo que algunos autores definen como “privación relativa”, concepto que se suele utilizar, entre otras cosas, para analizar ciertos delitos y las motivaciones para cometerlos en determinado contextos donde no es la “privación absoluta” de bienes y recursos lo que permitiría explicar estos comportamientos, sino el resentimiento que provoca considerar injusta en términos comparativos una situación; LEA, J. Y YOUNG, J. *¿Qué hacer con la ley y el orden?*, Del puerto, Bs. As., 2008

¹⁴ Respecto de los cinco entrevistados para este trabajo, el único que no siguió una carrera judicial en el sentido tradicional del término, accedió al cargo de Juez de Garantías por concurso luego de haber trabajado previamente como abogado en la actividad privada.

Entrevista 2: “Ingresé al Poder Judicial de la Nación en el mes de noviembre de 1986, hace más de treinta años. Desde 1986 a 1991, ocupé los cargos de auxiliar de 6ta. y auxiliar de 5ta. en un juzgado nacional en lo criminal de sentencia. Desde 1991 a 1993, los cargos de escribiente y oficial en una defensoría oficial de primera instancia. Desde 1993 a 2005, secretario de un juzgado nacional de ejecución penal. Y desde 2005 a la fecha, juez nacional de ejecución penal”.

Estos testimonios permiten entender a la carrera judicial, con sus particularidades, en los términos de una trayectoria laboral. Algunos estudios sugieren que esta última debe ser concebida a partir de las diferentes temporalidades por las que atraviesan los actores, o dicho de otra manera, que cada persona no es producto de una sola historia, sino la conjunción de varias, entre ellas, la historia residencial, la de formación, la profesional y la familiar. En este sentido, “la cadena de acontecimientos estaría así dada por la combinación de los diferentes eventos que se producen en cada una de estas historias y en su particular influencia en las demás”¹⁵.

Respecto de los actores entrevistados en el marco de este estudio, una de las historias que asume gran relevancia frente al proceso que se genera con el Jury, y la posterior decisión sobre el futuro profesional del operador jurídico, es la historia familiar. Si bien analizaremos esto en una sección ulterior, es importante señalar que las repercusiones en el espacio doméstico del actor judicial son centrales en sus descripciones.

Otro elemento importante en el estudio de las trayectorias laborales, en particular para los actores con los que dialogamos, es aquello que se define como “lo contingente”¹⁶. Esto significa que si bien en las mencionadas trayectorias existen transiciones que involucran cambios paulatinos y variaciones escalonadas, también es posible que sobrevengan eventos que por su naturaleza marcan un “punto de inflexión” (*turning points*) generando alteraciones considerables en esas transiciones¹⁷. Tal como lo afirman Hareven y Masoaka¹⁸, se trata de procesos que implican una perturbación del curso de vida y llevan a evaluar ciertas opciones y estrategias a seguir por parte de los actores.

Entrevista 3: *¿Cómo recuerda hoy aquel momento?*

“El hecho conmocionó a la comunidad de XXX, causando estupor, miedo, bronca, indignación...”

¿Tuvo alguna consecuencia?

“Sí, tuvo consecuencias significativas. En aquel tiempo la sede del Juzgado estaba en XXX a 45 Km de la ciudad de XXX. Debí prácticamente mudarme a XXX para atender el caso. Fui afectado a la causa en forma exclusiva durante un largo tiempo [...]. Debí abandonar provisoriamente mis actividades docentes en la Facultad de Derecho XXX, entre otras cosas. Además estuve bajo sumario administrativo durante más de 10 años, que derivó en un juicio político en el año 2012, por mi actuación en la causa. Después fui absuelto, pero era ya tanto mi hartazgo con el Poder Judicial que decidí renunciar y dedicarme al ejercicio libre de la profesión”.

¹⁵ MUÑOZ TERRA, L. *Carreras y trayectorias laborales: Una revisión crítica de las principales aproximaciones teórico-metodológicas para su abordaje*. Revista Latinoamericana de Metodología de Las Ciencias Sociales, 2(1), 36-65. Consultado de <http://www.relmecs.fahce.unlp.edu.ar/article/view/v02n01a04/12>, 2011, p. 43

¹⁶ GODARD, F. *Uso de las historias de vida en las Ciencias Sociales*, en T. LULLE, P. VARGAS Y L. ZAMUDIO (coord), Los usos de la historia de vida en las ciencias sociales. Colombia. Anthropos. Serie II, 1998

¹⁷ ABOOT, A. *Time matters. On theory and method*. Chicago. University of Chicago Press, 2001

¹⁸ HAREVEN, T. Y MASOAKA K. *Turning points and transitions. Perceptions of the life course*, en Journal of family history. Vol 13 nº 3. Estados Unidos, 1988

Entrevista 4: ¿Qué recuerda de aquella situación?

"Recuerdo mucho estrés por la presión social y política"

¿Lo afectó de alguna manera en concreto?

"Bueno, la afectación en concreto podría describirse en severos picos de estrés que me llevaron a estar internado en cardiología del hospital italiano una semana. Al salir de ahí cambie radicalmente mi vida. Comencé terapia, deje de fumar, bajé sustancialmente de peso, retorne actividades deportivas, y profundice mi vida académica [...]".

Tomando en cuenta sus palabras, es posible advertir que el hecho por el cual comenzaron a ser interpelados trajo consecuencias que reorientaron sus trayectorias y que, de alguna u otra manera, promovieron nuevos rumbos a sus vidas. Eventos contingentes o inesperados que en parte tienen que ver con el desempeño de los mismos actores, pero en parte podrían estar relacionados con lo que Godard¹⁹ define como acontecimientos externos a ellos, tal sería el caso de períodos históricos puntuales que traen consecuencias específicas para las personas. Si bien no estamos en condiciones de afirmarlo puesto que nuestro trabajo no es ni histórico ni comparativo, sí podemos sugerir la emergencia de un cambio durante las últimas décadas en las relaciones entre la justicia penal y determinados actores extrajudiciales, especialmente con el campo político²⁰. Interpretar los Jurys de enjuiciamiento como síntoma de un cambio histórico más amplio supone una línea de investigación que sin dudas resulta necesario seguir desarrollando.

En síntesis, lo que parece existir en las carreras judiciales de estos actores son secuencias de acción imprevisibles que producen efectos a largo plazo para sus trayectorias laborales. Esto sin olvidar que es en momentos de crisis como los que mencionan los actores judiciales entrevistados cuando se revelan dentro de las instituciones determinadas coacciones que resultan difíciles de apreciar en circunstancias en las que el trayecto sigue un curso predecible.

2 - Crujen los hechos: denuncia pública, casos resonantes y justicia penal

Se suele afirmar que no todo hecho controvertido genera una denuncia pública, ni todo evento polémico se transforma en un caso resonante. Para comprender mejor estas distinciones recurriremos a la literatura sobre dicha problemática y definiremos tanto la denuncia pública como el caso resonante para luego referir a aquello que los actores judiciales mencionan sobre los acontecimientos que derivaron en su Jury de enjuiciamiento.

2.1 Una breve aproximación a las denuncias públicas y los casos resonantes.

Tal como lo hemos hecho anteriormente²¹, consideraremos a la denuncia pública como la actividad que realizan determinados actores e instituciones, y que puede concretarse, entre otras formas, a partir de una protesta, una movilización, una controversia, en las que se desarrollan, en palabras de Schillagi, "estrategias o acciones para reclamar en el espacio público o ante los poderes públicos. En

¹⁹ GODARD, F. , *Uso de las historias de vida en las Ciencias Sociales*, en T. LULLE, P. VARGAS Y L. ZAMUDIO (coord), Los usos de la historia de vida en las ciencias sociales. Colombia. Anthropos. Serie II, 1998

²⁰ KOSTENWEIN, E. *De la prisión preventiva al campo del control del delito en la provincia de Buenos Aires: algunas reconfiguraciones*, Bs. As., Revista Delito y Sociedad (Número 32), 2012

²¹ KOSTENWEIN, E. *Casos resonantes y justicia penal*. Revista Nova Criminis Nº 12, Chile, Universidad Central de Chile, 2016b

cualquier caso, existe siempre un conjunto de demandas y de demandantes que constituyen la médula de la indagación [...]"²²

De esto se deriva que no cualquier denuncia logra hacerse pública, o lo que es lo mismo, que para que esto último suceda quien acusa debe estar en condiciones de persuadir a un conjunto de personas que aquello que dice es verdad. A su vez, que se trata de una verdad significativa como para generar la adhesión de aquellas personas a las que se está convocando. De allí que quienes pretenden hacer pública su denuncia deben dirigirse a un conjunto indefinido de personas, puesto que necesitan que la causa que defienden alcance cierta universalidad, y como consecuencia, evitar aludir a intereses puramente personales.

Además, para que una denuncia pública logre aceptación debe ser considerada como válida o "normal" por los demás. Esta normalidad se logra en tanto y en cuanto los actores involucrados en el hecho se distribuyan de una forma determinada a partir de dos ejes: uno que va de lo singular a lo colectivo, y otro que va del mayor al menor grado de proximidad entre ellos²³.

Esta denuncia pública de la que venimos hablando puede, a su vez, estar ligada a un escándalo o caso resonante²⁴, entendido éste como un evento por medio del cual es posible analizar las estrategias que desarrollan los públicos asociados a dicha denuncia²⁵. Considerando los objetivos de nuestro trabajo, los casos resonantes permiten observar discursos y competencias empleadas, entre otros por políticos y periodistas, dentro de coyunturas en las que existe mayor presión respecto a un suceso en el cual la justicia penal está involucrada. Se trata de situaciones "escandalosas" que afectan lo que Thompson²⁶ define como la zona *intermedia de la decencia*, en el sentido que son actos que implican faltas considerablemente sensibles para generar reproches de parte de la sociedad dado que quebrantan valores o normas fundamentales.

Un escándalo requiere, también, que el reproche alcance cierta visibilidad, lo que equivale a decir que es la respuesta del público lo que da lugar a la aparición de un escándalo y no a la inversa²⁷.

En síntesis, dos elementos fundamentales de los casos resonantes son que impliquen una ofensa moral relevante, y que dicha ofensa sea denunciada

²² SCHILLAGI, C. *Problemas públicos, casos resonantes y escándalos. Algunos elementos para una discusión teórica*, Polis, Revista de la Universidad Bolivariana, Volumen 10, Nº30, 2011, p. 256, 2011

²³ BOLTANSKI, L. *El amor y la justicia como competencias*, Amorrortu, Bs. As., 2000. En torno al primer eje, los involucrados que pretenden hacer pública una denuncia deben mostrarse como personas colectivas dado que para ser calificada de normal necesitará lograr la *desingularización* de la relación entre quienes están involucrados en ella. Esto no significa que los deben ser presentados como representantes de entidades y no como simples individuos atrapados en relaciones personales. Respecto al segundo eje, las probabilidades para que una denuncia pueda ser observada como normal o anormal dependen además del nivel de proximidad o lejanía que haya entre los actores. En la medida que aquel que es denunciado por alguna mala acción resulte próximo o cercano al denunciante, dicha denuncia puede volverse dudosa ya que podría interpretarse como una disputa particular y no colectiva

²⁴ Según Schillagi, "Es en torno a los casos o los escándalos, que se despliega y se vuelve públicamente más visible todo ese conjunto de prácticas y categorizaciones, narraciones y relatos que forman la base de sustentación práctica y simbólica de un problema público", Ibid.: 247.

²⁵ LATOUR, B. *Cogitamus*, Paidós, Bs. As., 2012

²⁶ THOMPSON, J. *Escándalo político: poder y visibilidad en la era de los medios de comunicación*, Paidós Ibérica, Barcelona, 2001

²⁷ Lo que un escándalo significa, "no puede aprehenderse sino estudiando las reacciones que suscita el acto de denuncia pública que éste implica. Son esas reacciones las que resultan indisociables de la "gravedad de la trasgresión" ocurrida; es decir que no es posible tener una medida "objetiva" de la gravedad del escándalo sin seguir a los actores que expresan públicamente su indignación o por el contrario, que buscan relativizar u ocultar lo sucedido", Schillagi, Ibid.: 251.

públicamente. De allí que para hablar de un evento de este tipo hay que estar en condiciones de señalar cómo se asocian y movilizan los actores en su protesta a otros agentes, convenciéndolos de que además de decir la verdad y generar aceptación -como en el caso de la denuncia pública-, se trata de una verdad que es necesario que sea expresada, puntualizando con claridad quien o quiénes son los responsables.

2.2 Punto de apoyo para los conceptos.

Formuladas las definiciones, daremos un punto de apoyo a las mismas tanto con la presentación que hizo la prensa de los eventos que tuvieron como protagonistas a los actores judiciales que entrevistamos, así como con las apreciaciones que estos últimos ofrecen al respecto.

Control y descontrol: excarcelaciones en el banquillo. El sistema judicial busca sacar presos de cárceles abarrotadas que terminan convirtiéndose en escuelas de delincuentes. Pero la masacre de Campana, en la que uno de los involucrados era monitoreado electrónicamente, desató la polémica y obligó a revisar incluso la actuación de los jueces [...]. Fue necesaria la masacre de Campana, con la participación criminal de X, delincuente de voluminoso prontuario que gozaba del mismo beneficio, para que el caso Oviedo, entre otros trescientos, fuera revisado. Fueron necesarias cuatro muertes para que la sociedad se enterara de que, además de X, había otros 22 peligrosos delincuentes en un estado de semilibertad beneficiados por un sistema que, teóricamente, no había nacido, precisamente, para darles cobijo (La Nación, 7/9/2008).

El juez X volvió a liberar a un preso que en salidas transitorias ya había delinquido. El juez de ejecución penal X, que afrontó dos juicios políticos por las salidas transitorias que otorgó a condenados, volvió a beneficiar a un preso que purgaba 20 años de cárcel y cuenta con un largo prontuario delictivo. Fuentes judiciales informaron que el magistrado, en base a informes positivos de conducta emitidos por el Servicio Penitenciario Federal (SPF), dejó salir de prisión a un recluso que ya en dos oportunidades anteriores gozó de ese beneficio y cometió nuevos delitos (Clarín, 3/4/2013).

Piden juicio político para el juez de la causa del Banco Río. Las Madres del Dolor presentarán este pedido por un caso que atendió el magistrado, en el cual no quiso detener o excluir de un hogar a un hombre que abusaba de su hija [...]. Así lo adelantó el abogado de la entidad, Claudio Mazaira, quien explicó que el pedido de juicio político no está vinculado al caso del robo del siglo, sino a otra causa en la que el magistrado se negó reiteradamente tanto a detener como a excluir del hogar a un padre que violó durante años a su hija (Infobae, 21/3/2006).

Aunque de forma muy acotada, estas notas periódicas permiten observar la presencia de agravios morales relevantes así como la notoriedad que dichos agravios adquirieron, todo esto teniendo en cuenta las modalidades y discursos empleados por diferentes actores sociales. Se trata de una masacre en la que participó un criminal con un "voluminoso prontuario", se trata de un delincuente que "había gozado del *beneficio* de salidas transitorias" y cometió "nuevos delitos", se trata de "un hombre que violó durante años a su hija". Todo parece condensarse en dos cuestiones centrales: una sociedad desprotegida, una justicia penal que –debiendo hacerlo– no la protege, el binomio que hace posible que los poderes del Estado se encuentren.

Dicho esto, vale la pena aclarar que lo que aquí nos interesa no es tanto reconstruir los procesos por medio de los cuales los eventos que protagonizaron

nuestros entrevistados generaron denuncias públicas y luego se transformaron en casos resonantes, sino recuperar sus testimonios para analizar qué efectos tuvieron en sus propias trayectorias. Por esta razón, introduciremos ahora aquello que expresan los actores judiciales que atravesaron Jurys de enjuiciamiento para articular lo que hemos formulado teóricamente con eventos concretos.

Entrevista 4: "He tenido muchísimos casos resonantes, propios de la función de juez de garantías en un departamento del conurbano. Por el que se me hizo un Jury fue el mediáticamente denominado "la masacre de campana". Por un homicidio a toda una familia perpetrado por un sujeto que estaba bajo detención domiciliaria otorgada por mi".

Entrevista 2: "En 2008 una persona que, con acuerdo de la fiscalía llevaba más de tres años incorporado al régimen de Salidas Transitorias, asesinó a una joven vecina del domicilio fijado para sus egresos, en el barrio de Caballito. En 2012 un condenado que llevaba más de cuatro años egresando transitoriamente fue incorporado al régimen de Libertad Condicional, y al poco tiempo asesinó a una joven en la periferia de la ciudad de Resistencia del Chaco. Las dos personas se encontraban cumpliendo pena en virtud de la comisión de delitos de agresión sexual".

Entrevista 1: "Los casos resonantes fueron varios, podría decir que el comienzo de la mediatización de mi actividad como juez fue el caso del Robo al Banco Río, denominado Robo del Siglo [...]. Luego de ello la mediatización de muchos otros importaba un ejercicio de disciplinamiento orquestado por el Fiscal General y los intendentes de la jurisdicción. La instrucción del Fiscal General a sus fiscales era que toda resolución de mi juzgado que fuera mediáticamente explotable debía ser informada a la Fiscalía General y de allí era entregada a los medios de comunicación [...]. Principalmente eran publicitadas las decisiones sobre libertad y cada vez que sucedía un hecho se averiguaba si yo había intervenido como juez y en caso que así fuera se informaba que lo que había sucedido era responsabilidad mía por alguna decisión de libertad anterior, sin importar de cuando había sido o si en el medio había intervenido otro juez".

Una cuestión interesante que surge desde la percepción de estos actores es que parecen haber sido varios los hechos escandalosos por los que atravesaron, o al menos no sólo uno. Como consecuencia, en sus carreras judiciales estos hechos pueden interpretarse como imprevisibles tal cual sugiere la literatura sobre trayectorias laborales, fundamentalmente en sus consecuencias, pero no como inexplorados. Más en concreto, surgen coacciones para ellos a partir de eventos improbables dentro de la institución en la que trabajan, aunque lo improbable no sea ya del todo extraño.

Otro elemento que aparece en las expresiones citadas está ligado al alcance de las decisiones que tomaron estos actores y luego se transformarán en el factor desencadenante del hecho escandaloso. Más específicamente, evitar o interrumpir el paso por la cárcel de quienes son imputados o ya se encontraban condenados. Teniendo en cuenta los testimonios recogidos, surgen como ejemplo la detención domiciliaria, las salidas transitorias, la libertad condicional, la excarcelación, cuestiones que son a su vez las que destaca la prensa. Si bien no estamos en condiciones de afirmarlo terminantemente, sí podemos sugerir que lo que aparece como menos conveniente es liberar a quienes estén encarcelados a partir del riesgo más o menos explícito que implica el comportamiento futuro de estas personas, independientemente de su situación jurídica. Esto último coincide con lo definimos en el apartado anterior como *control* y *motivación*: por un lado, el escaso control sobre las decisiones de los actores judiciales que envían o mantienen en la cárcel a individuos parece no responsabilizarlos por las consecuencias de sus decisiones.

Junto a esto, la motivación tácita o manifiesta para llevarlo a cabo que resulta del peligro que implica liberar a alguien por aquello que pudiera llegar a hacer al recuperar su libertad. En síntesis, es posible insistir con que el poco control y la permanente motivación deben ser analizados para comprender mejor la carrera judicial en tanto trayectoria laboral, aún cuando se trate de un hecho resonante.

3 - De la "familia judicial" a la familia *del* judicial.

Al dialogar con los operadores jurídicos que habían atravesado un Jury de enjuiciamiento, nos interesaba también indagar acerca de si esto último los había aquejado de algún modo concreto, si consideraban que todo eso formaba parte -o no- de sus deberes como funcionarios de la justicia, y si necesitaron en aquel momento algún tipo de apoyo para enfrentar los incidentes.

Entrevista 2: "Una pesadilla que me afectó personalmente y, por supuesto, también a mi familia. Padres, esposa, cuatro hijos. Son sensaciones que van de la mano con el modo en el que los medios trataron el tema y el escaso apoyo institucional recibido [...]. Debí modificar los lugares en los que realizaba las compras en el barrio, soportar comentarios agresivos o mordaces por parte de personas que supieron cuál era mi trabajo a través de los medios, aguantar la mirada escrutadora de toda persona a la que, por las razones que fueran, debiera presentarle mi documento, que mis hijos discutieran con compañeros o, incluso, profesores que decidían tratar el tema en sus clases. En fin, todo tipo de molestias que trascendieron mi trabajo funcional y afectaron lo personal y familiar".

Entrevista 4: "Recuerdo mucho estrés por la presión social y política, particularmente preocupado por preservar a mi familia, en ese momento mis hijas tenían 11 años la más grandes y 4 la pequeña [...]. Bueno, la afectación en concreto podría describirse en severos picos de estrés que me llevaron a estar internado en cardiología del hospital italiano una semana. Al salir de allí cambie radicalmente mi vida. Comencé terapia, deje de fumar, baje de peso, retorne actividades deportivas, y profundice mi vida académica y el espacio a mi familia".

Entrevista 3: "Efectivamente me afectó de manera significativa. En aquel tiempo la sede del Juzgado estaba en Gral. Roca a 45 Km de la ciudad de Cipolletti. Debí prácticamente mudarme a Cipolletti para atender el caso. Fui afectado a la causa en forma exclusiva durante un largo tiempo. Ello provocó serias consecuencias de índole familiar, social, profesional y de salud. Debí abandonar provisoriamente mis actividades docentes en la Facultad de Derecho del Comahue, entre otras cosas [...]. Además estuve bajo sumario administrativo durante más de 10 años, que derivó en un juicio político en el año 2012, por mi actuación en la causa. Del mismo fui absuelto, pero era ya tanto mi hartazgo con el Poder Judicial que decidí renunciar y dedicarme al ejercicio libre de la profesión".

La cuestión acerca de cómo el parentesco puede, en ciertas ocasiones, estructurar los vínculos hacia el interior de la justicia es un tema que ha sido materia de análisis²⁸. Se trata de un fenómeno cuya denominación más frecuente es la de "familia judicial", en el sentido de señalar cómo vínculos entre allegados de sangre están en condiciones de incidir en la configuración de una institución que, en principio, se basa en criterios impersonales de autoridad. A su vez, la expresión "familia judicial" puede ser utilizada, dentro y fuera de los ámbitos tribunales, de un modo menos literal, es decir, con un sentido alegórico. Hablamos de una caracterización que enfatiza en el grado de cohesión interna de la institución judicial

²⁸ TISCORNIA, Sofia (comp.). *Burocracias y violencia*, Bs As, Eudeba, 2004

como una corporación que repele intervenciones ajenas a la misma; en nuestro caso, la conformación de la justicia penal como una "gran familia". Sin embargo, tomando en cuenta las expresiones de los actores judiciales que entrevistamos, parece que el eje se ha desplazado desde la "familia judicial" a la familia *del* judicial.

Una cuestión para señalar es que todo el proceso ligado al Jury afecta no sólo a los actores judiciales sino también a su entorno familiar: padres, hijos, cónyuges, parecen estar en el centro de las preocupaciones de quienes son señalados por sus aparentes malos desempeños en la justicia penal. Esto resulta importante por la dificultad, y en algunos casos el sufrimiento, que ocasionan los eventos resonantes debido a la abrupta exposición que provocan en ciertos operadores jurídicos, junto al alcance de dicha exposición en torno a sus familiares, y en definitiva cómo lo dicho puede condicionar las decisiones que toman estos operadores en su trabajo cotidiano.

Es importante también analizar de qué manera interpretan los actores judiciales el hecho de quedar en la mira de la comunidad y las consecuencias que esto trae aparejado para ellos, y más en concreto, si lo ven como un componente aceptable de su trabajo.

Entrevista 5: "Creo que cada poder y cada funcionario deben dar cuenta de sus actos. El poder judicial y sus jueces deben ser observados por la ciudadanía y su trabajo sometido a control. El método, en el caso particular, de ningún modo forma parte del trabajo, no funcionó ningún mecanismo de control y los mecanismos de control predispuestos por las leyes fueron desoídos, no importaba nada más que mi destitución y con ese norte sucedió un "vale todo"".

Entrevista 6: "Desde ya, admito que el sistema republicano de gobierno implica que los actos jurisdiccionales pueden y deben ser conocidos por el público en general. También entiendo que lo resuelto judicialmente pueda ser materia de opinión popular. Lo que no puede ser aceptado es que, a caballo de una supuesta libertad de expresión, toda esa opinión sea direccionada por los medios hegemónicos de comunicación en satisfacción de sus intereses políticos o, meramente, de atención y audiencia. Por otra parte, muchos operadores jurisdiccionales, entre los que me incluyo, no estamos preparados para enfrentar una persistente campaña de prensa que, en función del morbo popular, convierte a las cuestiones de índole penal en algo tan trivial y antijurídico como lo puede ser una discusión acerca de si un técnico de fútbol se equivocó o no al diagramar el esquema del equipo".

Entrevista 4: "Lo que sucedió es incito al trabajo en el contexto en el que este se desarrolla. Argentina es un país caracterizado por el corto plazo, esto conduce a que el oportunismo y la capacidad de obtener rápidos réditos con poco esfuerzo, se exprese en el campo político con subirse a la ola de una prensa desinformada y poco rigurosa. Eso es un combo explosivo para los jueces, en razón de la función social contra mayoritaria que cumplen".

Acá sería importante diferenciar entre la representación general que tienen los actores judiciales sobre las explicaciones que consideran adecuado dar a raíz de la institución en la que trabajan, de su caso particular al cual definen como viciado. Dicho más concisamente, les parece bien que se haga pero mal cómo se terminó haciendo en el incidente en el que ellos fueron los protagonistas. Estamos, por lo tanto, frente a una doble coincidencia: ningún operador jurídico de los que entrevistamos se mostró reacio a que sus resoluciones sean controladas o examinadas, aunque también acuerdan en que respecto de sus casos, se trató de algo que se llevó a cabo de forma irregular.

Otra cuestión significativa, tal como sugiere Thevenot²⁹ al hablar de la acción social, es poder distinguir aquello que es valorado como importante para quien la ejecuta de lo que no es prioritario. Siguiendo a estos actores, parece volverse más importante la forma arbitraria en que estiman que fueron acosados, en detrimento del principio general –valorado positivamente– según el cual es apropiado dar explicaciones por sus resoluciones. En definitiva, lo terminan considerando como algo justo en teoría pero que se vuelve –y esto es lo importante– injusto en la práctica.

El hecho de que vivan su proceso como injusto se agrava a raíz de que consideran no haber contado en los momentos más críticos con respaldo suficiente, en lo fundamental, de la institución a la que pertenecen.

Entrevista 6: “En estos casos uno tiene la ilusión de contar con el apoyo irrestricto del Poder Judicial desde el punto de vista institucional. Conté con importantes apoyos de colegas magistrados y funcionarios, pero eran voces aisladas. Tanto el Supremo Tribunal de Justicia como el Consejo de la Magistratura se movieron de acuerdo a las presiones políticas y sociales de entonces. Una muestra clara de ello fue la duración de mi sumario administrativo que a pesar de mis pedidos de caducidad, prescripción e insubsistencia de la acción, apuraban u aletargaban según lo que ellos entendían más conveniente”.

Entrevista 1: “Por supuesto que es y fue fundamental el respaldo, tuve poco respaldo pero fuerte y de calidad [...]. No tuve apoyo e incluso fueron contrarios a mi suerte la Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires, el Colegio de Abogados de San Isidro, el Colegio de Magistrados, estos dos últimos se sumaron a favor de la causa cuando era inevitable el resultado favorable [...]. Me hubiera gustado contar con el apoyo de la Corte y no porque les tenga respeto, de hecho no le tengo ningún respeto ni intelectual ni funcional, sino porque entiendo que se trató de un ataque a la independencia del poder judicial y más allá de si les parecía o no un buen juez debieron defender esa independencia [...]. No sólo la Corte miró para otro lado y se hizo la desentendida, sino que me sometió a una persecución administrativa constante. No hay un sumario en que se me haya, ni siquiera llamado la atención”.

Entrevista 2: “Por supuesto que necesité de respaldo [...]. Tuve algunos apoyos, pero no en la cantidad que hubiese deseado [...]. La mayoría de mis colegas evitó manifestarse públicamente acerca del tema, siendo que ninguna de las dos asociaciones que nuclean a los magistrados y funcionarios -Asociación de Magistrados y Justicia Legítima- emitió algún comunicado oficial de respaldo o, siquiera, de explicación del tema. La orfandad se completa y la perversidad es mayúscula cuando, en virtud de un “arreglo”, los consejeros jueces votaron por aplicarme una sanción económica para, supuestamente, frenar el pedido de enjuiciamiento [...]. Por otra parte, muchos representantes de organismos reputados como progresistas me aconsejaban, sin hacer ninguna declaración pública, que “no libere tanto”, como modo de preservarme. En fin, por supuesto que me habría encantado que se levantara en el ámbito judicial y universitario una ola de indignación, en contra del intento de llevar a un juicio a un magistrado por el contenido de sus fallos”.

Lo que afirman los actores puede servir para reflexionar sobre la tradicional idea de “familia judicial”, principalmente en lo que tiene que ver con el uso metafórico de ese concepto. Parece que este último está más ligado a una

²⁹ THÉVENOT, L. *La acción plural*, Siglo XXI, Bs. As., 2016

representación pública sobre la justicia penal la cual se desentiende de los escepticismos privados que poseen los operadores jurídicos sobre la misma³⁰. O en todo caso, que estos escepticismos privados dan lugar a una representación de la justicia penal por parte de quienes la integran que es algo más inestable que la representación pública que existe sobre esta justicia. Desde el silencio de los colegas, pasando por una ilusión estéril de contar con el apoyo del Poder Judicial, hasta llegar a que este último se transforme en un adversario, todo esto parece mostrar una crisis en la cohesión interna que la categoría de "familia judicial" no permite explicar y que la familia *del* judicial padece.

4 - Declarar la independencia, analizar la autonomía

Un tema que tradicionalmente ha acaparado la atención de investigadores y especialistas sobre la justicia es el de su independencia, la cual suele definirse como la capacidad de los distintos tribunales de hacer efectiva la legislación sin que interfiera en esto los poderes legislativo y ejecutivo³¹. A su vez, suelen distinguirse dos enfoques a partir de los cuales se analiza dicha independencia judicial³², uno de ellos hace hincapié en que los jueces deben ser agentes morales autónomos, capacitados para cumplir su deber público alejados de cuestiones irregulares. A este enfoque se lo denomina *normativo*, en el sentido que considera prioritario para evaluar el comportamiento de los actores judiciales el apego que muestren o no a las leyes y a la jurisprudencia puesto que se presupone a estos últimos, y a la institución a la que ellos pertenecen, aislados del resto de los componentes de la sociedad. El segundo enfoque es definido como *institucional*, a raíz de que aborda la independencia de la justicia no tanto desde las aptitudes personales de los operadores jurídicos en su valoración y respeto por las normas jurídicas, sino en cómo el ámbito judicial en el que estos trabajan facilita u obstaculiza un desempeño acorde a las exigencias de un Estado de derecho con una efectiva división de poderes. De allí que por independencia "no se entiende la asepsia ni la indiferencia axiológica, sino la emancipación de las lealtades partidarias preexistentes al nombramiento o los falsos deberes de gratitud y pleitesía con respecto al poder que los encumbró"³³.

De estas dos perspectivas, nosotros tomaremos como punto de partida la segunda, la *institucional*, que proviene de la teoría constitucional positiva y repara en los criterios legales junto a los dispositivos políticos establecidos explícitamente por la reglamentación jurídica para permitir a los jueces el ejercicio de sus tareas sin interferencias prohibidas³⁴. Más concretamente

"La Teoría Constitucional Positiva ve a los jueces incluidos como parte del sistema político institucional y actuando en medio de un proceso decisorio altamente interactivo (el proceso político), circunstancias ambas que ponen restricciones al comportamiento y las decisiones de jueces y tribunales. [...].

³⁰ REED, I. "El sentido de Salem: cultura, género y la persecución puritana de la brujería", en *Hacia una nueva sociología cultural*, Claudio Benzecry (org). pp. 45-82. Quilmes: UNQUI, 2012

³¹ TRIDMAS, G. *The determinants of independent judicial review*. School of Economics and Politics, University of Ulster, Shore Road, Newtownabbey, 2005

³² Roberto Bergalli afirma que "En general se habla de una falta de independencia que se expresa hacia afuera (es la independencia *externa*), tanto en relación a los demás poderes públicos del Estado como a los llamados *facticos* presentes en todas las sociedades latinoamericanas (las fuerzas Armadas, la Iglesia, las oligarquías, el capital transnacional, etc.). Pero, asimismo, se cuestiona una ausencia de independencia hacia adentro (es la independencia *interna*); es decir, respecto a y entre los distintos niveles o categorías de los diferentes tribunales y cortes que conforman una administración de justicia.", 2017: 240.

³³ VANOSSI, J. *Teoría Constitucional*, Abeledo Perrot, Bs. As. Tomo II, p. 1039, 2013

³⁴ Tridimas afirma que dichos "mecanismos incluyen el método por el cual los jueces son seleccionados, el tamaño del tribunal constitucional, la duración de la investidura y la autonomía financiera de los jueces, el método de deliberación del Tribunal, la accesibilidad a la justicia por las personas físicas y jurídicas, la jurisdicción de los tribunales para tratar los casos y la condición de 'final' de la decisión judicial", 2005: 15-8.

Por tanto, los jueces –como los demás actores legítimos del sistema– actúan “estratégicamente”, es decir, que anticipan cómo van a reaccionar frente a su propia acción los otros actores políticos, y toman en cuenta esas posibles reacciones para decidir [...]. La Teoría Constitucional Positiva aborda la independencia judicial en dos niveles. El primero examina las instituciones y reglas institucionales que permiten a los jueces actuar con independencia: la división de poderes, la designación sin término y la intangibilidad de las remuneraciones de los jueces, así como el poder disciplinario en manos de organismos donde los jueces son determinantes. El segundo considera “jueces independientes en una judicatura dependiente”. Así, la independencia judicial no es el efecto automático de las reglas constitucionales; es la resultante de la interacción estratégica entre los tres poderes del Estado; es decir, del funcionamiento del Sistema Político”³⁵

Pero para sumar nuestro aporte desde la sociología de la justicia penal consideramos relevante pensar a esta justicia no sólo en términos de independencia –como lo hace el enfoque *institucional*– sino también de autonomía. Esto último porque a la hora de abordar la independencia judicial, la Teoría Constitucional Positiva enfatiza en las relaciones entre los poderes del Estado, lo que contribuye a profundizar una perspectiva acotada sobre el problema. Entendemos que se trata de una limitación conceptual similar a la que encarna la categoría de sistema penal, por medio de la cual se reduce el “complejo de la justicia penal” a las relaciones que ésta articula casi exclusivamente con la policía y el servicio penitenciario³⁶. A partir de la noción de autonomía intentamos analizar las percepciones y representaciones de los operadores jurídicos sobre los procesos que configuran las relaciones que se van consolidando o debilitando entre la justicia penal y otros actores sociales, sean estos estatales o no. A diferencia del concepto “independencia” que tiene mayor raigambre jurídica, la noción de “autonomía” proveniente de las ciencias sociales ofrece más capacidad explicativa de acuerdo a nuestros intereses.

Por lo tanto, al hablar de autonomía pensamos en qué se diferencia la justicia penal respecto de otros agentes e instituciones sociales en su quehacer concreto, o lo que es lo mismo, qué tiene de específico su trabajo y cómo –si esto fuera así– influyen otros factores en la conformación o variación de dicha especificidad³⁷. Puntualmente, buscamos reconstruir las miradas de los actores judiciales en torno a las restricciones internas y externas que posee la justicia penal en la que trabajan o han trabajado. Se trata de un abordaje exploratorio –en el sentido que no es ni histórico ni comparativo– por medio del cual acercarnos a lo que piensan quienes han atravesado un Jury de enjuiciamiento respecto de la influencia de diversos agentes e instituciones sobre la justicia penal.

Como resultado de investigaciones anteriores hemos sugerido que existe consenso entre los actores judiciales acerca de que en las dos últimas décadas se viene

³⁵ DÍAZ, R. *Sobre la independencia del Poder Judicial. Un ensayo de teoría constitucional positiva*, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 2013, p. 19-21

³⁶ Con la expresión “complejo de la justicia penal” nos referimos a las estrategias y retóricas que despliega la justicia penal en el marco de las relaciones que articula con diferentes actores e instituciones estatales y no estatales. Así entendido, el “complejo de la justicia penal” es objeto de estudio de la sociología de la justicia penal. De esta forma, evitamos apelar a otros conceptos más ambiguos para nuestros objetivos como por ejemplo el de “sistema penal”, que tiende a subrayar las prácticas institucionales pero no sus representaciones, y supone una organización que en los hechos por lo general está ausente. Garland, *Penalty and the penal state* en *Criminology*, 2013, p. 1-40.

³⁷ Por su parte, David Garland al caracterizar el concepto de estado penal alude a dos tipos de autonomías que deben ser tenidas en cuenta para operacionalizar este último: la autonomía estatal que se refiere a la autonomía del estado frente a la sociedad civil y la autonomía interna que es la autonomía del estado penal frente a otras agencias e instituciones estatales. Garland, *Penalty and the penal state* en *Criminology*, 2013, p. 1-40.

produciendo un debilitamiento en la autonomía de la justicia penal, fundamentalmente por la mayor intromisión en ésta tanto de los medios de comunicación como de factores políticos³⁸. Sin embargo, el mencionado proceso de debilitamiento no es interpretado de la misma manera por todos los actores que entrevistamos, ya que para algunos la cuestión central fue la pérdida de cohesión interna de la "familia judicial" en el ámbito penal, todo lo cual habilitó a que elementos extrajudiciales penetraran en dicho ámbito. Para otros, por el contrario, fueron estos elementos extrajudiciales los que atravesaron directamente el umbral de la justicia penal socavando su libertad de movimiento.

Yendo de este argumento precedente a lo que sostienen los actores judiciales que atravesaron un Jury, nos interesa señalar algunas continuidades y ciertos matices sugeridos por quienes han sido objeto de la *blanca mirada del poder* que los volvió pasibles de juicios de enjuiciamientos³⁹.

Frente a la pregunta por sus respectivos casos, y si en ellos intervinieron actores extrajudiciales, las respuestas apuntaron a los mismos elementos que habían mencionado los actores judiciales en nuestros trabajos previos. Es decir, se refirieron a diferentes actores políticos, a los medios de comunicación o a ciertas ONG's.

Entrevista 2: "En cuanto a los políticos, la cuestión es transversal y no tiene ideologías. Son pocos y los cuento con los dedos de una mano, los políticos que presentan un discurso respetuoso de la Constitución y del Estado de Derecho cuando se trata de responder la requisitoria de los medios de comunicación acerca del suceso delictivo protagonizado por un condenado liberado. No puede escapar al entendimiento de que la enorme mayoría de los habitantes de las cárceles argentinas provienen de la marginalidad social, pero para el político es mucho más fácil y conveniente establecer que la inseguridad es creada por la "puerta giratoria", antes que admitir que las políticas públicas por ellos implementadas durante treinta años empujaron a millones de personas a la exclusión y, por ende, al delito violento [...]. Respecto de las ONG, se presentó como denunciante la Asociación Madres del Dolor. No hay que discutir con los sufrientes, pero entiendo que la política criminal de un Estado no puede ser regulada por la venganza. La jefa de otra asociación, quien escribe regularmente para La Nación y me dedica regularmente algunos párrafos, propone impunemente y sin tapujos soluciones inconstitucionales sin que nadie ose contradecirla [...]. Finalmente, los medios de comunicación son actores centrales en este drama. De manera permanente, casi siempre desinformada y, por lo general, malintencionada, se encargan de deformar la realidad jurídica para que el público compre lo que ellos quieren".

Los actores extrajudiciales son calificados en este caso de verdaderas amenazas para el desempeño adecuado de la justicia penal, sea porque producen un orden social injusto que buscan remediar sólo con respuestas penales, sea porque proponen soluciones directamente contrarias al derecho, sea porque ofrecen apreciaciones adulteradas de los hechos con las cuales pretenden sugestionar a un público propenso a creerlas. Desde estas consideraciones, aquello que parece tomar mayor relevancia de los elementos provenientes desde afuera de la justicia es lo

³⁸ KOSTENWEIN, E. *De la prisión preventiva al campo del control del delito en la provincia de Buenos Aires: algunas reconfiguraciones*, Bs. As., Revista *Delito y Sociedad* (Número 32), 2012

³⁹ En un célebre artículo Michel Foucault sostuvo, para referirse a la repercusión de determinados acontecimientos, que "el hecho de que en el orden monótono de lo cotidiano pudiese existir un secreto a descubrir o que lo inesencial pudiese ser en cierto modo importante, esto no aconteció hasta que la blanca mirada del poder se posó sobre estas minúsculas turbulencias" FOUCAULT, M. *La vida de los hombres infames*, Altamira, Bs. As., 1996, p. 87

que los sociólogos definen como violencia simbólica⁴⁰, en primer lugar ejercida sobre el conjunto de la sociedad. Aquello que este operador jurídico denuncia es que los actores extrajudiciales contribuyen a mantener una realidad que no tiene que ver con el mundo, con lo que efectivamente sucede, sino que la realidad es producto del poder que despliegan los actores señalados⁴¹. Algo similar, al menos en parte, a lo que Luc Boltanski define como contradicción hermenéutica, la cual está ligada a la creencia de los individuos en las instituciones sociales pero también a la crítica permanente que aquellos realizan sobre éstas,

“esta contradicción se encuentra constantemente presente en la conciencia de los actores o se halla al menos latente en sus confines, pudiendo despertarte cada vez que un incidente –ya se trate de una disputa o de un simple desajuste entre los elementos que componen el entorno- venga a reactivar la duda relativa al contenido de la realidad”⁴².

Como consecuencia, este testimonio propone recorrer un eje que parte del hecho concreto hasta llegar a los atributos más amplios que tienen las relaciones entre la justicia penal y determinados actores extrajudiciales; en definitiva, se trata de un eje que va de lo singular a lo general.

Sin embargo, para otros entrevistados que atravesaron Jurys no es suficiente con señalar cómo ciertos actores extrajudiciales consiguen construir una realidad distinta del mundo, sino que ofrecen nuevos elementos para explicar el papel que, por ejemplo los medios o los políticos, cumplen en sus procesos.

Entrevista 3: “Creo que nadie quedó sin opinar sobre la causa, pero menciono quienes más influyeron a favor y en contra. En contra: Legislatura de la provincia de Río Negro. Tal fue el nivel de intromisión que creó una Comisión Investigadora del hecho, que debí declarar inconstitucional por afectar la división de poderes. Vicegobernador de la provincia de Río Negro de aquella época XXX, quien interfería permanentemente en la investigación. Organización Familiares del Dolor. El justo reclamo de justicia y esclarecimiento del hecho terminó desmadrado por cuestiones políticas, reclamos económicos y personalismos. Supremo Tribunal y Consejo de la Magistratura me remito a lo señalado en el punto anterior. A favor: la Asociación Pensamiento Penal que siempre estuvo presente a través de comunicados, solicitudes y apoyo personal. Inclusive envió un veedor para el juicio político que se me hiciera. Colegio de Magistrados de la provincia de Río Negro. El Sindicato de Trabajadores Judiciales de la provincia de Río Negro. El Colegio de Abogados de General Roca. Si bien no hubo un apoyo institucional, sus Consejeros en el Juicio Político actuaron con absoluta imparcialidad a pesar de las presiones políticas que sufrieron. Párrafo aparte merecen los medios de comunicación. Su posición fue ambivalente, en algunos momentos apoyaron la investigación y defendieron la división de poderes y en otros fueron críticos y parciales. Aprovecharon las implicancias políticas del caso para manipular la

⁴⁰ BOURDIEU, P. *Meditaciones Pascalianas*, Ed. Anagrama, Barcelona, 1999

⁴¹ En la perspectiva de Boltanski, el “mundo” supone todo lo que ocurre y todo lo que podría ocurrir, lo que presupone la imposibilidad de conocerlo y dominarlo en su totalidad. Por el contrario, la “realidad” queda estabilizada por formatos consagrados y sostenidos por instituciones con un carácter jurídico o parajurídico. *Sociología y crítica social*, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2012, p. 20

⁴² BOLTANSKI, L. *De la critique*, Gallimard, París, 2009, Al hablar de esta contradicción, Boltanski agrega que “sería un error confinar esa inquietud en los límites del registro psicológico de la creencia, puesto que su manifestación se produce fundamentalmente en el ámbito de la acción [...]. Esto significa que las manifestaciones de la contradicción hermenéutica no han de buscarse tanto en el interior de los seres como en la relación que mantienen esos seres con la acción [...]” p. 144

opinión pública de acuerdo a su política de cercanía o enfrentamiento con el gobierno de turno”.

Entrevista 5: “Negativamente los medios del lugar porque eran y son de propiedad de Rodríguez Saa. Solo las radios privadas acompañaron el proceso. Los medios nacionales sirvieron para que la temática pasara las fronteras de una provincia cercada”.

Lo que podemos advertir aquí es la presencia de otros dos ejes a partir de los cuales estos actores interpretan el rol que jugaron elementos extrajudiciales en sus casos. En el primero, la distinción que surge es entre quienes se mostraron a favor y quienes lo hicieron en contra de la tarea realizada por el actor judicial. Con el segundo eje se intenta diferenciar la posición de los medios de comunicación que son públicos y locales -y que por ello responderían a intereses de las autoridades políticas al respecto- de aquellos que son privados o nacionales y que ayudaron a exhibir el evento.

Una cuestión importante de estos dos ejes es que son señalados para referirse a las causas concretas en las que estuvieron involucrados los actores entrevistados, a diferencia del primer testimonio que parece insinuar una contradicción hermenéutica por medio de la cual se ofrece un panorama más general del problema que excede el propio caso.

Luego de la pregunta hecha por los actores extrajudiciales, les consultamos a los operadores jurídicos acerca de la evaluación que ellos hacían sobre la autonomía de la justicia penal.

Entrevista 3: “Muy endeble. En el mejor de los casos habría que distinguir. En las causas cotidianas que tramita la justicia penal en las que no se encuentran involucradas cuestiones sensibles ya sea por sus implicancias políticas o sociales, mantiene un nivel aceptable de imparcialidad. Cuando empiezan a jugar otros factores externos de presión, el Poder Judicial es muy permeable e influenciable, sobre todo en los órganos máximos de dicho Poder”.

Entrevista 6: “La justicia penal no tiene ninguna autonomía. El poder judicial tiene una deuda enorme sobre este punto. Existen algunos jueces, me sobran dedos, que cumplen su rol de un modo autónomo, independiente y despojado de las presiones, pero lamentablemente un poder no se sostiene por un puñado de funcionarios. La respuesta institucional es paupérrima y cada vez peor. Se que detrás de estos jueces hay funcionarios muy valiosos, pero la decisión es del juez y creo que sobre el conjunto de jueces recae la responsabilidad de cómo esta hoy el Poder Judicial. Todos los cambios han sido para peor, institucionalmente hablando, flagrancia, juicio abreviado, tribunales unipersonales, descentralización, y mil etcéteras. Incluso el juicio por jurados lo veo como impracticable en nuestra provincia”.

Entrevista 4: “Siempre hay espacios de autonomía y de dependencia, y uno debe saber como regularlos. En los últimos años advierto que han ingresado actores con escasa voluntad de regularlos, y la unión del poder judicial y la política es casi pornográfica”.

Entrevista 2: “Sin temor a equivocarme considero que, en mayor o en menor medida, los magistrados penales carecen de independencia y se encuentran sujetos a la presión permanente de los medios de comunicación -descrédito social, malestar familiar, vergüenza, temor al reconocimiento negativo por parte del público- y, como consecuencia, de los integrantes del Consejo de la Magistratura -posible remoción del cargo, pérdida de la jubilación, trastornos económicos-. Actualmente, existe la percepción de que la ley no defiende al juez penal y que el contenido de su fallo puede ser objeto de juzgamiento.

Podrá decirse que, en definitiva, no fui removido del cargo, pero ¿cómo se le puede razonablemente exigir a un juez que pase, como si fuera propio de la función, por el calvario al que yo fui sometido durante ocho años? Actualmente, y no obstante el tiempo transcurrido, se anuncia un caso en el que un liberado comete un delito e invariablemente el periodista remite al polémico y garantista juez XXX. A veces, es Sal Lari o Schiavo. Nadie quiere pasar por ese trance. No importa que se actúe bajo imperio de la ley. No es una metáfora por cuanto aparece en la trascripción del jury. Uno de mis acusadores se preguntaba indignado en su alegato cómo es posible, en un país en el que los jueces no respetan la ley ni la Constitución, que justo en este yo lo haga. Vale decir, entonces, se me juzgó por haber aplicado la ley vigente. A partir de ello, se verifica la existencia de un retroceso absoluto en la administración de justicia penal, respecto de paradigmas y principios que, aparentemente, ya estaban instalados. Hoy, es mejor parecer que ser; todos fingen actuar, pero nadie lo hace en realidad. Todos intentan eliminar su responsabilidad. Cada vez menos alternativas a la prisión o, en el mejor de los casos, incidencias interminables para dilatar la decisión de liberación y achicar lo que se pueda el lapso de prueba hasta la fecha de vencimiento de la pena y, con ello, el riesgo de quedar eschachado. No se toman decisiones conforme la ley aplicable; las resoluciones tienen que ver con el "sentido de la oportunidad", mediante el que se valoran cuestiones tales como monto de pena, delito y posible repercusión mediática. "Que lo largue la Cámara" es una frase repetida en el fuero penal, pero los camaristas también tienen temor. Son escasísimas las decisiones casadas que resuelven de modo inmediato la libertad del sujeto ya que, por lo general, se considera infundada la resolución y se reenvía al juez de grado para que sea él quien se inmoles. La pelota va de debajo hacia arriba y de arriba hacia abajo; todo parece ser parte de un acuerdo secreto pero, a la vez, muy claro".

Como primera cuestión, vale mencionar que en sus respuestas los actores judiciales no necesitaron distinguir entre los conceptos de independencia y autonomía, equiparándolos o, en todo caso, empleándolos como sinónimos. De cualquier forma, a la hora de utilizarlos, lo hacen para describir fundamentalmente las relaciones entre la justicia penal respecto de elementos externos a ella, y no para explicar su funcionamiento desde una lógica autoreferencial. En este sentido, los operadores jurídicos colocan a la justicia penal entre la multitud y la torre de marfil, o más en concreto, insinúan que para entender las lógicas y prácticas de dicha justicia hay que eludir tanto su agorafobia como su claustrofobia⁴³. Sobre esto último, podemos mencionar tres cuestiones importantes que surgen de los testimonios: el tipo de causas que se estén investigando, el voluntarismo de los actores judiciales y los atributos de la institución penal.

Con relación a los tipos de causas, la mayor o menor autonomía de la justicia penal es definida a partir de la mayor o menor resonancia que tenga el hecho investigado: si se trata de casos que carecen de relevancia social -sea para los políticos, sea para las ONGs, sea para los medios de comunicación- la presión del exterior no se muestra decisiva. Esto permite sugerir que tal vez lo que se está profundizando no sea, en primer lugar, un proceso de menor autonomía de la institución penal sino las consecuencias hacia su interior de tener que conducir investigaciones sobre casos en los que actores extrajudiciales también muestran interés en "apropiárselos". Quizá esto explique, al menos en parte, la idea de que "siempre hay espacios de autonomía", en la medida en que el operador jurídico aprenda a distinguir entre las causas cotidianas en las que estos espacios son mayores de los hechos resonantes donde son menores.

En torno a los actores judiciales, la distinción más elocuente es entre aquellos "que cumplen su rol de un modo autónomo, independiente y despojado de las presiones" del resto que "no tiene ninguna autonomía". Por lo tanto, esa

⁴³ LATOUR, B. *Cogitamus*, Paidós, Bs. As., 2012

diferencia tajante reside en atributos personales -como la voluntad y la tenacidad- de quienes no ceden frente al avasallamiento de elementos extrajudiciales respecto de aquellos proclives a claudicar a partir del influjo de esos elementos.

Por último, hay algo más para agregar en lo que se refiere a la justicia penal en tanto institución, y es la de considerarla no sólo condicionada por actores extrajudiciales, sino pervertida por estos últimos. La afirmación "se me juzgó por haber aplicado la ley vigente" supone que frente a casos que cobran notoriedad y que por ello generen interés para ciertos factores influyentes -como por ejemplo los medios de comunicación, el Consejo de la Magistratura, u otros-, cualquier cosa puede suceder, incluso ser perseguido y enjuiciado "por haber aplicado la ley vigente". O dicho de otra manera, que actuar como lo indica la ley no le asegura previsión y estabilidad a un actor judicial. En términos de Matza⁴⁴, parece que un caso resonante está en condiciones de producir una ruptura del vínculo que tienen con la ley tanto la justicia penal como determinados actores extrajudiciales. Y es esta deriva la que hace posible que en dicha justicia se remuevan temporalmente las regulaciones jurídicas que deberían controlar en lo cotidiano el desempeño de sus miembros.

5 - Conclusión

Con este trabajo intentamos aportar, a partir de una serie de entrevistas realizadas a actores pertenecientes a la justicia penal de la provincia de Buenos Aires en la república Argentina, elementos con los cuales comprender mejor las percepciones y los efectos que ocasiona para ellos un Jury. Como lo dijimos al inicio, se trata de un abordaje exploratorio que no pretende apelar a fundamentos históricos o criterios comparativos.

En primer lugar, surgió la posibilidad de analizar la carrera judicial como trayectoria laboral en la que se destaca una progresión de jerarquías a lo largo de los años por medio de la cual los actores van ocupando cargos de menor a mayor relevancia. Todo esto se interrumpe por el advenimiento de un hecho contingente que derivó en un Jury de enjuiciamiento, ocasionando efectos a largo plazo en dichas trayectorias laborales.

En segundo término, ligado a los hechos que protagonizaron nuestros entrevistados y que derivaron en denuncias públicas para luego convertirse en casos resonantes, priorizamos analizar qué efectos tuvieron en sus propias trayectorias. Los elementos más destacados que observamos tienen que ver con que según la percepción de estos actores los hechos escandalosos por los que atravesaron parecen haber sido varios y no sólo uno. A esto se suma que las decisiones que tomaron estos actores y que luego se trasformarán en el factor desencadenante del hecho escandaloso se encuentran vinculadas a evitar o interrumpir el paso por la prisión de quienes son imputados o ya se encuentran condenados, lo que transforma en menos conveniente liberar a quienes estén encarcelados en función del riesgo que supone el comportamiento futuro de dichas personas, más allá de su situación jurídica.

Posteriormente, sugerimos que el tradicional concepto de "familia judicial" parece estar más ligado a una representación pública sobre la justicia penal, representación que se desentiende de los escepticismos privados que poseen los operadores jurídicos que entrevistamos sobre la misma. Este concepto de "familia judicial" impide visibilizar inestabilidades y crisis en su cohesión interna que la familia *del* judicial sufre.

A su vez, desde la sociología de la justicia penal consideramos importante pensar a esta justicia no sólo en términos de independencia como se lo suele hacer sino también de autonomía. Con esta noción de autonomía buscamos analizar las percepciones y caracterizaciones que tienen los operadores jurídicos acerca de los procesos que configuran las relaciones que se van desarrollando entre la justicia penal y otros actores sociales. En algunos casos, los actores extrajudiciales son

⁴⁴ MATZA, D. *Delincuencia y deriva*, Siglo XXI, Bs. As., 2014

calificados de verdaderas amenazas para el desempeño correcto de la justicia penal en la medida que generan violencia simbólica y una realidad alterada que es producto del poder que despliegan estos actores. En otros casos, los operadores jurídicos utilizan criterios menos generales refiriéndose a las causas concretas en las que ellos estuvieron involucrados.

Por último, mencionamos tres cuestiones relevantes que aparecen en los testimonios de los actores judiciales consultados en este trabajo para interpretar el problema de su autonomía: el tipo de causas que se estén investigando, el voluntarismo de los actores judiciales y los atributos de la institución penal. En torno a los tipos de causas, la autonomía de la justicia penal es definida a partir de la resonancia que tenga el hecho investigado, en el sentido de que a mayor difusión del hecho, menor libertad de movimientos. Con relación a los actores judiciales, la distinción más categórica es entre aquellos que no ceden frente al atropello de elementos extrajudiciales respecto de aquellos proclives a declinar. En lo que se refiere a la justicia penal en tanto institución, se la puede caracterizar no sólo condicionada, sino también corrompida por ciertos actores extrajudiciales.

Bibliografía

- ABOUT, A. *Time matters. On theory and method*. Chicago. University of Chicago Press, 2001
- BERGALLI, R. y otros, *El pensamiento criminológico*, I Tomo, Temis, Colombia, 1983
- BERGALLI, R. y otros, *El pensamiento criminológico*, II Tomo, Temis, Colombia, 1983b
- BERGALLI, R. . *Sistema penal y problemas sociales*, Tirant lo blanch, Valencia, 2003
- BERGALLI, R. *Administración de justicia penal y cuestión judicial. Hacia una sociología del control social*, en *Sociología de la Justicia Penal*, Kostenwein, E., 2017
- BOLTANSKI, L. *Affires, alertes et catastrophes. Le point de vue de Luc BOLTANSKI*. En Boltanski L., Chateauraynaud, F., Derouet, J. L., Lemieux, C. y TORNAY, D, *Séminaire du Programme risques collectifs et situations de crise* (pp. 13-51). Grenoble: École des Mines, 1996
- BOLTANSKI, L. *El amor y la justicia como competencias*, Amorrortu, Bs. As., 2000
- BOLTANSKI, L. *Usos débiles y fuertes del habitus*, en Pierre Encrevé et Rose-Marie Lagrave, *Trabajar con Pierre Bourdieu*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, pp. 167-176, 2005
- BOLTANSKI, L. *De la critique*, Gallimard, París, 2009
- BOLTANSKI, L. *Sociología y crítica social*, Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, 2012
- BOLTANSKI, L. y CHIAPELLO, È. *El nuevo espíritu del capitalismo*, Akal, Madrid, 2002
- BOLTANSKI, L. y THÉVENOT, L. *The Sociology of Critical Capacity*, European Journal of Social Theory, London, 1999
- BOLTANSKI, L. y THEVENOT, L. *On justification*, Princeton University Press, New Jersey, 2006
- BOURDIEU, P. *Meditaciones Pascalianas*, Ed. Anagrama, Barcelona, 1999
- DÍAZ, R. *Sobre la independencia del Poder Judicial. Un ensayo de teoría constitucional positiva*, Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, 2013
- FEELEY, M. *The process is the punishment*, Russell Sage Foundation, New York, 1992
- FOUCAULT, M. *La vida de los hombres infames*, Altamira, Bs. As., 1996
- FUCITO, F. *¿Podrá cambiar la Justicia en la Argentina?*, FCE, Bs. As., 2001
- GARLAND, D. *Castigo y sociedad moderna*, Siglo XXI, México, 2006
- GARLAND, D. *Penalty and the penal state* en *Criminology*, p. 1-40, 2013

- GODARD, F. *Uso de las historias de vida en las Ciencias Sociales*, en T. LULLE, P. VARGAS Y L. ZAMUDIO (coord), Los usos de la historia de vida en las ciencias sociales. Colombia. Anthropos. Serie II, 1998
- GUERRERO, J. C. Y RAMÍREZ, H. *La justicia, la crítica y la justificación. Un análisis desde la perspectiva de la sociología pragmática* en Revista colombiana de sociología, Bogotá, 2011
- GUTIÉRREZ, M. Y ÁLVAREZ, V. *La construcción de la trama política del Poder Judicial*, Jornadas Preparatorias del Congreso Alas, 2009
- HAREVEN, T. Y MASOHA K. *Turning points and transitions. Perceptions of the life course*, en Journal of family history. Vol 13 nº 3. Estados Unidos, 1988
- INECIP-CEJA. *Informe evaluativo del plan piloto para la profundización del sistema acusatorio en Mar del Plata*, Revista Sistemas Judiciales (CEJA), Bs. As., 2006
- INECIP. *El estado de la prisión preventiva en la Argentina*, Servicop, Bs. As., 2012
- KOSTENWEIN, E. *De la prisión preventiva al campo del control del delito en la provincia de Buenos Aires: algunas reconfiguraciones*, Bs. As., Revista Delito y Sociedad (Número 32), 2012
- KOSTENWEIN, E. *El uso de la prisión preventiva en Argentina. El caso de la provincia de Buenos Aires*. Revista Nova Criminis Nº 9, Chile, Universidad Central de Chile, 2015
- KOSTENWEIN, E. *La cuestión cautelar. Estudio socio-jurídico sobre el uso de la prisión preventiva en la provincia de Buenos Aires*, Bs. As., EDIAR, 2016
- KOSTENWEIN, E. *Casos resonantes y justicia penal*. Revista Nova Criminis Nº 12, Chile, Universidad Central de Chile, 2016b
- LATOUR, B. *Cogitamus*, Paidós, Bs. As., 2012
- LEA, J. Y YOUNG, J. *¿Qué hacer con la ley y el orden?*, Del puerto, Bs. As., 2008
- MATZA, D. *Delincuencia y deriva*, Siglo XXI, Bs. As., 2014
- MUÑOZ TERRA, L. *Carreras y trayectorias laborales: Una revisión crítica de las principales aproximaciones teórico-metodológicas para su abordaje*. Revista Latinoamericana de Metodología de Las Ciencias Sociales, 2(1), 36-65. Consultado de <http://www.relmecs.fahce.unlp.edu.ar/article/view/v02n01a04/12>, 2011
- REED, I. "El sentido de Salem: cultura, género y la persecución puritana de la brujería", en Hacia una nueva sociología cultural, Claudio Benzecry (org). pp. 45-82. Quilmes: UNQUI, 2012
- THÉVENOT, L. *La acción plural*, Siglo XXI, Bs. As., 2016
- THOMPSON, J. *Escándalo político: poder y visibilidad en la era de los medios de comunicación*, Paidós Ibérica, Barcelona, 2001
- TRIDMAS, G. *The determinants of independent judicial review*. School of Economics and Politics, University of Ulster, Shore Road, Newtownabbey, 2005
- VANOSSI, J. *Teoría Constitucional*, Abeledo Perrot, Bs. As. Tomo II, 2013
- SARRABAYROUSE, M. J. *La justicia penal y los universos coexistentes*, en *Burocracias y violencia*, Antropofagia, Bs. As., p. 203-238, 2004
- SCHILLAGI, C. *Problemas públicos, casos resonantes y escándalos. Algunos elementos para una discusión teórica*, Polis, Revista de la Universidad Bolivariana, Volumen 10, Nº30, 2011, p. 245-266, 2011
- TISCORNIA, Sofia (comp.). *Burocracias y violencia*, Bs As, Eudeba, 2004
- VIÑAS, E. *Exigencias éticas del Juez, en especial, del fuero penal* en In Itinere. Revista Digital de Estudios Humanísticos, 2004
- WEBER, M. *Economía y sociedad*, FCE, México, 2002
- YOUNG, J. *La sociedad excluyente*, Marcial Pons, Madrid, 2003
- ZAFFARONI, E. *Derecho Penal. Parte general*, Ediar, Bs. As., 2002

Aproximaciones al modelo político-electoral de la Constitución cubana de 2019

Approximations to the political-electoral model of the Cuban Constitution of 2019

Harold Bertot Triana¹

Universidad de la Habana

Sumario: I. Breve Introducción. II. Modelo político-electoral cubano (1976-2018). III. El modelo político en la Constitución de 2019: ¿ruptura o continuidad? IV. Una valoración final. Bibliografía.

Resumen: El artículo analiza el modelo político-electoral de la Constitución cubana de 2019 en términos de ruptura o continuidad respecto a su antecesora, la Constitución de 1976. Los rasgos del modelo político-electoral cubano se definieron en la Constitución de 1976 con características *sui generis* respecto del resto de los modelos político-electorales establecidos en el constitucionalismo moderno, y siguieron una tradición de los Estados del antiguo campo socialista europeo que responde a un modo de entender la democracia y la participación política. En tal sentido, el artículo indaga en cuánto influyen las transformaciones en la estructura y funcionamiento del Estado en la Constitución de 2019 a romper o consolidar una visión del sistema político que tiene sus antecedentes más remotos en el constitucionalismo soviético.

Palabras claves: Constitución cubana de 1976, Constitución cubana de 2019, modelo político-electoral, Estado, ruptura, continuidad.

Abstract: The article analyzes the political-electoral model of the Cuban Constitution of 2019 in terms of rupture or continuity with respect to its predecessor, the 1976 Constitution. The features of the Cuban political-electoral model were defined in the 1976 Constitution with *sui generis* characteristics regarding of the rest of the political-electoral models established in modern constitutionalism, and they followed a tradition of the States of the old European socialist field that responds to a way of understanding democracy and political participation. In this sense, the article explores how much the transformations in the structure and functioning of the State in the Constitution of 2019 influence to break or consolidate a vision of the political system that has its most remote antecedents in the Soviet constitutionalism.

Keywords: Cuban Constitution of 1976, Cuban Constitution of 2019, political-electoral model, State, rupture, continuity.

I. Breve Introducción.

La Constitución cubana de 2019, aprobada en referéndum popular el 24 de febrero del propio año², constituye un hecho de extraordinaria importancia en la

¹ Profesor de Derecho Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana y del Centro de Estudios Hemisféricos y sobre Estados Unidos. Máster en Derecho Constitucional y Administrativo (2017). Doctorando en Ciencias Jurídicas por la Universidad de la Habana.

² El informe de la Comisión Electoral Nacional sobre los resultados finales de la votación del referendo constitucional del 24 de febrero del 2019, arrojó que de los 8 millones 705 mil 723 electores, ejercieron el derecho al voto 7 millones 848 mil 343 electores para el 90,15 %, de

historia de Cuba y marca un hito trascendental en el período revolucionario que comenzó el 1 de enero de 1959. Vendrá a derogar la Constitución vigente de 1976, nacida en un contexto interno e internacional muy diferente al que tenemos hoy, con una clara intención de reactualizar todo el ordenamiento jurídico a los importantes cambios económicos y sociales acontecidos en Cuba durante más de 40 años. En este sentido, no es difícil advertir en el modelo político cubano de la Constitución de 1976, una fuerte influencia de los fundamentos y características de una concepción sobre el poder y la organización política de los modelos alternativos al capitalismo de finales del siglo XIX y principios del siglo XX, de los países del llamado “socialismo real” de Europa del Este. Su influencia, pudiéramos afirmar, fue incluso más fuerte que la larga tradición constitucionalista cubana del siglo XIX y el pensamiento político más avanzado del siglo XX en Cuba.

En el presente trabajo analizaremos el modelo político que se establece en la Constitución cubana de 2019, en comparación con el modelo anterior regulado en la Constitución de 1976, a partir de valorar, caracterizar y enjuiciar los cambios que se proyectan en las estructuras políticas del poder en Cuba y cuánto de ello supone una ruptura o continuidad de los principios estructurales en la organización política y en el ejercicio del poder. Para tal tarea, el trabajo en un primer momento brindará una caracterización del modelo político cubano establecido en la Constitución de 1976 para finalizar con una valoración sobre la repercusión de los cambios en la nueva Constitución para el modelo político-electoral.

II. Modelo político-electoral cubano (1976-2018).

El período comprendido entre 1959 y 1976 en Cuba se conoce en el constitucionalismo cubano como “provisionalidad revolucionaria”.³ Con el triunfo revolucionario de 1959 que derrocó al Presidente Fulgencio Batista -quien había provocado un golpe de Estado en 1952 y había derogado la Constitución de 1940-, se puso en vigor la Ley Fundamental de la República que se inspira en la mencionada Constitución de 1940 pero con cambios importantes. Entre ellos, se atribuye a un Consejo de Ministros la potestad legislativa y constituyente así como todas las facultades que eran del Congreso (compuesto por un Senado y una Cámara de Representantes), además de contemplar la existencia de un Presidente de República y un Primer Ministro.⁴ Durante este período no hubo elecciones hasta la institucionalización del Estado socialista en 1976, salvo la conocida “experiencia de Matanzas”, donde se realizaron elecciones para constituir los órganos de representación popular, que luego se extendieron a todo el país con la aprobación de la Constitución de 1976.⁵

Después de una historia inicial marcada por enfrentamientos directos con Estados Unidos, la Revolución cubana se alineó abiertamente a finales de los sesenta

los cuales votaron por el Sí, 6 millones 816 mil 169 electores, que representa el 78,30% de la lista y el 86,85% de los electores que votaron. Los votos obtenidos por el No fueron de 706 mil 400 para el 8,11% de la lista y el 9% de los electores que votaron. De igual manera de las 7 millones 848 mil 343 boletas que se depositaron en la urna se declararon válidas por reunir los requisitos establecidos en la Ley, 7 millones 522 mil 569 lo que representa el 95,85 %. Consultado en <http://www.cubadebate.cu/noticias/2019/03/01/comision-electoral-nacional-fija-cifras-definitivas-90-15-de-electores-votaron-en-referendo-constitucional/>

³ Para ver en la perspectiva de los teóricos cubanos esta aceptación en el orden ideológico, véase a ÁLVAREZ TABÍO, F. *Comentarios a la Constitución Socialista*, Ed. Pueblo y Educación, Ciudad de la Habana, 1988; y también a AZCUY, H. *Análisis de la constitucionalidad y otros ensayos*, Instituto Cubano de Investigación Cultural Juan Marinello, Ruth Casa Editorial, 2010, p.110.

⁴ Ley Fundamental de la República, con notas de estudio comparativo respecto a la Constitución de 1940 y en Apéndice, las leyes del Ejército Rebelde dictadas en la Sierra Maestra, sobre Inhabilitación Política y reforma Agraria, II (Cuaderno Extraordinario) Segunda Edición, Editorial Lex, La Habana, 1959, artículos 118 y ss.

⁵ Ver en este punto a GARCINI GUERRA, H. “La Constitución de los órganos del poder Popular”, *Revista Cubana de Derecho*, Año III, número 8, junio-diciembre, 1974, pp.61-80.

y principio de los 70 en el campo de los países socialistas liderados por la Unión Soviética, en un mundo escindido en dos grandes polos económicos, políticos y militares después de la Segunda Guerra Mundial, período conocido desde entonces como “Guerra Fría”. De este modo, la institucionalización del poder revolucionario en Cuba encontró en los principios organizativos y de funcionamiento del sistema soviético el modelo político paradigmático para consagrar el proceso revolucionario, de enorme arraigo e incidencia en la vida social, cultural, política y económica. Se enraizó con ello en la realidad cubana una manera de entender una sociedad socialista, y se arrastró con ello todos los vicios del modelo soviético, caracterizado por una excesiva centralidad del Estado en todas las esferas de la vida social y económica, del mismo modo que en el orden constitucional había vertebrado una institucionalidad caracterizada por una subestimación de los derechos y garantías formales ciudadanas frente al Estado, carentes de mecanismos reales de participación ciudadana en la dirección y control del aparato estatal.

Al aceptar la visión del socialismo europeo de entonces sobre cómo construir el socialismo, la Constitución de 1976, cuya inspiración fundamentalmente lo constituyó la Constitución de 1936 de la Unión Soviética,⁶ concibe varios principios de organización y funcionamiento del Estado: forma de Estado republicana, unitaria y democrática, con un sistema de poder popular en niveles nacionales y locales (Provincia y Municipio) cuyo máximo órgano de poder (no poder legislativo únicamente) en forma asamblearia entrañaba el órgano de mayor representatividad de la soberanía popular; el principio de unidad de poder, mecanismo de los órganos del Estado que lo entendía como unidad política y de trabajo, que combinaba una dirección centralizada con la iniciativa de los poderes de los órganos locales, a partir de la coordinación y fiscalización de sus actividades por los primeros, sin contradicción entre los órganos del Estado ni entre los órganos centrales y locales, sino como unidad de todo el sistema de los órganos estatales como órganos representativos de abajo hacia arriba; centralismo democrático, que entrañaba la electividad de todos los órganos del poder estatal; reconocimiento constitucional al

⁶ En este sentido se elaboró por el Departamento de Reproducción del Ministerio de Justicia, en el año 1975, un Anteproyecto de Constitución concordado con las constituciones de los países socialistas, en el que se compararon los artículos de constituciones socialistas de países como Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas, la República Popular de Albania, la República Popular de Polonia, la República Democrática de Vietnam, la República Popular de Mongolia, la República Socialista Checoslovaca, la República Socialista de Rumanía, la República Democrática Alemana, la Constitución de la República Popular de Bulgaria, la República Popular de Hungría, la República Popular Democrática de Corea, con los artículos del anteproyecto de constitución cubana con las modificaciones que fueron introducidas por el Buró Político del Comité Central del Partido Comunista de Cuba. *Anteproyecto de Constitución concordado con las constituciones de los países socialistas*, Editorial Departamento de Reproducción del Ministerio de Justicia, La Habana, 1975. Del mismo modo Fernando Álvarez Tabío reconocería: “Para la elaboración de los preceptos que vamos a analizar de inmediato [se refiere el autor a los artículos del Capítulo I Fundamentos políticos, sociales y económicos del Estado], han servido de guía primordial los logros alcanzados en los órdenes económicos, político y social, por la Revolución, el PCC y el Gobierno Revolucionario, los discursos y opiniones del compañero Fidel Castro y, desde luego, las experiencias de los países que marchan por la vía del socialismo y del comunismo, y los sólidos principios del marxismo-leninismo”. ÁLVAREZ TABÍO, F. *Ob.cit.*, p. 29. En igual sentido se pronunció Armando Torres Santrayll: “Ha llegado, pues, el momento de elaborar la Constitución de la Revolución, que se base en la realidad económico-social instaurada por la Revolución y que sirva a su consolidación y desarrollo; que tenga en cuenta todo el conjunto fecundo de experiencias adquiridas durante estos dieciséis años de Poder Revolucionario; que aproveche útilmente las enseñanzas aportadas por los pasos que en estos últimos años se han dado en el proceso de perfeccionamiento de los órganos estatales; que tome, como fuente acertada, como pauta provechosa, las experiencias de los países que marchan por la vía del socialismo y el comunismo; que plasme las tradiciones progresistas y revolucionarias de nuestro pueblo; que se fundamente en los sólidos principios del marxismo-leninismo. En resumen, compañeros, que sea una Constitución Socialista.” TORRES SANTRAYLL, A. “Antecedentes históricos y principios que informan el Anteproyecto de Constitución”, *Revista Cubana de Derecho*, Año 4 Julio-Diciembre, No. 10, 1975, pp.51-52.

Partido Comunista, como la fuerza dirigente y orientadora de la sociedad y el Estado, y el reconocimiento de organizaciones políticas y de masas en *numerus clausus*, así como los tipos de propiedad, donde la propiedad estatal convivía con la propiedad del pequeño agricultor, propiedad personal, propiedad cooperativa, y la propiedad de las organizaciones de masas y sociales.⁷

De este modo, se definió un sistema político con un rechazo marcado de los principios organizativos y funcionales del Estado burgués nacido en 1789, que habían concebido un sistema de pesos y contrapesos (*check and balance*) entre los poderes del Estado. La *unidad de poder alcanzó una significación de unidad de acción política sin diferenciación estructural*, en tanto el sistema de órganos de poder se construyó con ausencia de una divisibilidad real y formal de poder, cuya independencia orgánica no estaba diseñada por límites ni prerrogativas o facultades de naturaleza política contradictorias, por lo cual no se reconoció controles en términos de frenos entre poderes, ni mecanismos formales de oposición que controlara al gobierno y le exigiera responsabilidad en torno a posibles alternativas políticas.

Las facultades generales de legislar y ejecutar se encargó a un tipo de poder asambleario superior (Asamblea Nacional del Poder Popular), además de ser el único intérprete de la Constitución,⁸ cuyo diseño y funcionamiento se convirtió en el eje de la relaciones de poder del aparato estatal. Por esta razón, el resto de los órganos superiores del Estado se le subordinaba a la Asamblea quien a su vez los elegía, aprobaba o designaba⁹, como lo es el Consejo de Estado –órgano que representa a la Asamblea Nacional entre período y período de sesiones¹⁰- y el Consejo de Ministros, el Tribunal Supremo Popular, la Fiscalía General de la República, así la Contraloría General de la República, cuya creación fue en 2009.¹¹ En la lógica de este modelo, no había cabida para concebir un control externo al órgano supremo de poder (un Tribunal Constitucional, por ejemplo) como equilibrio entre partes, por lo que la propia Asamblea es la encargada de controlar la constitucionalidad de sus propias leyes.¹² Con estas características la Constitución de 1976 no estableció el cargo de Presidente de República como puede concebirse en los sistemas presidencialistas, si no el cargo de Presidente del Consejo de Estado, órgano colegiado de poder¹³, quien a su vez era el Jefe del Consejo de Ministros, órgano ejecutivo del Estado, de modo que se constituía en el titular del Estado y del Gobierno la misma persona.¹⁴

⁷ Ver ÁLVAREZ TABÍO, F. *Ob.cit.*, pp.239-254.

⁸Ver artículo 70: “La Asamblea Nacional del Poder Popular es el único órgano con potestad constituyente y legislativa en la República”; Constitución de la República de Cuba, de 24 de febrero de 1976. Gaceta Oficial de la República de Cuba, Edición Extraordinaria, 31 enero 2003.

⁹Ver artículo 75, que establece entre las atribuciones de la ANPP las de: “ I) elegir al Presidente, al Primer Vicepresidente, a los Vicepresidentes, al Secretario y a los demás miembros del Consejo de Estado; II) designar, a propuesta del Presidente del Consejo de Estado, al Primer Vicepresidente, a los Vicepresidentes y demás miembros del Consejo de Ministros; m) elegir al Presidente, al Vicepresidente y a los demás jueces del Tribunal Supremo Popular; n) elegir al Fiscal General y a los Vice fiscales generales de la República;”

¹⁰Ver Constitución ref., arts. 89: “El Consejo de Estado es el órgano de la Asamblea Nacional del Poder Popular que la representa entre uno y otro período de sesiones, ejecuta los acuerdos de ésta y cumple las demás funciones que la Constitución le atribuye. Tiene carácter colegiado y, a los fines nacionales e internacionales, ostenta la suprema representación del Estado cubano; y 90: “Son atribuciones del Consejo de Estado: c) dictar decretos-leyes, entre uno y otro período de sesiones de la Asamblea Nacional del Poder Popular...”

¹¹Ver Ley No. 107, “De la Contraloría General de la República de Cuba” de 1ero de agosto del 2009.

¹² “Artículo 75 c) decidir acerca de la constitucionalidad de las leyes, decretos-leyes, decretos y demás disposiciones generales”. Constitución de la República de Cuba de 1976.

¹³ Artículo 89 de la Constitución de la República de Cuba de 1976.

¹⁴ Constitución, ref., arts. 74, párrafo 2do: “El Presidente del Consejo de Estado es jefe de Estado y jefe de Gobierno; y 93, inc. a): Las atribuciones del Presidente del Consejo de Estado

Con el reconocimiento de Cuba como un “Estado socialista de obreros y campesinos y demás trabajadores manuales e intelectuales” en la Constitución de 1976, y luego de la reforma del 1992 como un “Estado socialista de trabajadores”, no se reconoció el pluralismo partidista en el sistema político, con la existencia del Partido Comunista de Cuba como el único partido reconocido constitucionalmente.¹⁵ El principio de unidad de poder cimentó una estructura que en términos de funcionabilidad potenció la acción política de los órganos de poder sin la representación de un pluralismo partidista en mayoría y minorías, ni formas parlamentarias que institucionalizaran, directa o indirecta, la oposición política. No obstante, se reconocieron las instituciones de la rendición de cuentas y la revocación entre los principios organizativos y de funcionamiento de todos los órganos estatales,¹⁶ pese a que hasta la reforma constitucional de 1992,¹⁷ el pueblo sólo elegía directamente a los delegados a las Asambleas Municipales¹⁸, los que a su vez elegían a los delegados de las Asambleas Provinciales y a los diputados a la Asamblea Nacional.¹⁹

En el año 1992 la Constitución fue sometida a una profunda reforma, como parte de un programa de distensión política y económica a lo interno del modelo socialista cubano, que reimpulsó de forma global la revisión de elementos ideológicos rígidos de la doctrina “marxista-leninista”, aceptada como doctrina oficial del Estado desde 1976, y que habían servido de frenos en la forma de entender los procesos de transformaciones socialistas.²⁰ Las problemáticas a encarar pondrían el centro de discusiones en un grupo de temáticas no tomadas en cuenta por la ideología de tipo estalinista: el rol del mercado en una economía planificada, la relación entre Estado y el Partido, fórmulas para destacar al Estado de determinadas áreas económica de tipo no fundamentales, etc. Desde el punto de vista organizativo, pese a no reconocer expresamente los principios de unidad de poder, centralismo democrático y democracia socialista, estos quedaron fundidos en los “principios de la democracia socialista” sobre los cuales los órganos del Estado se integraban y desarrollaban su

y Jefe de Gobierno son las siguientes: a) representar al Estado y al Gobierno y dirigir su política general;...”

¹⁵ “Artículo 5. El Partido Comunista de Cuba, marxista y marxista-leninista, vanguardia organizada de la nación cubana, es la fuerza dirigente superior de la sociedad y del Estado, que organiza y orienta los esfuerzos comunes hacia los altos fines de la construcción del socialismo y el avance hacia la sociedad comunista.” *Constitución de la República de 1976*.

¹⁶ Ver el propio artículo 66 de la Constitución de la República de 1976.

¹⁷ La Ley No.1305 de 7 de julio de 1976, que sería derogada, con excepción de algunos capítulos, por la Ley No.37 de 15 de agosto de 1982, que sería derogada posteriormente por la Ley No.72 de 1992.

¹⁸ Ver Constitución de 1976, art.138, párrafo 2: “Los delegados a las Asambleas Municipales se eligen por circunscripciones electorales previamente determinadas”.

¹⁹ Ver el Artículo 139: “Las Asambleas municipales eligen, a través del voto secreto, a los delegados a las Asambleas Provinciales del Poder Popular” y 69: “La Asamblea Nacional del Poder Popular se compone de diputados elegidos por las Asambleas Municipales del Poder Popular en la forma y en la proporción que determina la ley.” *Constitución de la República de Cuba de 1976*.

²⁰ Ver alguna de las consecuencias normativas de la nueva situación política y económica en Cuba en: ESCALONA REGUEIRA, J. “En torno a la Ley de Reforma Constitucional”, *Revista Cubana de Derecho*, No. 8, octubre-diciembre, La Habana, 1992, p. 7; PRIETO VALDÉS, M. “La reforma a la Constitución cubana de 1976”, “Reflexiones en torno al carácter normativo de la Constitución”, “La defensa de la Constitución y la reforma de 1992”, en (Pérez Hernández, L y Prieto Valdés, M. comp.), *Temas de Derecho Constitucional cubano*, Ed. Félix Varela, La Habana, 2004, pp. 47 y ss.; PÉREZ MILIAN, F. “Motivos para una reforma”, *Revista Cubana de Derecho*, No. 7, julio-septiembre, La Habana, 1992, pp. 3 y ss.; PÉREZ HERNÁNDEZ, L. y HERNÁNDEZ RUIZ, J. A. “Apuntes sobre la propiedad, desde el punto de vista constitucional”, *Temas de Derecho Constitucional cubano*, ob. cit., pp. 99-100; POYAL COSTA, A. “La Reforma Constitucional cubana (12-6-92) y la Nueva Ley Electoral (72/92)”, *Revista de Derecho Político*, núm. 39, 1995, pp. 425-444.

actividad, según el artículo 68 después de la Reforma Constitucional de 1992.²¹ De esta manera la electividad siguió constituyendo un principio básico del sistema político cubano, que partía del artículo 3 de la Constitución y se reforzaba en el artículo 68.²²

En este contexto, la Ley electoral No.72 de 1992, que sustituye a la Ley Electoral No.1305 de 7 de julio de 1976, reguló un ciclo de elecciones en Cuba de carácter general, cada cinco años para elegir delegados a las asambleas municipales, provinciales y diputados a la Nacional, y una de elección parcial, cada dos años y medio, para la elección de los delegados a la Asamblea Municipal, mediante voto voluntario, libre, directo y secreto. Para las asambleas municipales el modelo contempla circunscripciones que se dividen en áreas de nominación, de las cuales pueden resultar electo un solo candidato entre una cifra mínima de dos y de ocho como máxima, en un sistema de representación proporcional, de acuerdo a la elección de candidatos en correspondencia con una cifra de población determinada.²³ En este ámbito se materializa en alto grado los rasgos de democracia directa en la nominación -por asamblea de vecinos- y elección de los delegados a las Asambleas municipales del poder popular, máximo órgano de poder en el territorio.

En cuanto a la elección de los Delegados a las Asambleas Provinciales y Diputados a la Asamblea Nacional, prevé que se elaboren proposiciones de precandidatos, que son elaboradas y presentadas para su consideración a las Asambleas Municipales del Poder Popular por las Comisiones de Candidaturas. Una particularidad de esta nueva ley es que el Partido Comunista de Cuba pierde su significación electoral en la conformación de las Comisiones de Candidaturas a nivel Nacional, Provincial y Municipal, y las integrarían desde entonces la Central de Trabajadores de Cuba, los Comités de Defensa de la Revolución, la Federación de Mujeres Cubanas, la Asociación Nacional de Agricultores Pequeños, la Federación Estudiantil Universitaria y la Federación de Estudiantes de la Enseñanza Media, designados por las direcciones nacionales, provinciales y municipales respectivas, a solicitud de las Comisiones Electorales Nacional, Provinciales y Municipales, presididas por un representante de la Central de Trabajadores de Cuba.²⁴ En Cuba, se entiende que las organizaciones reconocidas en el artículo 7 de la Constitución, surgidas en el proceso histórico de las luchas del pueblo cubano, representan los intereses específicos e incorporan a su membresía a las tareas de edificación, consolidación y defensa de la sociedad socialista. Estos se fueron creando en las condiciones histórico-sociales de la construcción de la nueva sociedad, y se desarrollaron estrechamente vinculadas a las masas que se fueron agrupando en poderosas organizaciones por sectores.²⁵

En este sentido, las Comisiones de Candidaturas Provinciales y Nacional, preparan las proposiciones de precandidatos a Delegados y a Diputados a las

²¹ El artículo 66 del texto inicial de 1976 regulaba: "Los órganos del Estado se integran, funcionan y desarrollan su actividad sobre la base de los principios de la democracia socialista, la unidad de poder y el centralismo democrático,...", *Constitución de la República de Cuba*, Edición Oficial, Ministerio de Justicia, 1976, p.42.

²² Artículo 3: "En la República de Cuba la soberanía reside en el pueblo, del cual dimana todo el poder del Estado. Ese poder es ejercido directamente o por medio de las Asambleas del Poder Popular y demás órganos del Estado que de ellos se derivan, en la forma y según las normas fijadas por la Constitución." Por su parte el artículo 68 regula los principios de organización y funcionamiento de los órganos estatales, a saber: la electividad y renovabilidad de todos los órganos representativos de poder; el control de la actividad por las masas populares de los órganos estatales, diputados, delegados y funcionarios; la rendición de cuentas y la revocación de los elegidos, etc.

²³ Ver artículos 78-84 de la Ley Electoral No.72 de 1992.

²⁴ Artículo 68 de la Ley Electoral No.72 de 1992.

²⁵ CAÑIZARES ABELEDO, F. "La Ley Electoral Cubana", en *Seminario sobre Elecciones y Derechos Humanos en Cuba y América Latina*, Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos, Unión nacional de Juristas de Cuba, San José, 1998, p.266.

Asambleas Provinciales y Nacional, respectivamente, teniendo en cuenta las propuestas de las Comisiones de Candidaturas Municipales y las que ellas mismas elaboran. Deberán además para ello, tanto como sea posible, consultar el parecer de cuantas instituciones, organizaciones y centros de trabajo estimen pertinentes, así como los criterios de los Delegados a las Asambleas Municipales del Poder Popular.²⁶ El número de Delegados a las Asambleas Municipales del Poder Popular que sean seleccionados como precandidatos a Delegados a las Asambleas Provinciales y a Diputados a la Asamblea Nacional del Poder Popular no debe exceder de un cincuenta (50) por ciento del total de los precandidatos propuestos para dichos cargos en cada municipio.²⁷

La lógica del proceso continúa, en el sentido de que una vez aprobadas por las Comisiones de Candidaturas Provinciales y Nacional las proposiciones de precandidatos a Delegados y a Diputados a las Asambleas Provinciales y Nacional del Poder Popular, éstas se remiten a las correspondientes Comisiones Electorales Provinciales y Nacional para que comprueben que los propuestos reúnen los requisitos exigidos por la Ley para ocupar esos cargos. Las Comisiones de Candidaturas Provinciales y Nacional, cumplido este trámite, envían las proposiciones a las correspondientes Comisiones de Candidaturas Municipales, para su presentación, oportunamente, a las Asambleas Municipales del Poder Popular respectivas.²⁸

La nominación para la Asamblea Provincial y Nacional corre a cuenta de las Asambleas Municipales del Poder Popular previa presentación de precandidatos por las Comisiones de Candidaturas, quienes tienen la facultad de aprobar o rechazar a uno o a todos los precandidatos, en cuyo caso las Comisiones de Candidaturas deberán presentar otro u otros precandidatos a la decisión de la correspondiente Asamblea Municipal del Poder Popular.²⁹ En este sentido, la elección para la Asamblea Provincial y Nacional se realiza de manera directa por el electorado después de la reforma constitucional de 1992, donde no se permite agregar otros candidatos en la boleta.³⁰

Posteriormente en 2002 la Constitución es sometida a otra reforma, pero en esta ocasión con la sola intención de introducir una disposición especial, conocida como “cláusula de intangibilidad” o “cláusula pétrea”, que expresaba la “irrevocabilidad” del carácter socialista y el sistema político y social contenidos en la Constitución. Ello fue provocado por las continuas amenazas y exigencias del gobierno del entonces presidente de Estados Unidos, George W. Bush, que condujo a una política de abierta confrontación con la revolución cubana para un cambio de

²⁶ Artículo 85 y 87, Ley Electoral, No.72 de 1992.

²⁷ Artículo 87, Ley Electoral, No.72 de 1992.

²⁸ El artículo 89 de la Ley establece que: “El número de proposiciones de precandidatos a Delegados a las Asambleas Provinciales y a Diputados a la Asamblea Nacional del Poder Popular que remitirán las Comisiones de Candidaturas Provinciales y Nacional a las Comisiones de Candidaturas Municipales, debe ser una cantidad no menor del doble de la cifra de Delegados de la Asamblea Provincial y de Diputados a la Asamblea Nacional del Poder Popular que debe elegir cada Municipio.”

²⁹ Artículo 92, Ley No.72 de 1992. El segundo párrafo del mencionado artículo 92 establece que: “Cada Asamblea Municipal nombra igual número de candidatos a Delegados a la Asamblea Provincial y a Diputados a la Asamblea Nacional del Poder Popular, que aquellos que le corresponda elegir al municipio.” Por su parte el artículo 93 establece que: “En cada municipio, hasta un cincuenta (50) por ciento del total de candidatos a Delegados a la Asamblea Provincial y de candidatos a Diputados a la Asamblea Nacional del Poder Popular podrán seleccionarse de entre los Delegados a la Asamblea Municipal del Poder Popular.” Artículos 92 y 93, Ley No.72 de 1992.

³⁰ La inscripción tiene carácter universal, automática y gratuita de los electores, y el candidato se elige si obtiene más del 50% de los votos válidos emitidos, además de que no se permite el voto a los ciudadanos emigrados al momento de la votación. Los porcentajes de participación a estas elecciones muestran niveles por encima del 95 % de los electores desde 1976 hasta 2010. Ver *Anuario Estadístico de Cuba 2010, Proceso Electoral en Cuba*, Edición 2011. Oficina Nacional de Estadística de Cuba.

régimen político en la Isla. Esta cláusula no implica, a mi modo de ver, como en ocasiones se ha dicho, que el *poder constituyente originario*, el pueblo de Cuba, queda limitado de aprobar una Constitución con un signo ideológico y político diferente, sino en todo caso establece una limitación para el *poder constituyente derivado*, en este caso para la Asamblea Nacional del Poder Popular, que según el artículo 70 de la Constitución de 1976 es el órgano con potestad constituyente.

III. El modelo político en la Constitución de 2019: ¿ruptura o continuidad?

La Constitución de 2019 tiene causa en varias razones de índole económica, política y social. Se destaca en primer lugar las profundas transformaciones en lo económico y social en el contexto actual cubano que no encuentran amparo constitucional en el texto aprobado en 1976 y reformado en 1978, 1992 y 2002. Mutaciones importantes en el ámbito económico a partir de los lineamientos que en esta esfera adoptó el Partido Comunista³¹ y que suponen un verdadero reto por sus implicaciones en algunos preceptos del texto constitucional y en el desenvolvimiento de la sociedad cubana. En segundo lugar, el relevo en la dirección política del país hacia una generación más joven de dirigentes –que supone nuevos liderazgos y modos de hacer políticas-, la necesidad de incorporar órganos superiores de poder que funcionan en la actualidad sólo con tutela legal–como la Controlaría General de la República-, así como la necesidad de atemperar los preceptos constitucionales ante los nuevos escenarios sociales –como puede ser cubanos con dos ciudadanías, las demandas de parejas homosexuales para el reconocimiento del matrimonio igualitario, una diversidad social antes no existente, y otros- exigen cambios en la actual regulación constitucional. Habría que agregar a ello también las transformaciones políticas en el ámbito internacional de procesos progresistas, fundamentalmente en Latinoamérica, que han llevado sus cauces políticos por vías constitucionales y han supuesto avances enormes en el reconocimiento y protección de derechos humanos, que no han podido quedar indiferentes a un modelo que buscar renovarse e insertarse con más fuerza en el sistema internacional.

En cuanto al modelo político se puede afirmar que los fundamentos políticos esenciales que caracterizaron el modelo político en la Constitución de 1976 están vigentes en esta nueva constitución, cuyo carácter socialista se reconoce otra vez como “irrevocable”.³² El reconocimiento de que “Cuba es un Estado socialista de derecho y justicia social, democrático, independiente y soberano, organizado con todos y para el bien de todos”³³ y que “la soberanía reside intransferiblemente en el pueblo, del cual dimana todo el poder del Estado”, la cual “ejerce directamente o por medio de las Asambleas del Poder Popular y demás órganos del Estado que de ellas se derivan”,³⁴ viene acompañado del rechazo a la pluralidad de partidos políticos y de la consolidación del unipartidismo, donde el Partido Comunista de Cuba continúa siendo la fuerza política dirigente de la sociedad y el Estado, con un gran peso en la vida política.³⁵ De igual forma se reconoce a la Unión de Jóvenes Comunistas como

³¹ Lineamientos de la Política Económica y Social del Partido y la Revolución, aprobados por el VI Congreso del Partido Comunista de Cuba (Resolución del VI Congreso del Partido Comunista de Cuba de fecha 18 de abril del 2011) y por Acuerdo No. VII – 61 de fecha 1 de agosto del año 2011, VII Legislatura de la Asamblea Nacional del Poder Popular. Gaceta Oficial de la República de Cuba, edición ordinaria, número 28, año CXI, miércoles 31 de agosto, La Habana, 2011.

³² Ver Artículos 4 y 229 de la Constitución de la República de Cuba de 2019.

³³ Artículo 1 de la Constitución de la República de Cuba 2019.

³⁴ Artículo 3 de la Constitución de la República de Cuba 2019.

³⁵ “Artículo 5. El Partido Comunista de Cuba, único, martiano, fidelista, marxista y leninista, vanguardia organizada de la nación cubana, sustentado en su carácter democrático y la permanente vinculación con el pueblo, es la fuerza política dirigente superior de la sociedad y del Estado. Organiza y orienta los esfuerzos comunes en la construcción del socialismo y el avance hacia la sociedad comunista. Trabaja por preservar y fortalecer la unidad patriótica de los cubanos y por desarrollar valores éticos, morales y cívicos.”

la “organización de vanguardia de la juventud cubana”, que cuenta con el reconocimiento y el estímulo del Estado y “contribuye a la formación de las más jóvenes generaciones en los principios revolucionarios y éticos de nuestra sociedad, y promueve su participación en la edificación del socialismo.”³⁶ En un mismo sentido establece que el Estado “reconoce y estimula a las organizaciones de masas y sociales, que agrupan en su seno a distintos sectores de la población, representan sus intereses específicos y los incorporan a las tareas de la edificación, consolidación y defensa de la sociedad socialista”³⁷, que para el caso son la Central de Trabajadores de Cuba, los Comités de Defensa de la Revolución, la Federación de Mujeres Cubanas, la Asociación Nacional de Agricultores Pequeños, la Federación Estudiantil Universitaria y la Federación de Estudiantes de la Enseñanza Media.

El modelo de esta forma deja intacta la concepción ideológica que abrazó la Constitución de 1976 sobre el papel del Partido Comunista, el papel de los sindicatos y del resto de las organizaciones de masas y sociales en el escenario político socialista y que tiene sus antecedentes en la Unión Soviética. La concepción de Lenin, reproducida por los principales teóricos del Partido Comunista de Cuba,³⁸ partía de que estos debían ser organizaciones no estatales en la realización de la “dictadura del proletariado”, como organización que agrupaban la totalidad de los obreros pero de carácter secundario en importancia respecto del Estado y el Partido, esto es, entre el Partido y el poder del Estado, como organismos imprescindibles para cumplir las funciones estatales.

En 1975, el líder de la Revolución cubana, Fidel CASTRO, acogió esta interpretación en el Informe del Primer Congreso del Partido Comunista de Cuba: “En las organizaciones de masas y sociales tiene nuestra Revolución un poderoso e inagotable caudal de energía política y revolucionaria. Ellas son el enlace que asegura las más estrecha vinculación del Partido con las amplias masas. Ellas son la garantía de su influencia educativa, orientadora y movilizativa. Ellas constituyen la gran escuela en que se desarrolla la conciencia de millones y millones de trabajadores, hombres y mujeres, viejos, jóvenes y niños. Ellas son la fragua donde se forjan incontables cuadros y militantes de la Revolución. Ellas permiten a la dirección de nuestro Partido conocer el sentir, los problemas y las opiniones de cada sector de la población, cuyos intereses específicos defienden y representan.”³⁹

Esta concepción es replicada en los Estatutos del Partido Comunista de Cuba, vigente hasta el momento, cuando en su capítulo VIII, titulado “El Partido, la Unión de Jóvenes Comunistas y las Organizaciones de masas y sociales”, expone en su artículo 60: “El partido orienta y dirige el trabajo de las organizaciones de masas y sociales sobre la base del principio del acatamiento libre y consciente de su papel dirigente y en virtud de la influencia de sus militantes en el seno de las masas y con reconocimiento de la independencia orgánica y la autonomía de dichas organizaciones. El método de dirección y orientación del partido respecto a esas organizaciones es el de la más amplia y democrática discusión, el del razonamiento y el convencimiento de la línea y acuerdos del partido, el del respeto a la autonomía

³⁶ Ver Artículo 6 de la Constitución de la República de Cuba 2019.

³⁷ Ver Artículo 14 de la Constitución de la República de Cuba 2019.

³⁸ Ver a modo de ejemplo: CARNEADO, J. F. “Marx, Engels y el Partido de la clase obrera”, en *El Partido Marxista-Leninista. Materiales de apoyo*, Biblioteca del Militante, La Habana, 1974, pp.7-15; CARNEADO, J. F. “Lenin y el partido de nuevo tipo”, en *El Partido Marxista-Leninista. Materiales de apoyo*, Biblioteca del Militante, La Habana, 1974, pp.16-33; GARCÍA GALLO, G. J. “Principio rector en la organización del partido de nuevo tipo”, en *El Partido Marxista-Leninista. Materiales de apoyo*, Biblioteca del Militante, La Habana, 1974, pp.34-45; GUERRA HIDALGO, S. “El programa, análisis y objetivos de transformación de una realidad”, en *El Partido Marxista-Leninista. Materiales de apoyo*, Biblioteca del Militante, La Habana, 1974, pp.46-53; CHÁVEZ, A. “El Partido, el Estado y las organizaciones de masas en la dictadura del proletariado”, en *El Partido Marxista-Leninista. Materiales de apoyo*, Biblioteca del Militante, La Habana, 1974, pp.62-67.

³⁹ CASTRO, F. *Informe Central del Primero Congreso del Partido Comunista de Cuba*, Ed. Departamento de Orientación Revolucionaria del Comité Central del Partido Comunista de Cuba, La Habana, 1975, pp.162-163.

de esas organizaciones y a los intereses de los sectores de la población que ellas representan.”⁴⁰

De este modo, al margen de las instituciones religiosas y asociaciones fraternales⁴¹, así como de otras asociaciones que se constituyan con personalidad jurídica propia al amparo de la Ley de Asociaciones de Cuba⁴², el modelo no admite la existencia de otras organizaciones de carácter políticas en el escenario cubano. De hecho aquellas que se han constituido hasta el presente guardan estrechas relaciones de convivencia con el Estado, en la realización de los fines y objeto por el cual se constituyeron. Aquellas que puedan surgir con fines exclusivamente políticos, además de no encontrar amparo constitucional ni legal, pueden estar incurriendo en el delito de “Asociaciones, Reuniones y Manifestaciones Ilícitas”, previsto y sancionado en el artículo 208 del Código Penal vigente.⁴³

En cuanto a la estructuración de los órganos de poder, la Constitución proyecta algunos cambios pero con el mantenimiento, como veremos, de los fundamentos esenciales de la anterior constitución. De esta manera, el nuevo texto tuvo como antecedentes el estudio, como se reconoció⁴⁴, de las Constituciones de la República Popular China y la República Democrática de Vietnam, así como de las Constituciones que integran el llamando *Nuevo Constitucionalismo Latinoamericano*, a saber, los textos de Venezuela, Ecuador y Bolivia. Sin embargo, al compararse una con otras, no es difícil advertir que, en lo referido a la estructura del poder, asimila la estructura de poder establecida en la Constitución de Vietnam.⁴⁵ Hay que insistir que la nueva Constitución no acepta la tripartición de poder como principio estructural en la organización del Estado. La Asamblea Nacional del Poder Popular continúa siendo el órgano supremo de Poder del Estado, que representa a todo el pueblo y expresa su voluntad soberana.⁴⁶ El Presidente de República, cargo que reaparece en el escenario político cubano como cargo independiente del Consejo de Estado, si bien asume algunos rasgos propios de un presidencialismo⁴⁷, responde políticamente ante la Asamblea Nacional, le rende cuenta de su gestión⁴⁸ y puede ser revocado o sustituido por ella.⁴⁹ Además la Asamblea Nacional puede revocar total o parcialmente todas las disposiciones jurídicas, generales, entre las que se incluyen los decretos presidenciales.⁵⁰ En este contexto el Presidente de la República no tendrá derecho de veto sobre las disposiciones que se aprueben en la Asamblea Nacional, lo

⁴⁰ *Estatutos del Partido Comunista de Cuba. Con las modificaciones aprobadas en el V Pleno del Comité Central por acuerdo de la primera Conferencia nacional del Partido. Diciembre de 2012.* Editora Política, La Habana, 2013, p.32.

⁴¹ La nueva Constitución establece que el Estado reconoce, respeta y garantiza la libertad religiosa y declara que el Estado cubano es laico, donde las instituciones religiosas y asociaciones fraternales están separadas del Estado y todas tienen los mismos derechos y deberes, así como que las distintas creencias y religiones gozan de igual consideración. Ver Artículo 15 de Constitución de la República de Cuba 2019.

⁴² La Ley No. 54 “Ley de Asociaciones”, de 27 de diciembre de 1985, establece en su artículo 2 el carácter de las asociaciones que se constituyen al amparo de esa ley, es decir aquellas de carácter científicas o técnica; culturales y artísticas; deportivas; de amistad y solidaridad; o cualesquiera otras que conforme a la Constitución y a esta Ley se propongan fines de interés social.

⁴³ Ley No. 62. Código Penal. Gaceta Oficial de la República de Cuba, Edición Especial, 30 diciembre 1987.

⁴⁴ Ver Introducción al análisis del Proyecto de Constitución de la República durante la consulta popular, en Proyecto de Constitución de la República de Cuba, Empresa de Artes Gráficas Federico Engels, p.3

⁴⁵ Ver en la Constitución de la República Socialista de Vietnam, el Capítulo VI referido a la Asamblea Nacional los artículos, especialmente los artículos 90 y 91 y el Capítulo VII, en lo atinente al Presidente del País, fundamentalmente los artículos 101 y 102.

⁴⁶ Ver Artículo 102 de la Constitución de la República de Cuba 2019.

⁴⁷ Ver Artículo 128 *in extenso* de la Constitución de la República de Cuba 2019

⁴⁸ Ver Artículo 127 de la Constitución de la República de Cuba 2019.

⁴⁹ Ver Artículo 109 inciso j) de la Constitución de la República de Cuba 2019.

⁵⁰ Ver Artículo 108 inciso h) de la Constitución de la República de Cuba 2019.

que hubiera constituido sin lugar a dudas la bisagra de un modelo hacia otro que, es decir, la ruptura total con el principio de unidad de poder, y la vuelta hacia uno de corte presidencialista con diferenciación política y estructural; pero en este caso el Presidente sólo tendrá entre sus atribuciones *refrendar* las leyes y decretos-leyes que apruebe la Asamblea Nacional o el Consejo de Estado⁵¹.

De modo que la Asamblea Nacional continúa siendo el centro de gravedad de todo el modelo político cubano, quien elige además del Presidente de República y Vicepresidente de República, a su Presidente, vicepresidente y secretario y al resto de las personas que conforman el Consejo de Estado; designa, a propuesta del Presidente de República a la figura del Primer Ministro como cabeza del Consejo de Ministros, así como a los Viceprimeros ministros y al resto de los miembros del Consejo de Ministros; al Presidente del Tribunal Supremo, los vicepresidentes y los magistrados del Tribunal supremo y los jueces legos de esta instancia; al Fiscal General y los vicefiscales; al Contralor General de la República y a los vicecontralores generales, y al Presidente y demás integrantes del Consejo Nacional electoral.⁵² Todas estas figuras elegidas o designadas pueden ser revocadas o sustituidas por la propia Asamblea.⁵³

En sentido general, la Asamblea Nacional seguirá marcando las pautas generales del funcionamiento del Estado, en la que el resto de los órganos se convierten, pudiera decirse, en sus representantes y ejecutores. Valga resaltar, a modo de ejemplo, que si bien el Presidente de República dirige la política exterior, las relaciones con otros Estados y la relativa a la defensa y seguridad del Estado,⁵⁴ será la Asamblea nacional la que apruebe los lineamientos generales de la política exterior e interior.⁵⁵ Del mismo modo, la Asamblea Nacional continuará ejerciendo el control de constitucionalidad sobre las leyes, decretos-leyes, decretos presidenciales, decretos y demás disposiciones generales⁵⁶, con lo que se renuncia al necesario órgano de control externo a la Asamblea, y se refuerza la idea de órgano supremo, ante lo cual ningún órgano externo puede anular o suspender disposiciones jurídicas que emanen de su seno.

En este sentido, el texto constitucional sigue siendo expresión de una cosmovisión que replica los fundamentos políticos e ideológicos sostenidos hasta el momento por el proceso político cubano y que hunde sus raíces en los procesos que representaron la alternatividad política al modelo del liberalismo. Estos fundamentos descansan en el carácter teleológico del propio proceso político -del cual el texto constitucional, y por tanto la estructuración del poder forman parte-, a saber, la búsqueda del comunismo⁵⁷ por medio de la unidad de todos sus elementos de la sociedad con el Partido Comunista como vanguardia organizada de la nación y organizador y orientador en esos esfuerzos. Esta razón explica el establecimiento de estructuras de poder que permiten la *unidad de acción política* y rechaza instituciones propias de repúblicas o monarquías parlamentarias que reproduzcan contradicciones entre los órganos de poder, como puede ser entre el Gobierno y el Parlamento, resultante de la existencia de contradicciones políticas partidistas por el poder. Téngase que la Asamblea no verá resquebrajada su supremacía absoluta ante un Gobierno que pueda disolverla y llamar a elecciones anticipadas, propio de modelos parlamentarios.

De esta forma, el establecimiento de un Presidente de República, como Jefe de Estado, independiente del Consejo de Estado -representativo de la Asamblea entre período y período de sesiones-, y la figura del Primer Ministro como Jefe de Gobierno

⁵¹ Ver Artículo 128 inciso d) de la Constitución de la República de Cuba 2019.

⁵² Ver Artículo 109 íntegramente de la Constitución de la República de Cuba 2019.

⁵³ Ver Artículo 109 inciso j) de la Constitución de la República de Cuba 2019.

⁵⁴ Ver Artículo 128 inciso c) de la Constitución de la República de Cuba 2019.

⁵⁵ Ver Artículo 108 inciso n) de la Constitución de la República de Cuba 2019.

⁵⁶ Ver Artículo 108 inciso d) de la Constitución de la República de Cuba 2019.

⁵⁷ Ver Artículo 5 de la Constitución de la República de Cuba 2019.

de la República⁵⁸, a cargo del órgano máximo ejecutivo y administrativo, y quien es designado por la Asamblea Nacional a propuesta del Presidente de República por un período de cinco años, provoca cambios importantes en el principio de *unidad de poder* como principio de organización y funcionamiento de los órganos de Estado, sin que puede decirse que se abandona del todo, pues su espíritu anima todo el diseño político aunque con algunos matices importantes. Así, aunque no está consagrado el principio en el texto constitucional en la parte referida a los principios de organización y funcionamiento de los órganos de Estado,⁵⁹ que con ocasión de la reforma constitucional de 1992 fue sustituido por la expresión integradora de “los principios de la democracia socialista”,⁶⁰ que retoma el artículo 101 de la actual Constitución, está presente de modo implícito en un diseño estructural del poder que no concibe una estructuración de los órganos del poder en términos de pesos y contrapeso propios de modelos organizados bajo el principio de tripartición de poderes.

Ahora, si tenemos en cuenta que el principio de *unidad de poder* se caracterizó fundamentalmente por una *unidad estructural de acción política*, que se asoció inicialmente con la identidad entre el Jefe de Estado y el de Gobierno, y que a su vez presidía el órgano colegiado que representaba a la propia Asamblea Nacional como ente supremo de poder en Cuba, ciertamente en el texto constitucional se provoca un cambio importante del principio de *unidad de poder*, por contar ahora con estructuras de *acción política diferenciadas*. Pero en todo caso, si se asume que la *unidad de poder* supone *unidad de acción política*, aunque haya estructuras diferenciadas y con funciones distintas, es impensable o inviable, aun con el establecimiento de un Presidente de República y un Primer Ministro, que ese vínculo estrecho para la actuación y la toma de decisiones vaya a desaparecer, pues el mecanismo para su aseguramiento está previsto: es la Asamblea la que elige y revoca, la que designa y destituye, y los dos titulares nacen de su seno, a los que se suma el papel del Partido Comunista en la dirección superior del Estado, que estará marcando las pautas políticas fundamentales en el funcionamiento del Estado, lo que invita a sostener que la unidad de poder reviste ahora matices de *unidad de acción política con diferenciación estructural*.

De cualquier modo, la separación del jefe de Estado del Consejo de Estado, como órgano permanente de la Asamblea Nacional del Poder Popular, y el establecimiento de que el Presidente de la Asamblea Nacional, el Vicepresidente y el Secretario de la Asamblea Nacional, lo son a su vez del Consejo⁶¹, así como la conservación de facultades normativas,⁶² hace pensar que este órgano pasará a tener una función mucho más activa en el funcionamiento de la Asamblea Nacional.⁶³ Esta realidad pone en expectativa un futuro perfeccionamiento del funcionamiento de la propia Asamblea Nacional, que ha tenido un papel mucho menos activo que otros órganos superiores derivados de ella —y que se ha traducido en la aprobación en bloque de actos aprobados por estos órganos, incluso de aquellos Decretos-leyes aprobados por el Consejo de Estado modificativos de leyes aprobadas por la propia Asamblea—, y una mayor implicación de los diputados en la creación normativa y en la creación de políticas públicas. Ello debe suponer un replanteo de cómo se integra este órgano⁶⁴, que tiene en las Comisiones de Candidaturas reguladas en la Ley

⁵⁸ Ver Artículos 140 y ss de la Constitución de la República de Cuba 2019.

⁵⁹ Véase el artículo 101 de la Constitución de la República de Cuba 2019.

⁶⁰ Ver Artículo 68 de la Constitución de la República de Cuba, 1976.

⁶¹ Ver Artículo 121 y ss de la Constitución de la República de Cuba 2019.

⁶² Ver Artículo 122 de la Constitución de la República de Cuba 2019.

⁶³ Este criterio se refuerza al establecer que no pueden integrar el Consejo de Estado los miembros del Consejo de Ministros, ni las máximas autoridades de los órganos judiciales, electorales y de control estatal. Ver Artículo 121 de la Constitución de la República de Cuba 2019.

⁶⁴ Ver el Artículo 14 de la Ley No. 72, Ley Electoral, de 29 de octubre de 1992: “La Asamblea Nacional del Poder Popular estará integrada por Diputados elegidos a razón de uno por cada veinte mil (20.000) habitantes de un municipio, o fracción mayor de diez mil (10.000), que es su circunscripción electoral”.

Electoral un momento importante, en busca de una mayor presencia de los delegados a las Asambleas Municipales del poder Popular⁶⁵; del mismo modo que deben reevaluarse las relaciones de los diputados con sus electores, aun cuando se mantiene el carácter no profesional de la política a los diputados a la Asamblea Nacional.⁶⁶

Un aspecto a resaltar, es que se mantienen los principios de la “democracia socialista” que tiene sus antecedentes, como ya vimos, en instituciones defendidas por el pensamiento de izquierda de finales del siglo XIX y principios del siglo XX y se incorporan otros. En este caso, establece en su artículo 101 que los órganos del Estado se integran y desarrollan su actividad sobre del carácter electivo y renovable de todos los órganos representativos de poder; el control por el pueblo de la actividad de los órganos estatales, de sus directivos y funcionarios, de los diputados y de los delegados; la rendición de cuentas de todos los elegidos como un deber; el derecho a la revocación de todos los elegidos; de igual modo establece que los órganos estatales de acuerdo a sus funciones y en el marco de su competencia desarrollan las iniciativas encaminadas al aprovechamiento de los recursos y posibilidades locales y la incorporación de las organizaciones de masas y sociales a su actividad; la obligatoriedad de las disposiciones de los órganos estatales superiores respecto a los inferiores; la rendición de cuenta de los órganos inferiores ante los superiores; la libertad de discusión, el ejercicio de la crítica y la autocrítica y la subordinación de la minoría a la mayoría rigen en todos los órganos estatales colegiados; y la debida transparencia de los órganos del Estado, sus directivos y funcionarios.

Un campo importante a nivel provincial, lo constituyó la desaparición de las Asambleas Provinciales del Poder Popular, y el establecimiento de un Gobierno Provincial del Poder Popular conformado por un Gobernador -elegido por los delegados de las asambleas municipales del Poder Popular correspondientes, a propuesta del Presidente de la República, por el período de cinco años- y un Consejo Provincial.⁶⁷ En este caso los Consejos provinciales, órganos colegiados y deliberativos, son presididos por el Gobernador e integrado por el Vicegobernador, los presidentes y vicepresidentes de las asambleas locales del Poder Popular correspondientes y los intendentes municipales. En esta importante restructuración de los órganos de poder hay una clara intención de fortalecer el ámbito municipal del poder popular, para lo que se establece además con carácter constitucional los derechos de petición y de participación ciudadana en el ámbito local.⁶⁸

Respecto a este último aspecto, no es posible desconocer la voluntad del constituyente de introducir mecanismos de democracia directa que amplíen y permitan instrumentar el derecho de todos a participar en el desarrollo y transformación social al nivel más local. Sin embargo no puede obviarse que el nuevo texto reproduce algunas incongruencias o carencias democráticas: el Presidente de República será electo por la Asamblea Nacional y no directamente por el pueblo, y aunque debe esperarse por la ley electoral, es muy posible que el sistema electoral preserve en su funcionamiento una doble posición: para la representación local, más cercana a la base (las Asambleas Municipales del Poder Popular) un tipo de democracia directa con un fuerte influjo roussoniano -que pasó por los teóricos del socialismo marxistas en la búsqueda de un modelo emancipatorio en lo económico y social-, y para la elección a la Asamblea Nacional, una representación indirecta, cuyos perfiles evocan una relativa irresponsabilidad de los elegidos por cuanto los diputados que no son delegados municipales se pueden elegir incluso por circunscripciones donde ni siquiera se ubica su lugar de residencia o de trabajo. Se trata, en el caso de los delegados a las AMPP, de un tipo de democracia directa que no completa todo el contenido revolucionario de construcción social y política “desde abajo” si el

⁶⁵ Ver el Artículo 93 de la Ley No. 72, Ley Electoral, de 29 de octubre de 1992: “En cada municipio, hasta un cincuenta por ciento del total de candidatos a Delegados a la Asamblea Provincial y de candidatos a Diputados a la Asamblea Nacional del Poder Popular podrán seleccionarse de entre los Delegados a la Asamblea Municipal del Poder Popular.”

⁶⁶ Ver Artículo 115 de la Constitución de la República de Cuba de 2019.

⁶⁷ Ver artículo 170 y ss de la Constitución de la República de Cuba de 2019.

⁶⁸ Ver Artículo 200 y ss de la Constitución de la República de Cuba de 2019

delegado no se convierte en un sujeto político con poder real para organizar y liderar en una localidad la construcción de su realidad, decidida por la “creatividad viva de las masas”. Si se limita el delegado a recibir demandas sociales generalmente de contenido no políticas, más bien perfiladas al ámbito de la Administración Pública, se priva a este espacio de posibilidades de construcción política y de decisión sobre el futuro de la localidad.

En esencia, un modelo superior debe erradicar el desfase entre las voluntades y demandas locales de los electores y los intereses que han de defender los elegidos para la Asamblea Nacional. Los diputados no sólo deben responder a un deber general de desarrollar sus labores en beneficio de los “intereses del pueblo”, cuyo “contacto con sus electores” sólo se refiera a un deber de recepcionar planteamientos, sugerencia y críticas, y “explicar la política del Estado”. Los electores de esta forma se convierten en “consumidores” de políticas elaborados o construidas “desde arriba” y la representación pierde su contenido como vehículo para canalizar las agendas y demandas locales, cuando en realidad es un vínculo que responde a una lógica de representación de “sectores” sobre la lógica de responder directamente a la representación de intereses locales. Sin embargo en el texto constitucional siguen utilizándose, en el marco de los deberes de los diputados a la Asamblea Nacional, “mantener vínculo con sus electores”, “atender sus planteamientos, sugerencias y críticas” y “explicarles la política del Estado”.⁶⁹ En el ámbito de deberes de los delegados municipales, expresiones tales como “dar a conocer a la Asamblea Municipal las opiniones, necesidades y dificultades que les transmitan sus electores”, “informar a los electores de la política que sigue la Asamblea municipal...”⁷⁰ y entre sus derechos, además de participar con voz y voto en las sesiones de la Asamblea, “solicitar información” tanto a los directivos de la asamblea o las entidades radicadas en su territorio⁷¹, en realidad no auguran cambios trascendentales que permitan un vuelco hacia una ciudadanía constructora en lo cotidiano de su realidad política y social.

Habría que apuntar que esta concepción del modelo político cubano, coincide con una concepción del modelo económico socialista que basa sus fundamentos en “la propiedad socialista de todo el pueblo sobre los medios fundamentales de producción” y en “la dirección planificada de la economía”, pero trata de aminorar los elementos rígidos del sistema con la existencia de un mercado regulado y en los marcos de la planificación económica, así como con el reconocimiento de otros tipos de propiedad, como la propiedad cooperativa, la propiedad mixta, la propiedad de las organizaciones políticas, de masas y sociales, la propiedad privada y propiedad personal. Es decir, un modelo económico que trata de replicar a nivel económico la sincronización del todo y la complementariedad de los elementos no integrados.⁷²

En otros temas también importantes, la nueva Constitución amplía el catálogo de los derechos en una proporción no desdeñable respecto a la constitución anterior, que ahora aparecen agrupados fundamentalmente en el Título V “Derechos, Deberes y Garantías”, junto al capítulo dedicado a “las familias”, los “deberes”, “los derechos y deberes de los extranjeros” y las “garantías de los derechos”. En relación con las garantías de los derechos⁷³, se reconoce el *derecho del acceso a los órganos judiciales* a fin de obtener una tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos; reconoce como una novedad a nivel constitucional la posibilidad del ciudadano de utilizar métodos alternos de solución de conflictos, así como el principio de debido proceso no sólo para el proceso penal sino también para el ámbito de los procedimientos administrativos; se eleva a rango constitucional la institución del *Hábeas Corpus* para aquellos que estuvieren privados de libertad ilegalmente; se reconoce el derecho de toda persona de acceder a sus datos personales en registros, archivos u otras bases de datos e información de carácter público, así como a

⁶⁹ Ver Artículo 133 de la Constitución de la República de Cuba de 2019

⁷⁰ Ver Artículo 195 y ss de la Constitución de la República de Cuba de 2019

⁷¹ Ver Artículo 194 y ss de la Constitución de la República de Cuba de 2019

⁷² Ver el Título II dedicado a los Fundamentos económicos del Estado cubano.

⁷³ Ver íntegramente el capítulo VI de la Constitución de la República de Cuba de 2019.

interesar su no divulgación y obtener su debida corrección, rectificación, modificación, actualización o cancelación; se reitera el derecho de las personas a reclamar y obtener la correspondiente reparación o indemnización ante daño o perjuicio causado indebidamente por directivos, funcionarios y empleados del Estado con motivo del ejercicio de las funciones propias de sus cargos; así como el principio de irretroactividad de las leyes, salvo en materia penal cuando sean favorables a la persona encausada o sancionada, y en las demás leyes, cuando así lo dispongan expresamente, atendiendo a razones de interés social o utilidad pública.

Una novedad también en el ámbito de los derechos en relación con su antecesora, lo constituye el artículo 99 dentro del marco de las garantías de los derechos, que establece que toda persona tiene derecho a reclamar ante los tribunales la restitución de los derechos y obtener, de conformidad con la ley, la correspondiente reparación o indemnización, cuando se le hayan vulneren los derechos consagrados en esta Constitución y, como consecuencia sufre daño o perjuicio por órganos del Estado, sus directivos, funcionarios o empleados, con motivo de la acción u omisión indebida de sus funciones, así como por particulares o por entes no estatales. Ello supone una judicialización en la protección de los derechos constitucionales, mediante un “procedimiento preferente, expedito y concentrado”, que parece suponer su viabilidad a través de una Sala de lo Constitucional en el Tribunal Supremo de la República. No obstante, resulta incongruente con el principio de supremacía normativa⁷⁴ y de aplicación directa de la Constitución, que la Constitución exprese para este tipo de garantías, que la ley establecerá “aquellos derechos amparados por esta garantía”. Las preguntas quedan abiertas entonces: ¿Qué derechos garantizados en esa Constitución no serán garantizados judicialmente? ¿Habrá tenido causa esta inclusión en un rechazo a que aquellos derechos de carácter social y económico puedan ser justiciables? ¿No podrá un Tribunal aplicar los preceptos constitucionales para brindar protección judicial de aquellos derechos que una disposición jurídica de inferior jerarquía excluya de su protección? Habrá que esperar todavía para conocer las respuestas a estas interrogantes.

IV. Una valoración final

La pregunta sobre si la Constitución de 2019 constituye una continuidad o una ruptura del modelo político adoptado en la Constitución de 1976 -y que a su vez se inspira en el modelo político establecido en la Constitución soviética de 1936-, se ha ido contestando a lo largo de este trabajo. La aparición de nuevos cargos en la estructura de poder y de una reconfiguración a esta propia estructura, no tiene grandes impactos en un modelo que conserva los fundamentos políticos y económicos más importantes del modelo anterior. En todo caso se consolida un modelo que se construye para garantizar la “unidad nacional y el liderazgo del Partido Comunista de Cuba”, como se reconoce en el Preámbulo de la Constitución, que escapa a un modelo que busca el “consenso” a partir de alternativas políticas.

De cualquier manera, habrá que destacar que la actual Constitución estuvo sometida a un proceso de consulta con el pueblo cubano desde el 13 de agosto de 2018 hasta el mes de diciembre del propio año, que conllevó importantes modificaciones al proyecto de texto constitucional presentado inicialmente a partir de los criterios de los ciudadanos cubanos.⁷⁵ En todo caso los cubanos tuvieron la

⁷⁴ “ARTÍCULO 7. La Constitución es la norma jurídica suprema del Estado. Todos están obligados a cumplirla. Las disposiciones y actos de los órganos del Estado, sus directivos, funcionarios y empleados, así como de las organizaciones, las entidades y los individuos se ajustan a lo que esta dispone.” Constitución de la República de Cuba de 2019.

⁷⁵ Entre los artículos de la Constitución que más recibieron número de propuestas se encuentran el referido a la institución del matrimonio –hubo un gran número que rechazaron la posibilidad de un matrimonio entre personas del mismo sexo-, la no limitación del período de mandato y de la edad límite para ser Presidente de República, así como la elección directa del Presidente de la República, entre muchas otras. Algunas de estas propuestas no fueron

oportunidad de pronunciarse en referéndum el 24 de febrero de 2019 y ratificaron por amplia mayoría la actual Constitución, en medio de una gran campaña política por el voto afirmativo a través de los medios de comunicación. No había que ser un observador experto de la vida política del país para augurar que la Constitución sería aprobada por la mayoría de los ciudadanos convocados a votar ese día en una proporción importante, y que continuaría vigente en sus líneas fundamentales, por algún tiempo, que no sabemos cuánto, el modelo político establecido por Revolución cubana en la Constitución de 1976.

BIBLIOGRAFÍA

- ÁLVAREZ TABÍO, F. *Comentarios a la Constitución Socialista*, Ed. Pueblo y Educación, Ciudad de la Habana, 1988.
- AZCUY, H. *Análisis de la constitucionalidad y otros ensayos*, Instituto Cubano de Investigación Cultural Juan Marinello, Ruth Casa Editorial, 2010, p.110.
- CAÑIZARES ABELEDO, F. "La Ley Electoral Cubana", en *Seminario sobre Elecciones y Derechos Humanos en Cuba y América Latina*, Instituto Iberoamericano de Derechos Humanos, Unión nacional de Juristas de Cuba, San José, 1998.
- CARNEADO, J. F. "Lenin y el partido de nuevo tipo", en *El Partido Marxista-Leninista. Materiales de apoyo*, Biblioteca del Militante, La Habana, 1974.
- CARNEADO, J. F. "Marx, Engels y el Partido de la clase obrera", en *El Partido Marxista-Leninista. Materiales de apoyo*, Biblioteca del Militante, La Habana, 1974.
- CASTRO, F. *Informe Central del Primero Congreso del Partido Comunista de Cuba*, Ed. Departamento de Orientación Revolucionaria del Comité Central del Partido Comunista de Cuba, La Habana, 1975, pp.162-163.
- CHÁVEZ, A. "El Partido, el Estado y las organizaciones de masas en la dictadura del proletariado", en *El Partido Marxista-Leninista. Materiales de apoyo*, Biblioteca del Militante, La Habana, 1974, pp.62-67.
- ESCALONA REGUEIRA, J. "En torno a la Ley de Reforma Constitucional", *Revista Cubana de Derecho*, No. 8, octubre-diciembre, La Habana, 1992.
- GARCÍA GALLO, G. J. "Principio rector en la organización del partido de nuevo tipo", en *El Partido Marxista-Leninista. Materiales de apoyo*, Biblioteca del Militante, La Habana, 1974.
- GARCINI GUERRA, H. "La Constitución de los órganos del poder Popular", *Revista Cubana de Derecho*, Año III, número 8, junio-diciembre, 1974.
- GUERRA HIDALGO, S. "El programa, análisis y objetivos de transformación de una realidad", en *El Partido Marxista-Leninista. Materiales de apoyo*, Biblioteca del Militante, La Habana, 1974.
- PÉREZ HERNÁNDEZ, L. y HERNÁNDEZ RUIZ, J. A. "Apuntes sobre la propiedad, desde el punto de vista constitucional", *Temas de Derecho Constitucional cubano*, Ed. Félix Varela, La Habana, 2004.
- PÉREZ MILIAN, F. "Motivos para una reforma", *Revista Cubana de Derecho*, No. 7, julio-septiembre, La Habana, 1992.
- POYAL COSTA, A. "La Reforma Constitucional cubana (12-6-92) y la Nueva Ley Electoral (72/92)", *Revista de Derecho Político*, núm. 39, 1995, pp. 425-444.

acogidas por la Comisión Redactora del texto, que la presidía el Primer Secretario del Partido Comunista de Cuba, Raúl Castro Ruz. Ver en este sentido: "Resultados del proceso de consulta popular", en *Juventud Rebelde*, Jueves 17 de enero de 2019, *consultado*, consultado en <http://www.juventudrebelde.cu/cuba/2018-12-22/resultados-del-proceso-de-consulta-popular>. Ver también en este sentido, en lo referido a la institución del matrimonio, la Disposición Especial Decimoprimera de la Constitución, estableció que: "Atendiendo a los resultados de la Consulta Popular realizada, la Asamblea Nacional del Poder Popular dispondrá, en el plazo de dos años de vigencia de la Constitución, iniciar el proceso de consulta popular y referendo del proyecto de Código de Familia, en el que debe figurar la forma de constituir el matrimonio."

- PRIETO VALDÉS, M. "La defensa de la Constitución y la reforma de 1992", en (Pérez Hernández, L y Prieto Valdés, M. comp.), *Temas de Derecho Constitucional cubano*, Ed. Félix Varela, La Habana, 2004.
- PRIETO VALDÉS, M. "La reforma a la Constitución cubana de 1976", en (Pérez Hernández, L y Prieto Valdés, M. comp.), *Temas de Derecho Constitucional cubano*, Ed. Félix Varela, La Habana, 2004.
- PRIETO VALDÉS, M. "Reflexiones en torno al carácter normativo de la Constitución", en (Pérez Hernández, L y Prieto Valdés, M. comp.), *Temas de Derecho Constitucional cubano*, Ed. Félix Varela, La Habana, 2004.
- TORRES SANTRAYLL, A. "Antecedentes históricos y principios que informan el Anteproyecto de Constitución", *Revista Cubana de Derecho*, Año 4 Julio-Diciembre, No. 10, 1975.

Disposiciones jurídicas

- Anteproyecto de Constitución concordado con las constituciones de los países socialistas*, Editorial Departamento de Reproducción del Ministerio de Justicia, La Habana, 1975.
- Constitución de la República de Cuba, de 24 de febrero de 1976. Gaceta Oficial de la República de Cuba, Edición Extraordinaria, 31 enero 2003.
- Ley Fundamental de la República, con notas de estudio comparativo respecto a la Constitución de 1940 y en Apéndice, las leyes del Ejército Rebelde dictadas en la Sierra Maestra, sobre Inhabilitación Política y reforma Agraria, II (Cuaderno Extraordinario) Segunda Edición, Editorial Lex, La Habana, 1959, artículos 118 y ss.
- Ley No. 107, "De la Contraloría General de la República de Cuba" de 1ero de agosto del 2009.
- Ley No. 62. Código Penal. Gaceta Oficial de la República de Cuba, Edición Especial, 30 diciembre 1987.
- Ley No. 72, *Ley Electoral de 29 de octubre de 1992*. Ministerio de Justicia, 2002.

Otros documentos

- "Resultados del proceso de consulta popular", en *Juventud Rebelde*, Jueves 17 de enero de 2019, consultado, consultado en <http://www.juventudrebelde.cu/cuba/2018-12-22/resultados-del-proceso-de-consulta-popular>.
- Introducción al análisis del Proyecto de Constitución de la República durante la consulta popular, en Proyecto de Constitución de la República de Cuba, Empresa de Artes Gráficas Federico Engels.

Reflexiones en relación con los principios éticos en el arbitraje internacional: la independencia y la imparcialidad del árbitro.

Reflections in relation to the ethical principles in international arbitration: independence and the impartiality of the arbitrator.

Nayiber Febles Pozo¹

Universidad de Girona

Sumario: 1. A modo de introducción. 2. Los principios éticos en el arbitraje internacional: la independencia y la imparcialidad del árbitro. 2.1 La independencia del árbitro. 2.2 La imparcialidad del árbitro. 3. La independencia y la imparcialidad del árbitro en los principales reglamentos de arbitraje a nivel internacional: la CCI, la CNUDMI y el CIADI. Una mirada práctica de la cuestión. 4. Valoración final. 5. Bibliografía.

Resumen: El presente trabajo aborda algunas reflexiones del autor en relación con la ética en el arbitraje internacional, con especial interés en los principios de independencia e imparcialidad del árbitro. Para ello, se tiene en cuenta el análisis de las reglas de arbitraje de las principales instituciones arbitrales a nivel internacional, dígase: CNUDMI, CCI y CIADI. Siempre con especial interés en el ámbito práctico, haciéndose énfasis en el arbitraje inversionista-Estado.

Palabras clave: Arbitraje internacional, principios éticos, independencia, imparcialidad, árbitros.

Abstract: The present work addresses some reflections of the author in relation to ethics in international arbitration, with special interest in the principles of independence and impartiality of the referee. For this, the analysis of the arbitration rules of the main international arbitration institutions is taken into account, such as: UNCITRAL, ICC and ICSID. Always with special interest in the practical field, with an emphasis on investor-State arbitration.

¹ Doctor en Derecho por la Universidad de Girona (Sobresaliente-Cum Laude por unanimidad) en 2019. Máster en Derecho de la Empresa y la Contratación por la Universidad Rovira i Virgili en 2014. Licenciado en Derecho por la Universidad de la Habana en 2007. Ha impartido conferencias y cursos de especialización en varias universidades nacionales y extranjeras. Es autor de una monografía y numerosos artículos publicados en revistas nacionales e internacionales especializadas en el ámbito jurídico. Las líneas de investigación en las que actualmente trabaja el autor se relacionan con el Derecho internacional privado, el Comercio internacional y la Inversión extranjera, centrándose en ésta última, en las cuestiones relacionadas con la resolución de controversias, específicamente, el arbitraje comercial internacional y el arbitraje de inversiones. Es miembro de varios grupos de investigación en España y en el extranjero. Actualmente se desempeña como director académico de la Red Iberoamericana de Investigación Interuniversitaria para el Diálogo Jurídico entre Europa y América (REDIJE) perteneciente a la Universidad de Girona, España.

Key words: International arbitration, ethical principles, independence, impartiality, arbitrators.

1. A modo de introducción.

El arbitraje internacional es muy utilizado por los actores del comercio y los negocios internacionales en la solución de sus disputas, tanto en el arbitraje comercial en el que la inmensa mayoría de los contratos contienen cláusulas o convenios arbitrales para dirimir sus controversias como en el arbitraje de inversiones, siendo incorporado en contratos o cláusulas de Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) entre Estados e inversionistas. Es escogido el arbitraje, entre otras razones, por ser un foro en “teoría” neutral, despojado de toda injerencia que pueda poner en duda la imparcialidad e independencia del árbitro. Sin embargo, no está exento de críticas y problemas relacionados con la parcialidad y dependencia de los árbitros, dudas que ponen en peligro la credibilidad del sistema arbitral y la confianza de las partes en el instituto del arbitraje, piedra angular del mismo.

El arbitraje como mecanismo de solución de controversias, coincidiendo con la primera sección del Código de Buenas Prácticas Arbitrales del Club Español del Arbitraje (CEA), debe garantizar la posibilidad de generar decisiones arbitrales que sean percibidas por las partes como imparciales². Las normas de ética profesional, “principio de orden moral por el que debe regirse la actuación de todo profesional”³, deben estar presentes en toda profesión. Sin embargo, adquieren mucha más relevancia en el desempeño del ejercicio profesional del árbitro, teniendo en cuenta las particularidades del arbitraje que lo hacen ser distinto del resto de especialidades en el ámbito jurídico, principalmente a partir de la función cuasi judicial que desarrollan los árbitros. Las características que se valoran en los árbitros son semejantes a las que aspiramos que tengan los jueces nacionales, no basta con que los árbitros sean capaces de contar con una renombrada carrera profesional o gran prestigio internacional, sino también que cuenten con amplios conocimientos del Derecho en la especialidad más relevante del litigio, así como su formación integral, la imparcialidad y la independencia. Una de las reglas fundamentales en todo reglamento arbitral es que el árbitro actúe siempre de manera imparcial, independiente, diligente y eficientemente durante todo el procedimiento, para que pueda brindar a las partes una resolución justa y efectiva de la disputa⁴.

Desde el momento en que el nombramiento de los árbitros se funda en la confianza y seguridad de las partes en litigio, el obligado respeto y cumplimiento de las normas de ética profesional por parte de los árbitros reviste una trascendental importancia, de ello depende no solo la dignidad del árbitro y la integridad del procedimiento arbitral, sino también el prestigio del instituto del arbitraje como mecanismo alternativo de solución de conflictos⁵. El desarrollo de la profesión legal y la del árbitro a nivel internacional han tenido que ir perfeccionándose con el decursar del tiempo para poderse adaptar a los imperantes cambios de un mundo cada vez más globalizado, en el que las relaciones comerciales transfronterizas se han multiplicado en las últimas décadas, favoreciendo, en gran medida, no sólo el auge del arbitraje y su perfeccionamiento como institución, sino también que profesionales del Derecho con sobrada experiencia en el quehacer de su profesión

² Código de Buenas Prácticas Arbitrales del CEA, 2005, p. 3. Disponible en: www.clubarbitraje.com, consultado 05/04/2019.

³ FIGUEROA VALDES, J.E. “La etica en el arbitraje internacional”, *XXXIX Conferencia de la Inter-American Bar Association*, New Orleans, 2003, p. 3.

⁴ PARK, W.W. “Arbitrators and Accuracy”, *J. Int’l Disp. Sett.*, Vol. I, No.1, 2010, pp. 25-53.

⁵ NOEMÍ PUCCI, A. “O Arbitro Na Arbitragem Intenacional Principios Éticos”, en NOEMÍ PUCCI, A.: *Arbitragem Comercial Internacional*, Editora LTR, Sao Paulo, Brasil, 1998, p. 118.

puedan actuar como representantes legales de las partes y, en determinadas ocasiones, desempeñarse también como árbitros.

Esta dualidad de roles en el ejercicio profesional ha sido muy criticada a nivel internacional, por las dudas que puede generar respecto al cumplimiento de los requisitos de imparcialidad e independencia por parte de abogados y árbitros en el arbitraje internacional⁶, lo que puede traer a colación el surgimiento de situaciones o ciertas circunstancias en el marco del arbitraje internacional generadoras de conflicto de interés⁷. Es por ello, que en el arbitraje internacional la exigencia de neutralidad de los árbitros es siempre máxima, tanto es así que la búsqueda de un estándar de neutralidad en el arbitraje internacional se ha convertido en una de las principales reclamaciones a nivel mundial, lo que no deja de tener grandes complejidades⁸ en el arbitraje de inversiones a partir del reducido número de árbitros especializados que condiciona una repetición en el nombramiento de los mismo.

Dicho esto, el objetivo fundamental en el presente capítulo es realizar un análisis de la independencia e imparcialidad como principios éticos del actuar del árbitro en el procedimiento arbitral. Para ello, se parte de una concepción amplia de ambos principios, para adentrarnos posteriormente, y cumpliendo con las normas de extensión establecidas, en el análisis de los mencionados principios en las reglas arbitrales de la CCI, la CNUDMI y el CIADI.

2. Los principios éticos en el arbitraje internacional: la independencia y la imparcialidad del árbitro.

La estricta observancia de requisitos éticos está presente en todas las ramas de la ciencia, en cualquier actividad profesional⁹, las instituciones universitarias, sus planes de estudios de pre y postgrados, las empresas, las instituciones y organismos internacionales y los propios Estados, hacen eco de ello. Por supuesto, el Derecho no está aislado, el conocimiento jurídico y las distintas especialidades en las que se ejerce tan importante profesión también han sido objeto de transformación desde el punto de vista ético. No existe un área del Derecho en la que las normas éticas no estén presentes, e incluso en algunas hasta han proliferado Códigos Éticos o de Buenas Conductas, como puede ser en el ámbito del arbitraje internacional. Son varios los Códigos de Ética existentes en un muchas de las instituciones arbitrales¹⁰, gran parte de ellos con el objetivo de homologar y

⁶ FIERRO VALLE, E.J. "Conflicto de intereses en el arbitraje internacional: el fenómeno del Double-Hatting", *Arbitraje PUCP*, 2014, p. 59.

⁷ CARLEVARIS, A. "Global Development: The 1998 ICC Rules and Some Recent Trends in International Commercial Arbitration", *Croatian Arbitration Yearbook*, 2002, p. 9.

⁸ ROGERS, C.A. "Regulating International Arbitrators: A Functional Approach to Developing Standards of Conduct", *Stan. J int'l L.*, Vol. 41, 2005, p. 56.

⁹ SERRANO RUIZ-CALDERÓN, J.M. "Ética del árbitro", *Arbitraje Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. IV, No. 1, 2011, pp. 31-33, 40.

¹⁰ Entre otros códigos, cabe destacar: el Código Ético del Tribunal Arbitral de Barcelona, 2009. Disponible en: <http://tab.es/index.php?lang=es>. El Código CEA de Buenas Prácticas Arbitrales, 2005. Disponible en: https://www.clubarbitraje.com/sites/default/files/090216_buenas_practicas_arbitrales_castellano_1.pdf. El Código de Ética del Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Lima, 2008. Disponible en: <https://www.camaralima.org.pe/principal/categoria/codigo-de-etica/524/c-524>. Las Rules of Ethics for International Arbitrator de la IBA, 2014. Disponible en:

https://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#Standards,%20Principles%20and%20Ethics y, el propio Code of Ethics for Arbitrators in Commercial de la American Arbitration Association, 2004. Disponible en: https://www.adr.org/sites/default/files/document_repository/Commercial_Code_of_Ethics_for_Arbitrators_2010_10_14.pdf. Todos los sitios web han sido consultados el 05/04/2019. Se recomienda también, CREMADES, B.M. "Nuevo Código ético para los árbitros internacionales", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, Vol. IV, 1987, pp. 9-14.

eleva sus propios estándares éticos en la práctica arbitral se adhieren a otros con mayor relevancia y connotación a nivel internacional, como puede ser el Código Ético para el Arbitraje Internacional de la *International Bar Association*.

La importancia que ha adquirido el arbitraje internacional como principal forma de solución de controversias en las relaciones comerciales internacionales y la inversión extranjera, ha favorecido no solo la existencia de acérrimos defensores del instituto del arbitraje, sino también de quienes critican, en ocasiones con discutible fundamento, esta forma de resolución de diferencias. Es por ello, que con el aumento de la brecha existente entre ambas partes, entre defensores y detractores del arbitraje internacional, la existencia de Códigos Éticos resulta imprescindible¹¹. Cabe recordar que estos códigos o directrices que rigen la conducta de las partes en el arbitraje no son normas obligatorias de carácter general ni prevalecen sobre las normas que rigen el arbitraje, surten sus efectos una vez que las partes así lo acuerdan, permaneciendo dichas normas éticas y obligaciones desde el propio nombramiento del árbitro y durante todo el procedimiento arbitral. En este sentido, existen dos etapas del procedimiento perfectamente identificables en las que pueden jugar un papel importante el cumplimiento de los principios de independencia e imparcialidad en el arbitraje internacional, la etapa de nombramiento del árbitro y durante la celebración del procedimiento, y una vez concluido el procedimiento arbitral, con la anulación del laudo, éste último recurso se encuentra sujeto a estrictos requisitos.

En el ejercicio del arbitraje y, especialmente, por la función cuasi jurisdiccional que ejercen los árbitros en base a la autonomía de la voluntad de las partes que los han nombrado, los principios éticos juegan un papel trascendental, teniendo en cuenta la labor encomendada a los árbitros¹² que no sólo realizan exclusivamente la función arbitral, es evidente la semejanza existente con la función judicial¹³. Estos principios se encuentran fuertemente arraigados a dos pilares básicos del actuar de los árbitros: la independencia y la imparcialidad¹⁴. Tanto es así, que en la práctica actual la calidad del arbitraje se encuentra también condicionada a las características de los árbitros, un buen procedimiento arbitral depende, sin duda alguna, del buen comportamiento ético de los árbitros elegidos por las partes¹⁵, teniendo en cuenta el origen consensuado del mismo. A diferencia de lo que ocurre en el ámbito judicial¹⁶ en el que los jueces son asignados a un caso concreto, su

¹¹ VEEDER, V.V. "Is there any Need for a Code of Ethics for International Commercial Arbitrators?", *Les arbitres internationaux: Colloque du 4 février 2005*, Centre Français de Droit Comparé, 2005, pp. 187-194.

¹² ANDRIGHI, F.N. "A ética como pilar de segurança da arbitragem", *Revista de Doutrina e Jurisprudência*, No. 53, 1997, pp. 24-26; MITCHARD, P. "Ethics in European Arbitration", *The European & Middle Eastern Arbitration Review*, 2009. Disponible en: <http://www.globalarbitrationreview.com/reviews/14/sections/53/chapters/509/ethics-european-arbitration/>, consultado el 05/04/2019; MULLERAT BALMAÑA, R. "Ethical Rules for Arbitrators", *Anuario de Justicia Alternativa*, No. 6, 2005, pp. 77-117.

¹³ JIJÓN LETORT, R. "La Independencia e Imparcialidad de los Árbitros", *Revista del colegio de Jurisprudencia de Quito*, Año VII, No. 11, 2007, p. 26. En este sentido, ESCOBAR-MARTÍNEZ, afirma que, "un árbitro es un juez privado, cuya jurisdicción deriva de la voluntad de las partes"; ESCOBAR-MARTÍNEZ, L.M. "La independencia, imparcialidad y conflicto de interés del árbitro", *International Law, Revista colombiana de Derecho Internacional*, No. 15, 2009, p. 196.

¹⁴ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. "Contenido ético del oficio de árbitro", *Congreso de Arbitraje de La Habana*, 2010, p. 3; MANZANARES BASTIDA, B. "The independence and impartiality of arbitrators in international commercial arbitration", *Revist@ e-Mercatoria*, Vol. 6, No.1, 2007, p. 1.

¹⁵ Es un axioma muy citado en la comunidad arbitral que un procedimiento arbitral es tan bueno como la calidad de los árbitros que lo conducen; SANDERS, P. *Quo vadis arbitration? Sixty years of arbitration practice*, Kluwer Law International, The Hague, Netherlands, 1999, p. 224; FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. "Contenido ético del deber de revelación del árbitro y consecuencias de su trasgresión", *Arbitraje*, Vol. VI, No. 3, 2013, p. 800.

¹⁶ DEZALAY, Y., GARTH, B.G. *Dealing in Virtue. International commercial arbitration and the construction of a transnational legal order*, The University of Chicago Press, 1996, p. 8.

autoridad les viene por mandato constitucional, son funcionarios públicos que asumen grandes responsabilidades estrechamente relacionadas con las políticas públicas y la soberanía de los Estados, muy distantes de las funciones propias de un árbitro que les vienen encomendadas por las propias partes o las instituciones arbitrales.

La necesidad de normas éticas en el arbitraje internacional ha generado siempre un debate constante en el ámbito internacional¹⁷, lo que ha favorecido que la independencia y la imparcialidad del árbitro tenga una amplia acogida en las reglas arbitrales como principios intrínsecos al arbitraje. No existe un solo reglamento arbitral en el que no se regulen, al menos, uno de los dos principios, tanto es así, que los propios reglamentos les confieren a los árbitros, ya sea explícita e implícitamente, facultades para garantizar una plena integridad del proceso¹⁸, lo que no puede garantizarse sin la debida ejecución de los valores éticos y morales que entrañan el arbitraje como institución. Es por ello, que la observancia de los principios éticos de independencia e imparcialidad del árbitro constituye el factor más importante dentro del proceso¹⁹.

Las reglas arbitrales están dirigidas a la mejora constante de las actuaciones de las partes en la práctica del arbitraje. De ahí que existan mecanismos sancionadores que son activados en caso de un quebrantamiento de los principios éticos en el arbitraje no sólo a nivel internacional sino también en el ámbito nacional. Estas exigencias obedecen ineludiblemente a la necesidad de que el arbitraje se adecue a las necesidades sociales actuales y, a la vez, ante la crisis de confianza a nivel internacional que afecta al sistema alternativo de resolución de diferencias, fortalecer la confianza en el arbitraje. Que las partes en el procedimiento puedan disfrutar de una mayor seguridad jurídica, de un proceso despojado de toda práctica desleal y que pueda sustentarse en reglas y normas que surjan de los principios fundamentales de la buena fe. Existe una obligada necesidad de consolidar la transparencia²⁰, la legitimidad y una mayor publicidad en el arbitraje internacional. De ahí que, la diligencia, eficiencia, independencia e imparcialidad, constituyan principios inquebrantables en la correcta actuación de los árbitros, su incumplimiento puede condicionar la integridad del procedimiento arbitral²¹.

Sin embargo, cabe señalar que los reglamentos arbitrales establecen que los árbitros deben actuar siempre con imparcialidad e independencia. Pero al igual que gran parte de las legislaciones nacionales²², se carece de un concepto de los mencionados principios. Los reglamentos de arbitraje de la CCI, UNCITRAL y el

¹⁷ SUSSMAN, E. "Can Counsel Ethics Beat Guerrilla Tactics?: Background and Impact of the New IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration," *New York Dispute Resolution Lawyer*, Vol. 6, No 2, 2013, p. 47.

¹⁸ GUAIA, C.I. "Facultades implícitas del tribunal arbitral en cuestiones éticas". *Arbitrajes PUCP*, No. 6, 2016, p. 89.

¹⁹ En este sentido, GRIGERA NAÓN comenta, "arbitral impartiality and independence constitute the moral or ethical aspect of arbitral fairness"; GRIGERA NAÓN, H. "Factors to Consider in Choosing an Efficient Arbitrator", *ICCA Congress Series*, No. 9, 1999, p. 289.

²⁰ FEBLES POZO, N. "El arbitraje de inversiones: algunas cuestiones de actualidad en el procedimiento arbitral", en COBAS COBIELLA, M.E. (Coord.), *Mediación, arbitraje y conciliación. Una puesta al día*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, p. 221.

²¹ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. Contenido ético del oficio de árbitro...*op.cit.*..., p. 1.

²² En este sentido, DE TRAZEGNIES reconoce que: "Sin embargo, la mayor parte de los ordenamientos legales no precisan estos términos "imparcial e independiente", como no lo hace la nueva ley peruana [de Arbitraje]. De ahí la importancia de ensayar un desarrollo al nivel de principios aplicados a situaciones específicas, a fin de permitir su aplicación más segura y objetiva a los casos concretos"; DE TRAZEGNIES GRANDA, F. "Artículo 28- Motivos de abstención y de recusación", en SOTO COAGUILA, C.A., BULLARD GONZÁLEZ, A. *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*, Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, Tomo 1, 2011. Pág. 343. Sin embargo, en el ámbito del poder judicial y del Estado de Derecho, son muy bien conocidos los conceptos de imparcialidad e independencia en las legislaciones nacionales; SCHACHERER, S. "Independence and Impartiality of Arbitrators. A Rule of Law Analysis", *Seminar: International Investment Law and the Rule of Law*, 2018, p. 3.

CIADI adolecen de una definición de la imparcialidad e independencia del árbitro, sólo se limitan a reconocer que los árbitros deben cumplir con dichos principios durante todo el procedimiento, divulgando o revelando cualquier circunstancia que atente contra la imparcialidad e independencia de éstos. Pero dicha obligación como requisito inmutable del árbitro durante todo el procedimiento carece de un estándar en los códigos o normas arbitrales a nivel internacional, lo que trae como consecuencia una diferencia en la regulación de tal obligación entre las propias instituciones arbitrales²³. No obstante, somos partidarios de que los buenos hábitos y la correcta práctica arbitral, “la virtud en la actuación arbitral”²⁴, no es el resultado del cumplimiento mecánico de los Códigos Éticos, la no existencia de los mismos no es un presupuesto que asegure la ausencia de una correcta actuación y administración de justicia por los árbitros, ni mucho menos una garantía del férreo cumplimiento del deber ético por parte de todos los árbitros.

2.1 La independencia del árbitro.

La independencia es considerada como una de las principales “garantías básicas del arbitraje”²⁵. El principio de independencia del árbitro en el arbitraje internacional es una situación de carácter estrictamente objetiva, su análisis debe basarse en criterios objetivos²⁶. Se caracteriza por la ausencia de control o presión externa que puedan ejercer sobre el árbitro en la toma de decisiones²⁷. La independencia es considerada como un derecho imperativo de las partes²⁸; para algunos autores²⁹, es la cara legítima del árbitro internacional. La independencia está relacionada con la ausencia o falta de vinculación entre los propios árbitros que forman parte del tribunal y de estos con el resto de las partes en el procedimiento, incluyendo los abogados que representan a las partes. Vínculos que no solo se deben a las posibles relaciones de carácter personales, sino también económicas, financieras, sociales o de cualquier otra naturaleza³⁰. O sea, la independencia requiere que todo árbitro divulgue toda circunstancia o hecho que pueda ser constitutivo de conflicto de interés ya sea con las partes en litigios o con terceros.

En cuanto a la relación con algunos de los abogados de las partes la cuestión debe ser analizada en términos generales, es decir, no ceñirse únicamente a la relación personal que pueda existir, sino también debe tenerse en cuenta la

²³ MANZANARES BASTIDA, B. The independence and impartiality....*op.cit.*, p. 10.

²⁴ DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, P. “Árbitros, ética y administración de justicia”, *Arbitraje PUCP*, 2014, p. 53.

²⁵ CREMADES, B.M. “El Arbitraje en la Doctrina Constitucional Española”, *Lima Arbitration*, No. 1, 2006, p. 196.

²⁶ Al respecto, ESCOBAR-MARTÍNEZ, afirma que “la dependencia, para ser tal, debe ser determinable por un test objetivo”; ESCOBAR-MARTÍNEZ, L.M. La independencia, imparcialidad...*op.cit.*, p. 191.

²⁷ Tal y como ha sido reconocido en la decisión sobre descalificación de uno de los árbitros en el caso, *Abaclat and Others vs Argentina Republic*, en la que se reconoce que: “Impartiality refers to the absence of bias or predisposition towards a party. Independence is characterized by the absence of external control. Independence and impartiality both protect parties against arbitrators being influenced by factors other than those related to the merits of the case”; *Abaclat and Others vs Argentina Republic*, ICSID Case No ARB/07/5, Decision to Disqualify a Majority of the Tribunal, 2014, paragraph. 75.

²⁸ LALIVE, P., POUDRET, J.F., REYMOND, C. *Le Droit de l'Arbitrage Interne et International en Suisse*, Payot S.A., Lausanne, La Haya, 1989, pp. 338-339.

²⁹ DE BOISSÉSON, M. *Le Droit français de l'arbitrage interne et international*, GNL Editions, París, 1990, p. 778.

³⁰ En cuanto a los vínculos o contenidos del deber de independencia del árbitro, véase: TRAKMAN, L. “The Impartiality and Independence of Arbitrators Reconsidered”, *Int'l Arb'n L.Rev.*, Vol. 10, No. 4, 2007, pp. 124-134; ALAM, N.: “Independencia and Imparciality in International Arbitration. As Assessment”, *Transnational Dispute Management*, Vol. 1, No. 2, 2004. Disponible en: http://www.transnational-sputemanagement.com/samples/freearticles/tv1-2-article205b.htm#_ftn2, consultado el 05/04/2019.

relación entre el árbitro y el despacho de abogados al que pertenece el representante legal de la parte. Resulta aconsejable que los árbitros en la declaración de independencia que realizan manifiesten también las veces que han sido nombrados por los abogados que los han propuesto. De esta forma, se reduce aún más el marco del deber de independencia del árbitro y se proporciona un ámbito diferencial en cuanto a la participación como árbitro nombrado por los grandes despachos, lo que nos lleva a considerar el alcance que debemos proporcionar al despacho al que pertenece el abogado de la parte, si es una firma internacional con representación en varios países o un despacho miembro de una red internacional, asociación o alianza de despachos jurídicos internacionales. Ahora bien, cabe insistir en que la pertenencia a un mismo despacho de amplias dimensiones, con varias representaciones y especializaciones no significa la existencia de una agrupación o comunidad de intereses que sea motivo de recusación del árbitro, aunque estos tipos de despachos sean más proclives al mantenimiento de conflictos de intereses.

La independencia del árbitro no puede verse solamente con relación a las partes en el proceso, sino también con la propia institución arbitral respecto a su facultad para decidir, es decir, el árbitro no puede delegar en terceros la posibilidad de decidir o resolver el litigio, siendo el máximo responsable de la decisión de dictar el laudo y de todo lo expresado en el mismo, lo que equivale a decir que la independencia se caracteriza por la carencia de cualquier control externo que pueda ejercerse contra el árbitro. Además, es de vital importancia que las propias instituciones arbitrales también se mantengan independientes al momento de administrar justicia³¹. De ésta manera, la independencia cumple dos objetivos principales: garantizar la transparencia necesaria para las partes³² y la integridad del procedimiento.

2.2 La imparcialidad del árbitro.

La selección del árbitro es un eslabón fundamental en la cadena procesal del arbitraje, cobrando especial importancia la imparcialidad en todas sus actuaciones. La imparcialidad del árbitro exige la ausencia de predisposición subjetiva hacia una de las partes. La imparcialidad del árbitro se presupone por las partes desde el inicio del procedimiento arbitral, con el objetivo de que el mismo pueda establecerse válidamente³³, se refiere a la ausencia de sesgo del árbitro hacia una de las partes³⁴, que no exista un previo posicionamiento del árbitro por la materia en disputa. En relación con este último, algunos autores destacan la distinción de dos conceptos: predilección y parcialidad. El primero, significa que “el árbitro favorezca a una de las partes sin provocarles perjuicios a la otra, mientras que el segundo significa lo contrario, o sea, que al favorecer a una de las partes ocasione daños a la otra”³⁵.

³¹ En este sentido el CEA, en su Código de Buenas Prácticas Arbitrales establece varios parámetros que deben ser cumplido por las propias instituciones, como pueden ser; la prohibición de asesoría jurídica sobre asuntos que estén o puedan estar bajo conocimiento de la institución; prohibición de recomendación de abogados por parte de la institución; la revelación por parte de la institución a las partes de todas las circunstancias que puedan afectar la independencia e imparcialidad, entre otras.

³² La falta de transparencia puede ser manifiesta por el árbitro de varias formas, véase: FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. Contenido ético del oficio de árbitro...*op.cit.*..., p. 20.

³³ FERREIRA LEMES, S.M. “Arbitragem. Princípios jurídicos fundamentais. Direito brasileiro e comparado”, *Revista de la Corte Espanhola de Arbitraje*, Vol. VII, 1991, p. 47.

³⁴ *Burlington Resources Inc. vs. Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/5, Decision on the Proposal for Disqualification of Professor Francisco Orrego Vicuña, 2013, paragraph 66.

³⁵ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. Contenido ético del oficio de árbitro...*op.cit.*..., p. 14; BRANSON, D.J. “American Party-Appointed Arbitrators –Not the Three Monkeys”, *University of Dayton L. Rev.*, Vol. 30, No. 1, 2004, pp. 1-62.

La imparcialidad tiene una fuerte incidencia subjetiva, implica que la actuación del árbitro debe carecer subjetivamente de cualquier interés a favor o en contra de las partes³⁶, en no tener un criterio anticipado que le impida su función de juzgar³⁷, tiene relación con la actitud, con un estado mental del árbitro. Por su propio carácter subjetivo resulta muy difícil de probar. Tal y como lo reconoce la doctrina, “la imparcialidad, en la medida que es un estado de la mente, es un concepto subjetivo y bastante abstracto muy difícil de probar”³⁸. Sin embargo, la imparcialidad solo puede ser identificada desde el punto de vista práctico³⁹, es decir basándose en situaciones de hechos objetivos que demuestren los vínculos del árbitro con algunas de las partes que den indicios al cuestionamiento de la imparcialidad y, por supuesto, al desarrollo de un procedimiento arbitral justo⁴⁰. Por lo tanto, se establece una relación de complementariedad entre el aspecto subjetivo, el estado mental del árbitro y la evaluación objetiva, mediante la cual es posible vincular la falta de imparcialidad del árbitro, lo que trae como consecuencia que la imparcialidad y la independencia tengan un marcado carácter subjetivo, de ahí su vaguedad⁴¹.

La imparcialidad tiene gran relación con la motivación. El árbitro debe anteponer a sus consideraciones personales las condiciones subjetivas en relación con los hechos, el objeto. La imparcialidad “es, en la esfera emocional, lo que la objetividad es en la órbita intelectual”⁴², lo que permite que el laudo dictado por el árbitro esté correctamente fundamentado en la verdad, lo justo, resolviendo legalmente la controversia, debido a que la principal garantía de las partes para asegurar la plena efectividad del postulado que tratamos es la impugnación del laudo ante la existencia de indicios de parcialidad. Parcialidad del árbitro que, en el procedimiento arbitral, puede ser considerado como un quebrantamiento del orden público⁴³. Así, lo ha confirmado, en reiteradas ocasiones, la jurisprudencia española al reconocer; “(...) deberá denegarse la ejecución cuando el contenido sea contrario al orden público, entendido, desde la perspectiva constitucional, como el conjunto de principios jurídico públicos, privados, políticos, morales y económicos que son absolutamente obligatorios para la conservación de un modelo de sociedad en un pueblo y época determinados”⁴⁴.

El principio de imparcialidad no deja de tener sus complejidades en la actuación del árbitro. Los árbitros no solo deben manifestar su imparcialidad desde el punto

³⁶ Al respecto, GOLDSCHMIDT reconoce que “La imparcialidad consiste en poner entre paréntesis todas las consideraciones subjetivas del juzgador. Este debe sumergirse en el objeto, ser objetivo, olvidarse de su propia personalidad”; GOLDSCHMIDT W. “Conducta y Norma, La Imparcialidad como principio básico del proceso”, *Revista Justicia y Verdad*, 1978, p. 153; SINGHAL, S. “Independence and impartiality or arbitrators”. *International Arbitration Law*, 2008, pp. 124-141.

³⁷ JIJÓN LETORT, R. “Independencia de los árbitros”, en SOTO COAGUILA, C.A. (Dir.), *Arbitraje comercial y arbitraje de inversión. El arbitraje en el Perú y el Mundo*, Instituto peruano de arbitraje, Perú, 2008, p. 348.

³⁸ LEW, J.D.M, MISTELIS, L.A., KRÖLL, S. M. *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, London, 2003, p. 258.

³⁹ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. Contenido ético dearbl oficio de árbitro...*op.cit.*..., p. 13.

⁴⁰ BISHOP, D., REED, L. “Practical Guidelines for Interviewing, Selecting and Challenging Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration”, *Arb. Int'l*, Vol. 14, No. 4, 1998, pp. 407-423.

⁴¹ CLEIS, M.N. *The Independence and Impartiality of ICSID Arbitrators: Current Case Law, Alternative Approaches, and Improvement Suggestions*, Brill Nijhoff, Leiden | Boston, Vol. 8, 2017, p. 22.

⁴² FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. Contenido ético del oficio de árbitro...*op.cit.*..., p. 14.

⁴³ GIOVANNUCCI ORLANDI, C. “Ethics for International Arbitrators”, *University of Missouri-Kansas City L. Rev.*, Vol. 67, 1998, pp. 93-109.

⁴⁴ Véase, Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, No. 184/2005, Sección: 14, de 29 de julio de 2005, Roj: AAP M 7137/2005, en el que se cita las sentencias, STC 11/87, de 11 de febrero, STC 116/1988, de 20 de junio y STC54/1989, de 23 de febrero.

de vista intelectual, sino también mostrar cierta apariencia de imparcialidad⁴⁵, es decir, tener buena reputación moral, actuar siempre honestamente. De esta forma, se evita que ocurran hechos como el que tuvo lugar en el Tribunal Irán-EEUU, en el que varios árbitros iraníes llegaron a declarar amenazas de muerte y atacaron violentamente al árbitro sueco, el Sr. Nils Mangard, al considerar que éste era parcial y carecía de la necesaria independencia, que la falta de neutralidad y la sumisión del Sr. Mangard a los intereses del gobierno y las empresas estadounidenses, causaba un daño irreparable a Irán⁴⁶.

El cumplimiento de las normas éticas y la buena reputación moral del árbitro son cuestiones trascendentales para el arbitraje internacional, teniendo en cuenta que en el procedimiento el árbitro se enfrenta a dos partes totalmente distintas, con intereses y culturas jurídicas diferentes, por lo que una actitud determinada del árbitro puede ser asumida como imparcial por una de las partes mientras que para la otra puede no serlo⁴⁷, lo que provoca una colisión entre costumbres, y dificulta a nivel internacional la creación de un estándar ético en el arbitraje. En este sentido, los árbitros quedan obligados a cumplir un riguroso estatus de imparcialidad y hasta de su propia manera de conducir sus actuaciones. Un tribunal arbitral puede ser dependiente, pero nunca parcial. Un árbitro imparcial con algún sesgo de dependencia en sus actuaciones, se puede considerar, mientras que un árbitro independiente, pero parcial, debe ser automáticamente descalificado⁴⁸. Sin embargo, debe reconocerse que cuánto más dependiente sea un árbitro de una de las partes, menos posibilidades tendrá de ser considerado como imparcial, resultando muy difícil para las instituciones arbitrales y los propios tribunales nacionales poder determinar, objetivamente, el grado de compromiso de la imparcialidad⁴⁹. En este sentido, algunos autores consideran que “la parcialidad expresada a través de un prejuzgamiento del caso crea un innecesario costo social”⁵⁰; la pérdida de la confianza en el arbitraje. Es por ello, que el árbitro no solo debe ser imparcial sino también parecerlo, por la sencilla razón que “el arbitraje se basa en la confianza”⁵¹, de ahí la función principal del árbitro, la búsqueda de un acuerdo entre las partes⁵². Con la garantía de un árbitro imparcial el procedimiento arbitral no solo es efectivo técnicamente, sino también ético, lo que permite que las partes puedan obtener una resolución justa del litigio⁵³.

La imparcialidad del árbitro constituye una garantía procesal de la cual depende la propia existencia de la función arbitral y así ha quedado demostrado en el ámbito jurisdiccional. La Audiencia Provincial de Madrid, en el ya citado Auto No. 184/2005, de 29 de julio, reconoce: “(...) No obstante, si algo caracteriza a la institución arbitral, como órgano privado de heterocomposición, es la exigencia de imparcialidad, y esa imparcialidad debe exigirse a todos los que intervienen en las

⁴⁵ SERRADA, J. “Designación de árbitros. Cuestiones que suscitan”, en JIMÉNEZ-BLANCO, G. *Anuario de Arbitraje*, Aranzadi, 2016, p. 202.

⁴⁶ BROWER, C., BRUESCHKE, J. *The Iran-United States Claims Tribunal*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 1998, p. 169. Además, ha sido citado por ABERCROMBIE BAKER, S., DAVIS, M.D. *The UNCITRAL arbitration rule in practice, the experience of the Irán-U.S claims tribunal*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer/Boston, 1992, pp. 40-41.

⁴⁷ SALVANESCHI, L. “Sull'imparzialità dell'árbitro”, *Riv. Dir. Proc.*, Vol. 59, 2004, pp. 409-434.

⁴⁸ BISHOP, D., REED, L. *Practical Guidelines for Interviewing...op.cit...*, p. 399.

⁴⁹ RUBINS, N., LAUTERBURG, B. “Independence, Impartiality and Duty of Disclosure in Investment Arbitration”, en KNAHR, CH., KOLLER, CH., RECHBERGER, W., REINISCH, A. (Eds.), *Investment and Commercial Arbitration-Similarities and Divergences*, Eleven International Publishing, The Netherlands, 2010, p. 156.

⁵⁰ FIERRO VALLE, E.J. Conflicto objetivo de intereses...*op.cit...*, p. 83.

⁵¹ GONZÁLEZ DE COSSÍO, F. “Independencia, imparcialidad y apariencia de imparcialidad de los árbitros”, *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, 2002, p. 460.

⁵² FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. Contenido ético del oficio de árbitro...*op.cit...*, p. 1.

⁵³ ALONSO, J.M. “La independencia e imparcialidad de los árbitros”, *Revista Peruana de Arbitraje*, No. 2, 2006, p. 97.

*funciones arbitrales; tanto a los árbitros como a las instituciones administradoras del arbitraje, de forma que su misión de administración, control y prestación del arbitraje no se solape con otras de asesoramiento previo a una de las partes en el conflicto. En los diversos sistemas de designación de árbitros siempre hay un componente importantísimo de imparcialidad: se buscan árbitros de común acuerdo, se encomienda a un extraño el nombramiento del tercer árbitro que equilibre la composición del colegio arbitral cuando cada parte haya elegido uno, se confía el arbitraje a institución ajena al interés de las partes en la confianza de su imparcialidad, se fuerza la intervención de la autoridad judicial que los insacula, o se toma otra medida para preservar al órgano decisorio del conflicto de las influencias de uno de los intereses en juego*⁵⁴.

Los principios de independencia e imparcialidad del árbitro siempre se han visto como ambas caras de una misma moneda, lo que ha propiciado, erróneamente, que en la práctica sean utilizados como equivalentes. Pero ambos principios difieren entre sí, las circunstancias, hechos o situaciones a través de los que se manifiestan son totalmente distintas, lo que ha sido perfectamente reconocido no sólo en el ámbito doctrinal⁵⁵, sino también por el precedente arbitral. Por ejemplo, en los casos *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. vs. Argentina* y, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., Vivendi Universal S.A. vs. Argentina*, en los que la Demandada (República de Argentina) presentó solicitud de recusación de un árbitro, la Prof. Gabrielle Kaufmann-Kohler, en virtud de la existencia objetiva de dudas justificadas respecto de su imparcialidad, fundamentando dicha solicitud en que Kaufmann-Kohler había sido miembro de otro tribunal en el que se dictó laudo contra Argentina y que presentaba errores en sus conclusiones respecto de los hechos y las pruebas, motivos por los cuales consideran que su participación en la elaboración de esa decisión de por sí “(...) demuestra prima facie falta de imparcialidad de la mencionada árbitro, manifestándose a través de las inconsistencias más salientes del laudo que generan una plena falta de confianza”⁵⁶.

En la decisión que resolvió la solicitud de recusación, aun y cuando el tribunal rechazó la solicitud de descalificación presentada por la Demandada, al considerar que no se presentó de manera oportuna y por la falta de hechos que demostraran una manifiesta falta de independencia o imparcialidad del árbitro, se reconoció que: *“independencia e imparcialidad, aunque mutuamente relacionados, con frecuencia se consideran claramente diferentes, aunque no siempre es fácil percibir con precisión la naturaleza de la distinción. El concepto de independencia se refiere a la inexistencia de relaciones con una parte, que pueda influir sobre la decisión del árbitro. Por imparcialidad, en cambio, se entiende la inexistencia de un sesgo o predisposición favorable hacia alguna de las partes”*⁵⁷. Sin embargo, consideramos que para ambos principios resulta necesaria la existencia de sesgo, sesgo que rara vez puede ser probado en la práctica⁵⁸.

⁵⁴ Véase, cita 43, *supra*.

⁵⁵ TRAKMAN, L. The Impartiality and Independence...*op.cit.*..., p. 6; GONZÁLEZ DE COSSÍO, F. Independencia, imparcialidad...*op.cit.*..., p. 460.

⁵⁶ Véase, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. vs. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/17 y, *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., Vivendi Universal S.A. vs. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/19. Decision on the proposal for the disqualification of a member of the arbitral tribunal, 2007.

⁵⁷ *Ibíd.*, Decisión sobre la propuesta de recusación de un miembro del tribunal arbitral, párraf. 29, 2007.

⁵⁸ La jurisprudencia ha reconocido, reiteradamente, lo difícil que resulta poder probar el sesgo, al punto de que lo ha considerado como algo imposible de lograr. Al respecto, puede verse: *Morelite Construction Corp., Morelite Electric Service, Inc. vs. NY City District Council Carpenters Benefit Fund*. 748 F.2d 79. US Court of Appeals for the 2nd Circuit, 1984. En el presente caso, desde sus inicios, se admitió la apariencia de sesgo para admitir la parcialidad del árbitro; sin embargo, se reconoció finalmente la dificultad de probar el sesgo, al punto de

En este sentido, coincidiendo con algunos autores⁵⁹, cabe destacar algunas consideraciones en relación con los principios de independencia e imparcialidad: i) ambos principios son complementarios entre sí, pero la existencia de uno no es condición que garantice la existencia del otro, son conceptos absolutos⁶⁰, es decir, “o se es completamente independiente e imparcial o no”⁶¹, ii) los dos principios deben ser analizados según el caso y las circunstancias específicas de éste, no pueden verse de forma general ni mucho menos pensarse que tienen igual acogida en todos los litigios y iii) la falta de independencia o imparcialidad en un árbitro no presupone, *ipso facto*, un cuestionamiento de las cualidades profesionales o morales del árbitro, debe existir un razonamiento y análisis previo que así lo demuestre. Los principios de imparcialidad e independencia también abarcan la ausencia de apariencia de parcialidad o dependencia del árbitro.

En suma, la obligación de los árbitros de mantenerse imparciales e independientes es un principio fundamental del procedimiento arbitral, le confiere legitimidad al proceso y, a la vez, es inherente a la propia función arbitral. Ambos principios blindan a las partes contra posibles árbitros que puedan estar influenciados, o que carezcan de un reconocimiento moral y ético en los que no pueden confiar la resolución de su controversia⁶², es decir, “protegen a las partes contra los árbitros influenciados por factores distintos a los relacionados con los méritos del caso”⁶³. La contravención de dichos principios genera graves consecuencias para el árbitro, su recusación, lo que evidencia la responsabilidad que asume al árbitro durante todo el procedimiento hasta la conclusión del mismo, teniendo en cuenta que, una vez emitido el laudo, el conocimiento de cualquier circunstancia no conocida previamente durante el procedimiento puede dar motivos a la anulación del mismo, afectando la viabilidad del arbitraje como instituto⁶⁴.

considerarse como imposibilidad, debido a la propia dificultad en la obtención de prueba. Salvo que el propio árbitro reconociera y comentara su parcialidad.

⁵⁹ DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, P. Árbitros, ética y administración de justicia...*op.cit.*, p. 54.

⁶⁰ ESTÉVEZ SANZ, M., MUÑOZ ROJO, R. “La independencia e imparcialidad del árbitro: una visión práctica comparada”, *Revista de Arbitraje de la Comunidad Iberoamericana*, 2017, p. 3

⁶¹ GONZÁLEZ DE COSSÍO, F. “Imparcialidad”, *Revista del Club Español del Arbitraje*, No. 17, 2013, pp. 17- 41.

⁶² DE LA JARA PLAZA, J.M., OLÓRTEGUI HUAMÁN, J. “La contaminación de la confianza. los árbitros tóxicos y la deliberación arbitral en Latinoamérica”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 8, 2016, p. 41.

⁶³ En este sentido, en el caso *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa vs. Argentine Republic*, en la decisión que resolvió la solicitud de recusación del árbitro Campbell McLachlan, se reconoció que: “*The requirements of independence and impartiality serve the purpose of protecting the parties against arbitrators being influenced by factors other than those related to the merits of the case. In order to be effective this protection does not require that actual bias demonstrate a lack of independence or impartiality. An appearance of such bias from a reasonable and informed third person’s point of view is sufficient to justify doubts about an arbitrator’s independence or impartiality. Claimants refer to the decision made on December 8, 2009, by the Secretary General of the Permanent Court of Arbitration (PCA) upon the challenge of Judge Charles N. Brower. This decision states that a point of view expressed in an interview gave rise to an appearance that this arbitrator prejudged the issue of an arbitration proceeding although he had not given a specific opinion on the outcome of the pending arbitral proceedings. The issue in the instant case, however, is that the appearance of doubt in regards to the independence and impartiality of Prof. McLachlan is directly linked to the statements quoted by Claimants as grounds for their challenge*”; *Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa vs. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, Decision on Claimants’ Proposal to Disqualify Professor Campbell McLachlan, Arbitrator, paragraph 43, 2010.

⁶⁴ CALADO, D., JÚDICE, J.M. “Independencia e imparcialidad del árbitro algunos aspectos polémicos, mediante una visión ibérica”, *Arbitraje. Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2015, pp.750-751; ESTÉVEZ SANZ, M., MUÑOZ ROJO, R. La independencia e imparcialidad del árbitro...*op.cit.*, p. 2.

Cuando un Estado reconoce la justicia arbitral, se obliga al reconocimiento de los laudos siempre y cuando el procedimiento arbitral se haya celebrado cumpliendo con todos los requerimientos legales necesarios que les asegure a las partes las garantías del debido proceso. Es por ello, que la independencia e imparcialidad de los árbitros constituyen requisitos fundamentales para que los Estados puedan reconocer y ejecutar el laudo arbitral. La credibilidad del arbitraje se basa en la percepción que tengan las partes de que el procedimiento arbitral ha sido justo, que los laudos obtenidos sean acatados por las partes sin que vean vulnerados sus derechos, siendo los árbitros la pieza clave y fundamental en la que se sostiene todo el razonamiento que fundamenta el laudo.

En la práctica, como hemos comentado antes, ambos principios se complementan entre sí, persiguen un mismo objetivo, garantizar un procedimiento justo, en igualdad de partes y el estricto cumplimiento del debido proceso. Factores estos que contribuyen a una mayor legitimidad del arbitraje internacional. La mínima existencia de signo de parcialidad en el actuar del árbitro constituye una contravención grave como regla esencial del procedimiento⁶⁵.

3. La independencia y la imparcialidad del árbitro en los principales reglamentos de arbitraje a nivel internacional: la CCI, la CNUDMI y el CIADI. Una mirada práctica de la cuestión.

Las instituciones arbitrales, como era de esperar, también han manifestado su interés en las cuestiones relativas a la actuación de los árbitros. En consecuencia, los principios de imparcialidad e independencia han encontrado un lugar destacado en las distintas reglas arbitrales de la inmensa mayoría de las instituciones de arbitraje a nivel internacional. Tal es el caso de las reglas de la CNUDMI que no solo reconocen el deber de revelación al que se deben los árbitros, también la obligación de actuar plenamente imparciales e independientes⁶⁶. En ese mismo sentido, el Reglamento de Arbitraje de la CCI establece la obligación del árbitro de permanecer imparcial e independiente en el arbitraje⁶⁷. Este último ha incluido en sus últimas modificaciones el principio de imparcialidad del árbitro, que no estaba establecido en los anteriores reglamentos de la CCI, los cuales sólo establecían la obligación de independencia del árbitro durante todo el procedimiento.

Por otro lado, el Convenio CIADI también prohíbe la parcialidad y la falta de independencia en el actuar de los árbitros. En este sentido, se requiere que los árbitros sean de alto nivel moral y que puedan las partes confiar en ellos al emitir un juicio imparcial o independiente, según la traducción del Convenio que se utilice. El artículo 14(1) del Convenio CIADI presenta algunas particularidades, el mismo difiere entre las diversas traducciones oficiales, se usa tanto el término de independencia como el de imparcialidad de manera indistinta⁶⁸, cuestión que en la práctica no ha ocasionado grandes problemas, se ha exigido el cumplimiento de

⁶⁵ CLEIS, M.N. The Independence and Impartiality of ICSID Arbitrators...*op.cit.*...p, 15.

⁶⁶ Al respecto, el Art. 12 de las Reglas de la CNUDMI reconocen que: *"Un árbitro podrá ser recusado si existen circunstancias de tal naturaleza que den lugar a dudas justificadas respecto de su imparcialidad o independencia"*.

⁶⁷ En este sentido, el Art. 11.1 del Reglamento de Arbitraje de la CCI, establece que: *"Todo árbitro debe ser y permanecer imparcial e independiente de las partes en el arbitraje"*.

⁶⁸ El Art. 14(1) del Convenio CIADI, en su traducción al español reconoce que: *"Las personas designadas para figurar en las Listas deberán gozar de amplia consideración moral, tener reconocida competencia en el campo del Derecho, del comercio, de la industria o de las finanzas e inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio (...)"*, en su traducción al inglés, establece que: *"Persons designated to serve on the Panels shall be persons of high moral character and recognized competence in the fields of law, commerce, industry or finance, who may be relied upon to exercise independent judgment (...)"* y, en su versión al francés reconoce: *"Les personnes désignées pour figurer sur les listes doivent jouir d'une haute considération morale, être d'une compétence reconnue en matière juridique, commerciale, industrielle ou financière et offrir toute garantie d'indépendance dans l'exercice de leurs fonctions (...)"*.

ambos principios a la hora de decidir sobre un conflicto de interés del árbitro. Tal y como sucedió en el caso *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A. y Vivendi Universal S.A. vs. Argentina*, en el cual el tribunal determinó imponer ambas obligaciones de imparcialidad e independencia al reconocer que: “la versión española del artículo 14 (1) se refiere a una persona que inspira plena confianza en su imparcialidad de juicio. Dado que el tratado por sus términos hace que ambas versiones sean igualmente auténticas, aplicaremos los dos estándares de independencia e imparcialidad en la toma de nuestras decisiones. En efecto, tal enfoque concuerda con muchas normas de arbitraje que requieren que los árbitros sean independientes e imparciales”⁶⁹.

El propio Convenio CIADI enfatiza en la importancia que tiene el cumplimiento de las normas éticas y el buen comportamiento moral de los árbitros para enfrentar un procedimiento arbitral cuando, en su artículo 57 prevé la descalificación del árbitro ante la existencia de hechos que demuestren la carencia de alguna de las cualidades mencionadas en el precitado artículo 14(1)⁷⁰, estando en relación con la Regla 6 del Reglamento de Arbitraje de dicha institución, en la que se establece que el árbitro en su declaración debe comprometerse a declarar cualquier circunstancia que pudiera cuestionar su imparcialidad.

En la práctica, la jurisprudencia del CIADI carece de un enfoque coherente que permita determinar un umbral aplicable a la independencia e imparcialidad de los árbitros. Algunos autores consideran que los estándares reconocidos en las reglas del CIADI son iguales, que no varían⁷¹. Por nuestra parte, creemos que los criterios para determinar la independencia e imparcialidad del árbitro varían teniendo en cuenta las particularidades del caso, basándose desde las exigencias de una prueba estricta⁷² a dudas razonables, o un enfoque mixto que incluya ambos criterios, ejemplo de ellos tenemos el caso *Amco vs. Indonesia*, en el que ante la descalificación de uno de los árbitros se exigió como estándar la “falta manifiesta” y, por otro lado, la exigencia de pruebas no solo de los hechos que indicaban una falta de independencia sino también de la falta real de independencia, que tenía que ser manifiesta o altamente probable y no solo posible⁷³. Este caso fue duramente criticado por haber asumido una posición débil en el tema del conflicto de interés. Sin embargo, en el caso *Aguas del Aconquija S.A., Vivendi Universal vs. Argentine Republic*, ante la impugnación de uno de los árbitros se tuvo en cuenta en la decisión final un umbral mucho más amplio que el caso anterior, exigiéndose

⁶⁹ Véase, el caso *Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., y Vivendi Universal S.A. vs. Argentina*, caso No. ARB/03/19, Decisión sobre la propuesta de recusación de uno de los árbitros, párraf. 28, 2007. “The Spanish version of Article 14(1) refers to a person who “...inspira[r] plena confianza en su imparcialidad de juicio. (i.e. who inspires full confidence in his impartiality of judgement.) Since the treaty by its terms makes both language versions equally authentic, we will apply the two standards of independence and impartiality in making our decisions. Such an approach accords with that found in many arbitration rules which require arbitrators to be both independent and impartial”.

⁷⁰ Al respecto, el Art. 57 del Convenio CIADI establece que: “Cualquiera de las partes podrá proponer a la Comisión o tribunal correspondiente la recusación de cualquiera de sus miembros por la carencia manifiesta de las cualidades exigidas por el apartado (1) del Artículo 14. Las partes en el procedimiento de arbitraje podrán, asimismo, proponer la recusación por las causas establecidas en la sección 2 del Capítulo IV”.

⁷¹ BERNASCONI-OSTERWALDER, N., JOHNSON, L., MARSHALL, F. “Arbitrator Independence and Impartiality: Examining the dual role of arbitrator and counsel”, *IV Annual Forum for Developing Country Investment Negotiators*, Background Papers, 2010, p. 6.

⁷² REINISCH, A., KNAHR, CH. “Conflicts of Interests in International Investment Arbitration”, in PETERS, A., HANDSCHIN, L. (Eds.), *Conflict of Interest in Global, Public and Corporate Governance*, Cambridge University Press, 2012, p. 121.

⁷³ *Amco Asia Corporation and others vs. Republic of Indonesia*, ICSID Case No ARB/81/1, Decision on Proposal to Disqualify an Arbitrator (not public), 1982, citado por, SCHACHERER, S.: “Independence and Impartiality... op. cit...”, p. 11.

la existencia de “dudas razonables” y una prueba estricta de sesgo real en relación con el Código IBA de Ética⁷⁴.

Hecho similar ocurrió en el caso *Caratube International Oil Company LLP y Devincci Salah Hourani vs. Republic of Kazakhstan*⁷⁵. La controversia surgió a raíz de un contrato de exploración y producción de petróleo celebrado entre el Ministerio de Energía y Recursos Minerales de Kazakhstan y Contratistas Consolidados (CCC) en 2002. Pasados unos meses, CCC cedió el contrato a Caratube. En el mismo se disponía una fase de exploración de cinco años (con la posibilidad de dos prórrogas) y una posterior fase de producción. Por recomendaciones de la fiscalía, la parte Demandada (República de Kazakhstan) notifica al Demandante (Caratube International Oil Company LLP y Devincci Salah Hourani) la existencia de ciertos incumplimientos del contrato, específicamente el incumplimiento de algunas obras de exploración por su parte, y decide unilateralmente cancelarlo, decisión ésta con la que no estaban de acuerdo los Demandantes, los cuales argumentaron que la situación generada una vez cancelado ilícitamente el contrato por parte de la Demandada tuvo como principal motivo las relaciones existentes entre el presidente de Kazakhstan y el Sr. Rakhat Aliyev, socio de la familia Hourani. La controversia dio origen a varios procedimientos ante el CIADI. En el caso que nos ocupa, los Demandantes alegaron, además, que la demanda se basa principalmente en un incumplimiento contractual, teniendo en cuenta que la Demandada no les ofreció un trato justo y equitativo al expropiar sus inversiones, por lo que carecieron de plena seguridad. La Demandada, oponiéndose a los argumentos expuestos por los Demandantes, alega que la cancelación del contrato se debió a una violación material.

Una vez designados los árbitros por las partes y durante el transcurso del procedimiento, los Demandantes manifestaron su inconformidad con el árbitro, el Sr. Boesch, designado por la Demandada, alegando, entre otras cuestiones, que la participación del Sr. Boesch como árbitro en otro caso parecido (*Ruby Roz Agricol vs. Kazakhstan*), generaba un riesgo manifiesto de prejuzgamiento por su parte en virtud de las similitudes entre el caso *Ruby Roz* y el presente arbitraje *Caratube International Oil Company LLP y Devincci Salah Hourani vs. Republic of Kazakhstan*. En enero de 2014, los reclamantes enviaron una carta a la Secretaría del CIADI, solicitando al Sr. Boesch que renunciara al tribunal de conformidad con el artículo 8 de las Reglas de Arbitraje del CIADI⁷⁶. El Sr. Boesch se consideraba independiente e imparcial y, por lo tanto, dio a conocer que no tenía intención de renunciar al tribunal. Los Demandantes luego propusieron su descalificación conforme al artículo 57 del Convenio del CIADI. La Demandada argumentó que los motivos invocados por los Demandantes carecían de fundamento y debían ser rechazados.

Los coárbitros que conocieron de la solicitud de recusación del Demandante reconocieron que el caso alegado por aquel (*Ruby Roz Agricol vs. Kazakhstan*) surgió del mismo contexto fáctico que el presente caso. Por lo tanto, concluyeron que el presente caso mostraba un desequilibrio debido a la participación del Sr. Boesch en *Ruby Roz*. Por lo que se puede esperar que un tercero razonable e informado consideraría altamente probable que el Sr. Boesch pudiera prejuzgar cuestiones jurídicas en el presente arbitraje sobre la base de los hechos del caso

⁷⁴ En este caso se reconoció que: “the circumstances actually established (and not merely supposed or inferred) must negate or place in clear doubt the appearance of impartiality. If the facts would lead to the raising of some reasonable doubt as to the impartiality of the arbitrator or member, the appearance of security for the parties would disappear and a challenge by either party would have to be upheld”; *Compañía de Aguas del Aconquija S.A., Vivendi Universal vs. Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/97/3, Annulment Proceeding, 2001, paragraph. 20, 22 y 25.

⁷⁵ *Caratube International Oil Company LLP y Devincci Salah Hourani vs. Republic of Kazakhstan*, Caso CIADI No. ARB/13/13, 2013.

⁷⁶ El cual establece que, “Un árbitro puede presentar su renuncia a los otros miembros del Tribunal y al Secretario General. Si el árbitro fue nombrado por una de las partes, el Tribunal considerará sin dilación las razones de su renuncia y decidirá si la acepta. El Tribunal notificará su decisión sin demora al Secretario General”.

Ruby Roz, que un tercero podría fácilmente determinar la apariencia de falta de independencia e imparcialidad sobre la base de una “evaluación razonable de los hechos”⁷⁷, concluyéndose que el Sr. Boesch carecía manifiestamente de una de las cualidades exigidas por el Artículo 14(1) del Convenio CIADI, motivo por el cual fue recusado.

La decisión en este caso tuvo una gran importancia por dos razones. En primer lugar, por primera vez en la historia del CIADI fue aceptada una propuesta de descalificación de un árbitro. Ante los desafíos cada vez más comunes, aunque por lo general no tienen éxito, ésta decisión ha demostrado que el sistema CIADI responde acertadamente ante el cuestionamiento de los méritos de los árbitros. En segundo lugar, el umbral que los árbitros aplicaron para evaluar los motivos de la impugnación se basó en la evaluación de las pruebas por un tercero razonable. En este sentido, la decisión reafirma otras decisiones anteriores de tribunales arbitrales en casos del CIADI⁷⁸.

Otro ejemplo es el caso *Vito G. Gallo vs. The Government of Canada*⁷⁹ en el marco del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), en el que se tiene en cuenta la existencia de dudas justificables. Los hechos del presente caso trataron sobre la revocación de ciertos permisos reglamentarios otorgados al reclamante (Vito G. Gallo) para el uso de una mina a cielo abierto promocionada previamente como un sitio potencial para la eliminación de desechos para la basura del área metropolitana de Toronto. Sin embargo, la ciudad de Toronto y los municipios regionales circundantes habían rechazado esta propuesta varias veces por temor a contaminar el agua potable local. Pero el Demandante continuó promoviendo el sitio a estos municipios para este propósito a pesar de las preocupaciones ambientales, alegando en su solicitud de arbitraje que la Ley promulgada por la Demandante incumplía las obligaciones establecidas en el TLCAN en cuanto a expropiación y el estándar de trato mínimo. Canadá argumentó que la revocación de los permisos a través de la Ley promulgada no equivalía a una expropiación de una “inversión” de la Empresa según el Capítulo 11 del TLCAN. Además, incluso si la Ley expropiaba estos permisos, Canadá argumentó que esta expropiación era una expropiación legal de conformidad con el artículo 1110 del TLCAN. Argumentó también que la Ley no infringió los artículos del TLCAN alegados por el Demandante, ya que se le había consultado previamente, cumpliendo así con el debido proceso con respecto a la legislación.

Una vez constituido el Tribunal, el Demandante solicita que el árbitro nombrado por la Demandada, el Sr. J. Christopher Thomas, se retirara del procedimiento, impugnó su nombramiento argumentando que “*existen circunstancias que dan lugar a dudas justificables en cuanto a la imparcialidad e independencia del Sr. Thomas para continuar actuando como árbitro designado por el Gobierno de Canadá*”⁸⁰. La Demandada, oponiéndose a la impugnación del árbitro, alegó que no “*creía que existieran circunstancias suficientes para crear dudas justificables en cuanto a la imparcialidad e independencia del Sr. Thomas*”⁸¹ como árbitro. Ante tal situación, el árbitro Sr. Thomas, decidió no presentar su renuncia. Así las cosas, el Demandante solicita al Secretario General del CIADI, como autoridad nominadora,

⁷⁷ *Caratube International Oil Company LLP y Devincci Salah Hourani vs. Republic of Kazakhstan*, Caso CIADI No. ARB /13/13, Decisión sobre la propuesta de descalificación del Sr. Bruno Boesch, 2014, párraf. 91.

⁷⁸ GIORGETTI, C. “Caratube v. Kazakhstan: For the First Time Two ICSID Arbitrators Uphold Disqualification of Third Arbitrator”, *ASIL Insights*, Vol. 18, No. 22, 2014. Disponible en: <https://www.asil.org/insights/volume/18/issue/22/caratube-v-kazakhstan-first-time-two-icsid-arbitrators-uphold>, consultado el 05/04/2019.

⁷⁹ *Vito G. Gallo vs. The Government of Canada*, UNCITRAL, PCA Case No. 55798, 2006.

⁸⁰ *Ibíd.*, Decision on the Challenge to Mr. J. Christopher Thomas, QC, 2009, paragraph. 12. “*circumstances exist that give rise to justifiable doubts as to [Mr. Thomas'] impartiality and independence to continue serving as arbitrator appointed by the Government of Canada*”.

⁸¹ *Ibíd.*, paragraph. 13. “*believe that there exist circumstances sufficient to create justifiable doubts as to [Mr. Thomas'] impartiality and independence as an arbitrator*”

que resuelva la solicitud planteada, el cual rechazó la impugnación presentada por el Demandante, declarando que bajo las Reglas de la CNUDMI las dudas son justificables si dan lugar a la apariencia de sesgos objetivos, razonables⁸².

El mismo estándar establecido en el caso anterior, se puede presenciar en el análisis del caso *ICS vs. Argentina*⁸³. La controversia está relacionada con el trato brindado por la Argentina (Demandada) a ICS (Demandante) en relación con el contrato celebrado por ICS y el Ministerio de Economía y Obras y Servicios Públicos sobre la prestación de servicios de auditoría. Desde el comienzo del contrato, fue evidente que la Demandada no había establecido un marco adecuado que rigiera la prestación de los servicios que ICS debía prestar, preocupación que el reclamante le comunicó en varias ocasiones a la Demandada. No obstante, ante tal situación, el Demandante prestó los servicios solicitados por la Demandada una vez prorrogado el contrato. Sin embargo, después de haberse decretado varias medidas por el Gobierno argentino que modificaron los intereses a obtener por los servicios prestados por el reclamante, la Demandada no efectuó los pagos de dichos servicios, ni siquiera de los servicios prestados por el reclamante desde el inicio del contrato, acumulándose así una gran cantidad de facturas por cobrar. Ante la deuda generada por la Demandada, el reclamante inició los trámites de reclamación pertinente ante las instituciones acreditadas a tales efectos en la Argentina, obteniendo sólo el pago de una parte de los servicios.

Ante tal situación, la Demandante sostiene que las medidas tomadas por la Argentina a lo largo de este período han violado las normas básicas y fundamentales de protección que amparan a ICS de conformidad con el tratado bilateral de inversión aplicable a esta controversia, motivos por los cuales decide iniciar un procedimiento arbitral de conformidad con el Reglamento de arbitraje de la CNUDMI ante la Corte Permanente de Arbitraje. Durante el trascurso del procedimiento, las partes acuerdan aplicar las Directrices de la IBA en caso de conflicto de interés o vulneración de los principios de imparcialidad e independencia del árbitro. Nombrados los árbitros, la Demandada recusó el árbitro, Sr. Andandandrov, nombrado por el reclamante, argumentando su posible relación con otro caso distinto también en su contra. Para lo cual se crea una autoridad nominadora que resuelve sobre la solicitud de recusación, la cual decide que *“los hechos subyacentes a la revelación del Sr. Andandandrov pueden dar lugar a dudas justificables en cuanto a la imparcialidad e independencia del mismo, el conflicto en cuestión es suficientemente grave como para dar lugar a dudas objetivamente justificables en cuanto a la imparcialidad e independencia del Sr. Alexandrov”*⁸⁴, concluyendo que, aunque no se encuentra razón alguna para dudar del actuar de manera imparcial e independiente del árbitro recusado, considera prudente que el Demandante designe otro árbitro⁸⁵.

Estos son algunos, entre muchos otros casos que demuestran que los estándares para determinar la independencia e imparcialidad de los árbitros en la jurisprudencia arbitral han seguido criterios muy dispares. Ninguna de las reglas analizadas especifica qué situaciones pueden dar lugar a la pérdida de imparcialidad e independencia⁸⁶. Las diferentes instituciones solo son capaces de exigir una declaración del árbitro comprometiéndose a no ser parcial en el procedimiento y a

⁸² Ibidem, paragraph 19.

⁸³ *ICS Inspection and Control Services Limited (United Kingdom) vs. The Republic of Argentina*, UNCITRAL, PCA Case No. 2010-9.

⁸⁴ Ibidem, Decision on challenge to Mr. Stanimir A. Alexandrov, 2009, paragraph. 2. *“Given that the facts underlying Mr. Alexandrov's disclosure are reflected in both of these scenarios, I am of the opinion that the conflict in question is sufficiently serious to give rise to objectively justifiable doubts as to Mr. Alexandrov's impartiality and independence”*.

⁸⁵ Ibidem, paragraph. 5. *“I wish to add that I find no reason to doubt Mr. Alexandrov's personal intention to act impartially and independently but that, for the reasons stated above, it is prudent that another arbitrator be appointed by the Claimant”*.

⁸⁶ BERNASCONI-OSTERWALDER, N., JOHNSON, L., MARSHALL, F. Arbitrator Independence and Impartiality...*op.cit.*..., p. 7.

actuar independiente, aun y cuando la independencia y la imparcialidad en el arbitraje internacional constituyen requisitos esenciales para lograr la integridad y eficacia de los procedimientos⁸⁷, lo que no puede ser posible sin la existencia de una verdadera transparencia manifiesta a través del cumplimiento del deber de revelación o divulgación del árbitro a todas las partes en el procedimiento⁸⁸.

4. Valoración final.

Ante la crisis de confianza a nivel internacional que afecta al sistema alternativo de resolución de diferencias, se hace imprescindible la existencia de normas o principios éticos que fortalezcan la confianza en el arbitraje. Las normas actuales no son consistentes en cuanto a la regulación de los principios de independencia e imparcialidad. Pese a que las reglas existentes permiten la recusación del árbitro cuando se infringe alguno de los principios mencionados, en muchos casos es impredecible, teniendo un papel trascendental la interpretación del propio tribunal arbitral que decide el caso y la práctica más frecuente a través de la aplicación de fuentes como las Directrices de la IBA. En este sentido, se carece de una aplicación clara y uniforme de los principios de independencia e imparcialidad tanto a nivel nacional como internacional, influyendo, además, la insuficiente publicación y el poco conocimiento de la información relacionada con los conflictos de intereses de los árbitros.

La independencia y la imparcialidad del árbitro constituyen un principio, una garantía fundamental del procedimiento arbitral. Pero el árbitro debe saber encontrar el justo equilibrio según las particularidades de cada caso concreto, debido a que tanto el exceso como el defecto en el ejercicio del deber de revelación pueden ocasionar efectos negativos para el procedimiento arbitral.

Sigue latente como preocupación en el arbitraje internacional, la independencia y la imparcialidad de los árbitros, resultando el mecanismo de nombramiento de los árbitros la principal fuente de cuestionamiento. Esto se debe, a la falta de garantías suficientes de imparcialidad e independencia, a la falta de transparencia en el proceso de nombramiento y el reducido número de árbitros, lo que ocasiona una constante repetición en el nombramiento de aquellos, permitiendo que actúen, en ocasiones, como abogados y árbitros en distintos procedimientos a la vez.

Las instituciones arbitrales carecen de verdaderos mecanismos efectivos que les permitan no solo controlar la independencia e imparcialidad de los árbitros, sino también su eficacia en el desarrollo de su función arbitral. La declaración de los árbitros una vez designados no puede seguir siendo la única opción de control de sus actuaciones durante el procedimiento arbitral. Las instituciones arbitrales deben implementar un control, una supervisión reguladora más activa y transparente en cuanto a la conducta del árbitro.

5. Bibliografía.

- ABERCROMBIE BAKER, S., DAVIS, M.D.: *The UNCITRAL arbitration rule in practice, the experience of the Irán-U.S claims tribunal*, Kluwer Law and Taxation Publishers, Deventer/Boston, 1992.
- ALAM, N.: "Independencia and Imparciality in International Arbitration. As Assessment", *Transnational Dispute Management*, Vol. I, No. 2, 2004.
- ALONSO, J.M.: "La independencia e imparcialidad de los árbitros", *Revista Peruana de Arbitraje*, No. 2, 2006.

⁸⁷ FERNÁNDEZ ROZAS, J.C. "Jurisprudencia extranjera Alcance del deber de revelación del árbitro (Sentencia de la Cour d'appel de París, de 12 de febrero de 2009)", *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*, 2010, pp. 600-602.

⁸⁸ PEDROSO, S. "Independence and impartiality: third-party funding in international investment arbitration", *Leiden University Law School*, 2017, p. 6. Disponible en: Electronic copy available at: <https://ssrn.com/abstract=2964236>, consultado el 05/04/2019.

- ANDRIGHI, F.N.: "A ética como pilar de segurança da arbitragem", *Revista de Doutrina e Jurisprudência*, No. 53, 1997.
- BERNASCONI-OSTERWALDER, N., JOHNSON, L., MARSHALL, F.: "Arbitrator Independence and Impartiality: Examining the dual role of arbitrator and counsel", *IV Annual Forum for Developing Country Investment Negotiators*, Background Papers, 2010.
- BISHOP, D., REED, L.: "Practical Guidelines for Interviewing, Selecting and Challenging Party-Appointed Arbitrators in International Commercial Arbitration", *Arb. Int'l*, Vol. 14, No. 4, 1998.
- BRANSON, D.J.: "American Party-Appointed Arbitrators –Not the Three Monkeys", *University of Dayton L. Rev.*, Vol. 30, No. 1, 2004.
- BROWER, C., BRUESCHKE, J.: *The Iran-United States Claims Tribunal*, Martinus Nijhoff Publishers, Leiden, 1998.
- CALADO, D., JÚDICE, J.M.: "Independencia e imparcialidad del árbitro algunos aspectos polémicos, mediante una visión ibérica", *Arbitraje. Arbitraje Comercial y de Inversiones*, 2015.
- CARLEVARIS, A.: "Global Development: The 1998 ICC Rules and Some Recent Trends in International Commercial Arbitration", *Croatian Arbitration Yearbook*, 2002.
- CLEIS, M.N.: *The Independence and Impartiality of ICSID Arbitrators: Current Case Law, Alternative Approaches, and Improvement Suggestions*, Brill Nijhoff, Leiden | Boston, Vol. 8, 2017.
- Código de Buenas Prácticas Arbitrales del CEA, 2005.
- Convenio CIADI, 1966.
- CREMADES, B.M.: "El Arbitraje en la Doctrina Constitucional Española", *Lima Arbitration*, No. 1, 2006.
- _____ "Nuevo Código ético para los árbitros internacionales", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, Vol. IV, 1987.
- DE BOISSÉSON, M.: *Le Droit français de l'arbitrage interne et international*, GNL Editions, París, 1990.
- DEL AGUILA RUIZ DE SOMOCURCIO, P.: "Árbitros, ética y administración de justicia", *Arbitraje PUCP*, 2014.
- DE LA JARA PLAZA, J.M., OLÓRTEGUI HUAMÁN, J.: "La contaminación de la confianza. Los árbitros tóxicos y la deliberación arbitral en Latinoamérica", *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, No. 8, 2016.
- DE TRAZEGNIES GRANDA, F.: "Artículo 28- Motivos de abstención y de recusación", en SOTO COAGUILA, C.A., BULLARD GONZÁLEZ, A.: *Comentarios a la Ley Peruana de Arbitraje*, Instituto Peruano de Arbitraje, Lima, Tomo 1, 2011.
- DEZALAY, Y., GARTH, B.G.: *Dealing in Virtue. International commercial arbitration and the construction of a transnational legal order*, The University of Chicago Press, 1996.
- ESCOBAR-MARTÍNEZ, L.M.: "La independencia, imparcialidad y conflicto de interés del árbitro", *International Law, Revista colombiana de Derecho Internacional*, No. 15, 2009.
- ESTÉVEZ SANZ, M., MUÑOZ ROJO, R.: "La independencia e imparcialidad del árbitro: una visión práctica comparada", *Revista de Arbitraje de la Comunidad Iberoamericana*, 2017.
- FEBLES POZO, N.: "El arbitraje de inversiones: algunas cuestiones de actualidad en el procedimiento arbitral", en COBAS COBIELLA, M.E. (Coord.): *Mediación, arbitraje y conciliación. Una puesta al día*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- FERNÁNDEZ ROZAS, J.C.: "Contenido ético del deber de revelación del árbitro y consecuencias de su trasgresión", *Arbitraje*, Vol. VI, No. 3, 2013.
- _____ "Contenido ético del oficio de árbitro", *Congreso de Arbitraje de La Habana*, 2010.
- _____ "Jurisprudencia extranjera Alcance del deber de revelación del árbitro (Sentencia de la Cour d'appel de París, de 12 de febrero de 2009)", *Arbitraje: revista de arbitraje comercial y de inversiones*, 2010.

- FERREIRA LEMES, S.M.: "Arbitragem. Princípios jurídicos fundamentais. Direito brasileiro e comparado", *Revista de la Corte Espanhola de Arbitraje*, Vol. VII, 1991.
- FIERRO VALLE, E.J.: "Conflicto de intereses en el arbitraje internacional: el fenómeno del Double-Hatting", *Arbitraje PUCP*, 2014.
- FIGUEROA VALDES, J.E.: "La ética en el arbitraje internacional", *XXXIX Conferencia de la Inter-American Bar Association*, New Orleans, 2003.
- GIORGETTI, C.: "Caratube v. Kazakhstan: For the First Time Two ICSID Arbitrators Uphold Disqualification of Third Arbitrator", *ASIL Insights*, Vol. 18, No. 22, 2014.
- GIOVANNUCCI ORLANDI, C.: "Ethics for International Arbitrators", *University of Missouri-Kansas City L. Rev.*, Vol. 67, 1998.
- GOLDSCHMIDT W.: "Conducta y Norma, La Imparcialidad como principio básico del proceso", *Revista Justicia y Verdad*, 1978.
- GONZÁLEZ DE COSSÍO, F.: "Imparcialidad", *Revista del Club Español del Arbitraje*, No. 17, 2013.
- "Independencia, imparcialidad y apariencia de imparcialidad de los árbitros", *Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, 2002.
- GRIGERA NAÓN, H.: "Factors to Consider in Choosing an Efficient Arbitrator", *ICCA Congress Series*, No. 9, 1999.
- GUAIA, C.I.: "Facultades implícitas del tribunal arbitral en cuestiones éticas". *Arbitrajes PUCP*, No. 6, 2016.
- JIJÓN LETORT, R.: "Independencia de los árbitros", en SOTO COAGUILA, C.A. (Dir.): *Arbitraje comercial y arbitraje de inversión. El arbitraje en el Perú y el Mundo*, Instituto peruano de arbitraje, Perú, 2008.
- JIJÓN LETORT, R.: "La Independencia e Imparcialidad de los Árbitros", *Revista del colegio de Jurisprudencia de Quito*, Año VII, No. 11, 2007.
- LALIVE, P., POUDRET, J.F., REYMOND, C.: *Le Droit de l'Arbitrage Interne et International en Suisse*, Payot S.A., Lausanne, La Haya, 1989.
- LEW, J.D.M, MISTELIS, L.A., KRÖLL, S. M.: *Comparative International Commercial Arbitration*, Kluwer Law International, London, 2003.
- MANZANARES BASTIDA, B.: "The independence and impartiality of arbitrators in international commercial arbitration", *Revist@ e-Mercatoria*, Vol. 6, No.1, 2007.
- MITCHARD, P.: "Ethics in European Arbitration", *The European & Middle Eastern Arbitration Review*, 2009. Disponible en: <http://www.globalarbitrationreview.com/reviews/14/sections/53/chapters/509/ethics-european-arbitration/>.
- MULLERAT BALMAÑA, R.: "Ethical Rules for Arbitrators", *Anuario de Justicia Alternativa*, No. 6, 2005.
- NOEMÍ PUCCI, A.: "O Arbitro Na Arbitragem Intenacional Principios Éticos", en NOEMÍ PUCCI, A.: *Arbitragem Comercial Internacional*, Editora LTR, Sao Paulo, Brasil, 1998.
- PARK, W.W.: "Arbitrators and Accuracy", *J. Int'l Disp.Settl.*, Vol. I, No.1, 2010.
- PEDROSO, S.: "Independence and impartiality: third-party funding in international investment arbitration", *Leiden University Law School*, 2017.
- REINISCH, A., KNAHR, CH.: "Conflicts of Interests in International Investment Arbitration", in PETERS, A., HANDSCHIN, L. (Eds.): *Conflict of Interest in Global, Public and Corporate Governance*, Cambridge University Press, 2012.
- ROGERS, C.A.: "Regulating International Arbitrators: A Functional Approach to Developing Standards of Conduct", *Stan. J int'l.L.*, Vol. 41, 2005.
- RUBINS, N., LAUTERBURG, B.: "Independence, Impartiality and Duty of Disclosure in Investment Arbitration", en KNAHR, CH., KOLLER, CH., RECHBERGER, W., REINISCH, A. (Eds.): *Investment and Commercial Arbitration-Similarities and Divergences*, Eleven International Publishing, The Netherlands, 2010.
- SALVANESCHI, L.: "Sull'imparzialità dell'arbitro", *Riv. Dir. Proc.*, Vol. 59, 2004.

- SANDERS, P.: *Quo vadis arbitration? Sixty years of arbitration practice*, Kluwer Law International, The Hague, Netherlands, 1999.
- SCHACHERER, S.: "Independence and Impartiality of Arbitrators. A Rule of Law Analysis", *Seminar: International Investment Law and the Rule of Law*, 2018.
- SERRADA, J., "Designación de árbitros. Cuestiones que suscitan", en JIMÉNEZ-BLANCO, G., *Anuario de Arbitraje*, Aranzadi, 2016.
- SERRANO RUIZ-CALDERÓN, J.M.: "Ética del árbitro", *Arbitraje Revista de arbitraje comercial y de inversiones*, Vol. IV, No. 1, 2011.
- SINGHAL, S.: "Independence and impartiality of arbitrators", *International Arbitration Law*, 2008.
- SUSSMAN, E.: "Can Counsel Ethics Beat Guerrilla Tactics?: Background and Impact of the New IBA Guidelines on Party Representation in International Arbitration," *New York Dispute Resolution Lawyer*, Vol. 6, No 2, 2013.
- TRAKMAN, L.: "The Impartiality and Independence of Arbitrators Reconsidered", *Int'l Arb'n L.Rev.*, Vol. 10, No. 4, 2007.
- VEEDER, V.V.: "Is there any Need for a Code of Ethics for International Commercial Arbitrators?", *Les arbitres internationaux: Colloque du 4 fevrier 2005*, Centre Français de Droit Comparé, 2005.

Casos consultados.

- Amco Asia Corporation and others vs. Republic of Indonesia*, ICSID Case No ARB/81/1, Decision on Proposal to Disqualify an Arbitrator, 1982.
- Burlington Resources Inc. vs. Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/08/5, Decision on the Proposal for Disqualification of Professor Francisco Orrego Vicuña, 2013.
- Caratube International Oil Company LLP y Devinci Salah Hourani vs. Republic of Kazakhstan*, Caso CIADI No. ARB/13/13, 2013.
- Compañía de Aguas del Aconquija S.A., Vivendi Universal vs. Argentine Republic*, ICSID Case No ARB/97/3, Annulment Proceeding, 2001.
- ICS Inspection and Control Services Limited (United Kingdom) vs. The Republic of Argentina*, UNCITRAL, PCA Case No. 2010-9.
- Morelite Construction Corp., Morelite Electric Service, Inc. vs. NY City District Council Carpenters Benefit Fund*. 748 F.2d 79. US Court of Appeals for the 2nd Circuit, 1984.
- Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., InterAguas Servicios Integrales del Agua S.A. vs. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/17.
- Suez, Sociedad General de Aguas de Barcelona S.A., Vivendi Universal S.A. vs. Argentina*, Caso CIADI No. ARB/03/19. Decisión sobre la propuesta de recusación de un miembro del tribunal arbitral, 2007.
- Urbaser S.A. and Consorcio de Aguas Bilbao Bizkaia, Bilbao Biskaia Ur Partzuergoa vs. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/07/26, Decision on Claimants' Proposal to Disqualify Professor Campbell McLachlan, Arbitrator, paragraph 43, 2010.
- Vito G. Gallo vs. The Government of Canada*, UNCITRAL, PCA Case No. 55798, 2006.

Jurisprudencia.

- Auto de la Audiencia Provincial de Madrid, No. 184/2005, Sección: 14, de 29 de julio de 2005, Roj: AAP M 7137/2005.

A proteção jurídica de *softwares* e sua contribuição para o desenvolvimento brasileiro

The legal protection of *softwares* and its contribution to brazilian development

Gabriel Maciel de Lima¹

Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Thaisi Leal Mesquita de Lima²

Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Patricia Borba Vilar Guimarães³

Universidade Federal do Rio Grande do Norte

Sumário: 1. Introdução. 2. O Brasil e a proteção jurídica dos *softwares*. 3. A segurança jurídica na proteção do *software* no Brasil. 4. A contribuição dos *softwares* para o desenvolvimento nacional. 5. Conclusão. 6. Referências.

Resumo: A proteção jurídica conferida aos *softwares* é um tema que demanda cada vez mais atenção do âmbito jurídico, isto porque os referidos programas têm solucionado inúmeras necessidades humanas, mas ainda assim a sua regulação permanece nebulosa. Neste sentido, os inventores dessa tecnologia carecem de maior proteção às suas criações, já que atualmente não podem recorrer às normativas vigentes para assegurar que não terão suas invenções plagiadas. Desse modo, este trabalho objetiva explicar sobre os *softwares* no contexto brasileiro, especificamente no que diz respeito à legislação que regula estes produtos, evidenciando se as supramencionadas normativas são suficientes, se atendem a

¹ Atualmente é advogado e mestrando em Direito Constitucional pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Graduado em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Público, atuando principalmente nos seguintes temas: propriedade intelectual, direito e tecnologia, direito e desenvolvimento, criptomoedas e blockchain.

² Atualmente é advogada, mestranda em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Bacharel em Direito também pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte. Pesquisadora com experiência na área de Direito, atuando principalmente nos seguintes temas: propriedade industrial, direito, tecnologia, inovação e startups.

³ Doutora em Recursos Naturais pela Universidade Federal de Campina Grande (2010). Bacharel em Direito pela Universidade Estadual da Paraíba (1997). Tecnóloga em Processamento de Dados pela Universidade Federal da Paraíba (1989); Mestre em Direito pela Universidade Federal do Rio Grande do Norte (2008). Mestre pelo Programa Interdisciplinar em Ciências da Sociedade, na área de Políticas Sociais, Conflito e Regulação Social, pela Universidade Estadual da Paraíba (2002). É Advogada e Professora da Universidade Federal do Rio Grande do Norte, no Departamento de Direito Processual e Propedêutica (DEPRO). Líder da Base de pesquisa em Direito e Desenvolvimento (UFRN-CNPq) Docente vinculada ao Programa de Pós-graduação em Direito (UFRN-Mestrado Acadêmico) e ao Programa de Pós-graduação em Gestão de Processos Institucionais (UFRN- Mestrado Profissional). Membro do European Law Institute (ELI). Membro da Associação Portuguesa de Direito Intelectual (APDI). Participa de atividades de cooperação internacional diversas, com projetos em desenvolvimento com: Universidade do Porto (UPORTO), no Centro de Investigação Jurídico-econômica (CIJE), Instituto Politécnico de Leiria (IPLEIRIA), Universidade de Coimbra, Departamento de Altos Estudos em Direito da Universidade de Coimbra (DaED), European Law Institute (ELI), Universidade do País Basco, Departamento de Direito Empresarial. Universidade de la Plata, Argentina (Governo Eletrônico). Universidade de Montréal, Canadá.

todas as necessidades destes programas e se, de fato, promovem o incentivo à inovação tecnológica. Para tanto, utilizou-se de estudo bibliográfico e legislativo sobre o tema, observando as possíveis lacunas existentes na proteção jurídica conferida aos programas de computadores em questão. Pôde-se depreender que pensar uma normativa que se delinear perfeitamente aos programas informáticos é fundamental para assegurar o direito do inventor de ter seu produto juridicamente protegido. Ademais, concluiu-se que tal proteção é um dos pilares para o alcance do desenvolvimento pleno, em razão de estas tecnologias serem essenciais para o progresso social, econômico e tecnológico.

Palavras-chave: *Softwares*. Desenvolvimento. Tecnologia.

Abstract: The legal protection granted to software is a subject that demands more and more attention from the legal scope, because these programs have solved countless human needs, but still its regulation remains nebulous. In this sense, the inventors of this technology need more protection to their creations, since at present they can not use the current regulations to ensure that they will not have their inventions plagiarized. Thus, this work aims to explain about software in the Brazilian context, specifically with regard to the legislation that regulates these products, showing if the aforementioned normative are sufficient, if they meet all the needs of these programs and if, in fact, promote the technological innovation. For this purpose, a bibliographic and legislative study on the subject was used, observing the possible gaps in the legal protection given to the computer programs in question. It can be understood that thinking of legislation that fits perfectly with software is fundamental to ensuring the right of the inventor to have his product legally protected. In addition, it was concluded that such protection is one of the pillars for achieving full development, because these technologies are essential for social, economic and technological progress.

Keywords: *Softwares*. Development. Technology.

1 INTRODUÇÃO

A proteção tecnológica mundial é um tema cada vez mais discutido, em razão de a evolução do setor tecnológico trazer uma série de questionamentos não só da sociedade, mas também dos inventores de sistemas informáticos, tais como os programas de computadores, conhecidos como *softwares*, que diante da inércia do Poder Público, se veem desamparados.

Inicialmente, cabe destacar que o crescimento desenfreado do setor técnico-informacional não foi acompanhado por uma evolução normativa sobre o assunto, o que promoveu, e ainda promove, grande insegurança jurídica para os criadores de sistemas informáticos, em razão de estes não terem suas criações devidamente protegidas, especialmente no Brasil.

Neste sentido, conforme mencionado anteriormente, a promoção de pesquisas sobre essa temática se faz urgente, já que os inventores demandam cada vez mais respostas do sistema jurídico brasileiro, em face de existirem normativas que contemplam os direitos autorais, os direitos de propriedade industrial, dentre outros direitos abarcados pela propriedade intelectual, mas que não proporcionam o cuidado devido aos programas de computadores, alvos do presente artigo.

Desta feita, apesar de serem produtos fundamentais para o desenvolvimento mundial, já que são capazes de proporcionar a transferência de tecnologias, a execução de tarefas simples ou complexas, bem como de suprir milhares de necessidades humanas, conduzindo assim a população mundial a subir mais um degrau para alcançar o desenvolvimento.

Nesta senda, este trabalho objetiva explicar sobre os *softwares* no contexto brasileiro, especificamente no que diz respeito à legislação que regula estes produtos,

evidenciando se esta é suficiente, se atende a todas as necessidades destes programas e se, de fato, estimula o inventor a criar. Também pretende-se analisar se as normativas existentes se delineiam aos *softwares* e se há segurança jurídica proveniente do arcabouço legislativo que os cerca. Ademais, almeja-se averiguar o desenvolvimento advindo da utilização de *softwares*, assim como quais são as contribuições que esses programas têm a oferecer à sociedade.

Para tanto, utilizou-se de estudo bibliográfico e legislativo sobre o tema, observando as possíveis lacunas existentes na proteção jurídica conferida aos programas de computador em questão. Desse modo, foram analisadas todas as normativas pertinentes à temática, o que permitiu contribuições significativas ao estudo da matéria.

2 O BRASIL E A PROTEÇÃO JURÍDICA DOS SOFTWARES

O mercado brasileiro de Tecnologia da Informação (TI) é o que possui maior relevância na América Latina

¹ e seu crescimento anual vem superando a média do desenvolvimento mundial. Em 2014, investiu-se neste setor 6,7% a mais do que no ano de 2013, enquanto a média de crescimento mundial alcançou apenas 4,04%.² Neste ano, o Brasil investiu US\$ 61.207.000.000,00 (sessenta e um bilhões, duzentos e sete milhões de dólares) no setor de TI, sendo US\$ 11.440.000.000,00 (onze bilhões, quatrocentos e quarenta milhões de dólares) destinados à produção e desenvolvimento de *softwares*.³

No ano de 2015, apesar de o Brasil estar em meio a uma retração mercadológica, o mercado de TI cresceu 9,2% em relação à 2014, enquanto a média global foi de 5,6% de crescimento.⁴ Foram investidos US\$ 61.215.000.000,00 (sessenta e um bilhões, duzentos e quinze milhões de dólares) no setor de TI, sendo US\$ 12.582.000.000,00 (doze bilhões, quinhentos e oitenta e dois milhões de dólares) na área da produção e comercialização de *softwares*.⁵ Assim, torna-se evidente a relevância do setor de criação de programas de computador para o mercado brasileiro.

Diante de tamanha importância para a economia estatal, urge a necessidade de estudar qual a forma de proteção conferida aos programas de computador, analisando as implicações desta tutela para a produção dos *softwares* brasileiros.

Os *softwares* ou programas de computador consistem na expressão de um conjunto organizado de instruções em linguagem natural ou codificada, contida em suporte físico de qualquer natureza, de utilização necessária em máquinas automáticas de tratamento da informação, dispositivos, instrumentos ou equipamentos periféricos, baseados em técnica digital ou análoga, para fazê-los funcionar de modo e para fins determinados.⁶

Em 19 de Fevereiro de 1998, foi publicada a Lei Federal nº 9.609, responsável por dispor sobre a proteção da propriedade intelectual de *softwares*, sua comercialização no país e outros assuntos.⁷ De acordo com o artigo 3º desta Lei, o regime de proteção conferido ao programa de computador é o mesmo atribuído às obras literárias pela

¹ ABES SOFTWARE. *Mercado Brasileiro de Software: Panorama e Tendências Estudo 2016 - Dados de 2015*. Disponível em: <<http://www.abessoftware.com.br/dados-do-setor/estudo-2016--dados-2015>>. Acesso em: 07 maio 2018.

² *Idem Ibidem*.

³ *Idem Ibidem*.

⁴ *Idem Ibidem*.

⁵ ABES SOFTWARE. *Mercado Brasileiro de Software: Panorama e Tendências Estudo 2016 - Dados de 2015*. Disponível em: <<http://www.abessoftware.com.br/dados-do-setor/estudo-2016--dados-2015>>. Acesso em: 07 maio 2018.

⁶ BRASIL. Lei Federal nº 9.609, de 19 de Fevereiro de 1998, *Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências*.

⁷ *Idem Ibidem*.

legislação de direitos autorais e diplomas legislativos relacionados.⁸ Portanto, para a proteção dos *softwares*, aplicar-se-á subsidiariamente a Lei Federal nº 9.610/98 (Lei de Direitos Autorais), nas disposições não encontradas na Lei Federal nº 9.609/98, qual seja, a Lei de *Softwares*.

De acordo com o artigo 7º, XII, da Lei de Direitos Autorais, considera-se programa de computador uma obra de criação do espírito, expressa por qualquer meio ou fixada em qualquer suporte, seja ele tangível ou intangível, conhecido ou que se invente no futuro.⁹ Coloca-se os *softwares* no mesmo rol de proteção de textos de obras literárias, artísticas ou científicas; conferências, alocuções, sermões e outras obras da mesma natureza; obras dramáticas e dramático-musicais; obras coreográficas e pantomímicas, cuja execução cênica se fixe por escrito ou por qualquer outra forma; composições musicais, tenham ou não letra; dentre outras.¹⁰ Observa-se, desse modo, que não se considera os programas de computador como invenções, mas sim como obra autoral.

Nesse sentido, o artigo 10 da Lei Federal nº 9.279/96 (Lei de Propriedade Industrial, dispõe expressamente que não se considera invenção nem modelo de utilidade, dentre outros, os programas de computador em si.¹¹ Mesmo se estiverem presentes os requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial, essenciais ao reconhecimento de uma invenção, o *software* não poderá ser reconhecido como esta.¹²

Segundo o disposto no artigo 2º, §§ 2º e 3º, da Lei de *Softwares* a tutela dos direitos de propriedades relativos aos programas de computador valerá pelo prazo de cinquenta anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao de sua publicação ou, se inexistente, da sua criação, mesmo se o programa não houver sido registrado.¹³

Apesar do longo prazo conferido, observa-se uma limitação nesta proteção, haja vista que não constituem ofensas aos direitos do titular de programa de computador, de acordo com o artigo 6º da Lei de *Softwares*: a reprodução, em um só exemplar, de cópia adquirida legitimamente, desde que se destine à cópia de segurança ou armazenamento eletrônico; a citação parcial do programa, para fins didáticos, desde que identificado o programa e o nome do titular; a integração do programa, mantendo-se suas características essenciais, a um sistema aplicativo ou operacional, tecnicamente indispensável às necessidades do usuário, desde que para o uso exclusivo de quem a promoveu; e a ocorrência de semelhança de um programa a outro quando se der por força das características funcionais de sua aplicação, da observância de preceitos normativos e técnicos, ou de limitação de forma alternativa para a sua expressão.¹⁴

Assim, verifica-se uma parcial ineficácia na tutela dos direitos de propriedade industrial conferida aos programas de computador, tendo em vista que inexiste vedação para a semelhança exagerada entre programas, o que propicia uma cópia de grande parte do programa protegido pela Lei de *Softwares*. Além disso, de acordo com artigo 8º desta lei, aquele que comercializar o *software*, seja ele titular dos direitos autorais ou dos direitos de comercialização, fica obrigado, durante o prazo de validade técnica da respectiva versão, a proporcionar aos usuários a prestação de serviços técnicos complementares indispensáveis ao adequado funcionamento do programa.¹⁵ Destaca-se que apesar de possuir uma tutela parcial, o autor criador de *softwares* ainda é obrigado a fornecer assistência técnica aos seus usuários, o que agrava o desestímulo à produção destes.

⁸ *Idem Ibidem*.

⁹ *Idem Ibidem*.

¹⁰ BRASIL. Lei Federal nº 9.610, de 19 de Fevereiro de 1998, *Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências*.

¹¹ BRASIL. Lei Federal nº 9.279, de 14 de Maio de 1996, *Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial*.

¹² *Idem Ibidem*.

¹³ *Idem Ibidem*.

¹⁴ BRASIL. Lei Federal nº 9.279, de 14 de Maio de 1996, *Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial*.

¹⁵ *Idem Ibidem*.

A artigo 3º da Lei Federal nº 9.609/98 dispõe que os programas de computador serão registrados em órgão ou entidade designada pelo Poder Executivo.¹⁶ Atualmente, no Brasil, é o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), entidade vinculada ao Ministério da Indústria, Comércio Exterior e Serviços, o responsável pelos registros de *softwares*.¹⁷ A proteção do programa de computador tem abrangência internacional, motivo pelo qual os *softwares* estrangeiros não precisam ser registrados no INPI para serem protegidos no Brasil.¹⁸

Para que se possa proceder com o registro do programa de computador, é necessário o depósito de alguns documentos indispensáveis, sendo todos entregues ao INPI em duas vias iguais.¹⁹ Como documentos técnicos obrigatórios, encontram-se a listagem integral ou parcial do código fonte ou objeto e as especificações e fluxogramas do programa de computador.²⁰ Estas informações poderão ser gravadas em arquivos PDF, em dois discos óticos iguais (CD's ou DVD's), ou ser entregues em papéis.²¹ Deverão estar descritos de maneira suficiente a especificar o programa alvo de registro e ser capaz de propiciar a produção independente do *software*.²²

Como documentos formais imprescindíveis, devem ser entregues, também em duas vias: Formulário intitulado Pedido de Registro de Programa de Computador; comprovante de pagamento da retribuição (GRU) devida; autorização para cópia da documentação técnica; se o titular for pessoa jurídica, contrato social com a finalidade de comprovar a legitimidade do representante legal da pessoa jurídica; Quando o titular for diferente do autor do programa, o documento de cessão de direitos patrimoniais ou contrato de trabalho, de prestação de serviços, vínculo estatutário, bolsista ou estagiário; Caso se trate de um programa de computador derivado, documento de autorização do titular do programa originário; e procuração, se for o caso.²³

Frise-se que, na proteção aos *softwares*, a listagem integral ou parcial do código fonte ou objeto é alvo de registro. Ou seja, não são as características dos programas que são tuteladas, mas sim o seu código fonte. Desse modo, se um novo produtor de *software* conseguir inventar um programa semelhante ao registrado, porém, com um código fonte totalmente divergente, poderá inscrever seu programa sem ferir os direitos do outro autor.

Existe ainda uma modalidade de proteção no INPI intitulada Invenções Relacionadas com Programas de Computador (IRPC), onde os programas de computador são desenvolvidos para funcionar junto a máquinas ou equipamentos, e são normalmente gravados em "chips" integrantes das estruturas das invenções, podendo ser objeto de proteção via patente de invenção.²⁴ Porém, destaca-se que não se protege o programa de computador em si, mas sim a máquina ou equipamento.²⁵ Se a inovação do produto patenteado consistir no *software*, este será também protegido pela patente de invenção.²⁶

Por fim, ressalta-se que a Lei Federal nº 9.609/98 também prevê, no artigo 12, §§ 1º e 2º as penas previstas para quem viola os direitos do autor de programa de computador. Incorrerá na prática de crime, quem violar direitos de autor de programa de

¹⁶ BRASIL. Lei Federal nº 9.609, de 19 de Fevereiro de 1998, *Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências*.

¹⁷ INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. *INPI abre consulta pública sobre sistema de registro de software*, Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/noticias/inpi-abre-consulta-publica-sobre-sistema-de-registro-de-software>>. Acesso em: 07 maio 2018.

¹⁸ INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. *Registro de Programa de Computador: Manual do Usuário Transitório*. INPI, Rio de Janeiro, 2017.

¹⁹ *Idem Ibidem*.

²⁰ *Idem Ibidem*.

²¹ *Idem Ibidem*.

²² *Idem Ibidem*.

²³ INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. *Registro de Programa de Computador: Manual do Usuário Transitório*. INPI, Rio de Janeiro, 2017.

²⁴ *Idem Ibidem*.

²⁵ *Idem Ibidem*.

²⁶ *Idem Ibidem*.

computador, com pena prevista de detenção de seis meses a dois anos ou multa.²⁷ Se a violação consistir na reprodução do programa, no todo ou em parte, para fins de comércio, sem autorização expressa do autor ou de quem o represente, a pena será de reclusão de um a quatro anos e multa.²⁸ Nesta mesma pena incorre quem vende, expõe à venda, introduz no país, adquire, oculta ou tem em depósito, para fins de comércio, original ou cópia do *software*, produzido com violação de direito autoral.²⁹

3 A SEGURANÇA JURÍDICA NA PROTEÇÃO DO SOFTWARE NO BRASIL

Conforme já mencionado no tópico anterior, o regime de proteção conferido ao programa de computador é o mesmo atribuído às obras literárias pela legislação de direitos autorais e diplomas legislativos relacionados, sendo, portanto, o *software* protegido por registro de obra autoral. Apenas os programas que são criados para funcionar junto a determinadas máquinas ou equipamentos podem ser resguardados por patentes, na modalidade Invenções Relacionadas com Programas de Computador (IRPC), porém, o equipamento criado é que é alvo de patente, transmitindo a proteção para o *software* a ele vinculado.³⁰

A Lei Federal nº 9.279/96, ou seja, a Lei de Propriedade Industrial, no artigo 8º, prevê que toda invenção que atenda aos requisitos de novidade, atividade inventiva e aplicação industrial poderá ser protegida por patente.³¹ Os conceitos destes quesitos são apresentados nos artigos 11, 13 e 15 desta lei.³² A invenção será considerada nova quando não compreendida no estado da técnica, isto é, não pode ser demasiadamente semelhante a um invento já patenteado.³³

A atividade inventiva de uma criação, por sua vez, será avaliada por um técnico no assunto, que analisará se o dispositivo criado não decorre de maneira evidente ou óbvia do estado da técnica.³⁴ Observa-se mais uma vez a tentativa de coibir a imitação de um invento já patenteado, tendo em vista que um especialista no assunto analisará se o criador apenas trouxe um resultado óbvio da análise de dispositivos presentes no estado da técnica. A última exigência para a patenteabilidade, qual seja, a aplicação industrial, trata-se da possibilidade de criar ou utilizar o dispositivo em qualquer tipo de indústria.³⁵

O *software* pode perfeitamente atender aos três requisitos necessários para a concessão de patentes. Para exemplificar, pode-se citar um programa de computador que revolucione o mercado, trazendo consigo uma nova técnica ou conceito, preenchendo assim os quesitos de novidade e atividade inventiva. Quanto a terceira condição, bastaria que este novo *software* fosse aplicável a qualquer tipo de indústria.

Neste sentido, cabe ressaltar que a importância dos *softwares* para a indústria brasileira é tão patente que, em 2004, eles foram eleitos como opção estratégica da Política Industrial, Tecnológica e do Comércio Exterior (PITCE), diante de seu papel crucial para o desenvolvimento das mais diversas atividades, dentre elas, a atuação industrial.³⁶ Ademais, importa destacar que é perfeitamente possível a produção industrial dos programas de computador, inclusive já existe um setor da atividade industrial - conhecido como “indústria de software, internet e comércio eletrônico” – que desempenha este papel.

²⁷ BRASIL. Lei Federal nº 9.609, de 19 de Fevereiro de 1998, *Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências.*

²⁸ *Idem Ibidem.*

²⁹ *Idem Ibidem.*

³⁰ INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. *Registro de Programa de Computador: Manual do Usuário Transitório*. INPI, Rio de Janeiro, 2017.

³¹ BRASIL. Lei Federal nº 9.279, de 14 de Maio de 1996, *Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial.*

³² *Idem Ibidem.*

³³ *Idem Ibidem.*

³⁴ BRASIL. Lei Federal nº 9.279, de 14 de Maio de 1996, *Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial.*

³⁵ *Idem Ibidem.*

³⁶ ROSELINO, J. E. “Análise da Indústria Brasileira de Software com Base em uma Taxonomia das Empresas: Subsídios para a Política Industrial”. *Revista Brasileira de Inovação*, São Paulo, v. 5, n. 1, p.1-45, abr. 2006.

Assim, um programa de computador criado pode preencher os três requisitos para a concessão de patentes, estes previstos no artigo 8º da Lei Federal nº 9.279/96. Contudo, apesar de ter as características de uma invenção patenteável, o *software*, em teoria, não pode ser alvo desta proteção. Isto ocorre, pois o artigo 10, V, dessa lei traz uma vedação expressa a patenteabilidade do programa de computador em si, afirmando que este não se trata de invenção nem de modelo de utilidade.³⁷

Em 2011, o Instituto Nacional da Propriedade Industrial (INPI), ao publicar os procedimentos para o exame de pedidos de patentes envolvendo invenções implementadas por programa de computador, se pronunciou no sentido de permitir a concessão de patentes para a nova técnica utilizada por um programa de computador para solucionar algum problema presente na técnica.³⁸ Segundo esta instituição, a vedação prevista no artigo 10, V, da Lei de Propriedade Industrial, trata-se dos elementos literais de um *software*, qual seja, o código fonte, como instruções escritas em uma determinada linguagem computacional.³⁹ Assim, um programa de computador pode, em tese, ser protegido por patente de invenção, porém, o alvo da patenteabilidade não é o *software* em si, mas a nova técnica aplicada ao *hardware* ao qual aquele está embarcado, tendo em vista a vedação legal supracitada.⁴⁰

Apesar de ter sido restrito aos casos de Invenções Relacionadas com Programas de Computador (IRPC), o pronunciamento do INPI abre margem às mais diversas interpretações, pois se a técnica utilizada por um programa de computador pode ser patenteada, já que não se trata do *software* em si, também seria possível, por analogia, a patenteabilidade de programas não vinculados aos *hardwares*, desde que apenas a técnica aplicada fosse alvo de patente. Contudo, o responsável pelo órgão de concessão de patentes desse instituto se manifestou no sentido de que apenas será possível a concessão dessa proteção aos *softwares* vinculados a dispositivos.⁴¹

Desta feita, o inventor por criar um programa de computador que preencha os três requisitos da patenteabilidade, entretanto, só poderá registrá-la como obra autoral. Além disso, conforme já mencionado, o registro de um *software* valerá pelo prazo de cinquenta anos, contados a partir de 1º de janeiro do ano subsequente ao de sua publicação ou, se inexistente este, da sua criação, mesmo se o programa não houver sido registrado.⁴²

Apesar do longo prazo de proteção, ainda há grande insegurança jurídica nessa forma de tutela, em razão de existirem inúmeras exceções de ofensas ao criador, de acordo com o artigo 6º da Lei de *Softwares*.⁴³ Dentre elas, destaca-se que o inciso III desse dispositivo aduz que a ocorrência de semelhança de um programa com outro, quando se der por força das características funcionais de sua aplicação, da observância de preceitos normativos e técnicos, ou de limitação de forma alternativa para a sua expressão, não constitui ofensa ao criador do *software* registrado.⁴⁴ A própria Lei de *Softwares* permite a semelhança entre diversos programas de computador, autorizando os respectivos registros.

Nesta senda, é evidente a grande insegurança jurídica que vivem os titulares dos *softwares* registrados, pois nada impede que, após toda a etapa criativa e executiva da

³⁷ BRASIL. Lei Federal nº 9.279, de 14 de Maio de 1996, *Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial*.

³⁸ INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. *Procedimentos para o Exame de Pedidos de Patentes Envolvendo Invenções Implementadas por Programas de Computador*. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/menu-servicos/patente/consultas-publicas/arquivos/consulta_publica_1-versao_original.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2018.

³⁹ *Idem Ibidem*.

⁴⁰ *Idem Ibidem*.

⁴¹ VENTURA, F. *INPI não dará patentes para software no Brasil, diz diretor do instituto*, 2012. Disponível em: <<http://gizmodo.uol.com.br/inpi-nao-dara-patentes-para-software-diz-diretor-do-instituto/>>. Acesso em: 07 maio 2018.

⁴² BRASIL. Lei Federal nº 9.609, de 19 de Fevereiro de 1998, *Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências*.

⁴³ *Idem Ibidem*.

⁴⁴ *Idem Ibidem*.

invenção, um terceiro copie o produto protegido quase que integralmente e registre-o como seu.

Além disso, com a permissão legal de semelhanças entre programas de computador, a tendência é que surja no Brasil uma espécie de padronização dos *softwares* registrados, pois assim que um novo programa emerge no mercado e soluciona um problema existente ou propõe uma inovação em alguma área econômica, outros criadores, visando também explorar economicamente aquele conceito inventado, poderão copiar o programa registrado quase que na íntegra e “criar” os seus próprios, sem precisar pagar os direitos de exploração ao criador originário.

Com isso, os inventores legítimos, quais sejam, os primeiros a pensar em um novo conceito para os *softwares*, sem a merecida tutela legal, serão cada vez mais desestimulados a produzir novos programas, o que prejudicará demasiadamente a inovação nessa área, a qual é responsável por movimentar parte considerável da economia brasileira.

Enquanto isso, a Lei de Propriedade Industrial confere ao criador de um invento patenteado, apenas uma proteção de vinte anos, de acordo com o artigo 40 desta lei.⁴⁵ Apesar do curto prazo de vigência, se comparado com a do registro de obra autoral, para que seja concedida uma patente é necessário que o dispositivo criado preencha os critérios de inovação e atividade inventiva, estes que, por si só, já cobrem a semelhança exagerada entre invenções.⁴⁶ Caso houvesse a permissão de patenteabilidade dos *softwares* que preencham os quesitos previstos no artigo 8º dessa lei, os criadores possuiriam uma maior proteção e, conseqüentemente, seriam estimulados a inovar cada vez mais.

Desse modo, é urgente que o Poder Legislativo pense em uma modificação na proteção conferida aos programas de computador, permitindo assim a patenteabilidade dos *softwares*, desde que todos os requisitos sejam preenchidos. É inconcebível que tais programas continuem sendo considerados obras de direito do autor, haja vista que podem perfeitamente preencher os três requisitos imprescindíveis para a concessão de patentes, o que resultará em uma proteção melhor delineada a estes produtos.

4 A CONTRIBUIÇÃO DOS SOFTWARES PARA O DESENVOLVIMENTO NACIONAL

Após o advento da Lei Federal nº 9.609/98, que, em síntese, dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador (*softwares*) e sua comercialização no país, muito tem se discutido sobre a criação e utilização destes, a fim de elevar a qualidade de vida da população brasileira. Entretanto, conforme já discutido nos capítulos anteriores deste trabalho, a proteção jurídica, e conseqüente a segurança jurídica, dos *softwares* ainda carecem de muito debate e consenso, ao passo que a proteção ofertada aos desenvolvedores de programas de computador ainda não é a mais adequada, tampouco a mais satisfatória.

Não obstante, é de suma relevância tratar da contribuição do *software* para o desenvolvimento pleno, discorrendo sobre como estes programas podem mudar a lógica de todo um país, auxiliando, principalmente na redução da desigualdade social.

Nesta senda, cabe mencionar que a desigualdade social é um grave problema mundial, que há anos vem crescendo. Em outubro de 2014, 1% da população mundial, com renda acima de 800 mil dólares, detinha 48,2% da riqueza mundial. No grupo dos 99%, ainda existe grande desigualdade, prova disso é que os 20% mais ricos possuem 94,5% do patrimônio total. A previsão para 2016 era de que o 1% da população mundial detivesse mais de 50% da riqueza mundial, evidenciando o desenfreado aumento da disparidade social vivida pelo mundo⁴⁷.

⁴⁵ BRASIL. Lei Federal nº 9.279, de 14 de Maio de 1996, *Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial*.

⁴⁶ *Idem Ibidem*.

⁴⁷ CARTA CAPITAL. “Oxfam: Em 2016, 1% mais ricos terão mais dinheiro que o resto do mundo”, *Carta Capital*, São Paulo, p. 1-5, 19 jan, 2015. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/economia/oxfam-em-2016-1-mais-ricos-terao-mais-dinheiro-que-resto-do-mundo-8807.html>>. Acesso em: 28 jun. 2018.

A desigualdade acentuada é um empecilho para o Desenvolvimento, pois além de deixar grande parte da população à margem da economia, limita as liberdades desses indivíduos⁴⁸.

Neste sentido, explicar que o conceito tradicional de Desenvolvimento leva em consideração fatores como crescimento do Produto Nacional Bruto (PNB), aumento das rendas pessoais, industrialização, avanço tecnológico⁴⁹.

Assim, pode-se observar que a diferença existente entre os indivíduos de uma sociedade não afeta por completo o Desenvolvimento segundo sua compreensão moribunda, de modo a não ser fator determinante para uma estagnação econômica. Diversas concepções atuais contrariam esta visão puramente econômica de Desenvolvimento⁵⁰.

A definição de Desenvolvimento, segundo Amartya Sen, por exemplo, considera como meio de alcançar o Desenvolvimento Pleno a garantia das liberdades sociais, quais sejam garantias sociais mínimas, como a participação política, a segurança, a moradia, aumento de renda e a saúde pública, de modo a promover a inclusão social. O Desenvolvimento deve ocorrer nos âmbitos social, ambiental e econômico, pois, ao se tornar liberto, o indivíduo se tornaria eficaz, promovendo a preservação ambiental e o próprio crescimento social⁵¹.

A teoria do Desenvolvimento Sustentável, por sua vez, corrobora em parte com a ideia de Desenvolvimento Pleno já citado, porém não coloca em foco as liberdades sociais. O Desenvolvimento deve ser pautado nos seguintes requisitos: na satisfação das necessidades básicas; na solidariedade com as futuras gerações; na participação da população envolvida; na preservação do meio ambiente e dos recursos naturais; na estruturação de um sistema social que garanta emprego, segurança social e respeito a outras culturas; e em programas de educação⁵². Neste contexto, pode-se observar que a inclusão social necessária para as sociedades atuais, deve ultrapassar o simples aumento de renda, atingindo também a garantia dos direitos básicos individuais⁵³.

Independente do conceito utilizado, observa-se a relevância dos *softwares* para estruturar e auxiliar no Desenvolvimento. Conforme já discutido, no ano de 2015 o mercado de TI cresceu 9,2% em relação a 2014, enquanto a média global foi de 5,6% de crescimento.⁵⁴ Foram investidos US\$ 61.215.000.000,00 (sessenta e um bilhões, duzentos e quinze milhões de dólares) no setor de TI, sendo US\$ 12.582.000.000,00 (doze bilhões, quinhentos e oitenta e dois milhões de dólares) na área da produção e comercialização de *softwares*.⁵⁵ Assim, é evidente a relevância do mercado de criação e venda de programas de computador para o crescimento do PIB brasileiro.

Inúmeros *softwares* produzidos atualmente são voltados a sanar as diversas dificuldades enfrentadas pelo “homem médio” e a tentar dirimir a existência de diferenças entre indivíduos. Como exemplo, pode-se citar a criação do aplicativo gratuito Hand Talk, voltado a deficientes auditivos, ao passo que realiza a tradução simultânea de conteúdos

⁴⁸ LIMA, G. M.; DANTAS, T. K. S.; GUIMARÃES, P. B. V. “Patentes Sociais: A Importância da Criação de Tecnologias Voltadas a Inclusão Social e a Priorização da Concessão Dessas Patentes”. *6th International Symposium On Technological Innovation*, Universidade Federal do Sergipe, [s.l.], v. 1, n. 1, p.1-7, 25 set, 2015.

⁴⁹ SEN, A. *Desenvolvimento como liberdade*. Companhia das Letras, São Paulo, 2009.

⁵⁰ LIMA, G. M.; DANTAS, T. K. S.; GUIMARÃES, P. B. V. “Patentes Sociais: A Importância da Criação de Tecnologias Voltadas a Inclusão Social e a Priorização da Concessão Dessas Patentes”. *6th International Symposium On Technological Innovation*, Universidade Federal do Sergipe, [s.l.], v. 1, n. 1, p.1-7, 25 set, 2015.

⁵¹ SEN, A. *Desenvolvimento como liberdade*. Companhia das Letras, São Paulo, 2009.

⁵² GALLO, Z. *Ethos, a grande morada humana: economia, ecologia e ética*. Ottoni, Itu, 2007.

⁵³ LIMA, G. M.; DANTAS, T. K. S.; GUIMARÃES, P. B. V. “Patentes Sociais: A Importância da Criação de Tecnologias Voltadas a Inclusão Social e a Priorização da Concessão Dessas Patentes”. *6th International Symposium On Technological Innovation*, Universidade Federal do Sergipe, [s.l.], v. 1, n. 1, p.1-7, 25 set, 2015.

⁵⁴ ABES SOFTWARE. *Mercado Brasileiro de Software: Panorama e Tendências*, Abes Software, São Paulo, 2016.

⁵⁵ *Idem Ibidem*.

em áudio, texto ou fotografias para Libras, por meio de um avatar em 3D. A ferramenta de acessibilidade criada por três alagoanos recebeu da Organização das Nações Unidas o prêmio de melhor aplicativo de inclusão social de 2013.⁵⁶ O aplicativo concorreu com quase 500 outros que visam à acessibilidade⁵⁷, o que evidencia uma forte tendência em estreitar as relações entre os novos *softwares* e os diversos públicos existentes, a fim de que estes utilizem essas tecnologias para promover a inclusão social.⁵⁸

Ademais, vale mencionar que o fomento a implementação dessas tecnologias no dia a dia dos cidadãos está diretamente relacionado ao conceito e a ideia mais moderna de cidade, qual seja as *Smart Cities* (Cidades Inteligentes). Esta definição consiste na comunidade na qual se utiliza de esforço consciente para manusear a tecnologia da informação com o intuito de transformar a vida e trabalho das pessoas, bem como as regiões em que elas vivem, em relevantes e fundamentais, não se preocupando somente com o crescimento.⁵⁹ Entende-se também como *Smart Citie* o espaço onde cidadãos, objetos, serviços públicos e os demais ativos, se interconectam por intermédio das tecnologias, de modo a maximizar a qualidade de vida nos ambientes urbanos do século XXI.⁶⁰ Os *softwares* desempenham um papel importante conectando os cidadãos às cidades, permitindo que estes atuem diretamente na participação política, na melhoria da segurança, na fiscalização dos órgãos públicos, na preservação ambiental, ou seja, nos mais diversos âmbitos da cidade.

Sobre a preocupação com o desenvolvimento ambiental, deve-se explanar que inúmeros programas de computador são pensados para a preservação e proteção do meio ambiente natural. Como exemplo, pode-se citar o aplicativo Rota da Reciclagem, que consiste em um buscador de locais para entrega de produtos recicláveis, auxiliando o cidadão na prática da preservação ambiental.⁶¹ Além deste programa de computador, também merece destaque o Manual de Etiqueta – Planeta Sustentável, desenvolvido pela editora Abril, que traz inúmeras informações sobre como é possível reduzir os impactos ambientais que cometemos diariamente.

Assim, os *softwares* são responsáveis por auxiliar na melhoria dos três pilares indispensáveis ao Desenvolvimento, quais sejam, o Econômico, Social e Ambiental. Apesar da extrema relevância desses produtos, conforme já foi debatido, o Brasil ainda não possui uma proteção jurídica adequada oferecida aos criadores de programas de computador. Estes ainda são equiparados às obras autorais, podendo se submeter apenas ao registro. Essa forma de proteção não coíbe a semelhança demasiada entre os *softwares*, o que culmina em forte desestímulo dos desenvolvedores, gerando um mercado de cópia entre produtos.

5 CONCLUSÃO

⁵⁶ MOREIRA, D. *Alagoanos criam aplicativo para surdos*. Disponível em: <<http://www.geniocriador.com.br/potencial-criativo/131-alagoanos-criam-aplicativo-para-surdos.html>>. Acesso em: 29 jun. 2018.

⁵⁷ *Idem Ibidem*.

⁵⁸ LIMA, G. M.; DANTAS, T. K. S.; GUIMARÃES, P. B. V. "Patentes Sociais: A Importância da Criação de Tecnologias Voltadas a Inclusão Social e a Priorização da Concessão Desses Patentes". *6th International Symposium On Technological Innovation*, Universidade Federal do Sergipe, [s.l.], v. 1, n. 1, p.1-7, 25 set, 2015.

⁵⁹ "A smart community is a community that has made a conscious effort to use information technology to transform life and work within its region in significant and fundamental rather than incremental ways". CALIFORNIA INSTITUTE. *Concept*. Disponível em: <<http://smartcommunities.org/concept.php>>. Acesso em: 20 mai. 2018.

⁶⁰ "Concept of a Smart City where citizens, objects, utilities, etc., connect in a seamless manner using ubiquitous technologies, so as to significantly enhance the living experience in 21st century urban environments". NORTHSTREAM. *White paper on revenue opportunities*. Disponível em: <<http://northstream.se/white-paper/archive>>. Acesso em: 20 mai. 2018.

⁶¹ TETRA PAK. *Tetra Pak lança versão do aplicativo Rota da Reciclagem para Android*, 2015. Disponível em: <<http://www.tetrapak.com/br/about/newsarchive/rota-da-reciclagem-para-android>>. Acesso em: 07 maio 2018.

Diante do exposto ao longo desta pesquisa, pôde-se depreender que os *softwares* se tornaram produtos fundamentais para que a sociedade alcance o Desenvolvimento em todos os âmbitos, sendo estes o Econômico, o Social e o Ambiental.

Também foi possível perceber que o regime de proteção conferido ao programa de computador é o mesmo atribuído às obras literárias pela legislação de direitos autorais e diplomas legislativos relacionados, sendo, portanto, o *software* protegido por registro de obra autoral, o que se revela insuficiente para resguardar estas tecnologias em sua plenitude, já que estas podem ser facilmente copiadas por meio de uma simples modificação em seu código fonte.

Ademais, ficou evidente que os inventores de *softwares* vivem grande insegurança jurídica, em razão de não haver atualmente uma normativa que os proteja e que assegure que um *software* não será indiscriminadamente copiado.

Por fim, concluiu-se que o Poder Legislativo precisa urgentemente pensar em uma modificação na normativa que regula os programas de computador, seja alterando a proteção dada aos registros de obras autorais, buscando uma proteção *sui generis*, para que melhor proteja os *softwares*, ou permitindo a sua patenteabilidade, desde que os três requisitos de concessão de patentes sejam preenchidos.

REFERÊNCIAS

- ABES SOFTWARE. *Mercado Brasileiro de Software: Panorama e Tendências Estudo 2016 - Dados de 2015*. Disponível em: <<http://www.abessoftware.com.br/dados-do-setor/estudo-2016--dados-2015>>. Acesso em: 07 maio 2018.
- ABES SOFTWARE. *Mercado Brasileiro de Software: Panorama e Tendências*, Abes Software, São Paulo, 2016.
- BRASIL. Lei Federal nº 9.279, de 14 de Maio de 1996, *Regula direitos e obrigações relativos à propriedade industrial*.
- BRASIL. Lei Federal nº 9.609, de 19 de Fevereiro de 1998, *Dispõe sobre a proteção da propriedade intelectual de programa de computador, sua comercialização no País, e dá outras providências*.
- BRASIL. Lei Federal nº 9.610, de 19 de Fevereiro de 1998, *Altera, atualiza e consolida a legislação sobre direitos autorais e dá outras providências*.
- CALIFORNIA INSTITUTE. *Concept*. Disponível em: <<http://smartcommunities.org/concept.php>>. Acesso em: 20 mai. 2018.
- CARTA CAPITAL. "Oxfam: Em 2016, 1% mais ricos terão mais dinheiro que o resto do mundo", *Carta Capital*, São Paulo, p. 1-5, 19 jan, 2015. Disponível em: <<http://www.cartacapital.com.br/economia/oxfam-em-2016-1-mais-ricos-terao-mais-dinheiro-que-resto-do-mundo-8807.html>>. Acesso em: 28 jun. 2018.
- INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. *INPI abre consulta pública sobre sistema de registro de software*, Disponível em: <<http://www.inpi.gov.br/noticias/inpi-abre-consulta-publica-sobre-sistema-de-registro-de-software>>. Acesso em: 07 maio 2018.
- INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. *Procedimentos para o Exame de Pedidos de Patentes Envolvendo Invenções Implementadas por Programas de Computador*. Disponível em: <http://www.inpi.gov.br/menu-servicos/patente/consultas-publicas/arquivos/consulta_publica_1-versao_original.pdf>. Acesso em: 30 abr. 2018.
- INSTITUTO NACIONAL DA PROPRIEDADE INDUSTRIAL. *Registro de Programa de Computador: Manual do Usuário Transitório*. INPI, Rio de Janeiro, 2017.
- GALLO, Z. *Ethos, a grande morada humana: economia, ecologia e ética*. Ottoni, Itu, 2007.
- LIMA, G. M.; DANTAS, T. K. S.; GUIMARÃES, P. B. V. "Patentes Sociais: A Importância da Criação de Tecnologias Voltadas a Inclusão Social e a Priorização da Concessão Dessas Patentes". *6th International Symposium On Technological Innovation*, Universidade Federal do Sergipe, [s.l.], v. 1, n. 1, p.1-7, 25 set, 2015.

- MOREIRA, D. *Alagoanos criam aplicativo para surdos*. Disponível em: <<http://www.geniocriador.com.br/potencial-criativo/131-alagoanos-criam-aplicativo-para-surdos.html>>. Acesso em: 29 jun. 2018.
- NORTHSTREAM. *White paper on revenue opportunities*. Disponível em: <<http://northstream.se/white-paper/archive>>. Acesso em: 20 mai. 2018.
- ROSELINO, J. E. "Análise da Indústria Brasileira de Software com Base em uma Taxonomia das Empresas: Subsídios para a Política Industrial". *Revista Brasileira de Inovação*, São Paulo, v. 5, n. 1, p.1-45, abr. 2006.
- SEN, A. *Desenvolvimento como liberdade*. Companhia das Letras, São Paulo, 2009.
- TETRA PAK. *Tetra Pak lança versão do aplicativo Rota da Reciclagem para Android*, 2015. Disponível em: <<http://www.tetrapak.com/br/about/newsarchive/rota-da-reciclagem-para-android>>. Acesso em: 07 maio 2018.
- VENTURA, F. *INPI não dará patentes para software no Brasil, diz diretor do instituto*, 2012. Disponível em: <<http://gizmodo.uol.com.br/inpi-nao-dara-patentes-para-software-diz-diretor-do-instituto/>>. Acesso em: 07 maio 2018.

O papel do GAFI/FATF: natureza jurídica de suas recomendações e formas de coerção aos países membros pela sua inobservância

The role of the FATF / FATF: legal nature of its recommendations and forms of coercion to member countries for their non-compliance

Antonio Henrique Graciano Suxberger¹

Centro Universitário de Brasília (UnICEUB)

Dalbertom Caselato Júnior²

Centro Universitário de Brasília (UnICEUB)

Sumário: 1 Introdução. 2 O Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI): origens e natureza jurídica de suas recomendações. 3 A operacionalização do GAFI e as possíveis implicações econômicas em razão da inobservância de suas recomendações. 4 Considerações finais. Referências.

Resumo: O presente estudo tem por base primordial apresentar a criação e evolução do Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI) como uma organização internacional de caráter supranacional, das quais suas Recomendações possuem força coativa entre os restritos países membros, bem como os demais não participantes pelo mundo. Discute-se, para tanto, a natureza jurídica das suas Recomendações – sendo uma *soft law* ou *hard law* – e as implicações desta consideração. Por fim, analisa-se a relação entre o Brasil e o GAFI, as omissões governamentais brasileiras no cumprimento das recomendações, suas consequências e um dos produtos legislativos decorrentes da ação coativa do GAFI sobre o Brasil: a lei antiterrorismo brasileira (Lei nº. 13.260/2016), apressadamente aprovada pelo governo brasileiro com vistas a evitar sanções decorrentes das Recomendações, as quais acarretariam em consequências prejudiciais no âmbito da economia brasileira.

Palavras-chave: GAFI. Recomendações *soft law* ou *hard law*. Lei antiterrorismo.

Abstract: The main purpose of this study is to present the creation and evolution of the International Financial Action Task Force (FATF) as a supranational international organization, of which its Recommendations have a coercive force between the restricted member countries, as well as the other non-participants in the world. Therefore, the legal nature of its Recommendations - whether it is a soft law or hard law - and the implications of this consideration is discussed. Finally, the relationship between Brazil and the FATF, the Brazilian government's omissions in complying with the recommendations, its consequences and one of the legislative products resulting from the FATF's action on Brazil: the Brazilian antiterrorism law (Law No. 13,260 / 2016), hurriedly approved by the

¹ Professor Titular do Programa de Mestrado e Doutorado em Direito do UnICEUB. Investigador Associado da linha "Direitos Humanos e Desenvolvimento" do Programa de Doutorado em Ciências Jurídicas e Políticas da Universidade Pablo de Olavide. Líder do Grupo de Pesquisa "Políticas Públicas" do UnICEUB. Promotor de Justiça no Distrito Federal.

² Mestrando em Direito do UnICEUB (Brasília, Brasil). Graduado em Direito e Relações Internacionais. Professor da Unyleya (Brasília, Brasil).

Brazilian government with a view to avoiding sanctions arising from the Recommendations, which would have harmful consequences in the Brazilian economy.

Keywords: FATF. Recommendations. Brazilian antiterrorism law.

1. Introdução

Desde a assinatura da Convenção de Viena em 1988 até a assinatura da Convenção de Mérida em 2003, constata-se a preocupação das nações mundiais em promover um sistema normativo que tem por objetivo a prevenção de o combate a delitos multidinâmicos transnacionais como a lavagem de dinheiro; de 1999 a 2004, ademais, observa-se nova ação destes governos mundiais, centrando suas preocupações nos delitos de financiamento ao terrorismo, cientes de que, para tanto, deveriam concentrar esforços no crime antecedente de lavagem de dinheiro, muito utilizado por organizações terroristas para converter os ativos ilegais, dando-lhes origem lícita para serem livremente utilizados em sua causa ideológica.

Visando o enfrentamento destes crimes em conjunto, surge em 2001 o regime internacional único, cuja peça central é o Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI), sendo o único organismo internacional a tratar dos dois temas de forma unificada, fundindo em suas Recomendações, aspectos relacionados ao combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do Terrorismo, que devem ser adotadas pelos países sem seletividade. O GAFI teve papel primordial para a crescente integração dos países a este novo regime, visto que a mera assinatura e ratificação dos instrumentos jurídicos internacionais não eram, por si só, garantias de cumprimento pelos países signatários³.

Para alcançar esse desiderato, alguns fatores relevantes foram fulcrais para a observância pelos governos das Recomendações: origem e composição, rigor de avaliação dos membros, qualidade técnica das Recomendações propostas e constante atualização, a capacidade de forçar parcerias, a “socialização” dos agentes públicos em processo de convencimento levado a cabo em reuniões internacionais e o poder de coerção⁴, objetos do presente estudo apresentado por este artigo.

Deve-se ter em conta que o GAFI representa nas relações internacionais uma produção contemporânea, de trajetória institucional notável no que concerne ao poder de influência exercido com suas decisões no âmbito da governança global, o qual deve ser compreendido pelo estudo de suas origens, evolução histórica e desenvolvimento como Organismo Internacional supranacional, bem como pela natureza jurídica (poder de coerção) das Recomendações que expede, adotando posição central, independente e indispensável no combate coordenado dos delitos de lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo.

2. O Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI): origens e natureza jurídica de suas recomendações

O Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI) surge em um contexto de pós-Guerra Fria, de hegemonia marcadamente norte-americana e pautada no combate ao tráfico internacional de drogas, até se tornar o organismo gestor do regime global de enfrentamento da lavagem de dinheiro; é exemplo de Organização Internacional (OI) e concomitantemente produto do dinamismo acelerado pela qual a globalização se desenvolveu no século XX. Após os ataques de 11 de setembro de 2001, adicionou, dentre suas atribuições, medidas de combate ao financiamento do terrorismo. Para fins de entendimento desta OI, necessário se faz posicionar o GAFI tendo como ponto de partida o Direito, por meio do estudo do arcabouço jurídico internacional relacionado com a

³ CORRÊA, L. P. *O Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI)*. Organizações internacionais e crime transnacional. Fundação Alexandre de Gusmão (FUNAG), Brasília, 2013.

⁴ CORRÊA, L. P. *O Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI)*. Organizações internacionais e crime transnacional. Fundação Alexandre de Gusmão (FUNAG), Brasília, 2013, p. 87.

lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo. Prossegue-se compreendendo as origens, características e evolução deste organismo internacional no que concerne à aplicação sistemática e eficiente na aplicação das normas internacionais⁵.

A Convenção de Viena de 1988 possuía, dentre vários outros interesses, a preocupação dos países desenvolvidos em estabelecer uma agenda comum dentre todos os signatários no que atine ao combate ao tráfico de drogas, já que tais nações eram os principais destinatários do entorpecente. “A seu turno, o G-7⁶ também buscava meios de enfrentar o tráfico de drogas”⁷. Destarte, o combate a este delito concentrava esforços tanto pela via dos organismos formais amplamente representativos como por parte de grupamentos informais.

Nesse diapasão, o GAFI se apresentou no cenário internacional por iniciativa do G-7 na Cúpula de Paris em 1989, onde se produziu declarações entre temas econômicos, financeiros e políticos. No que concerne ao delito de tráfico de drogas, os países do G-7 concentraram esforços no combate às fontes de financiamento da traficância, impedindo que bens de origem ilícita fossem introduzidos e “lavados” no sistema financeiro. “O G-7 considerava a Convenção de Viena o primeiro passo no processo de enfrentamento mundial do tráfico de drogas” e os primeiros passos a fim de combater a lavagem de dinheiro, o qual passou rapidamente a preocupar as nações mundiais em decorrência do processo crescente de globalização mundial, que instituiu mercados legais e ilegais:

O crescimento do crime transnacional, fenômeno paralelo ao avanço da globalização econômica, era percebido pelos países do G-7 como ameaça múltipla, que se manifestava não somente por crescente violência, corrupção e prejuízos à saúde e às relações sociais (caso das drogas), mas também por atacar a integridade dos circuitos financeiros e econômicos, com a incorporação ao mercado global de recursos e negócios de origem ilícita. Se, por um lado, a dimensão econômica e financeira do crime ameaçava as bases da globalização, por outro, o combate à lavagem de dinheiro era um meio financeiro de enfrentar a ameaça percebida do crime transnacional⁸.

A origem do GAFI se verificou na fundação deste organismo internacional pelos membros do G-7, juntamente com a Comissão Europeia. “O G-7 reunia os principais países desenvolvidos do bloco ocidental e o Japão, bem como as principais praças financeiras do mundo, e seu peso mundial, em assuntos econômicos e financeiros, era preponderante”. Esses países tinham como qualidade comum serem os principais impulsores políticos da globalização, intensificada, sobretudo, a partir dos anos 1980⁹.

Assim como no G-7, as decisões tomadas no âmbito do GAFI eram mais eficazes do que qualquer ação unilateral dos países – em especial ao governo norte-americano, grande interessado em bloquear a entrada de drogas e ativos financiadores do terrorismo – todavia, implicava um exercício constante de negociação com atores europeus. Após a criação do GAFI, oito países foram convidados para se juntar ao grupo: Suécia, Países Baixos, Bélgica, Luxemburgo, Suíça, Áustria, Espanha e o único não europeu, Austrália. “O GAFI, por conseguinte, nasce como mecanismo de consecução de objetivos de política externa, notadamente dos EUA e dos países europeus, voltados ao combate ao crime

⁵ CORRÊA, L. P. *O Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI)*. Organizações internacionais e crime transnacional. Fundação Alexandre de Gusmão (FUNAG), Brasília, 2013, p. 1.

⁶ O G-7 é composto por França, Reino Unido, Estados Unidos, Japão, Canadá, Itália e Alemanha. O G-7 é um grupo informal de concertação, principalmente financeira, porém com forte componente político, em que a presença dos EUA é preponderante. O G-7 era utilizado pelos EUA para obter apoio político em relação a objetivos inalcançáveis unilateralmente, mesmo pela potência hegemônica, como era o caso do enfrentamento do tráfico de drogas.

⁷ CORRÊA, L. P. *O Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI)*. Organizações internacionais e crime transnacional. Fundação Alexandre de Gusmão (FUNAG), Brasília, 2013, p. 88.

⁸ CORRÊA, L. P. *O Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI)*. Organizações internacionais e crime transnacional. Fundação Alexandre de Gusmão (FUNAG), Brasília, 2013, p. 89.

⁹ CORRÊA, L. P. *O Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI)*. Organizações internacionais e crime transnacional. Fundação Alexandre de Gusmão (FUNAG), Brasília, 2013, p. 90.

transnacional, em sua vertente do tráfico ilegal de entorpecentes, por meio do enfrentamento da lavagem de dinheiro”¹⁰.

Resultado principal das atividades desenvolvidas pelo GAFI consiste na existência de uma legislação e instituições similares nos diferentes países, membros ou não, que conformam sistemas nacionais voltados ao combate à lavagem de dinheiro, reforçando e modernizando o arsenal do Estado no combate ao crime de características transnacionais. Vale registrar que, diferentemente de outras OI como as Nações Unidas (UN), o GAFI não tem como base de fundamento o reconhecimento de legitimidade internacional de que gozam as OI formais, cuja fonte provém da adesão de vontades soberanas de países-membros reunidos em Assembleia-geral¹¹.

A questão concernente a lavagem de dinheiro surgiu no cenário internacional na década de 1980, em decorrência da preocupação crescente com as atividades delituosas provenientes do tráfico de drogas. Como resposta a este avanço ilegal, foi firmada a conhecida Convenção de Viena (Convenção da ONU sobre o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas), primeiro instrumento de caráter universal a dispor sobre a lavagem de dinheiro. Anos seguinte, o GAFI estabeleceu as 40 recomendações de combate à lavagem de dinheiro, sendo outros instrumentos normativos internacionais sobre o tema firmados em seguida, reforçando o arcabouço jurídico concernente ao tema. Houve e há, portanto, uma coexistência entre as normas internacionais firmadas por convenções e as recomendações do GAFI, restando ampla discussão na doutrina de direito internacional acerca do regime jurídico de tais mandamentos¹².

Os instrumentos internacionais podem ser subdivididos em categorias de “*hard law*”, tais como tratados e convenções internacionais, juridicamente vinculantes, e regras políticas e princípios acordados entre governos ou no âmbito de OIs sem caráter formal e juridicamente não vinculantes, denominados “*soft law*”. Conforme Pio Corrêa, a primeira categoria compreende as Convenções da ONU e da Organização dos Estados Americanos (OEA), relevantes do ponto de vista brasileiro no combate à lavagem de dinheiro, sendo as Recomendações do GAFI e a Declaração de Princípios da Basiléia constantes na categoria de “*soft law*”. Os instrumentos de “*soft law*” constituem-se em fenômeno normativo recente, surgidos na década de 1970, disseminando-se em 1980 em distintos campos da atuação internacional dos governos, em partes objetivando a resolução de problemas comuns resultantes da crescente globalização¹³.

Em razão do caráter repressivo de suas recomendações, o GAFI, em que pese declarar serem tais recomendações um tipo de *soft law*, decorrente da não obrigatoriedade de sua observância pelos países-membros, há, em verdade, uma evidente contradição, na medida em que tais recomendações buscam, diante das sanções aplicadas em sua não observância – como a inscrição na lista negra de países e territórios não cooperativos (NCCT – *non cooperative countries and territories*) – verdadeiro caráter de normas obrigacionais internacionais, conforme se aduz:

Quando um país está sendo examinado para ser colocado em lista dos não-cooperantes, ele é notificado para responder ao questionário do GAFI. Esse país poderá marcar um encontro com um *expert* do Grupo para discutir qualquer questão não resolvida ou controvertida. Para satisfazer as exigências e sanar as deficiências identificadas pelo GAFI é necessário que o país em exame promulgue uma legislação específica e devidamente regulamentada, adotando medidas para ratificar e cumprir plenamente a Convenção das Nações Unidas contra o Tráfico ilícito de Entorpecentes e de Substâncias Psicotrópicas. O GAFI observará se essa legislação possui, de forma específica, leis de jurisdição criminal, o modo de se operacionalizar, a fiscalização financeira, a identificação de clientes, os relatórios de

¹⁰ CORRÊA, L. P. *O Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI)*. Organizações internacionais e crime transnacional. Fundação Alexandre de Gusmão (FUNAG), Brasília, 2013, p. 90.

¹¹ CORRÊA, L. P. *O Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI)*. Organizações internacionais e crime transnacional. Fundação Alexandre de Gusmão (FUNAG), Brasília, 2013, p. 2.

¹² CORRÊA, L. P. *O Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI)*. Organizações internacionais e crime transnacional. Fundação Alexandre de Gusmão (FUNAG), Brasília, 2013, p. 14.

¹³ CORRÊA, L. P. *O Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI)*. Organizações internacionais e crime transnacional. Fundação Alexandre de Gusmão (FUNAG), Brasília, 2013, p. 23-24.

transações suspeitas e cooperação internacional. Mesmo após um país ter-se tornado cooperante, esses itens continuarão sendo avaliados para que o mesmo permaneça na lista dos cooperativos¹⁴.

Esclarece, todavia, Pio Corrêa que “o caráter juridicamente não vinculante dos instrumentos do *soft law* não significa que tenham tendência a ser menos impositivos” (2013, p.24). Em que pese os Estados não se obrigarem juridicamente, os governos se comprometem politicamente a cumpri-los, sendo realizado o monitoramento do seu cumprimento pelas partes e de “estratégias direcionadas a encorajar a obediência, na forma de incentivos e medidas políticas com elevado potencial persuasivo”; o GAFI, por conseguinte, de fato possui recomendações que se constituem em uma “*soft law*”¹⁵.

Na sequência dos atentados terroristas de 11 de setembro de 2001, o GAFI procedeu a adoção de mais 08 recomendações especiais sobre o tema, ampliadas, em seguida, para 09 recomendações especiais, juntando-se às outras 40 já existentes, sendo mundialmente conhecida como “40 + 9 Recomendações”, passando a questão do combate ao financiamento de ativos destinados a atividade terroristas serem indissociadamente tratados das atividades ilegais de lavagem de dinheiro. Tais recomendações, portanto, são elegidas a categoria de fontes de normas internacionais, tendo o GAFI o papel primordial em seu monitoramento, tanto em relação aos países-membros como aqueles não membros, por meio das chamadas “avaliações mútuas”¹⁶.

Ao estabelecer uma rede de relacionamento mundial ao combate da lavagem de dinheiro, dialogando-se com OIs tais como o G-7, G-8, o Conselho de Segurança da ONU, a OCDE e o G-20, o GAFI conforma o regime global de combate a estes delitos multidinâmicos transnacionais, dando ênfase a sua relação de poder e estabelecendo uma estratégia de combate a tais delitos, tendo em suas parcerias estratégicas internacionais com estes organismos e os atores governamentais função basilar no enfrentamento a tais crimes.

No que concerne a estratégias governamentais concertadas em âmbito doméstico, verifica-se, no Brasil, uma deficiência quando se observa um baixo grau de interação efetiva entre as organizações ocupadas de controlar, regular e fiscalizar setores estratégicos ao enfrentamento da corrupção e delitos econômicos – dos quais compreendem-se a lavagem de dinheiro e o financiamento ao terrorismo – consistindo, no intuito de subsidiar atividades persecutórias em juízo, tais como instar procedimentos de investigação ou lastrear ações judiciais, a adoção de uma agenda de priorização própria. Desta forma, observa-se, dentre atores governamentais tais como a Controladoria-geral da União (CGU), Receita Federal do Brasil (RFB), Tribunal de Contas da União (TCU), Banco Central do Brasil (BC), Comissão de Valores Mobiliários (CVM) e Conselho de Controle de Atividades Financeiras (COAF), que o compartilhamento de informações e provocações recíprocas entre estas organizações existe, todavia sua abordagem norteia-se mais em direção a uma agenda própria das instituições do que uma agenda comum ou mesmo destinada ao subsídio da persecução penal¹⁷.

Em razão da pretensa inobservância por parte de governos membros e não membros, o GAFI – visando garantir o cumprimento de suas recomendações – procede ao exercício de “*soft power*”, e de persuasão, tomando medidas tais como a inserção de países não cooperantes em uma “lista negra”, fato do qual pode trazer constrangimentos inevitáveis aos governos domésticos no que concerne as suas atividades econômicas e financeiras, podendo tal “pecha” imposta de país não cooperante (NCCT – *non cooperative countries and territories*) implicar em prejuízos nas relações internacionais econômicas e possível perda de negócios internacionais a serem celebrados em âmbito comercial. Como se percebe, mesmo o típico instrumento de “*soft law*” que representa as recomendações do

¹⁴ MENDONÇA, A. “As recomendações da FATF/GAFI: soft ou hard law?” *Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília*, v. 1, n. 1, 2007, p. 9.

¹⁵ MACHADO, M. R. *Internacionalização do direito penal*, Ed. 34/Edesp, São Paulo, 2004, p. 49.

¹⁶ CORRÊA, L. P. *O Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI)*. Organizações internacionais e crime transnacional. Fundação Alexandre de Gusmão (FUNAG), Brasília, 2013, p. 15-16.

¹⁷ SUXBERGER, A. H. G. “Organizações de controle, regulação e fiscalização: os arranjos institucionais para enfrentamento da corrupção e dos delitos econômicos”, p. 348-349.

GAFI possuem linguagem mais impositiva do que as Convenções, todavia sem realizar a imposição de concessões ao exercício pelos Estados da soberania em matéria penal.

O crime organizado transnacional são um produto inquestionável do mundo cada vez mais globalizado dos séculos XX e XXI. O GAFI, com suas formulações de regras internacionais, promove a expansão de sua legitimidade internacional ao aproximar-se de países em desenvolvimento, sendo uma realidade incontornável desse universo, aliado a atuação de outras engrenagens auxiliares como o Grupo de Egmont, o Escritório das Nações Unidas sobre o Crime e as Drogas (UNODC), o Comitê de Contraterrorismo da OEA (CICTE) e o Grupo de Peritos para o Controle da Lavagem de Dinheiro (Grupo LAVEX) da Comissão Interamericana contra o Abuso de Drogas (CICAD/OEA). Constata-se, por conseguinte, um esforço ainda não verificado na história no que concerne a um esforço concertado de internacionalização do Direito Penal por parte dos Estados-nações, visando combater estes crimes com características cada vez mais globalizadas e internacionais¹⁸.

Tais crimes passaram a serem considerados pela comunidade internacional como uma crescente ameaça e era necessário superar o enfrentamento tradicional destes delitos por meio de uma pluralidade de ordens jurídicas com princípios e regras em âmbito estritamente doméstico. Com o fenômeno da “internacionalização da produção do Direito Penal”, buscou-se a aproximação destes sistemas jurídicos penais com vistas a melhorar a intervenção jurídico-penal sobre os problemas comuns detectados pelos países envolvidos na transnacionalidade delitiva de crimes como Tráfico de Drogas, Financiamento ao Terrorismo e Lavagem de dinheiro. A atividade primordial neste processo de aproximação normativa decorre da implantação de medidas de cooperação jurídica internacional em instrumentos normativos como a Estratégia Nacional de Combate ao Terrorismo de Portugal ou a Estratégia Antiterrorista da União Europeia (EU)¹⁹.

Com a crescente ocorrência, no final da década de 1980, do cometimento destes delitos transnacionais e do alto volume de recursos financeiros oriundos do crime organizado, necessitando tais grupos da consequente “legalização” destes ativos, visando ludibriar autoridades policiais ou judiciais quanto a procedência destes valores, foi necessária a adoção de meios legais de prevenção e repressão à lavagem destes recursos ilícitos, tendo o GAFI papel primordial neste aspecto. Constituiu-se em uma ordem mundial a premente necessidade por parte dos atores governamentais no sentido de incluir no processo de investigação criminal de delitos transnacionais a idéia da presença da lavagem de dinheiro como prática – por vezes antecedentes ao crime principal – de elemento comum a todas as modalidades de delitos internacionais²⁰.

No caso específico do financiamento ao Terrorismo, o GAFI adotou uma estratégia de enfraquecer suas fontes de financiamento por meio da identificação da movimentação dos ativos financeiros e seu consequente confisco; normativamente, o GAFI adotou instrumentos formais de “*soft law*”, harmonizando os ordenamentos jurídicos e agregando-os as Resoluções do Conselho de Segurança das Nações Unidas, o que implicou em um combate amplo e concertado entre as nações para rastrear e bloquear atividades financeiras que se constituíam em lavagem de dinheiro ou outros delitos com destinação final de propiciar meios logísticos para a execução de atos de terrorismo²¹.

¹⁸ CORRÊA, L. P. *O Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI)*. Organizações internacionais e crime transnacional. Fundação Alexandre de Gusmão (FUNAG), Brasília, 2013, p. 21.

¹⁹ REPÚBLICA PORTUGUESA. SGMAL. Secretaria Geral do Ministério da Administração Interna. *Estratégia Nacional de Combate ao Terrorismo (ENCT)*.

²⁰ CORRÊA, L. P. *O Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI)*. Organizações internacionais e crime transnacional. Fundação Alexandre de Gusmão (FUNAG), Brasília, 2013, p. 23.

²¹ Cabe ressaltar que conformam o arcabouço atual de enfrentamento da lavagem de dinheiro, a começar pela Convenção contra o Tráfico Ilícito de Entorpecentes e Substâncias Psicotrópicas, conhecida como Convenção de Viena, e a Declaração de Princípios da Basileia, ambas de 1988, e as Recomendações do GAFI, de 1990. Outros textos relevantes para o Brasil merecem destaque: Regulamento Modelo da OEA sobre lavagem de dinheiro (1992); Convenção da ONU sobre crime organizado transnacional, conhecida como Convenção de Palermo (2000); Convenção da ONU sobre corrupção, conhecida como Convenção de Mérida (2003); Convenção da OEA sobre corrupção (1996); e Convenção sobre corrupção da Organização para a Cooperação e o Desenvolvimento Econômico – OCDE (1997). Acerca dos textos referentes ao financiamento do terrorismo, há destaque para a Convenção da ONU para a Supressão do Financiamento do Terrorismo (1999), as

Frise-se que o enfrentamento dos delitos econômicos e próprios da corrupção – dos quais perpassam pela lavagem de ativos e utilização destes para práticas terroristas – reclama nível de preparo e instrumentos para a interação organizacional que fogem do ordinário da previsão legal e da conformação das próprias organizações; no Brasil, entretanto, ainda padece de maior desenvolvimento os arranjos de interação institucional com a observância do intercâmbio de experiências, de aproximação dos sujeitos envolvidos e compartilhamento, ainda que informal, de estratégias e possibilidades de atuação, convergindo-se – nas atividades de controle, regulação e fiscalização – no estabelecimento de uma agenda comum, que compreenda os delitos de corrupção e delitos econômicos – dentre os quais a lavagem e o financiamento ao terrorismo – fruto de uma indissociável interligação, demandando um controle efetivo interdisciplinar na prevenção e repressão dessas condutas²².

A par da efetiva aplicação de sanções criminais, vale o registro acerca da atividade administrativa de produção de inteligência financeira, a qual serve às finalidades de prevenção, bem como detecção de ilícitos emergentes de avanços tecnológicos contemporâneos – como a lavagem de dinheiro e o financiamento ao terrorismo – utilizando sanções não necessariamente de cunho penal às organizações ou empresas envolvidas direta ou indiretamente em tais delitos, sanções de natureza administrativa suficientemente dissuasivas em caso de descumprimento das obrigações. Tal regime de inteligência, baseado do tripé: identificação do cliente, manutenção dos registros pertinentes e comunicação às Unidades de Inteligência Financeira de operações suspeitas, são imprescindíveis na função de prevenção geral positiva e negativa destes delitos, bem como no auxílio da produção probatória, constituindo-se em uma importante ferramenta auxiliar na atividade de investigação criminal, fornecendo subsídios importantes para a elucidação destes delitos²³.

3. A operacionalização do GAFI e as possíveis implicações econômicas em razão em razão da inobservância de suas recomendações

Nas décadas de 80 para 90, a comunidade internacional concentrou suas preocupações com o vertiginoso aumento do tráfico de drogas organizado internacionalmente em países produtores, consumidores e de trânsito. Encarada como uma ameaça mundial ao desenvolvimento das sociedades, passou tal delito a ser encarado com estratégias de enfrentamento em comum esforço das nações, recebendo, na década de 90, um incremento no que concerne ao aprofundamento do fenômeno da globalização. A sociedade internacional, ao passo de fortalecer medidas em cooperação internacional para o combate ao tráfico de entorpecentes, se deparou com uma ameaça ainda maior, visto a associação deste delito a outros delitos transnacionais promovidas pelo crime organizado: ativos financeiros movimentados transnacionalmente passaram a ter sua origem ocultada em proveito a atividades de financiamento ao tráfico de drogas, armas e pessoas, bem como ao financiamento de atividades terroristas. “O crime, assim como a economia, globalizou-se e beneficiou-se da integração dos mercados e do avanço das tecnologias de comunicação, transportes e transferências financeiras”²⁴.

Com o objetivo primordial de combater o forte componente transnacional e dinâmico das atividades perpetradas por organizações criminosas, seja para práticas de lavagem de dinheiro ou financiamento a atos terroristas, com a adoção de medidas para inibir o trânsito dos ativos ilícitos entre sistemas financeiros de diversos países, foi criada – conforme

Resoluções do Conselho de Segurança (1999-2001), as Recomendações Especiais do GAFI (2001) e a Convenção da OEA sobre terrorismo (2002). BRASIL. ONUBR. Nações Unidas no Brasil. *A ONU e o Terrorismo*, 2018.

²² SUXBERGER, A. H. G. “Organizações de controle, regulação e fiscalização: os arranjos institucionais para enfrentamento da corrupção e dos delitos econômicos”, p. 348-349.

²³ SUXBERGER, A. H. G.; PASIANI, R. P. R. “O papel da inteligência financeira na persecução dos crimes de lavagem de dinheiro e ilícitos relacionados”, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, 2018, v. 8, n. 1, p. 290.

²⁴ CORRÊA, L. P. *O Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI)*. Organizações internacionais e crime transnacional. Fundação Alexandre de Gusmão (FUNAG), Brasília, 2013, p. 22-23.

abordado no capítulo anterior – o FATF (*Financial Action Task Force*), conhecido em português como GAFI (Grupo de Ação Financeira Internacional). Em estrita observância às normas internacionais ratificadas nos tratados acima relacionados no âmbito das Nações Unidas, o GAFI constitui-se em uma organização internacional governamental dedicada à troca de informações entre as unidades de inteligência financeira dos seus Estados-membros. Ademais, exerce um papel normativo-sancionador ao expedir Recomendações e avaliar o cumprimento destas pelos países, a chamada “40 Recomendações”. Como principal sanção pelo seu descumprimento, é a inclusão de Estados na lista de países ou territórios não cooperativos (*Non-cooperative Countries or Territories - NTCC*) podendo chegar a sanção máxima de exclusão daquele país do Grupo²⁵.

O GAFI possui importante relevância no combate internacional a estes crimes em razão da dificuldade de sua investigação criminal; frise-se que os delitos em estudo possuem alta carga de transnacionalidade, o que traz grande desafio ao regimes nacionais para coibirem tais práticas, o que exige padronização em cooperação jurídica internacional entre países que, em muitos casos, possuem tradições jurídicas distintas, em especial no caso entre países que compõem a “guerra contra o terror” e países de pouca ou nenhuma tradição de combate a práticas terroristas como o Brasil.

Em termos operacionais, o GAFI funciona como um órgão central global da comunidade formada por diversas unidades de inteligência pelo mundo, os quais utilizam-se da estrutura fornecida pelo GAFI como canal para a troca de informações. O GAFI possui, ademais, um caráter supranacional, na medida em que elabora as recomendações e avalia se os seus membros estão adimplentes ou não com tais obrigações que elas representam. Tais recomendações consistem em medidas que os Estados-membros devem adotar para adequar seu regime e políticas internas ao padrão internacional de proibição. Como sanção aos países não adimplentes, estes ingressam na lista *NCCT* e podem perder a condição de membros do GAFI, aplicando-se, por conseguinte, a recomendação 21 dessa organização, pela qual instituições financeiras como o Fundo Monetário Internacional (FMI) e o Banco Mundial passam a adotar procedimentos de especial atenção às relações comerciais e transações financeiras com pessoas físicas ou jurídicas domiciliadas em países incluídos na lista dos *NCCT*. Como consequência, estes procedimentos encarecem sobremaneira os custos de movimentações financeiras e causam prejuízos comerciais, além de constrangimento aos setores internacionalizados da economia²⁶.

Com efeito, percebe-se que a maioria das técnicas utilizadas no combate aos delitos de lavagem de dinheiro estendem-se à disciplina do delito de financiamento ao terrorismo. Utiliza-se a mesma lógica entre estes delitos, pela qual as organizações criminosas buscam brechas e fragilidades no sistema financeiro legítimo para realizar o transporte desses fundos criminosos. O sistema também é utilizado para realizar a transferência de capitais por simpatizantes, sejam particulares ou governos, a organizações terroristas. No contexto da “guerra ao terror”, a união entre aspectos da lavagem de dinheiro e financiamento ao terrorismo foram consolidadas com a *USA PATRIOT Act (Uniting and Strengthening America by Providing Appropriate Tools Required to Intercept and Obstruct Terrorism act)*, consistente em uma lei para unir e proteger a América diante dos atentados contra o país em 11 de setembro de 2001, mediante o provimento de instrumentos necessários a interceptar e obstruir o terrorismo. Nesta mesma esteira, o Conselho de Segurança das Nações Unidas editou a resolução 1373 de 2001 que ampliou as hipóteses de bloqueio de fundos, obrigando aos países-membros a criminalizar o terrorismo. Da mesma forma, conforme demonstrado no capítulo antecedente, o GAFI criou mais 9 diretivas de combate ao financiamento do terrorismo, as quais, somadas as anteriores que inibem a lavagem de

²⁵ ARAUJO, F. D. “Criminologia crítica e política criminal antilavagem de dinheiro e contrafinanciamento ao terrorismo: barreiras epistêmicas e agenda de diálogo”, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 2, n. 2, 2012, p. 3.

²⁶ ARAUJO, F. D. “Criminologia crítica e política criminal antilavagem de dinheiro e contrafinanciamento ao terrorismo: barreiras epistêmicas e agenda de diálogo”, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 2, n. 2, 2012, p. 4.

dinheiro, formaram um conjunto normativo comum ao combate destes delitos transnacionais denominada “40+9 Recomendações”²⁷.

No caso brasileiro, mesmo com a inclusão do inciso II do artigo 1.º na Lei n. 9.613/1998, promovida pela Lei n. 10.701/2003, estabelecendo do delito de financiamento ao terrorismo como crime antecedente à lavagem de dinheiro, o governo brasileiro permaneceu silente quando a normatização específica de uma lei antiterrorismo. Tal omissão custou ao Brasil o julgamento de “não observância” das 9 Recomendações sobre financiamento ao terrorismo²⁸.

Descumprindo convenção das Nações Unidas no sentido de configurar como delito o financiamento ao terrorismo e a constituição de organizações terroristas, bem como o reconhecimento do delito de lavagem de dinheiro como antecedente ao financiamento terrorista, cabe assinalar que o Brasil, diferentemente de outros países como Paraguai²⁹ e Uruguai³⁰, somente manifestou interesse na normatização plena do tema por meio da publicação lei antiterrorismo (lei nº. 13.260/2016), em razão dos jogos da XXXI Olimpíada RIO 2016, sendo tal lei aprovada às pressas pelo Congresso Nacional com a premente necessidade de se atender a reclamações internacionais, provendo ao direito penal de emergência, forçando o governo brasileiro a não tratar mais com passividade tal fenômeno. Cabe ilustrar que, das 34 nações integrantes do GAFI, o Brasil era a única que, até a edição da Lei n. 13.260/2016, não dispunha de uma lei específica e atual de combate ao terrorismo e seu financiamento, contrariando a recomendação “C”, número 5, assinada desde 2003³¹.

Uma vez que se consideram as recomendações do GAFI tendentes a estabelecer um sistema abrangente e consistente de medidas que os países devem adotar para combater a lavagem de dinheiro e o financiamento do terrorismo, bem como a proliferação de armas de destruição em massa, reconhecidas universalmente como padrão internacional no combate a estes delitos dinâmicos transnacionais, destarte, constata-se a importância da atuação de Organizações Internacionais supranacionais, como o caso do GAFI, na influência sobre a implementação e execução de políticas públicas governamentais domésticas de segurança pública, no sentido de se prover o combate aos crimes desta natureza. Como exemplo desta prática, cite-se a implementação da política criminal da Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA³²), a qual

²⁷ ARAUJO, F. D. “Criminologia crítica e política criminal antilavagem de dinheiro e contrafinanciamento ao terrorismo: barreiras epistêmicas e agenda de diálogo”, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 2, n. 2, 2012, p. 4.

²⁸ REPÚBLICA FRANCESA. Financial Action Task Force (FATF/OECD) e Grupo de Ação Financeira Internacional na América do Sul (GAFISUD). *Mutual Evaluation Report: Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism in the Federative Republic of Brazil*. Sede, Paris (França), 2010, p. 266–269.

²⁹ A Lei n. 1015 da República do Paraguai estabelece em seu artigo 3.º que “comete delito de lavado de activos el que con dolo o culpa oculta un objeto proveniente de un crimen o de un delito perpetrado por una banda criminal o grupo terrorista o de un delito tipificado por la ley 1340/88” (que reprime el tráfico de sustancias estupefacientes y drogas peligrosas). Cf. FUENTES, V. F. “Macrocriminalidad económica y las 40 recomendaciones del GAFI para combatirla”, *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, n. 29, a. 2016, p. 118.

³⁰ Uruguai tem ampliado o rol de delitos antecedentes de lavagem de dinheiro mediante a lei nº. 17.343 de maio de 2001, estabelecendo entre aqueles o terrorismo. A legislação uruguaia também estabelece o delito de lavagem de capitais provenientes de delitos de corrupção pública por meio do artigo 3º da lei nº. 17.060. FUENTES, V. F. “Macrocriminalidad económica y las 40 recomendaciones del GAFI para combatirla”, *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, n. 29, a. 2016, p. 118.

³¹ REPÚBLICA FRANCESA. Financial Action Task Force (FATF/OECD). *Documents and recommendations*. Sede, Paris (França), 2012, p. 3.

³² A Estratégia Nacional de Combate à Corrupção e à Lavagem de Dinheiro (ENCCLA) apresenta-se como uma extensa articulação de órgãos públicos dos três poderes e das três esferas de governo, agindo em esforço comum no combate à lavagem de dinheiro e à corrupção. Tal mecanismo de articulação se torna relevante na investigação de crimes contra a Administração Pública no Brasil, “uma vez que se configura como um importante mecanismo de inteligência concernente aos órgãos que exercem esta função”. JAKOB, A. “A experiência da ENCCLA: organizações e governança”, em

abarca delitos desta natureza, o mesmo ainda não sendo estabelecido para os delitos de combate ao financiamento ao terrorismo.

Tais falhas evidentes na lei antiterrorismo brasileira como a ausência de uma política legislativa clara de cooperação internacional entre os atores governamentais, bem como o estabelecimento da motivação política como especial finalidade de agir caracterizadora do delito de terrorismo, podem trazer sérias consequências no que concerne à tipificação do crime no território brasileiro. Constata-se, na persecução de delitos econômicos e de corrupção que o diálogo entre os atores governamentais domésticos considera apenas a comunicação em âmbito protocolar – em regra, por meio de ofícios, a qual se revela pouco eficiente; há necessidade, portanto, para além de necessárias reformas legislativas, para aclarar temas ainda incertos como o tratamento do sigilo e outras informações sensíveis, o compartilhamento de experiências e o estreitamento do contato pessoal entre os sujeitos responsáveis pelas organizações, como medida simples e efetiva para aprimorar os arranjos institucionais da persecução penal destes delitos multidinâmicos³³.

No que atine a ausência da motivação política, merece uma primeira e dura crítica relacionada a lei antiterrorismo brasileira, a qual em seu artigo 2º³⁴, silencia a respeito do cometimento do ato terrorista com tais objetivos, como forma de influenciar, por exemplo, na agenda governamental. Como exemplo recente, cite-se a série de ataques cometidos por integrantes de organizações criminosas do estado do Ceará contra patrimônios públicos e privados, durante cerca de 30 dias seguidos, colocando em risco a incolumidade física da sociedade civil, depredando comércios, ateando fogo em postos de gasolina e derrubando torres de transmissão de energia, em razão da adoção por parte do governo do estado do Ceará de uma política repressiva e disciplinadora no interior dos estabelecimentos penais, separando os integrantes de facções criminosas e transferindo seus líderes para presídios federais, além de realizar uma limpeza em objetos proibidos (como celulares e televisores), bem como determinar algumas atividades laborais para os presos visando reparar os danos provocados por motins realizados nos presídios.

Tais ações coordenadas por estas organizações criminosas no estado foram objeto de críticas pelo Governador do Ceará Camilo Santana do Partido dos Trabalhadores (PT), o qual defendeu junto ao Ministério da Justiça uma rediscussão a respeito da lei antiterrorismo brasileira incluir – na sua especial finalidade de agir – as razões de cunho político, com vistas a enquadrar tais atos praticados por estas facções criminosas como atos de terrorismo³⁵. Nas demais questões relacionadas ao estudo, constata-se que a lei antiterrorismo brasileira abarca a possibilidade de atos terroristas terem como alvos o

VV.AA. (COSTA, A. T. M.; MACHADO, B. A.; ZACKSESKI, C. (coord.)). *A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos: uma pesquisa empírica no sistema de justiça federal*: Tomo II. Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU), Brasília, 2016, v.2, p. 353-354.

³³ SUXBERGER, A. H. G. “Organizações de controle, regulação e fiscalização: os arranjos institucionais para enfrentamento da corrupção e dos delitos econômicos” em VV.AA. (COSTA, A. T. M.; MACHADO, B. A.; ZACKSESKI, C. (coord.)). *A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos: uma pesquisa empírica no sistema de justiça federal*: Tomo II. Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU), Brasília, 2016, v.2, p. 349.

³⁴ Lei n. 13.260/2016 de 17 de março de 2016: Art. 2º – O terrorismo consiste na prática por um ou mais indivíduos dos atos previstos neste artigo, por razões de xenofobia, discriminação ou preconceito de raça, cor, etnia e religião, quando cometidos com a finalidade de provocar terror social ou generalizado, expondo a perigo pessoa, patrimônio, a paz pública ou a incolumidade pública. § 2º O disposto neste artigo não se aplica à conduta individual ou coletiva de pessoas em manifestações políticas, movimentos sociais, sindicais, religiosos, de classe ou de categoria profissional, direcionados por propósitos sociais ou reivindicatórios, visando a contestar, criticar, protestar ou apoiar, com o objetivo de defender direitos, garantias e liberdades constitucionais, sem prejuízo da tipificação penal contida em lei. BRASIL. *Lei n. 13.260/2016 de 17 de março de 2016*. Regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista; e altera as Leis n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989, e 12.850, de 2 de agosto de 2013. Texto compilado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13260.htm. Acesso em: 18 de fev. 2019.

³⁵ PERON, I. “Governador do Ceará discute alteração de lei antiterrorismo com Moro”. Em *Valor Econômico*. Brasília-DF, 17 jan. 2019.

patrimônio (tanto público como particular), bem como ser caracterizado por apenas um ou mais integrantes, expondo ou ameaçando expor a perigo a incolumidade física da população.

Note que, no caso específico do Ceará, a ausência da motivação política caracterizadora do crime de terrorismo – na contramão do padrão internacional de leis de combate ao terrorismo e convenções internacionais que visem sua coibição – acarretou em sérias consequências no que concerne ao maior e mais efetivo provimento jurisdicional contra as ações delituosas praticadas pelas organizações criminosas que realizaram os ataques indiscriminados contra o patrimônio público e privado, com total desprezo pelas consequências de tais ataques virem a ceifar vidas humanas. Além da possibilidade de um provimento jurisdicional mais adequado com a lei antiterrorismo no caso do Ceará, tal repressão legal poderia ter contribuído para o cessar dos ataques, minimizando os prejuízos econômicos advindos àquele Estado da federação, principalmente no que concerne aos serviços de Turismo, praticamente inexistentes no período de mais de 30 dias consecutivos de ataques, acarretando em uma vertiginosa queda de receita tributária e de serviços formais e informais daquele Estado.

4. Considerações finais

Nos seus primórdios, o GAFI teve de impor-se a outras iniciativas e organismos. Nasceu como instrumento do G-7, com a missão de ser o principal órgão responsável por estabelecer normas internacionais de lavagem de dinheiro, sem depender da ONU, da OCDE ou, por exemplo, de iniciativas dos Bancos Centrais – como a Declaração de Princípios da Basileia –, de organizações regionais e das instituições financeiras internacionais. Parcerias com outros organismos não poderiam, portanto, ameaçar a posição preeminente do GAFI. Os métodos e estratégias empregados pelo GAFI garantiram sua posição central na rede global de combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo, bem como o reconhecimento da necessidade de aplicação das Recomendações por praticamente todos os países. Ao mesmo tempo, ao longo de toda a história do GAFI, há busca constante por maior legitimidade. O GAFI orgulha-se da “legitimidade substantiva” advinda do fato de ser a única organização internacional especializada em lavagem de dinheiro, que promove constantes revisões de suas Recomendações, com base no trabalho dos melhores especialistas na matéria³⁶.

Inicialmente, o GAFI procurou aproximar-se da ONU e identificar-se com os textos das Convenções de Viena e de Palermo, cuja aplicação é estimulada pelas Recomendações. Dessa forma, o GAFI buscava associar as Recomendações aos textos universais, que gozavam de ampla legitimidade, visto constituírem-se de caráter persuasivo, todavia com características de uma “*soft law*”. O GAFI procurou colaborar com a ONU e suas agências voltadas ao enfrentamento do crime transnacional.

O advento da campanha mundial antiterrorista representou oportunidade para o GAFI aproximar-se ainda mais da ONU, oferecendo-se como instrumento antiterrorista, aliado na implementação da Resolução 1373 do Conselho de Segurança. Este, em contrapartida, determinou aos membros da ONU, por meio da Resolução 1617, a aplicação das Recomendações e, desta forma, o GAFI obteve o reconhecimento formal da organização e parcela importante de legitimidade aos olhos da comunidade internacional.

A abertura e participação no GAFI de países em desenvolvimento considerados estratégicos também contribuiu para a ampliação do alcance global do organismo e para o fortalecimento de sua legitimidade. A adesão de Brasil, Argentina e México, por exemplo, representou para o GAFI importante apoio na América Latina e originou o GAFISUD, organismo regional congênere (FSRB) que pôde contar, desde sua fundação, com dois membros do GAFI (Brasil e Argentina).

A adição de legitimidade ao GAFI reforçou seu prestígio, mas não anulou sua essência nem sua forma de exercer poder. Continua a ser uma organização de caráter oligárquico, sem

³⁶ CORRÊA, L. P. *O Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI)*. Organizações internacionais e crime transnacional. Fundação Alexandre de Gusmão (FUNAG), Brasília, 2013, p. 217.

ampla representatividade, cuja natureza supranacional e técnica subtraiu, efetivamente, soberania aos Estados nacionais. O exercício de poder é centralizado no GAFI, que, por meio de rede global e emprego de constante monitoramento e eventual imposição de sanções, garante a aplicação de suas normas. Essas características básicas conferem-lhe eficiência. Na extensa rede de instituições internacionais voltadas ao combate à lavagem de dinheiro e ao financiamento do terrorismo, cada uma contribui com seus recursos, conhecimento e capilaridade. As decisões, entretanto, continuam sendo tomadas pelo GAFI, que, ademais, tem características de poder legislativo global. De certa forma, o GAFI também exerce a função de tribunal internacional, reservando-se ao direito de monitorar os países e impor-lhes sanções pelo não cumprimento de suas normas³⁷.

O regime global antilavagem instituído pelo GAFI é fenômeno raro, pois os Estados sempre resistiram, na área criminal e de segurança pública, a ceder prerrogativas associadas à sua soberania. É, pois, comparável aos “regimes internacionais de proibição”, como aqueles instituídos, outrora, contra a pirataria e o tráfico de escravos. O regime antilavagem é produto direto da conformação de regime de proibição ao tráfico de drogas. O GAFI, desta forma, se apresenta como uma organização internacional supranacional com uma das maiores redes de influência e persuasão à soberania governamental como jamais vista, em prol da investigação adequada de delitos transnacionais de alta complexidade que exigem repressão uniforme e cooperada entre as soberanias, não cabendo aos Estados o discurso de necessidade de proteção da soberania com vistas a afastar o cumprimento de suas recomendações.

Referências

- ARAUJO, F. D. “Criminologia crítica e política criminal antilavagem de dinheiro e contrafinanciamento ao terrorismo: barreiras epistêmicas e agenda de diálogo”, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, v. 2, n. 2, 2012, p. 1–27. Disponível em: <https://www.publicacoesacademicas.uniceub.br/RBPP/article/view/1662/pdf>. Acesso em: 21 jan. 2019.
- BRASIL. *Lei n. 13.260/2016 de 17 de março de 2016*. Regulamenta o disposto no inciso XLIII do art. 5º da Constituição Federal, disciplinando o terrorismo, tratando de disposições investigatórias e processuais e reformulando o conceito de organização terrorista; e altera as Leis n. 7.960, de 21 de dezembro de 1989, e 12.850, de 2 de agosto de 2013. Texto compilado. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2016/lei/l13260.htm. Acesso em: 18 de fev. 2019.
- BRASIL. ONUBR. *Nações Unidas no Brasil. A ONU e o Terrorismo*, 2018, p. 1. Disponível em: <https://nacoesunidas.org/acao/terrorismo/>. Acesso em: 14 fev. 2019.
- CORRÊA, L. P. *O Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI)*. Organizações internacionais e crime transnacional. Fundação Alexandre de Gusmão (FUNAG), Brasília, 2013.
- FUENTES, V. F. “Macrocriminalidad económica y las 40 recomendaciones del GAFI para combatirla”, *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, número 29, año 2016, p. 118-143. Disponível em: <http://revistaderecho.um.edu.uy/wp-content/uploads/2016/09/FIGUEREDO-FUENTES-Valeria-Macrocriminalidad-e.pdf>. Acesso em: 01 mar. 2019.
- JAKOB, A. “A experiência da ENCCLA: organizações e governança”, em VV.AA. (COSTA, A. T. M.; MACHADO, B. A.; ZACKSESKI, C. (coord.)). *A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos: uma pesquisa empírica no sistema de justiça federal: Tomo II*. Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU), Brasília, 2016, v.2, p. 353-398. Disponível em:

³⁷ CORRÊA, Luiz Maria Pio. *O Grupo de Ação Financeira Internacional (GAFI)*. Organizações internacionais e crime transnacional. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão (FUNAG), 2013. (Coleção teses de CAE), p. 219. Disponível em: http://funag.gov.br/loja/download/1042-Grupo_de_Acao_Financeira_Internacional_GAFI_O.pdf. Acesso em 22 jan. 2019.

- <http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/series/serie-pesquisas/a-investigacao-e-a-persecucao-penal-da-corrupcao-e-dos-delitos-economicos-uma-pesquisa-empirica-no-sistema-de-justica-federal201d-tomo-2>. Acesso em: 05 mar. 2019.
- MACHADO, M. R. *Internacionalização do direito penal – A gestão de problemas internacionais por meio do crime e da pena*. Ed. 34/Edesp, São Paulo, 2004.
- MENDONÇA, A. “As recomendações da FATF/GAFI: *soft* ou *hard law*?” *Revista do Mestrado em Direito da Universidade Católica de Brasília*, v. 1, n. 1, 2007, p. 102-127. Disponível em: <https://portalrevistas.ucb.br/index.php/rvmd/article/view/2618>. Acesso em: 28 jan. 2019.
- PERON, I. “Governador do Ceará discute alteração de lei antiterrorismo com Moro”. Em *Valor Econômico*. Brasília-DF, 17 jan. 2019. Disponível em: <https://www.valor.com.br/politica/6069163/governador-do-ceara-discute-alteracao-de-lei-antiterrorismo-com-moro>. Acesso em: 18 fev. 2019.
- REPÚBLICA FRANCESA. Financial Action Task Force (FATF/OECD). *Documents and recommendations*. Sede, Paris (França), 2012, p. 3. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/media/fatf/documents/recommendations/pdfs/FATF-40-Rec-2012-Portuguese-Port.pdf>. Acesso em: 03 fev. 2019.
- REPÚBLICA FRANCESA. Financial Action Task Force (FATF/OECD) e Grupo de Ação Financeira Internacional na América do Sul (GAFISUD). *Mutual Evaluation Report: Anti-Money Laundering and Combating the Financing of Terrorism in the Federative Republic of Brazil*. Sede, Paris (França), 2010, p. 266–269. Disponível em: <http://www.fatf-gafi.org/dataoecd/13/50/45800700.pdf>. Acesso em: 07 fev. 2019.
- REPÚBLICA PORTUGUESA. SGMAI. Secretaria Geral do Ministério da Administração Interna. *Estratégia Nacional de Combate ao Terrorismo (ENCT)*. Lisboa (Portugal). Diário da República, 1. série, n. 36 de 20-02-2015, p. 1022-(-2)-1022-(-4). Disponível em: <https://dre.pt/application/file/66567311>. Acesso em: 20 dez. 2018.
- SUXBERGER, A. H. G. “Organizações de controle, regulação e fiscalização: os arranjos institucionais para enfrentamento da corrupção e dos delitos econômicos” em VV.AA. (COSTA, A. T. M.; MACHADO, B. A.; ZACKSESKI, C. (coord.)). *A investigação e a persecução penal da corrupção e dos delitos econômicos: uma pesquisa empírica no sistema de justiça federal: Tomo II*. Escola Superior do Ministério Público da União (ESMPU), Brasília, 2016, v.2, p. 227-352. Disponível em: <http://escola.mpu.mp.br/publicacoes/series/serie-pesquisas/a-investigacao-e-a-persecucao-penal-da-corrupcao-e-dos-delitos-economicos-uma-pesquisa-empirica-no-sistema-de-justica-federal201d-tomo-2>. Acesso em: 05 mar. 2019.
- SUXBERGER, A. H. G.; PASIANI, R. P. R. “O papel da inteligência financeira na persecução dos crimes de lavagem de dinheiro e ilícitos relacionados”, *Revista Brasileira de Políticas Públicas*, 2018, v. 8, n. 1, p. 290-318.

O prestígio da condição humana em detrimento da nocividade da categorização: um estudo sob a perspectiva dos migrantes haitianos e dos princípios que regem a política migratória brasileira

The prestige of human condition in detriment of the categorization harm: A study from the perspective of Haitian migrants and the principles that govern Brazilian migration policy

Daniele Aparecida Gonçalves Diniz¹
Universidade de Itaúna-MG (UIT)

Deilton Ribeiro Brasil²
Universidade de Itaúna-MG (UIT)

Sumário: 1. Introdução. 2. Direitos humanos e a regulamentação protetiva dos imigrantes em situação de risco. 3. O fluxo migratório haitiano. 3.1 Os haitianos e a necessidade de reconhecimento da condição humana em detrimento da categorização segregadora. 4. Considerações finais. 5. Referências.

Resumo: Os instrumentos normativos de proteção dos direitos humanos das pessoas em situação de refúgio, não têm se mostrado suficientes à efetivação dos direitos desse grupo. Não obstante o tratamento dispensado pelos países acolhedores, ainda se observa que o recebimento dessa categoria de migrantes é sinônimo de segregação e desigualdade, destacadamente, pela intolerância deflagrada pela diversidade cultural entre o refugiado e o cidadão nacional. É nesse viés de integração e interpenetração cultural proclamado pela Constituição da República do Brasil que se faz necessário repensar o culto às categorizações em detrimento das reais políticas públicas de acolhimento. Por meio da pesquisa bibliográfica e documental seguindo o método indutivo, para demonstrar que o simples recebimento de migrantes haitianos, sem lhes proporcionar o mínimo necessário, os tornam pessoas à margem dos direitos. Assim, o excesso de categorizações trazido pelas legislações enseja, na prática a possibilidade de distinção na promoção de direitos humanos dos migrantes, tratando-os como cidadãos de primeira e segunda classe, como vem ocorrendo com os haitianos no Brasil. Destarte, o prestígio da condição humana, como norte das políticas públicas migratórias poderão transformar as relações sociais entre refugiados e aqueles indivíduos pertencentes ao país acolhedor, permitindo-se a interculturalidade que, por sua vez, tem o condão de promover a evolucionariedade do país acolhedor e a efetivação dos direitos humanos.

Palavras-chave: Política migratória; Migrantes haitianos; Categorização; Interculturalidade; Direitos humanos.

¹ Mestranda do PPGD – Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna-MG. Especialista em Mediação e Arbitragem pela Faculdade de Administração, Ciências, Educação e Letras. Graduada em Direito pela Universidade de Itaúna (UIT).

² Pós-Doutor em Direito pela Università degli Studi di Messina, Itália. Doutor em Direito pela UGF - RJ. Professor da Graduação e do PPGD - Mestrado em Proteção dos Direitos Fundamentais da Universidade de Itaúna (UIT) e das Faculdades Santo Agostinho (FASASETE).

Abstract: Normative instruments for the protection of the human rights of persons in situations of refuge have not been sufficient to ensure the rights of this group. Despite the treatment provided by the host countries, it is still observed that the reception of this category of migrants is synonymous with segregation and inequality, mainly due to the intolerance caused by the cultural diversity between the refugee and the national citizen. It is in this bias of integration and cultural interpenetration proclaimed by the Constitution of the Republic of Brazil that it is necessary to rethink the cult of categorizations to the detriment of the actual public policies of reception. Through bibliographic and documentary research guided by inductive method which has been shown that simply receiving Haitian migrants, without providing them with the minimum necessary, makes them people on the margins of rights. Thus, the over-categorization brought about by legislation renders, in practice, the possibility of distinction in the promotion of the human rights of migrants, treating them as first and second class citizens, as has been the case with Haitians in Brazil. Thus, the prestige of the human condition, as the north of the migratory public policies, can transform the social relations between refugees and those individuals belonging to the welcoming country, allowing the interculturality that, in turn, has the power to promote the evolutionary nature of the welcoming country and the realization of human rights.

Keywords: Migratory policy; Haitian migrants; Categorization; Interculturality; Human rights.

1. INTRODUÇÃO

A presente pesquisa tem como objetivo geral a análise crítica da conhecida “crise dos refugiados ou migrantes forçados” numa perspectiva de cidadania conclamada pela Constituição da República do Brasil que engloba os direitos humanos daqueles que se vêem obrigados a deixar seus países, familiares e memórias em busca de condições dignas de sobrevivência.

Pretende-se analisar a problemática da integração dos migrantes haitianos, considerando a dificuldade perpetrada pelo excesso de categorização criada pelas legislações.

A escolha do tema proposto justifica-se em razão de sua relevância prática e teórica, considerando-se que o fenômeno migratório visto na maioria dos casos como algo negativo e dispendioso, tem sido um espaço de proliferação ultrajante dos direitos humanos, mormente considerando que a mera tolerância de permanência em território não significa acolhida de refugiados, mas em ominosa segregação.

Por essas razões, esclarecer-se-á ao longo do debate proposto, o verdadeiro sentido de se acolher pessoas em situação de refúgio, à luz da Constituição da República do Brasil e das legislações internacionais de direitos humanos, ensejando condições dignas a esses indivíduos que sofrem com a abrupta necessidade de se afastarem de suas rotinas deixando, não só a maioria de seus bens materiais, mas também toda memória de seu povo.

No decorrer da investigação pretende-se levantar aporias e problematizar o debate do tema na perspectiva crítico-epistemológica, evidenciando a existência da porosidade da proposta apresentada, de modo a estimular outros debates e reflexões.

A princípio, serão apresentadas as aludidas digressões históricas acerca dos direitos humanos e refugiados, traçando-se os principais contornos e objetivos legislativos dos migrantes em situação de risco.

Na sequência, será apresentado o fluxo migratório haitiano.

Analisar-se-á, por fim, a necessidade de se prestigiar a condição humana dos migrantes, independentemente da nacionalidade e da categorização legislativa, viabilizando, assim, a efetiva e real implementação de condições dignas de sobrevivência a essas pessoas.

Foi nesse contexto propositivo que se delimitou o objeto da pesquisa: a concessão de refúgio ou acolhida humanitária tem sido realizada de modo a garantir os direitos humanos dos migrantes haitianos no Brasil?

Através da pesquisa bibliográfica e documental, foi possível problematizar o debate teórico da temática proposta, ultrapassando-se a abordagem dogmática, para, assim, apresentar uma leitura crítica de institutos trazidos como referenciais. A escolha do raciocínio indutivo viabilizou a delimitação do objeto pesquisado, partindo-se de uma concepção microanalítica, qual seja, o estudo da situação vivenciada por migrantes haitianos no Brasil, para uma análise geral do excesso de categorização em detrimento da condição humana desses migrantes, os quais se vêem ultrajados em seus direitos, muitas vezes, com fundamento no próprio ordenamento jurídico.

2. DIREITOS HUMANOS E A REGULAMENTAÇÃO PROTETIVA DOS IMIGRANTES EM SITUAÇÃO DE RISCO

Os direitos humanos, assim compreendidos como aquela categoria de direitos originários dos direitos dos homens, mas que deles se distinguem em razão de sua normatização no cenário internacional são ou pretendem ser a base ideológica e valorativa fundante das legislações internas de cada estado, sem limitação geográfica ou de qualquer outra ordem.

Historicamente, os direitos humanos tomaram os contornos hoje conhecidos, a partir da segunda metade do século XX, no cenário de pós guerra onde se fazia premente e urgente a estipulação de garantias aos indivíduos em detrimento de atos de barbáries praticados de forma inescrupulosa por estados.

O marco consolidador das garantias, consideradas inerentes à pessoa humana, foi a instituição da paradigmática Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, a qual, positivou os direitos civis e políticos de maneira universal.

A partir do reconhecimento da necessidade de se preservar e garantir os direitos humanos a todos os indivíduos e, diante da irrefutável e malgrado realidade de migração forçada de pessoas que buscam preservar a própria vida, segurança, liberdade, em razão de violência generalizada, conflitos internos, violação massiva dos direitos humanos, catástrofes ambientais e outras circunstâncias perturbadoras da ordem pública de seus países de origem, tornou-se imperiosa a regulamentação da situação de refúgio.

Nesse viés, destaca-se, no cenário internacional a Convenção de Genebra relativa ao Estatuto dos Refugiados, de 1951³, a qual, estabelece a conceituação de refugiados,⁴ bem como traça os contornos para implementação e regulamentação da matéria em cada ordem interna. A citada Convenção, em razão de sua limitação temporal e geográfica, sofreu substancial alteração, pelo protocolo sobre o estatuto dos refugiados, datado de 1966 e, segundo Valério de Oliveira Mazzuoli:

(...) considera-se então “refugiado” qualquer pessoa: que, temendo ser perseguida por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas, se encontra fora do país de sua nacionalidade e que não pode ou, em virtude desse temor, não quer valer-se da proteção desse país, ou que, se não tem nacionalidade e se encontra fora do país no qual tinha sua

³ACNUR. *Convenção relativa ao estatuto dos refugiados*. Disponível em: http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf. Acesso em: 14 jan. 2019.

⁴Artigo1. Definição do termo refugiado. A. Para os fins da presente Convenção, o termo refugiado aplicar-se-á a qualquer pessoa: (...) (2) Que, em consequência de acontecimentos ocorridos antes de 1 de Janeiro de 1951, e receando com razão ser perseguida em virtude da sua raça, religião, nacionalidade, filiação em certo grupo social ou das suas opiniões políticas, se encontre fora do país de que tem a nacionalidade e não possa ou, em virtude daquele receio, não queira pedir a proteção daquele país; ou que, se não tiver nacionalidade e estiver fora do país no qual tinha a sua residência habitual após aqueles acontecimentos, não possa ou, em virtude do dito receio, a ele não queira voltar.

residência habitual, não pode ou, devido ao referido temor, não quer voltar a ele.(...) ⁵.

A partir da elaboração desses dois mencionados instrumentos globais de proteção aos refugiados, desenvolveram-se outros de âmbito regional, como a convenção relativa aos aspectos específicos dos refugiados africanos, datado de 1969, bem como a Declaração de Cartagena sobre Refugiados, de 1984 ⁶.

Os instrumentos regionais, além de reafirmarem o propósito de proteção consagrado na Convenção de Genebra de 1951, amplia a abrangência do conceito de refugiados de modo a atualizar a regulamentação com os acontecimentos mundiais, especialmente, a violência generalizada e violação massiva de direitos humanos.

No âmbito interno, tivemos legislações marcadas pela eugenia, as quais visavam o branqueamento do povo brasileiro e, portanto, de forma seletiva e preconceituosa permitia o ingresso de alguns estrangeiros, rechaçando outros, como o foi caso do Decreto nº 528 de 28 de junho de 1890 ⁷, Lei nº 97 de 5 de outubro de 1892 ⁸, Decreto nº 24.215 de 9 de maio de 1934 ⁹, Decreto-Lei nº 383 de 18 de abril de 1938 ¹⁰ e Decreto-Lei nº 406/1938 ¹¹.

Na sequência, num período marcado pela ditadura militar, o Brasil edita o estatuto do estrangeiro, datado de 1980, legislação que tem como pilar a segurança nacional e, não reconhece o migrante como sujeito de direitos.

Muitos anos mais tarde, já para se tentar resolver aporias e inconsistências do estatuto do estrangeiro, o Brasil avança em 1997 com a edição da Lei nº 9.474/97 ¹², sendo, a primeira lei nacional a implementar um tratado de direitos humanos no Brasil, e a lei latino-americana mais ampla já existente no tratamento da questão ¹³.

A proibição de distinção seja ela de que natureza for já era consagrada no artigo 5º da Constituição Federal de 1988 ¹⁴ e foi exatamente em decorrência dessa imposição constitucional que, em 2017 se editou a nova lei de migração.

A lei nº 13.445/2017 ¹⁵, legislação fruto de amplo e democrático debate veio em contramão das legislações europeias e estadunidenses e em prestígio à necessidade de

⁵ MAZUOLLI, V. O. *Curso de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

⁶ ACNUR. *Declaração de Cartagena*. Disponível em: http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf. Acesso em: 14 jan. 2019.

⁷ BRASIL. *Decreto nº 528 de 28 junho 1890*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-528-28-junho-1890-506935-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 14 jan. 2019.

⁸ BRASIL. *Lei nº 97 de 5 outubro 1892*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-97-5-outubro-1892-541345-publicacaooriginal-44841-pl.html>. Acesso em: 14 jan. 2019.

⁹ BRASIL. *Decreto nº 24.215 de 29 de maio 1934*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24215-9-maio-1934-557900-publicacaooriginal-78647-pe.html>. Acesso em: 14 jan. 2019.

¹⁰ BRASIL. *Decreto-Lei nº 383 de 18 de abril de 1938*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-383-18-abril-1938-350781-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 14 jan. 2019.

¹¹ BRASIL. *Decreto-Lei nº 406 de 04 de maio de 1938*. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-406-4-maio-1938-348724-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 14 jan. 2019.

¹² BRASIL. *Lei nº 9.474 de 22 de julho de 1997*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9474.htm. Acesso em: 14 jan. 2019.

¹³ MAZUOLLI, V. O. *Curso de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.

¹⁴ BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 14 jan. 2019.

se reconhecer o migrante como sujeito de direito e não mais como objeto da norma, definindo os direitos e os deveres do imigrante e do visitante no Brasil, bem como regulamentando a entrada e a permanência de estrangeiros, com o estabelecimento de normas de proteção ao brasileiro no exterior.

A aludida legislação como mencionada é considerada legislação vanguardista em proteção e garantias dos direitos humanos dos migrantes, considerando adequadamente as necessidades do mundo globalizado e o direito de migrar, especialmente quando se tem ameaçados a própria segurança e integridade física, cabendo destacar o avanço em institucionalizar a política de vistos humanitários e a instituição do repúdio à xenofobia e ao racismo.

Após a edição da nova lei de migração foi editado o seu decreto regulamentador nº 9.199/2017¹⁶ o qual, segundo parte dos estudiosos e pesquisadores em direito internacional, corresponde a um retrocesso aos ideais preconizados pela lei e pela própria Constituição.

Não obstante os regramentos legais a respeito de política de proteção internacional e interna de refugiados, a realidade mostra-se, conforme alhures exposto, ainda dissonante das propostas legais, sendo que a integração e dignidade dos migrantes forçados ainda é uma meta a ser buscada.

Assim, o reconhecimento dos refugiados como cidadãos, dotados de direitos e deveres demanda, sobretudo, uma mudança social, impondo-se um olhar inclusivo e humano por parte do país acolhedor.

Não é crível que se continue enxergando os refugiados como *outsiders*, estranhos em razão de pertencerem à outra localidade ou comunidade e, portanto, indignos de real acolhimento¹⁷.

E continua:

(...) Kuhlman a define como o processo mediante o qual os refugiados mantêm sua própria identidade, mas se tornam parte da sociedade acolhedora à medida que possam conviver juntos com a população local de modo aceitável. O conceito de integração local, para o autor - assim como para Crisp -, não significa assimilação dos refugiados na sociedade em que passam a viver, ou seja, não se espera que eles abandonem sua própria cultura, tornando-se indistinguíveis da comunidade local. A ideia é que nacionais e estrangeiros possam ajustar seus comportamentos e atitudes entre si, demandando um esforço dos nacionais para entender o diferente e o direito do estrangeiro de preservar seu repertório cultural de origem. (...) ¹⁸.

Não se pode, então, pensar os refugiados apenas na perspectiva burocrática do recebimento, mas conferir-lhes cidadania plena.

(...) A legislação brasileira ainda incorporou as chamadas soluções duráveis para os refugiados, frisando o seu caráter voluntário: o repatriamento, o reassentamento e a integração

¹⁵ BRASIL. *Lei nº 13.445 de 24 de maio de 2017*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm. Acesso em: 14 jan. 2019.

¹⁶ BRASIL. *Decreto nº 9.199 de 20 de novembro de 2017*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Decreto/D9199.htm. Acesso em: 14 jan. 2019.

¹⁷ MOREIRA. Refugiados no Brasil: reflexões acerca do processo de integração local REMHU, In: *Revista Interdisciplinar de Mobilidade Humana*, v. 22, n. 43, Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/remhu/v22n43/v22n43a06.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2019.

¹⁸ MOREIRA. Refugiados no Brasil: reflexões acerca do processo de integração local REMHU, In: *Revista Interdisciplinar de Mobilidade Humana*, v. 22, n. 43, Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/remhu/v22n43/v22n43a06.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2019.

local. A respeito desta, no entanto, nos dispositivos jurídicos, apenas foram tratadas questões sobre documentação, incluindo documentos relativos à educação. Não foram especificados, portanto, os termos para concretizar a integração, em seus mais diversos aspectos (psicológicos, sociais, culturais, econômicos, políticos), bem como as condições de vida a serem proporcionadas aos refugiados após o ingresso no país. Tampouco foi previsto o acesso a políticas públicas a esses migrantes internacionais(...)¹⁹

Destarte, seja considerando os escopos que permeiam a própria ideia de democracia, seja pela impossibilidade de se negar a existência de múltiplas culturas, torna-se imperiosa a busca por essa frutífera dialogicidade e de implementação de políticas públicas voltadas a atender o imigrante, de acordo com as necessidades de cada grupo.

Apesar do anunciado retrocesso protetivo deflagrado pelo decreto regulamentador da nova lei de migração, percebe-se uma modificação do fluxo migratório dos imigrantes haitianos, os quais, a partir de 2015, antes, portanto, da promulgação da aludida lei, evadiram-se do Brasil, em busca de melhores condições, atraídos, sobretudo, pela promessa de acolhimento dos EUA e com as facilidades de entrada e permanência no Chile. E, após a promulgação da lei nº 13.445/2017 iniciou o fluxo de retorno ao Brasil, além de ingresso de novos haitianos, conforme se abordará no próximo capítulo.

3. O FLUXO MIGRATÓRIO HAITIANO

A chegada dos haitianos no Brasil não é recente, os quais há muito já buscavam melhores condições de vida em razão da instabilidade perpetrada por governos ditatoriais e corruptos que assolaram aquela ilha caribenha por longas décadas.

No entanto, foi a partir de 2010 que se intensificou o fluxo migratório dos haitianos no Brasil, o que se deveu ao catastrófico terremoto que atingiu a ilha, devastando-a em quase sua totalidade, o qual foi sucedido de epidemia de cóleras e furacões.

A chegada dos haitianos no Brasil, a partir de 2010 se deu em sua maior parte pela tríplice fronteira, veja-se:

(...) Segundo dados do Sincre, de 2010 a 2015 entraram no Brasil 85.084 haitianos, sendo 62.944 homens e 22.135 mulheres. Essas entradas se deram por vários locais do Brasil, por vias terrestres e aéreas. A região de tríplice fronteira, com registro na cidade de Epitaciolândia, no estado do Acre foi o local com maior número de entrada, representando 46% do total que, numericamente está registrado com 39.150. Essa tríplice fronteira foi, sem dúvida, o lugar de maior intensidade da circulação de haitianos no período aqui abordado²⁰.

¹⁹ BARBOSA, L. P.; JOSÉ R. *A polícia federal e a proteção internacional dos refugiados*. Brasília: ACNUR, 2007. Disponível em: http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2012/Lei_947_97_e_Coletanea_de_Instrumentos_de_Protecao_Internacional_de_Refugiados_e_Apatridas.pdf?view=1. Acesso em: 14 jan. 2019.

²⁰ ACNUR, Alto Comissariado das Nações Unidas para refugiados. *Cadernos de Debates Refúgio, Migrações e Cidadania*, v.12, n.12 (2017). Brasília: Instituto Migrações e Direitos Humanos. Disponível em: http://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Caderno-de-Debates-12_Ref%C3%BAgio-Migra%C3%A7%C3%B5es-e-Cidadania.pdf. Acesso em: 14 jan. 2019.

Num primeiro momento, em razão da especificidade da situação do imigrante haitiano e, em razão de não constar no conceito abarcado por “refugiado” aqueles que buscavam proteção em razão de desastres ambientais, não tinha acolhido o pedido de refúgio pelo Comitê Nacional para os Refugiados (CONARE), o qual submeteu a situação ao Conselho Nacional de Imigração (CNIg), o qual, por sua vez, admitia a permanência dos haitianos por questões humanitárias.

Deve se ressaltar que os haitianos representam uma modalidade de migrantes complexa, na medida em que, como alhures mencionado, alguns deslocaram em razão da precariedade proporcionada pela corrupção e governos autocráticos e outros, em razão das catástrofes ambientais que assolaram aquele país.

Confira-se:

A Lei nº 9.474 de 22 de julho de 1997, em seu artigo 1º, reconhece como refugiado o determinado pela Convenção de 1951⁴⁶, ou seja, o indivíduo que, “devido a fundados temores de perseguição por motivos de raça, religião, nacionalidade, grupo social ou opiniões políticas encontre-se fora de seu país de nacionalidade e não possa ou não queira acolher-se à proteção de tal país”; ou, “não tendo nacionalidade e estando fora do país onde antes teve sua residência habitual, não possa ou não queira regressar a ele, em função das circunstâncias descritas no inciso anterior”. Ademais, reconheceu a lei como refugiado também conceito não derivado de tratado, mas da Declaração de Cartagena⁴⁷, que seria o indivíduo que, “devido a grave e generalizada violação de direitos humanos, é obrigado a deixar seu país de nacionalidade para buscar refúgio em outro país”. Os haitianos que vieram após o sismo ocorrido no Haiti em 2010 representam a complexidade fática acima mencionada, podendo envolver refugiados ou migrantes, e, do ponto de vista de motivação pessoal, pode ser um misto de falta de trabalho, pobreza, insegurança ou precarização pelo terremoto. Ocorre que os haitianos invariavelmente solicitaram o refúgio, mesmo quando impelidos por motivos não presentes na Lei nº 9.474, de 1997. Agiram assim porque não havia proteção para egressos por crise humanitária, em sentido abrangente, consoante o revogado Estatuto do Estrangeiro²¹.

Foram implementadas políticas públicas e alterações legislativas com vistas à regularizar e efetivar a concessão de vistos humanitários para os haitianos e diminuir a ação de coites que agiam de forma ilegal e cruel, extorquindo os imigrantes, os quais, além de serem mantidos em cárceres privados e submetidos à situações cruéis como fome, frio, ausência de local adequado para passar os dias, ficavam sem seus pertences e dinheiro, sendo que essas políticas, segundo dados disponibilizados pelo ACNUR diminuíram o fluxo migratório irregular²².

A partir de 2015 observou-se o movimento migratório de saída dos haitianos em direção especialmente do Chile e EUA, tratando, em relação aos EUA de saídas

²¹ VÉRAN J. F.; NOAL D. S.; FAINSTAT T. Nem Refugiados, nem Migrantes: A Chegada dos Haitianos à Cidade de Tabatinga (Amazonas). *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 57, n. 4, 2014, p. 1014. Disponível em: <http://www.redalyc.org/pdf/218/21835768005.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2019.

²² ACNUR, Alto Comissariado das Nações Unidas para refugiados. *Cadernos de Debates Refúgio, Migrações e Cidadania*, v.12, n.12 (2017). Brasília: Instituto Migrações e Direitos Humanos. Disponível em: http://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Caderno-de-Debates-12_Ref%C3%BAGio-Migra%C3%A7%C3%B5es-e-Cidadania.pdf. Acesso em: 14 jan. 2019.

indocumentadas e sem qualquer carimbo de passaporte e, a em direção ao Chile, normalmente se dava pela via aérea e de forma documentada²³.

Apesar da ampliação na concessão de vistos humanitários e da iniciativa da sociedade civil organizada no acolhimento dos imigrantes haitianos, percebe-se claramente no Brasil uma herança de nossa eugenia legislativa na resistência da sociedade em aceitar “o outro” e permitir a integração do imigrante.

Não obstante o brasileiro seja considerado um povo hospitaleiro e acolhedor, basta uma breve passagem pelas redes sociais para se perceber a xenofobia atualmente existente, em especial aos imigrantes haitianos que são parcela considerável dos estrangeiros no Brasil.

Essa dificuldade de integração e estabelecimento real no Brasil, indubitavelmente foi considerada na decisão de buscar outro país para sobreviver, ainda que isso represente um doloroso recomeço.

Ocorre que a permanência e anseio de reconhecimento no Chile e EUA, não foi como esperado pelos migrantes haitianos, senão vejamos:

Segundo dados da Embaixada do Haiti no Brasil¹⁷³, cerca de 10 mil haitianos foram deportados dos Estados Unidos para o Haiti de 2015 até o primeiro trimestre de 2017. Em nossa pesquisa de campo itinerante, por meio das redes sociais (Messenger e Whatsapp) conversamos com vários haitianos que moraram no Brasil, tentaram entrar nos Estados Unidos e não conseguiram, foram deportados para o Haiti. Alguns desses que retornaram ao país de origem, externam o desejo de voltar ao Brasil. Já encontramos alguns haitianos em Porto Velho que retornaram ao Brasil depois de serem deportados ao Haiti. É importante sublinhar que não há dados precisos da saída desses imigrantes do Brasil, visto que - conforme captamos na pesquisa de campo itinerante - a maioria dos haitianos não carimbou o passaporte de saída. Já a saída para o Chile, ocorreu por via aérea e de forma documentada, ou seja, os imigrantes carimbaram o passaporte na saída nos aeroportos do Brasil²⁴.

Certo é que diversos são os fatores que ensejam a especificidade do fluxo migratório haitiano, os quais, indubitavelmente, visam a integração e pertencimento e, conforme pesquisa realizada pelo ACNUR: “observamos, porém, que a saída dos haitianos não pode ser explicada apenas pela variante trabalho, mas congrega um conjunto de elementos ainda pouco explorado pelos pesquisadores”²⁵ E, dentre essas variáveis influenciadoras do fluxo migratório a promessa instituída pela nova e paradigmática legislação brasileira será analisada no próximo item.

²³ ACNUR, Alto Comissariado das Nações Unidas para refugiados. *Cadernos de Debates Refúgio, Migrações e Cidadania*, v.12, n.12 (2017). Brasília: Instituto Migrações e Direitos Humanos. Disponível em: http://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Caderno-de-Debates-12_Ref%C3%BAgio-Migra%C3%A7%C3%B5es-e-Cidadania.pdf. Acesso em: 14 jan. 2019.

²⁴ ACNUR, Alto Comissariado das Nações Unidas para refugiados. *Cadernos de Debates Refúgio, Migrações e Cidadania*, v.12, n.12 (2017). Brasília: Instituto Migrações e Direitos Humanos. Disponível em: http://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Caderno-de-Debates-12_Ref%C3%BAgio-Migra%C3%A7%C3%B5es-e-Cidadania.pdf. Acesso em: 14 jan. 2019.

²⁵ ACNUR, Alto Comissariado das Nações Unidas para refugiados. *Cadernos de Debates Refúgio, Migrações e Cidadania*, v.12, n.12 (2017). Brasília: Instituto Migrações e Direitos Humanos. Disponível em: http://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Caderno-de-Debates-12_Ref%C3%BAgio-Migra%C3%A7%C3%B5es-e-Cidadania.pdf. Acesso em: 14 jan. 2019.

3.1 Os haitianos e a necessidade de reconhecimento da condição humana em detrimento da categorização segregadora

Enquanto o Estatuto do estrangeiro, legislação vigente em 2015 quando iniciou o fluxo de saída dos haitianos do Brasil, se preocupava essencialmente em adotar política de segurança nacional mediante controle de concessão de visto e de facilitação de deportação e de expulsão, desconsiderando os migrantes como sujeitos de direito, a lei de migração avança de forma paradigmática.

Nesse contexto,

A política de separação mútua e de manter distância, com a construção de muros em vez de pontes, contentando-se com 'câmaras de eco' à prova de som, em vez de linhas diretas para uma comunidade sem distorções (e, tudo considerado, lavando as mãos e manifestando indiferença sob o disfarce da tolerância), só leva à desolação da desconfiança mútua, do estranhamento e da exacerbação²⁶.

Na vigência do estatuto do estrangeiro a integração de migrante era uma realidade não preconizada e efetivada, confira-se, à propósito:

(...) Os protestos remetem, dessa maneira, uma tentativa dos refugiados de retomar o controle sobre suas vidas e sobre sua mobilidade, em um contexto no qual eles se reconhecem como humanos sem direitos e que, por essa mesma razão, conferem ao grupo os "atributos de uma comunidade" (Chatterjee, 2004). A mobilidade, que confere ao indivíduo a liberdade mais fundamental de escolha, se alça, na experiência do refúgio, à categoria de direito humano mais básico e elementar. Contra a sedentariedade do Estado e da territorialidade soberanas, que presumem a realização dos direitos humanos por meio da cidadania à uma fixidez espacial, os refugiados reclamam pela retomada da autonomia do nomadismo, da condição de exílio como traço permanente e quase inescapável da existência humana, ou, pelo menos, da existência de grande parte da humanidade – em especial, e talvez paradoxalmente, da humanidade para a qual foi negada essa mesma condição, da humanidade impossível e reduzida à vida nua, como salienta Agamben (1998). Se fizermos uma comparação com esse campo [de Ruesch] e a situação que enfrentamos aqui no Brasil, nós vivemos muito melhor, com muito mais orgulho, nos sentíamos muito mais humanos lá no campo do que aqui. Porque aqui nós nos sentimos tratados pior do que se trata um animal. Para o animal existem leis, direitos, nós não temos nada. Aqui no Brasil, as Nações Unidas e o governo que nos trouxe nunca nos trataram como humanos, nem protegidos como prometeram. A única coisa que nós queríamos era o orgulho. Mas aqui eu nunca vou encontrar. O Acnur, as Nações Unidas, não nos trata como refugiados, aqui não tivemos nem direitos humanos, então não temos os direitos de nada. Nós não aceitamos mais isso, essa situação. Por isso estamos pedindo nossa saída do Brasil. Não

²⁶ ACNUR, Alto Comissariado das Nações Unidas para refugiados. *Cadernos de Debates Refúgio, Migrações e Cidadania*, v.12, n.12 (2017). Brasília: Instituto Migrações e Direitos Humanos. Disponível em: http://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Caderno-de-Debates-12_Ref%C3%BAgio-Migra%C3%A7%C3%B5es-e-Cidadania.pdf. Acesso em: 14 jan. 2019.

é porque não gosta mos do Brasil, mas porque fomos maltratados pelas Nações Unidas, por essas ONGs que disseram que nos acolheriam, mas nunca o fizeram.(...) ²⁷.

E a mesma autora continua:

(...) Enquanto os círculos diplomáticos aplaudem a liderança humanitária brasileira e a sociedade civil e governos celebram os dez anos da Lei nº 9.474 (Estatuto dos Refugiados), os protestos indicam que, em sociedades periféricas, a letra dos direitos humanos ainda vive como fronteira da utopia, mas agora de uma utopia que tem cara, cor e tom definidos. (...) ²⁸.

A Lei de Migração brasileira além de tratar o migrante como ser humano, o qual, independentemente da nacionalidade, é sujeito de direito, prevê de forma enfática o princípio de não discriminação, apontando ainda como princípios ou diretrizes da política migratória brasileira o repúdio e prevenção à xenofobia, ao racismo e a quaisquer formas de discriminação; e a não discriminação em razão dos critérios ou dos procedimentos pelos quais a pessoa foi admitida em território nacional.

Há mudança inclusive na forma de tratar de forma administrativa as questões migratórias, prestigiando o princípio da não criminalização da imigração, com expressa previsão de que ninguém será privado de sua liberdade, por razões migratórias, exceto nos casos previstos nesta Lei.

Outra questão impactante na nova legislação protetiva dos migrantes é a graduação entre as medidas de repatriação, a deportação e a expulsão, de modo a ampliar as garantias ao migrante indocumentado, em especial.

Não se pode olvidar que a isonomia e igualdade são valores caros, especialmente em ordenamentos democráticos, assim, a compatibilização entre os direitos humanos globalmente instituídos e a garantia de uma diversidade cultural, são objetivos a serem trilhados hodiernamente.

Com esse propósito, Karl-Otto Apel conclui que:

Independentemente dos sucessos ou fracassos na eliminação de guerras e implantação dos direitos humanos, os seguintes pontos parecem claros para mim:

- 1) As tentativas reiteradas de implantar uma ordem de paz e de direito cosmopolita correspondem a um dever moral dos homens (Kant).
- 2) A necessidade moralmente justificável de uma ordem de paz e de direito internacional, politicamente efetiva, implica pelo menos que se aceite a convivência regrada de várias culturas, isto é, de nações diferentes, de formas de vida e de tradições religiosas diferentes numa sociedade cultural, pois:
- 3) A decisão livre de pertencer a determinada comunidade cultural, por exemplo, a uma comunidade étnico-lingüística, constitui por si mesma um direito humano individual a ser reconhecido numa ordem de direito cosmopolita. Pois, não é possível respeitar a identidade individual de uma pessoa sem que

²⁷ MOULIN, C. Os direitos humanos dos humanos sem direitos: refugiados e a política do protesto. In: *Revista brasileira de ciências sociais*, 2011 Disponível em: <http://www.redalyc.org/html/107/10719120008/>. Acesso em: 14 jan. 2019.

²⁸ MOULIN, C. Os direitos humanos dos humanos sem direitos: refugiados e a política do protesto. In: *Revista brasileira de ciências sociais*, 2011 Disponível em: <http://www.redalyc.org/html/107/10719120008/>. Acesso em: 14 jan. 2019.

se respeite, ao mesmo tempo, sua livre pertença a uma tradição cultural²⁹.

O viés instituído pela nova lei de migração propõe uma mudança com vistas à conscientização dos benefícios da diversidade cultural e da necessidade de enxergar o estrangeiro como cidadão do mundo, com direitos e garantias.

Todavia, a realidade posta se distancia consideravelmente dos mencionados avanços legislativos. Um importante estudo realizado na região metropolitana, desenvolvido pelo programa Cidade e Alteridade: convivência multicultural e justiça rural-urbana, da Faculdade de Direito da UFMG, coordenado por Miracy Barbosa de Souza Gustin aponta em seu relatório para uma lamentável realidade vivenciada por haitianos e bolivianos, no que se refere às condições de trabalho, senão vejamos:

Conforme o diagnóstico realizado, verificou-se a ocorrência de trabalho escravo ou em condições análogas à escravidão em uma amostra entre imigrantes haitianos e bolivianos, em três cidades da Região Metropolitana de Belo Horizonte: Belo Horizonte (Bairro Novo Progresso), Contagem (bairros Petrolândia e Kenedy) e Ribeirão das Neves (Bairro Veneza)³⁰.

A diretriz de direitos humanos sob a ótica dos migrantes está relacionada diretamente com a ideia de cidadania compreendida como um dos eixos de justiça política e como democratização de relações para a sustentação da diversidade, senão vejamos:

(...) Deve-se, portanto, garantir aos indivíduos e coletividades oportunidade que lhes permitam adquirir capacidades efetivas de minimização dessas privações ou sofrimentos graves e, assim, ampliar as potencialidade de atividade criativa de cada um. Em face disso, supõe-se que a pré-condição indispensável para que isso ocorra é a superação das necessidades humanas pela realização dos pressupostos da cidadania como um dos eixos da justiça política (...)³¹.

Não se pode olvidar que a cidadania é um valor caro, especialmente em estados democráticos, e a sua implementação, além de desafiadora é um objetivo a ser alcançado e, numa sociedade culturalmente diversa e plural, a tarefa é mais complexa, já que:

(...) O desafio é transformar a diversidade cultural em multiculturalidade progressiva, em uma interpenetração cultural permanente, uma interculturalidade. Isso só se realiza por meio do

²⁹ APEL, Karl-Otto. O problema do multiculturalismo à luz da ética do discurso. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. In: *Ética – Cadernos Acadêmicos*, v. 7, Rio de Janeiro: Universidade Gama Filho, 2000, p. 14.

³⁰ GUSTIN, M. B. S. *Programa cidade e Alteridade: convivência multicultural e justiça rural-urbana*. Relatório trabalho escravo em uma amostra na região metropolitana de belo horizonte: o caso dos trabalhadores haitianos e bolivianos residentes em belo horizonte, Contagem e Ribeirão das Neves. 2016. Disponível em: <http://www.cidadeealteridade.com.br/>. Acesso em: 14 jan. 2019.

³¹ GUSTIN, M. B. S. Justiça política: conceito a partir de olhares sobre a exclusão e o risco social. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 114 p. 409-423, jan./jun. 2017. Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/repositorio/bibliotecaDigital/22298_arquivo.pdf. Acesso em: 14 jan. 2019.

diálogo crítico entre culturas, as camadas sociais e seus direitos, em um processo de interculturalidade ou transculturalidade (...) ³².

Importante destacar que a partir da emancipação dos refugiados pelo diálogo cultural, abre-se para o país acolhedor, a possibilidade de ampliação de suas habilidades e resolução de problemas relacionados à incompletude de cada Estado.

Dessa forma, o horizonte a ser buscado é o da cidadania universal dos migrantes e refugiados, que não pode diferir daquela de que é portador o cidadão nacional, configurada no conjunto de direitos inalienáveis, intrínsecos ao ser humano, cujo respeito e proteção não podem divergir por que a pessoa nasceu aqui ou acolá, ou porque é portadora desta ou daquela nacionalidade ³³.

Nesse sentido, para Boaventura de Souza Santos as culturas são incompletas e problemáticas nas suas concepções de dignidade humana. A incompletude provém da própria existência de uma pluralidade de culturas, pois, se cada cultura fosse tão completa como se julga, existiria apenas uma só cultura ³⁴.

Destarte, o tratamento dos migrantes forçados não pode se limitar ao aprisionamento ao ideal kantiano de direito cosmopolita restrito às condições de hospitalidade, delimitando a diferenciação entre nacional e estrangeiro, categorizando numa relação objetiva o estrangeiro em situação de extrema vulnerabilidade, devendo-se, ao contrário, perseguir a inclusão e dignificação proposta consistente no cosmopolitismo jurídico habermasiano, aprimorando-o permanentemente.

As reflexões e debates acerca da implementação da nova lei de migração, podem auxiliar na construção de pontes ao invés de muros, eliminando o formalismo categorizado e dificultador da implementação dos direitos humanos, sendo o que a presente pesquisa se propõe.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Na perspectiva dos direitos humanos das pessoas em situação de refúgio ou migração forçada mostra imperioso o rompimento com arquétipo de recebimento de migrantes de forma segregadora.

Assim, a ressignificação da forma de acolhimento de migrantes, com a concessão de cidadania, através do reconhecimento das necessidades humanas desses indivíduos é o desafio contemporâneo a ser enfrentado no âmbito internacional e interno.

E, nesse aspecto, o excesso de categorização estabelecido pelas legislações são, muitas vezes, empecilhos à efetiva implementação dos direitos desses grupos, os quais, muitas vezes, como acontece com os haitianos no Brasil, podem aqui residir mas são alijados de inúmeros benefícios, destacadamente por não serem reconhecidos como refugiados.

Ou seja, não basta a permissão de permanência dos haitianos em território brasileiro se a própria legislação e os órgãos públicos os diferenciam, impedindo a efetiva acolhida e integração desses migrantes, o que desencadeia, inclusive, a mudança do fluxo migratório constante, em busca de condições dignas de sobrevivência.

³² GUSTIN, M. B. S.; PELLEGRINI, A.; ASSAGRA, G. *Direitos fundamentais das pessoas em situação de rua*. Belo Horizonte: Editora D' Plácido, 2014.

³³ BRASIL, D. R. As dimensões políticas, sociais e econômicas da nova lei de migração brasileira e os direitos humanos em uma sociedade globalizada. In: *Revista Argumentum*, eISSN 2359-6889, Marília/SP, vol. 19, nº 3, p. 757, set.-dez. 2018. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/viewFile/573/322>. Acesso em: 14 jan. 2019.

³⁴ SANTOS, B. S. *Para uma concepção multicultural dos direitos humanos*. 1997. Disponível em: http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_ContextoInternacional01.PDF- Acesso em: 14 jan. 2019.

Outrossim, reconhecer a incompletude de cada povo e cultura e permitir a interpenetração e novas experiências, contribui para a evolucionariedade do país acolhedor.

Portanto, a reflexão acerca do papel insuficiente desempenhado pelos organismos internacionais e sociedades governamentais e civis no processo integrativo das pessoas em situação de refúgio ou de migração forçada, bem como do excesso de categorização em detrimento da condição humana dos migrantes, contribui para o aumento da possibilidade de se atentarem para a validade e legitimidade do modelo ora proposto de acolhimento efetivo e integrativo.

Através dessa pesquisa, levantou-se aporias e demonstrou-se a porosidade da temática abordada, de modo a despertar a curiosidade epistemológica no que atine ao desenvolvimento e realização de novos estudos que venham a compreender sistematicamente e de forma crítica a inclusão dos migrantes, seja em situação de refúgio ou de migração forçada, promovendo indistintamente os direitos humanos.

5. REFERÊNCIAS

- ACNUR, Alto Comissariado das Nações Unidas para refugiados. *Cadernos de Debates Refúgio, Migrações e Cidadania*, v.12, n.12 (2017). Brasília: Instituto Migrações e Direitos Humanos. Disponível em: http://www.acnur.org/portugues/wp-content/uploads/2018/02/Caderno-de-Debates-12_Ref%C3%BAgio-Migra%C3%A7%C3%B5es-e-Cidadania.pdf. Acesso em: 14 jan. 2019.
- ACNUR. *Declaração de Cartagena*. Disponível em: http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BD_Legal/Instrumentos_Internacionais/Declaracao_de_Cartagena.pdf. Acesso em: 14 jan. 2019.
- ACNUR. *Convenção relativa ao estatuto dos refugiados*. Disponível em: http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/BDL/Convencao_relativa_ao_Estatuto_dos_Refugiados.pdf. Acesso em: 14 jan. 2019.
- APEL, Karl-Otto. O problema do multiculturalismo à luz da ética do discurso. Tradução de Flávio Beno Siebeneichler. In: *Ética – Cadernos Acadêmicos*, v. 7, Rio de Janeiro: Universidade Gama Filho, 2000.
- BARBOSA, L. P.; José R. *A polícia federal e a proteção internacional dos refugiados*. Brasília: ACNUR, 2007. (Disponível em: http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/portugues/Publicacoes/2012/Lei_947_97_e_Coletanea_de_Instrumentos_de_Protecao_Internacional_de_Refugiados_e_Apatridas.pdf?view=1. Acesso em: 14 jan. 2019.
- BARATO, M. Multiculturalismo e direitos humanos. In: *Conexão Política*, Teresina, vol. 3, n. 1, 2014. Disponível em: <file:///C:/Users/Computer/Downloads/3547-12427-1-PB.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2019.
- BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm. Acesso em: 14 jan. 2019.
- BRASIL. *Declaração Universal dos Direitos Humanos*. Disponível em: <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2019.
- BRASIL. *Convenção Americana de Direitos Humanos*. Disponível em: http://www.pge.sp.gov.br/centrodeestudos/bibliotecavirtual/instrumentos/sanjos_e.htm. Acesso em: 14 jan. 2019.
- BRASIL. *Lei nº 9474 de 22 julho de 1997*. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9474.htm. Acesso em: 14 jan. 2019.
- BRASIL. *Lei nº 97 de 5 outubro 1892*. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1824-1899/lei-97-5-outubro-1892-541345-publicacaooriginal-44841-pl.html>. Acesso em: 14 jan. 2019.

- BRASIL. Decreto-Lei nº 383 de 18 de abril de 1938. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-383-18-abril-1938-350781-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 14 jan. 2019.
- BRASIL. Decreto-Lei nº 406 de 04 de maio de 1938. Disponível em: <https://www2.camara.leg.br/legin/fed/declei/1930-1939/decreto-lei-406-4-maio-1938-348724-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 14 jan. 2019.
- BRASIL. Decreto nº 528 de 28 junho 1890. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1824-1899/decreto-528-28-junho-1890-506935-publicacaooriginal-1-pe.html>. Acesso em: 14 jan. 2019.
- BRASIL. Decreto nº 9.199 de 20 de novembro de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/Decreto/D9199.htm. Acesso em: 14 jan. 2019.
- BRASIL. Decreto nº 24.215 de 29 maio 1934. Disponível em: <http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1930-1939/decreto-24215-9-maio-1934-557900-publicacaooriginal-78647-pe.html>. Acesso em: 14 jan. 2019.
- BRASIL. Lei nº 13.445 de 24 maio de 2017. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2015-2018/2017/lei/L13445.htm. Acesso em: 14 jan. 2019.
- BRASIL. *Declaração por uma cultura de Paz da Unesco*, 1999. Disponível em: <http://www.comitepaz.org.br/download/Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20A%C3%A7%C3%A3o%20sobre%20uma%20Cultura%20de%20Paz%20-%20ONU.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2019.
- BRASIL. *Declaração e programa de ação de Viena*, 1993. Disponível em: <http://www.oas.org/dil/port/1993%20Declara%C3%A7%C3%A3o%20e%20Programa%20de%20Ac%C3%A7%C3%A3o%20adoptado%20pela%20Confer%C3%A7%C3%A3o%20Mundial%20de%20Viena%20sobre%20Direitos%20Humanos%20em%20junho%20de%201993.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2019.
- BRASIL. Lei nº 6.815 de 19 agosto 1980. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L6815.htm. Acesso em: 14 jan. 2019.
- BRASIL, D. R. As dimensões políticas, sociais e econômicas da nova lei de migração brasileira e os direitos humanos em uma sociedade globalizada. In: *Revista Argumentum*, eISSN 2359-6889, Marília/SP, v. 19, n. 3, p. 757-774, set.-dez. 2018. Disponível em: <http://ojs.unimar.br/index.php/revistaargumentum/article/viewFile/573/322>. Acesso em: 14 jan. 2019.
- FARIA, A. V. *A diáspora haitiana para o Brasil: o novo fluxo migratório* (2010-2012). 2012, 139 f. Dissertação de Mestrado. Pontifícia Universidade Católica. Minas Gerais. Disponível em: http://www.biblioteca.pucminas.br/teses/TratInfEspacial_FariaAV_1.pdf. Acesso em: 14 jan. 2019.
- GUSTIN, M. B. S.; PELLEGRINI, A.; ASSAGRA, G. *Direitos fundamentais das pessoas em situação de rua*. Belo Horizonte: Editora D'Plácido, 2014.
- GUSTIN, M. B. S. *Programa cidade e Alteridade: convivência multicultural e justiça rural-urbana*. Relatório trabalho escravo em uma amostra na região metropolitana de belo horizonte: o caso dos trabalhadores haitianos e bolivianos residentes em belo horizonte, Contagem e Ribeirão das Neves. 2016. Disponível em: <http://www.cidadeealteridade.com.br/>. Acesso em: 14 jan. 2019.
- GUSTIN, M. B. S. Justiça política: conceito a partir de olhares sobre a exclusão e o risco social. In: *Revista Brasileira de Estudos Políticos*. Belo Horizonte, n. 114 p. 409-423, jan./jun. 2017. Disponível em: https://www.al.sp.gov.br/repositorio/bibliotecaDigital/22298_arquivo.pdf. Acesso em: 14 jan. 2019.
- MAZUOLLI, V. O. *Curso de direitos humanos*. Rio de Janeiro: Forense; São Paulo: Método, 2014.
- MORAIS, J. L. B.; SANTORO, E.; TEIXEIRA, A. V. *Direito dos migrantes*. Editora Unisinos, 2015.

- MOREIRA, J. B. Redemocratização e direitos humanos: a política para refugiados no Brasil. In: *Revista Brasileira de Política Internacional*, 2010 Disponível em : <http://www.redalyc.org/html/358/35815326006/>). Acesso em: 14 jan. 2019.
- MOREIRA. Refugiados no Brasil: reflexões acerca do processo de integração local REMHU, In: *Revista Interdisciplinar de Mobilidade Humana*, v. 22, n. 43, Brasília, 2014. Disponível em: <http://www.scielo.br/pdf/remhu/v22n43/v22n43a06.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2019.
- MOULIN, C. Os direitos humanos dos humanos sem direitos: refugiados e a política do protesto. In: *Revista brasileira de ciências sociais*, 2011 Disponível em: <http://www.redalyc.org/html/107/10719120008/>, Acesso em: 14 jan. 2019.
- PIOVESAN, F. Sistema Regional Interamericano de Proteção dos Direitos Humanos. In: *Direitos humanos e justiça internacional: um estudo comparativo dos sistemas regionais europeu, interamericano e africano*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- REIS, A. M. S. C. et al. *Entre iguais e diferentes: a mediação intercultural atas das jornadas da rede de ensino superior para a mediação intercultural*. Lisboa: Alto Comissariado para as Migrações (ACM, I. P.), 2016.
- SANTOS, B. S. *Para uma concepção multicultural dos direitos humanos*. 1997. Disponível em: http://www.boaventuradesousasantos.pt/media/pdfs/Concepcao_multicultural_direitos_humanos_ContextoInternacional01.PDF- Acesso em: 14 jan. 2019.
- SILVA, C. R V.; ROMANO, T. J. B. M. A proteção internacional dos refugiados ambientais fundamentada nos mecanismos de proteção do direito internacional dos refugiados. In: *Revista jurídica Unicuritiba*, vol. 03, n. 48, Curitiba, 2017. Disponível em: <http://revista.unicuritiba.edu.br/index.php/RevJur/article/view/2188/1368>, Acesso em: 14 jan. 2019.
- TRINDADE, A. A. C. O Sistema Interamericano de Direitos Humanos no limiar do novo século: recomendações para o fortalecimento de seu mecanismo de proteção. In: GOMES, Luiz Flávio; PIOVESAN, Flávia. *O Sistema interamericano de proteção dos direitos humanos e o direito brasileiro*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2000.
- VASCONCELOS, C. E. *Mediação de conflitos e práticas restaurativas*. 4 ed. São Paulo: Método, 2015.
- VÉRAN J. F.; NOAL D. S.; FAINSTAT T. Nem Refugiados, nem Migrantes: A Chegada dos Haitianos à Cidade de Tabatinga (Amazonas). *Revista de Ciências Sociais*, Rio de Janeiro, v. 57, n. 4, 2014, p. 1014. Disponível em: <http://www.redalyc.org/pdf/218/21835768005.pdf>. Acesso em: 14 jan. 2019.

Más allá de los métodos alternativos clásicos al proceso judicial: otras formas de resolución de conflictos

Beyond the classical alternative methods to the judicial process: other forms of conflict resolution

Almudena Valiño Ces¹

Universidad de Santiago de Compostela

Sumario: 1. LOS SISTEMAS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS. 1.1. Con carácter general. 1.2. Los sistemas alternativos de resolución de conflictos en España. 1.2.1. Negociación. 1.2.2. Conciliación. 1.2.3. La mediación. 1.2.4. El arbitraje. 2. OTROS MÉTODOS ALTERNATIVOS. 2.1. Método híbrido o Medarb. 2.2. Evaluación Neutral o Evaluación de Expertos. 2.3. Facilitación. 2.4. *Mini-Trial* o Mini-Juicio. 2.5. Adjudicación. 2.6. *Partnering*. 2.7. *Summary Jury Trial*. 2.8. *Private Judging*. 2.9. *Special Master*. 2.10. *Ombudsman*. 3. CONCLUSIONES. 4. BIBLIOGRAFÍA.

Resumen: En una sociedad avanzada se deben de poner a disposición del ciudadano una pluralidad de medios que garanticen su libertad para gestionar sus propios conflictos. La idea de Justicia global del siglo XXI pasa por ofrecer al justiciable un buen sistema de gestión y solución de conflictos. Éste será mejor en tanto ofrezca diversas opciones en orden a seleccionar la que considere más adecuada. La posibilidad de escoger entre el proceso judicial u otros métodos alternativos no ha de plantearse como una disyuntiva rígida y absoluta. La apuesta por vías alternativas o complementarias al proceso judicial en ningún caso implica rehuir o dejar de lado la utilización del mismo.

Palabras clave: Métodos alternativos, resolución de conflictos, proceso judicial, mediación, conciliación, arbitraje, negociación.

¹ Profesora del Área de Derecho Procesal. Departamento de Derecho Público Especial y de la Empresa. Universidad de Santiago de Compostela (USC). Doctora en Derecho por la USC. Máster en Mediación y Máster Oficial en Derecho Privado, por la USC; Supervisora y mediadora del Centro Municipal de Mediación Ciudadana del Ayuntamiento de Santiago de Compostela (2010-2011). Líneas de investigación: los sistemas alternativos para la resolución del conflicto, la mediación en el proceso civil o la mediación penal.

Participación en diversos proyectos de investigación. Miembro del Grupo de Investigación “*O conflito e os mecanismos de solución con perspectiva de xénero*”. Miembro del Grupo de Innovación Docente “*Grupo de innovación en técnicas de resolución de conflictos*”. Miembro de la asociación Círculo Académico de Estudios Jurídicos y del Consejo de Redacción de la revista jurídica Cuaderno Electrónico de Estudios Jurídicos.

Ponente en múltiples cursos y jornadas. Coordinadora de la obra colectiva: “*La mediación a examen: experiencias innovadoras y pluralidad de enfoques*”. Autora de diversas publicaciones, entre las que cabe citar: “*Los programas piloto desarrollados en España en materia de Mediación Penal en adultos*”, “*El derecho a la presunción de inocencia en la mediación penal*”, “*La mediación en el precurso y el acuerdo extrajudicial de pagos tras el Real Decreto-Ley 1/2015*” o “*El recurso a la mediación en la fase de la audiencia previa: los artículos 414 y 415 de la Ley de Enjuiciamiento Civil*”.

Abstract: In an advanced society should be put at the disposal of the citizen a plurality of media that guarantee their freedom to manage their own conflicts. The idea of global justice of the 21st century through the justiciable offer a good system of management and resolution of conflicts. This will be best as it offers various options in order to select the most appropriate. The possibility of choosing between the judicial process or other alternative methods should not arise as a rigid and absolute dilemma. The bet by developing alternative or complementary to the judicial process in any case involves shirk or abandon the use of the same.

Key words: Alternative methods, conflict resolution, judicial process, mediation, conciliation, arbitration, negotiation.

1. LOS SISTEMAS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

1.1. Con carácter general

En EE.UU., las *Alternative Dispute Resolution* (ADR) aparecieron alrededor de los años treinta del siglo pasado debido a un movimiento típicamente anglosajón: el movimiento de libre acceso a la Justicia. Su fundamento reside en el hecho de que todos tengan la posibilidad de acceder a un sistema, cualquiera que sea, mediante el cual se logre una solución efectiva al conflicto planteado². Por ello, este movimiento se encamina a buscar alternativas a los tribunales, que, en muchas ocasiones, tal como entiende BARONA VILAR, no son conocidas en el sistema jurídico³. Alternativas que, según esta autora, se originan a causa de tres clases de motivos: el colapso producido en los órganos jurisdiccionales civiles y mercantiles; el sentimiento creciente de que faltaban cauces privados de solución de conflictos, sobre todo entre los particulares; y la incapacidad intrínseca del sistema de poder asegurar a todos el acceso a la Justicia⁴.

Son diversas las denominaciones que buscan identificar al conjunto de estos mecanismos. A este respecto, cabe destacar, en primer lugar, la referencia “Mecanismos Extrajudiciales de Solución de Conflictos” (MESC) que alude a *“cualquier proceso diseñado para resolver una disputa sin el concurso de los tribunales de justicia. La resolución alternativa de conflictos es válida para un extenso número de casos, aunque resulta particularmente relevante en disputas comerciales por su flexibilidad y adaptabilidad, siendo especialmente apropiada en aquellos casos en los que las partes deben o desean mantener su relación después del procedimiento o en los que las partes están geográficamente distantes (comercio internacional y comercio electrónico)”*⁵. Por su parte, HUERGO LORA⁶ identifica como “Medios de Resolución Extrajudicial de Conflictos”, a *“aquellas instituciones cuya aplicación puede eliminar una controversia jurídica, de tal forma que se impida a las partes plantearla en vía judicial o se ponga término a un*

² Para CAPPELLETTI las ADR son *“mecanismos que intentan resolver disputas, principalmente al margen de los tribunales, o mediante medios no judiciales”* (CAPPELLETTI, M., “Alternative Dispute Resolution Processes Within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement”, *The Modern Law Review*, vol. 56, 1993, p. 282).

³ BARONA VILAR, S., “Las ADR en la Justicia del Siglo XXI, en especial la Mediación”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Sección: Ensayos, año 18 – núm. 1, 2011, pp. 191 y 192.

⁴ BARONA VILAR, S., “Las ADR en la Justicia del siglo XXI, en especial la Mediación”..., *op. cit.*, p. 192.

⁵ PAZ LLOVERAS, E. (Coord. científico), *Libro Blanco sobre Mecanismos Extrajudiciales de Solución de Conflictos en España*, AENOR, Madrid, diciembre de 2002, p. 10.

⁶ HUERGO LORA, A., *La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo, La transacción, el arbitraje y la reforma de los recursos administrativos*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2000, p. 15.

proceso ya comenzado". Por último, puede destacarse la denominación "Técnicas alternativas de resolución de conflictos" (TARC)⁷.

Habida cuenta de lo expuesto, se relacionan a continuación, algunas de las características más relevantes de las técnicas ADR⁸. Por un lado, la participación de las partes involucradas en el conflicto debe ser absolutamente voluntaria y, por otro, se requiere la intervención de un tercero ajeno al conflicto, cuyo grado de participación variará en función del específico método: bien acercar las posiciones de las partes o bien emitir una decisión. Esta decisión puede consistir en una simple recomendación no obligatoria, en una recomendación forzosa para una sola parte o, por el contrario, preceptiva para ambas partes, como sucede en el arbitraje. Además, este tercero puede ser una autoridad pública, aunque en la mayor parte de los casos, es un órgano privado.

En resumen, se trata de procedimientos extrajudiciales de resolución de conflictos mediante la intervención de las partes y de un tercero imparcial o, si se prefiere, de una opción alternativa extrajudicial. Además, se erigen como la consecuencia de la creación del Estado de bienestar, además de un intento de obtener la solución a los problemas que existen de acceso a la Justicia⁹.

En otro orden de cosas, se hacía antes referencia a la diversidad de métodos de las ADR. A grandes rasgos, pueden diferenciarse dos grandes bloques de clasificación¹⁰. En primer lugar, las ADR en sentido estricto –o convencionales–,

⁷ Con todo, la referencia más empleada es, sin duda, ADR. Ésta será la que se maneje a lo largo de este trabajo, pues no solo es el concepto más utilizado en la bibliografía de esta materia, sino también el que se utiliza en la normativa europea.

Fuera de la regulación europea también encontramos alguna referencia como Medios Alternativos de Solución de Diferencias en la Ley de Mediación, Conciliación y Arbitraje, recogida en el Decreto núm. 914 de 2002 de El Salvador. En su artículo 2 señala que se hará uso de estos medios *"cuando en forma distinta de la prescrita en esta Ley dos o más personas, pacten la intervención dirimente de uno o más terceros y aceptan expresa o tácitamente su decisión, después de emitida, el acuerdo será válido y obligatorio para las partes si en él concurren los requisitos necesarios para la validez de un contrato"*.

⁸ Son fruto del análisis de diversas resoluciones de la Comisión y del Parlamento Europeo sobre las ADR. Entre las numerosas resoluciones que existen en este contexto, cabe citar: la Resolución del Consejo de 25 de mayo de 2000 relativa a una red comunitaria de órganos nacionales responsables de la solución extrajudicial de los litigios en materia de consumo; el Reglamento "Bruselas II" (CE) núm. 1347/2000 relativo a la competencia, reconocimiento y ejecución de las decisiones en materia matrimonial y en materia de responsabilidad parental de los hijos comunes; y el Reglamento "Bruselas II bis" COM (2001) 505 final; la Recomendación de la Comisión de 4 de abril de 2001 relativa a los principios aplicables a los órganos extrajudiciales de resolución consensual de litigios en materia de consumo (2001/310/CE); el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el "Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del derecho civil y mercantil" (2003/C85/02) de 8 de abril de 2003; la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y el Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre determinados aspectos de la mediación en materias civiles y mercantiles.

⁹ Quedó patente que la Unión Europea viene entendiendo que las ADR constituyen una eventual y factible respuesta a la creciente visión negativa respecto a la solución judicial de los conflictos, en tanto constituyen vías que pueden ofrecer al ciudadano un mejor acceso a la solución de sus disputas. En esta línea se sitúa AZPARREN LUCAS, cuando señala que *"dentro de la UE el acceso a la Justicia, que constituye uno de los objetivos clave de la Política de la Unión, incluye en su concepto, la promoción del acceso a procedimientos adecuados de resolución de litigios para particulares y empresas, y no solamente el acceso al sistema judicial"* (Tal como se contempla en el prólogo de la obra de PÉREZ MARTELL, R., *Mediación civil y mercantil en la Administración de Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008, p. 15).

¹⁰ Esta distinción ya se contempla en el Libro Verde sobre las modalidades alternativas de solución de conflictos en el ámbito del Derecho civil y mercantil de 8 de abril de 2003 (pp. 16 y 17). Disponible en <https://parlamento-cantabria.es/sites/default/files/dossieres-legislativos/LexUriServ.pdf>. Este Libro Verde es presentado por la Comisión el 19 de abril de

son aquellas a las que recurren las propias partes en conflicto, al margen de cualquier procedimiento judicial. Su origen se encuentra exclusivamente en la voluntad de las partes de resolver su controversia. Por tanto, las ADR convencionales se basan en principios de procedimiento que las partes eligen libremente, adhiriéndose, por ejemplo, a los reglamentos propuestos por las asociaciones profesionales o corporaciones o bien a través de códigos deontológicos a los que se someten. Y en segundo lugar, las ADR en sede judicial o intrajudicial¹¹, son aquellas aplicadas por un juez o derivadas por éste a un tercero. Así, es el juez quien, con cometidos distintos a los habituales, interviene como conciliador o delegando dicha intervención en un tercero.

Una diferencia relevante entre ambos bloques consiste en que en las convencionales las partes gozan de total libertad, tanto para elegir al tercero imparcial que intervendrá en la resolución del conflicto, como para organizar el procedimiento o configurar la ADR, siempre que no existan unas garantías mínimas preestablecidas. En cambio, las intrajudiciales –las aplicadas por un juez o derivadas por éste a un tercero–, aunque son flexibles, han de limitarse a determinadas normas mínimas de procedimiento, a fin de garantizar el procedimiento mediador, máxime si se encuentran en el seno de los procesos judiciales, toda vez que su regulación depende de las autoridades públicas y su desarrollo se encuentra sometido al control del juez.

1.2. Los sistemas alternativos de resolución de conflictos en España

Para solventar conflictos jurídicos no existe únicamente el proceso, sino que paralelamente coexisten otros instrumentos adecuados para la composición del litigio que separa a dos partes, sin implicar ejercicio de jurisdicción y que, por eso, se denominan como extrajudiciales¹², o incluso en algún caso como extrajurisdiccionales: negociación, conciliación, mediación o arbitraje, entre otros¹³.

Ahora bien, vaya por delante que no es objetivo de este trabajo analizar en profundidad cada uno de estos sistemas. Con todo, sí nos gustaría poner de relieve alguno de los aspectos que, por diversas razones, estimamos importantes.

1.2.1. Negociación

Por negociación¹⁴, *lato sensu*, se entiende el medio de resolución de conflictos cuando las partes desean mantener o continuar la relación de

2002, que se erige como el precursor de la de Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles.

Posteriormente, PÉREZ MARTELL también aborda esta cuestión y diferencia las ADR que se desarrollan de forma privada entre las partes –convencionales– y las que tiene lugar en el marco de la Administración de Justicia (PÉREZ MARTELL, R., *Mediación civil y mercantil en la Administración de Justicia...*, *op. cit.*, p. 24).

¹¹ Se ha de resaltar que un programa ADR conectado a un tribunal presenta beneficios, según comenta PÉREZ MARTELL (en PÉREZ MARTELL, R., *Mediación civil y mercantil en la Administración de Justicia...*, *op. cit.*, pp. 31 y 32), entre los que se puede destacar el fomento del uso de los métodos alternativos de solución de conflictos, tales como mediación, conciliación, arbitraje, etc.; la ayuda a la Administración de Justicia, y dentro de ella, la gestión de conflictos; el incremento de la confianza en el sistema judicial; la rapidez en la resolución del conflicto; la reducción de costes; un procedimiento en el que las partes tienen el control sobre la decisión; conseguir acuerdo duraderos, etc.

¹² Ello no obstante, tanto la conciliación como la mediación también puede ser intrajudiciales.

¹³ En atención a la distinción entre los métodos autocompositivos y los heterocompositivos, podemos incluir en los primeros: la negociación, la mediación y la conciliación, en cuanto la resolución del conflicto es alcanzada por las partes. En cambio, entre los segundos, están el proceso y el arbitraje, en tanto es un tercero –juez o árbitro respectivamente– quien decide el litigio.

¹⁴ Una forma de negociación es la transacción definida en el artículo 1809 del Código Civil como el “contrato por el cual las partes, dando, prometiendo o reteniendo cada una alguna cosa, evitan la provocación de un pleito o ponen término al que había comenzado”. De este modo, las partes acuerdan por sí mismas la solución de la controversia.

intercambio. La negociación existe porque existe un conflicto, de forma que las partes pretenden resolverlo de forma que la solución negociada sea satisfactoria para ambos.

A juicio de PAZ LLOVERAS, la negociación es el mecanismo extrajudicial de resolución de conflictos, a través del cual las partes voluntariamente alcanzan un acuerdo sin la intervención de un tercero neutral¹⁵.

En la línea de la definición expuesta, BARONA VILAR entiende que en la negociación, los sujetos en conflicto, por ellos mismos y sin la necesidad de un tercero, pueden tratar de obtener una solución al asunto suscitado¹⁶. Para ello, intentarán comunicarse entre sí “*exponiendo cada uno sus beneficios, asumiendo que en todo caso, va a existir una cesión que implique una renuncia a algo*”¹⁷.

Por ello, la negociación constituye un instrumento muy útil en la resolución de conflictos, generalmente voluntario, y que promueve el diálogo entre las partes con el objeto de alcanzar un acuerdo con respecto al conflicto¹⁸. De hecho, es habitual que las partes, o al menos una de ellas, traten de alcanzar un acuerdo antes de acudir a la vía jurisdiccional o arbitral, por lo que suele ser el primer sistema de resolución de conflictos al que se acude. Incluso, una vez comenzado el proceso judicial, es posible que las partes decidan intentar una negociación para resolver el litigio de manera más rápida y económica.

Por otro lado, los elementos que definen a la negociación son los que a continuación se indican¹⁹. Primero, que existen dos o más partes implicadas entre las que hay una relación de interdependencia, de la cual dependen las tácticas de comunicación, la posibilidad de metas supraordenadas, la evitación de tácticas irracionales, etc.; segundo, que se trate de una relación motivacionalmente contradictoria, lo que conlleva que las personas y organizaciones tengan intereses contrarios y difíciles de unificar; y tercero, el conflicto y la negociación están mediatizados por las relaciones de poder entre las partes. En este sentido, para llevar a cabo una negociación es preciso determinar un cierto equilibrio de poder entre ambas, minimizando, de ser factible, la posibilidad de que una de ellas pueda imponer su posición a la otra²⁰.

¹⁵ PAZ LLOVERAS, E. (Coord. científico), *Libro Blanco sobre Mecanismos Extrajudiciales de Solución de Conflictos en España...*, op. cit., p. 23.

¹⁶ A este respecto, FERNÁNDEZ-BALLESTEROS entiende que la negociación no es sólo un medio adecuado para resolver conflictos –presentes o futuros– sino también resulta apropiado para evitar que estos aparezcan (FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., *Avenencia o ADR. Negociación, Mediación, Peritajes, Conciliación, Pactos y Transacciones*, Iurgium, Madrid, 2014, p. 105).

¹⁷ BARONA VILAR, S., *Solución extrajurisdiccional de conflictos. Alternative Dispute Resolution y Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, pp. 70 y 71.

¹⁸ La negociación fue comúnmente calificada como un enfrentamiento entre partes, lo que no obsta para que actualmente se identifique como un procedimiento en el que predomina el trabajo en equipo. En otras palabras, se ha redefinido la negociación calificando el conflicto como un problema común de las partes que éstas solucionan trabajando en equipo. De hecho, se entiende que para que exista negociación entre dos más partes es precisa la concurrencia de diversas circunstancias: la interdependencia entre ellas –que haya intereses comunes–; la percepción de conflicto –intereses contrapuestos reales o al menos percibidos–; la interacción estratégica; y la posibilidad de acuerdo (MARTÍNEZ MARTÍN, R., “La Negociación”, en OROZCO PARDO, G., MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M. y LOZANO MARTÍN, A. (Coords.), *Tratado de mediación en la resolución de conflictos*, Tecnos, Madrid, 2015, p. 115).

¹⁹ Disponible en http://www.ulpgc.es/hege/almacen/download/38/38191/tema_1_estretegias_de_gestion_la_negociacion.pdf.

²⁰ En cuanto al poder que preside las relaciones entre las partes, se caracteriza por las siguientes notas: es un poder relacional, que algunas personas, grupos o instituciones tienen con respecto a otras y en determinadas situaciones; surge de la dependencia de recursos; implica libertad para tomar decisiones; y además, es un potencial, de forma que puede existir sin que se utilice.

En definitiva, la negociación representa un procedimiento planificado teniendo en cuenta hasta el mínimo detalle y, además, se va a aplicar todo un conjunto de instrumentos con la finalidad de lograr los objetivos previamente delimitados. Para los negociadores profesionales los aspectos más imprevistos pueden ser parte de una estrategia negociadora²¹. Por ello, la experiencia en estos casos es esencial, pues constituye una ventaja para lograr el éxito en la negociación, en tanto posibilita *“un análisis más preciso y menos sesgado de la situación y del comportamiento del adversario y utilizar estrategias y comportamientos más apropiados a la situación”*²².

1.2.2. Conciliación

La conciliación se configura como un método similar a la mediación, pues se traduce en la intervención de un tercero neutral al conflicto que intenta que las partes lleguen a un acuerdo para sus diferencias. Se trata de la comparecencia de las partes en conflicto ante una tercera persona, que puede ser un órgano judicial o no judicial, para la solución del conflicto que las enfrenta evitando, de esta forma, el pleito.

CASTILLEJO MANZANARES la concibe como un acto facultativo de las partes que tienen un conflicto de intereses, quienes comparecen ante una autoridad a fin de resolver su controversia y obtener acuerdos, sin que ésta imponga solución alguna, toda vez que únicamente se pretende aproximar a las partes²³. En términos similares, SOSPEDRA NAVAS la considera como la comparecencia de las partes en conflicto ante una tercera persona, que no tiene una intervención activa y que puede ser un órgano judicial o no, en orden a solucionar una determinada controversia para así evitar el pleito o poner fin al que se ha iniciado²⁴.

La conciliación constituye un mecanismo autocompositivo, en virtud del cual las partes, con base en la autonomía de la voluntad y siempre que se trate de una materia disponible, pueden evitar el comienzo de un proceso judicial o poner fin al ya comenzado²⁵.

La solución de su conflicto se llevará a cabo mediante un acuerdo de las partes alcanzado ante un tercero, ya sea un Juez de Paz o un letrado de la Administración de Justicia –en la conciliación intrajudicial preprocesal²⁶– o un juez –en la conciliación intrajudicial intraprocesal²⁷–. Y podrá tener lugar antes del

²¹ MARTÍNEZ MARTÍN, R., “La Negociación”..., *op. cit.*, p. 112.

²² MEDINA DÍAZ, F. J., MUNDUATE JACA, L. y MARTÍNEZ PECINO, R., “La enseñanza de la negociación”, *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 90, 2007, pp. 183 a 200.

²³ CASTILLEJO MANZANARES, R., *Del poder de disposición de las partes sobre el proceso civil y sobre sus pretensiones*, La Ley, Madrid, 2014, p. 168.

²⁴ SOSPEDRA NAVAS, F. J., *Proceso Civil. La jurisdicción voluntaria*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016, pp. 542 y 543.

²⁵ Tal como entiende HERCE QUEMADA: “el ordenamiento jurídico toma de la vida corriente la conciliación para hacer de ella una institución jurídica, confiando a un órgano del Estado la función de mediar entre los particulares para encontrar una solución persuasiva a la controversia entre ellos” (HERCE QUEMADA, V., “La conciliación como medio de evitar el proceso civil”, *Revista de Derecho Procesal*, enero-marzo, 1968, p. 58).

²⁶ Este tipo de conciliación se regula en la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria, en concreto, en los artículos 139 a 148. Lo cierto es que hasta la aprobación de esta Ley, la conciliación se contemplaba en los artículos 460 a 480 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, en virtud del apartado 1.2ª de la Disposición derogatoria única de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (en adelante, LEC), con las modificaciones introducidas por Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial.

²⁷ Esta conciliación viene regulada en los artículos 415 y 428.2 LEC para el juicio ordinario y 443 para el juicio verbal, que realiza el juez de primera instancia.

Para profundizar en el tema, véase: VALIÑO CES, A. y ALONSO SALGADO, C., “Notas en relación al acto de conciliación intrajudicial preprocesal a la luz de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria”, en ARECES PIÑOL, Mª. T. (Coord.), *Nuevos modelos de gestión del Derecho privado: Jurisdicción voluntaria*, Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 351-369.

proceso de declaración o una vez iniciado éste, bien en la audiencia previa del juicio ordinario o bien en la vista del juicio verbal. En estos casos, el tercero no decide nunca, sino que son las partes quienes resuelven sus conflictos. Asimismo, en el marco de una conciliación extrajudicial pueden llevarla a cabo notarios y registradores²⁸.

Finalmente, la conciliación se concibe como la actividad realizada, ante un tercero, por las partes en conflicto de intereses, a fin de lograr la composición del mismo. Son las partes quienes ponen término al litigio a través de una dejación, total o parcial, de las respectivas posiciones iniciales. El conciliador puede hacer sugerencias en relación con las propuestas que cada parte manifieste para la consideración de la otra, pudiendo ofrecer, incluso, diversas posibilidades de solución. El desarrollo del acto de conciliación puede variar en función de las características del conflicto, de la actitud de las partes y de las capacidades y actitudes del conciliador.

1.2.3. La mediación

La mediación puede ser definida como un mecanismo de carácter voluntario en el que un tercero neutral, imparcial e independiente, asiste y ayuda a dos o más personas inmersas en un conflicto a encontrar una solución consensuada que le ponga término²⁹.

En línea semejante, cabe entender que la mediación es un *“proceso de comunicación entre partes en conflicto con la ayuda de un mediador imparcial y neutral, que procurará que las personas implicadas en una disputa puedan llegar, por ellas mismas, a establecer un acuerdo que permita recomponer la buena relación y dar por acabado, o al menos mitigado, el conflicto”*³⁰.

En palabras de FOLBERG y TAYLOR, *“la mediación es una alternativa a la violencia, la autoayuda o el litigio, que difiere de los procesos de counseling, negociación y arbitraje. Es el proceso mediante el cual los participantes, con la asistencia de una persona o personas neutrales, aíslan sistemáticamente los problemas en disputa con el objeto de encontrar opciones, considerar alternativas y llegar a un acuerdo mutuo que se ajuste a sus necesidades. La forma más útil de observar la mediación es considerarla como una intervención de solución de problemas dirigida a una meta. Tiene el propósito de resolver desavenencias y reducir el conflicto, así como proporcionar un foro para la toma de decisiones [...]”*.

²⁸ Esta posibilidad existe a partir de la aprobación de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de Jurisdicción Voluntaria. A través de sus Disposiciones finales undécima y duodécima se modifican, respectivamente, la Ley de 28 de mayo de 1862, del Notariado y la Ley Hipotecaria.

²⁹ En este sentido, la Directiva 52/2008 define la mediación, en su artículo 3 a), como un *“procedimiento estructurado, sea cual sea su nombre o denominación, en el que dos o más partes en un litigio intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo sobre la resolución de su litigio con la ayuda de un mediador”*. Continúa señalando que *“Este procedimiento puede ser iniciado por las partes, sugerido u ordenado por un órgano jurisdiccional o prescrito por el Derecho de un Estado miembro”*.

A juicio de BARONA VILAR, la mediación es un procedimiento y no un proceso, porque considera que para poder hablar de proceso tiene que existir una función heterocompositiva. De manera que, si ésta no tiene lugar, lo que existe es una sucesión de actuaciones que revisten la forma de procedimiento. Por consiguiente, técnicamente lo correcto es hablar de procedimiento de mediación y no de proceso (BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, p. 103).

Esta idea se respalda con lo previsto en la Exposición de motivos de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, al señalar: *“Es un procedimiento sencillo y flexible que permite que sean los sujetos implicados en la mediación los que determinen libremente sus fases fundamentales”*.

³⁰ VINYAMATA CAMP, E., *Aprender mediación*, Paidós, Barcelona, 2003, p. 17.

*Tanto la resolución de desavenencias como el manejo del conflicto son metas complementarias y realistas de la mediación*³¹.

En definitiva, cabe concluir que, fundamentalmente, la mediación es un mecanismo de resolución de conflictos en el que un tercero, imparcial y neutral, ayuda a las personas a buscar por sí mismas una solución por la vía del acuerdo mutuo, de forma que se satisfagan las necesidades e intereses de cada una de ellas.

De esta definición se infiere que toda mediación debe contar con tres elementos indispensables: la existencia de un conflicto, las personas que son partes y un tercero que no toma decisiones, pero que facilita los acuerdos.

En puridad, el mediador no es juez ni árbitro y, por tanto, no impone soluciones. Su labor se dirige a aproximar a las partes y a dirigir un proceso de comunicación encaminado a alcanzar una solución que sirva para satisfacer sus necesidades.

La mediación proporciona a las partes un contexto, tranquilo y neutral, donde se pueda dialogar acerca del modo de solventar sus diferencias, responsabilizándose de sus decisiones y abriendo una vía para que puedan seguir relacionándose en el futuro. Así, no cabe duda de que este procedimiento otorga un gran protagonismo a las partes³², lo que acostumbra a implicar un incremento de su satisfacción psicológica, además de aumentar su autoestima e impulsar conductas de ayuda a los demás, elementos todos ellos esenciales para el desarrollo de una sociedad más justa y solidaria. Por tanto, sin agotar todas las características de la mediación, podemos señalar, *grosso modo*, que esta institución se configura como un procedimiento voluntario, confidencial, recíproco y basado en el diálogo, que además devuelve el poder a las partes para trabajar desde sus propias potencialidades³³.

En los últimos años, el interés por la mediación en España ha aumentado exponencialmente³⁴, emergiendo como una institución que se configura como una

³¹ JAY FOLBERG, J. y TAYLOR, A., *La Mediación: la Resolución de conflictos sin litigio*, Limusa, México, 1996. Para LEDERACH existe mediación “*Cuando un tercero, preferiblemente imparcial y neutral, facilita un proceso que posibilita la resolución de un pleito, entre dos o más personas. Siempre es un proceso voluntario, es decir, los querellados por su propia voluntad deciden probarlo y aceptan al tercero en el papel de mediador*” (vid. LEDERACH, J. P., *Enredos, Pleitos y Problemas. Una guía práctica para ayudar a resolver conflictos*, Ediciones Clara-Semilla, Comité Central Menonita, Guatemala, 1992).

³² Para lograr dicho protagonismo, los ciudadanos han de aprender una serie de habilidades y destrezas sociales y emocionales que les capaciten para gestionar los conflictos correctamente.

³³ La mediación constituye el escenario para que las partes puedan comprender que participar en un conflicto conlleva que ha existido una implicación en su génesis. De esta forma, se favorece la asunción de responsabilidades, eludiendo hablar de culpas. En el procedimiento de mediación el poder lo tienen las partes, en tanto son las que controlan las decisiones de su propia vida y el mediador debe de trabajar desde sus posibilidades y deseos. En este sentido, las partes tienen la oportunidad de crear soluciones acordes a sus necesidades.

³⁴ Así se refleja en la normativa. Destaca no solo a nivel nacional, como la Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, sino también a nivel autonómico. A este respecto, cabe destacar las siguientes leyes autonómicas sobre mediación: la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía es fruto de la experiencia práctica acumulada durante los últimos años y completada por el Decreto 37/2012, de 21 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Desarrollo de la Ley 1/2009, de 27 de febrero, reguladora de la Mediación Familiar en la Comunidad Autónoma de Andalucía; la Ley 9/2011, de 24 de marzo, de mediación familiar de Aragón; la Ley del Principado de Asturias 3/2007, de 23 de marzo, de Mediación familiar; la Ley 15/2003, de 8 de abril, de la mediación familiar de Canarias y la Ley 3/2005, de 23 de junio, para la modificación de la Ley 15/2003, de 8 de abril, de la mediación familiar de Canarias; la Ley 1/2011, de 28 de marzo, de Mediación de la Comunidad Autónoma de Cantabria (modificada por la Ley 4/2017, de 19 de abril); la Ley 4/2005, de 24 de mayo, del

pieza clave del modelo de Justicia del siglo XXI³⁵. Este hecho se debe a diferentes motivos, entre los que cabe destacar las ventajas que presenta respecto al sistema judicial, bien como método alternativo o bien como complementario. Además, su utilización se ha visto notablemente potenciada no sólo por el deseo de crear una sociedad mejor, más pacífica y basada en el Derecho, sino también por la decepción de los ciudadanos al no ver satisfechos sus intereses ni sus necesidades a través de la vía judicial, así como por su carácter novedoso, que permite revelarse como atractiva y con grandes expectativas de futuro.

1.2.4. El arbitraje

El arbitraje constituye el sistema de resolución de conflictos en que un tercero, en este caso el árbitro, después de haber escuchado a las partes y practicado las pruebas necesarias, emite un laudo acerca del enfrentamiento existente entre aquéllas, imponiendo una decisión obligatoria. De este modo, es el árbitro –no las partes– quien decide el conflicto. Esta es la característica esencial de la que deriva su carácter heterocompositivo.

En palabras de MORENO CATENA, el arbitraje es “*un método heterocompositivo de solución de conflictos, al que, previo convenio, se someten voluntariamente las partes, por medio del cual un tercero imparcial, designado por los litigantes, pone fin a la controversia de manera definitiva e irrevocable, siempre que la materia sea de libre disposición conforme a derecho*”³⁶. Por su parte, LADRÓN DE GUEVARA define a esta institución como el “*medio de solución de conflictos sociales mediante la intervención de un tercero –árbitro o árbitros–, a*

Servicio Social Especializado de Mediación Familiar de Castilla La Mancha; la Ley 1/2006, de 6 de abril, de mediación familiar de Castilla y León; la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado de Catalunya y el Decreto 135/2012, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 15/2009, de 22 de julio, de mediación en el ámbito del derecho privado; la Ley 5/2011, de 1 de abril, de la Generalitat, de Relaciones Familiares de los hijos e hijas cuyos progenitores no conviven (esta Ley configura la mediación como un recurso complementario o alternativo a la vía judicial para la solución de los conflictos producidos en las relaciones familiares) y la Ley 24/2018, de 5 de diciembre, de la Generalitat, de mediación de la Comunidad Valenciana, que deroga la Ley 7/2001, de 26 de noviembre, reguladora de la mediación familiar en el ámbito de la Comunidad Valenciana, a excepción de sus artículos 6, 12, 32 y disposición adicional primera, que pasan a tener rango reglamentario; la Ley 4/2001, de 31 de mayo, reguladora de la mediación familiar de Galicia; la Ley 14/2010, de 9 de diciembre, de Mediación Familiar de las Islas Baleares; la Ley 1/2007, de 21 de febrero, de Mediación Familiar de la Comunidad de Madrid; y la Ley 1/2008, de 8 de febrero, de mediación familiar de País Vasco.

³⁵ VALIÑO CES, A., “La mediación intrajudicial: la derivación al procedimiento de mediación y la importancia de la sesión informativa”, en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.) y ALONSO SALGADO, C. (Coord.), *Nuevos debates en relación a la mediación penal, civil y mercantil*, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico, Santiago de Compostela, 2018, p. 108.

³⁶ CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 347.

En relación con la voluntariedad como elemento esencial del arbitraje, se pronuncia el Tribunal Constitucional en su sentencia núm. 174/1995, de 23 de noviembre, en su fundamento jurídico tercero: “[...] Es, por tanto, el arbitraje un medio para la solución de conflictos basado en la autonomía de la voluntad de las partes, como declaramos en nuestra STC 43/1988, y supone una renuncia a la jurisdicción estatal por la del árbitro o árbitros. En ese sentido, tal y como ya hemos reiterado en varias ocasiones, el arbitraje se considera «un equivalente jurisdiccional, mediante el cual las partes pueden obtener los mismos objetivos que con la jurisdicción civil (esto es, la obtención de una decisión que ponga fin al conflicto con todos los efectos de la cosa juzgada)» (SSTC 15/1989, fundamento jurídico 9º, y 62/1991), fundamento jurídico 5º) [...]”. Continúa señalando: “[...] La autonomía de la voluntad de las partes -de todas ellas- constituye la esencia y el fundamento de la institución arbitral, por cuanto que el arbitraje conlleva la exclusión de la vía judicial”.

cuya decisión se someten las partes en materia sobre las que libremente pueden disponer"³⁷.

El arbitraje en el sistema español se encuentra regulado en la Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje. Según reza su artículo 2, "*son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho*". Con ello, se pone de relieve que el fundamento de la institución se encuentra en el ejercicio de la libertad de las partes en relación con lo que para ellas es disponible.

El mecanismo arbitral se articula sobre la idea de que una persona individual –árbitro– o colegiada –colegio arbitral–, e imparcial, va a solucionar la controversia planteada entre las partes a través de una resolución –laudo– con efecto de cosa juzgada. Se trata de un tercero, situado *supra partes*, que impone su decisión.

Se trata, en conclusión, del método ADR con mayor reconocimiento normativo en nuestro ordenamiento jurídico y que ha conseguido mayor aplicación práctica por los ciudadanos³⁸.

2. OTROS MÉTODOS ALTERNATIVOS

Tras el análisis de los diversos mecanismos de resolución de conflictos más utilizados en España, cabe destacar que si bien éstos son los principales, lo cierto es que existen otros no muy conocidos en nuestro país que poseen relevancia en otros ordenamientos jurídicos, fundamentalmente, en EE.UU.

El problema reside a la hora de escoger el método más adecuado a cada uno de los conflictos que surjan, por ello, es esencial determinar cuál de entre todos los mecanismos existentes es el idóneo para un problema.

Sin agotar todos los mecanismos posibles, podemos diferenciar los siguientes.

2.1. Método híbrido o Medarb

El medarb constituye un procedimiento que se enmarca dentro de las ADR y combina la utilización de un medio autocompositivo con otro heterocompositivo. De esta manera, se caracteriza por su naturaleza híbrida³⁹, toda vez que combina un período de mediación tras el cual, en el caso de no haberse alcanzado un acuerdo total sobre los asuntos litigiosos, se realiza un arbitraje sobre los elementos que queden en discrepancia⁴⁰.

Tal combinación presenta la ventaja de ofrecer a las partes la seguridad de un resultado, sea a través de la consecución de un acuerdo, durante el procedimiento de mediación, o a través de un laudo, para el supuesto en que el acuerdo no haya sido posible en la mediación y se celebre entonces el posterior arbitraje⁴¹.

³⁷ LADRÓN DE GUEVARA, J. B., "Aproximación a la nueva Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje", *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Tomo XVI, enero, núm. 1, 2004, p. 12.

³⁸ Para ampliar el tema, véase: VALIÑO CES, A., "Estudio acerca del arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos en el Derecho español", *Revista Julgar Online*, marzo de 2019, pp. 1-48.

³⁹ SAIZ GARITAONAENDÍA, A., "El Medarb como procedimiento mixto de resolución de conflictos: luces y sombras", en SOLETO MUÑOZ, H., (Dir.), CARRETERO MORALES, E. y RUIZ LÓPEZ, C. (Coords.), *Mediación y Resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2013, p. 88.

⁴⁰ SAIZ GARITAONANDIA, A., "El medarb y otras fórmulas híbridas de resolución de conflictos", *Revista jurídica Arbitraje, mediación y otros sistemas de resolución extrajudicial de conflictos*, abril de 2014, p. 1.

⁴¹ Es más, este método se presenta como un sistema de gran efectividad principalmente para aquellas cuestiones que requieran de una decisión final que sea vinculante para las partes, pero que a la vez, bien sea por la existencia de relaciones previas entre las mismas o por la naturaleza de las materias que quieran debatir, permitan a éstas discutir previamente sobre los puntos de controversia, con el objetivo de intentar por ellas mismas acuerdos totales o parciales sobre dichos puntos, antes de someterlos a la decisión de un tercero.

Este método se configura, por tanto, como una conjunción de la aplicación de dos métodos alternativos de resolución de conflictos: la mediación y el arbitraje⁴². Como es sabido, cada uno de ellos posee unas particularidades específicas que lo hacen diferente del otro y que otorgan unas posibilidades concretas que, a su vez, el otro puede llegar a excluir. En este sentido, tanto el arbitraje como la mediación se benefician de la intervención de un tercero ajeno al conflicto, siendo la gran diferencia el papel que éste debe desarrollar con relación al conflicto y a las partes del mismo. Así, mientras que el mediador tratará de conocer el fundamento de la controversia e impulsar el diálogo y colaboración entre las partes en orden a que alcancen un acuerdo que ponga fin al mismo, el arbitraje termina con un laudo emitido por el árbitro poniendo término a la disputa que ha sido presentada ante él.

Lo cierto es que nos encontramos ante una figura poco utilizada en nuestro país, a diferencia de otros donde está cobrando un mayor impulso. A este respecto, VALL RIUS señala que en EE.UU. una minoría de abogados y otros profesionales han denostado la mediación, simplemente por no ser vinculante y, por ello, es considerada como débil y de resolución incierta, frente a la respuesta obligatoria emanada de la jurisdicción tradicional. Por tal motivo, esta técnica híbrida conlleva una vía para mitigar la posible preocupación respecto al resultado incierto y el carácter no vinculante de la mediación, ya que el medarb asegura, en todo caso, la resolución del conflicto, ya sea por las propias partes, a través de la mediación inicial, ya sea por el árbitro, que finalmente dicte un laudo, si la mediación no ha conducido a acuerdos⁴³.

Por lo que se refiere a las modalidades de esta técnica, cabe distinguir, por un lado, cuando el mediador, en caso de no lograr un acuerdo en el procedimiento de mediación, pasaría automáticamente a convertirse en árbitro, debiendo de dictar un laudo que resuelva definitivamente la cuestión litigiosa; y por otro lado, cuando primero actuaría el mediador y se preselecciona a un tercero distinto, para que pueda actuar como árbitro en caso de no obtenerse una solución en la mediación.

Ambas variantes presentan sus ventajas y sus inconvenientes. En cuanto a la primera, y respecto a sus ventajas, cuando deba resolver el conflicto el árbitro, éste dispondrá de un conocimiento adquirido durante el procedimiento mediador. En efecto, el tercero en la mediación va a tener un contacto con las partes y con el conflicto, de forma intensa y profunda, lo que le llevará a adquirir un conocimiento exhaustivo de la cuestión que, en su caso, agilizará y favorecerá el arbitraje posterior. De esta forma, podrá acortar su duración y lograr una solución más fundamentada que si se tratase de un simple procedimiento de arbitraje común.

Asimismo, la posible decisión vinculante adoptada por el tercero, que llegará, en todo caso, si las partes no logran consensuar una decisión propia, puede constituir un indudable estímulo para alentarlas a que tratan de resolver por ellas mismas la controversia evitando la decisión arbitral.

A estas ventajas se añade que los costes del procedimiento se reducen notablemente, toda vez que sólo habría que afrontar la remuneración de una persona que ha ejercido las funciones de mediador y de árbitro en un procedimiento temporalmente más limitado. A este respecto, no cabe obviar que el compromiso previo de terminar el procedimiento de mediación e iniciar el arbitraje ha sido voluntariamente solicitado y aceptado por las propias partes. Por tal motivo, se le presume su predisposición para lograr algún tipo de acuerdo durante

⁴² Ahora bien, la mediación siempre tiene carácter prioritario, de hecho es el primero de los sistemas que se utiliza. Se debe intentar que las partes, con la ayuda del mediador, consigan por sí mismas alcanzar una solución consensuada, ya que siempre será mayor el grado de identificación y de satisfacción de las partes con el resultado y, en consecuencia, más fácil el cumplimiento de los acuerdos.

⁴³ VALL RIUS, A., "Gestión cooperativa de conflictos: Medarb y otras figuras posibles", en GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (Dir.), *Mediación: un método de ? conflictos*, Cóllex, Madrid, 2010, p. 93.

la mediación, pues en otro caso habrían optado directamente por acudir al arbitraje a fin de ahorrar tiempo y recursos económicos.

Ahora bien, a pesar de sus bondades, esta figura también presenta algunos inconvenientes. Las partes son conscientes desde el inicio del procedimiento de mediación de que su mediador será, de no concluir éste exitosamente, el árbitro que resolverá la controversia en la segunda parte, por lo que su predisposición a colaborar y a dar información se verá condicionada, y ello porque la misma podría ser utilizada de forma contraria a sus intereses por el mediador cuando éste actúe como árbitro.

Habida cuenta de esta última idea, resulta evidente que esta variante puede desincentivar y dificultar el procedimiento mediador, toda vez que ante la eventualidad de encontrarse frente a su futuro árbitro, las partes tratarán de prevalecer sus intereses en detrimento de las posibilidades de lograr un acuerdo consensuado. Así, la insuficiente información por parte del mediador y la actitud poco colaboradora y defensiva de las partes limitará considerablemente las posibilidades de éxito de la primera fase de mediación⁴⁴.

Por otro lado, la tarea del mediador también es complicada, puesto que, en caso de no finalizar la mediación con acuerdo, tendrá que decidir como árbitro la cuestión controvertida. En este supuesto, es cierto que el árbitro puede estar contaminado por toda la información o confidencias que las partes hayan podido efectuar durante sus negociaciones en el procedimiento de mediación. Por ello, la supuesta imparcialidad que se le presume como tercero neutral, que ha de resolver el conflicto, puede quedar en entredicho. En otras palabras, no cabe duda alguna de que el hecho de que la persona que actúa como mediador en una controversia pueda constituirse posteriormente en árbitro de la misma cuestión resulta problemático, pues aunque su independencia respecto de las partes pueda estar perfecta y objetivamente determinada, su imparcialidad sí que, en cierta medida, ha podido verse afectada por haber estado expuesta a confidencialidades propias del procedimiento de mediación, pero totalmente ajenas o impropias de un arbitraje.

Otra de las dificultades, motivada por su insuficiente experiencia y por los escasos avances en la mediación, se encuentra cuando la persona mediadora lleva a cabo una actuación inapropiada, dirigiendo a las partes de forma prematura hacia el arbitraje. A fin de evitar esta situación, el tercero debe actuar tratando de gestionar los temas en disputa, *“preferentemente bajo los parámetros de la mediación, motivando a las partes a gestionar, cooperar y resolver por sí mismas, con paciencia y sin forzar situaciones no deseadas. En ningún caso debe precipitar el cambio de método, sin estar completamente seguro de que las partes ni desean, ni pueden seguir adelante con la mediación”*⁴⁵.

Respecto a las partes y a su postura en el procedimiento de mediación, existe riesgo de que adopten *ab initio* una estrategia encaminada a convencer al mediador –futuro árbitro– de que sus posiciones y argumentos son los más justos. De forma tal que se olviden de adoptar una actitud colaborativa para lograr un acuerdo que satisfaga debidamente los intereses de ambas. Por consiguiente, el hecho de que las partes no afronten la mediación con la actitud constructiva y dialogante que la caracteriza para obtener un resultado satisfactorio y exitoso, provocaría que ésta quedase desvirtuada.

En cuanto a la segunda de las variantes, cabe señalar que las dificultades acabadas de referir, se solventan cuando las personas que han de intervenir como mediador y como árbitro son diferentes. En ese caso, se considera que más que un

⁴⁴ SAIZ GARITAONENDIA, A., “Mediación, Medarb y otras posibles fórmulas en la gestión cooperativa de conflictos”, en SOLETO MUÑOZ, H., (Dir.), *Mediación y Resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011, pp. 80 a 83.

⁴⁵ VALL RIUS, A., “Gestión cooperativa de conflictos: Medarb y otras figuras posibles”, en GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (Dir.), *Mediación: un método de ? conflictos...*, op. cit., p. 93.

híbrido, nos encontramos ante una fórmula de acumulación de las dos instituciones, toda vez que contempla una mediación y, en su caso, un arbitraje posterior, desarrollados por distintas personas.

Lo cierto es que con esta modalidad se superan los problemas de las reticencias que se puedan generar en las partes ante el mediador y de la posible parcialidad o pérdida de neutralidad del futuro árbitro que deba actuar para decidir el conflicto. De igual modo, asegura en todo caso una resolución vinculante, sin abandonar las bondades de la mediación, que se proyectan en toda su extensión y sin ningún tipo de dificultad en la primera fase del procedimiento.

Por su parte, lo que en la otra modalidad se presentaban como ventajas, en este caso, se pueden apuntar como inconvenientes. Por tanto, resulta problemático que el árbitro tenga que partir de cero en su trabajo, con un total desconocimiento del conflicto, pues esto le obligará a desarrollar el arbitraje desde su inicio y en toda su extensión. Por tal motivo, al tener el árbitro que recabar toda la información necesaria, el procedimiento se alargará considerablemente en el tiempo, con la subsiguiente pérdida de agilidad, toda vez que las partes deberán en muchas ocasiones repetir ante el árbitro declaraciones o informaciones ya prestadas ante el mediador⁴⁶. Esto, a su vez, implica un incremento de costes temporales y, obviamente, el coste económico es mayor, al tener que afrontarse el gasto de dos profesionales distintos: el mediador y el árbitro.

En cuanto a la forma de articular el medarb, cabe distinguir según se lleve a cabo con un mismo profesional, que asuma los papeles de mediador y árbitro, o sean profesionales diferentes.

En el primer supuesto, se prepara un contrato entre las partes y el tercero con una cláusula en la que se comprometen a que si del procedimiento de mediación no se obtiene un acuerdo, las partes continuarán con la gestión del conflicto hasta su resolución, pero en este caso cambiando el mecanismo de resolución del conflicto, es decir, cerrando la mediación e iniciando el arbitraje⁴⁷. De esta forma, se garantiza la resolución de la controversia, bien directamente por las partes en la mediación o bien mediante el laudo que dicte el mediador convertido en árbitro que la resolverá definitivamente⁴⁸.

A *sensu contrario*, si son profesionales distintos los que van a actuar, la fórmula básicamente es la misma. Las partes firmarán con el mediador y el árbitro un contrato en el que se incluya el compromiso de iniciar un procedimiento de mediación y, en caso de que éste no concluyese con avenencia, iniciar un arbitraje.

Por último, respecto a las cuestiones que pueden ser susceptibles de ser sometidas a medarb, al igual que sucede en el arbitraje y en la mediación, únicamente cabrá sobre materias que tengan carácter dispositivo para las partes⁴⁹.

⁴⁶ Respecto a esta cuestión, lo cierto es que algunas de las cuestiones, si son varias las que se plantean en el conflicto, pueden ser resueltas durante el procedimiento de mediación, por lo que únicamente se debatirían en el arbitraje aquellos puntos que hayan quedado pendientes de resolver, habiendo el árbitro de pronunciarse sólo sobre éstos.

⁴⁷ En cuanto al inicio del procedimiento, conviene señalar que éste se producirá con la presentación de la demanda en el plazo convenido, o en el determinado por los árbitros.

⁴⁸ En esta cláusula se pueden incluir estipulaciones para garantizar el compromiso del tercero acerca de su confidencialidad y neutralidad, tanto durante el procedimiento de mediación como a lo largo, si fuese el caso, del posterior arbitraje, así como sobre la imposibilidad de hacer uso de cualquier tipo de información que éste haya podido recibir durante la mediación.

⁴⁹ De conformidad con el artículo 2.1 LA: “Son susceptibles de arbitraje las controversias sobre materias de libre disposición conforme a derecho” y con el artículo 9.1 LA: “El convenio arbitral, que podrá adoptar la forma de cláusula incorporada a un contrato o de acuerdo independiente, deberá expresar la voluntad de las partes de someter a arbitraje todas o algunas de las controversias que hayan surgido o puedan surgir respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual”.

2.2. Evaluación Neutral o Evaluación de Expertos

La evaluación neutral se basa en la intervención de un tercero, experto e independiente, cuya tarea va a ser la de emitir un informe respecto de las posiciones y argumentos de las partes en conflicto, así como una serie de recomendaciones, a partir de las cuales las personas implicadas puedan construir su propio acuerdo y resolver sus discrepancias.

Lo cierto es que, en numerosas ocasiones, y en atención a la especial naturaleza o complejidad del asunto a tratar, se considera más recomendable acudir a un especialista en la materia sobre la que verse el conflicto que delegar en un juez, o incluso en las propias partes, la opinión sobre cómo ha de resolverse dicha cuestión. Por tal motivo, las partes acuden a este tercero neutral por sus conocimientos en la materia en la que se centra la disputa.

Mediante la evaluación neutral se trata de reanudar o facilitar la comunicación entre las partes sobre la base del análisis y recomendaciones del evaluador, obtener un análisis y recomendaciones en función de cada situación concreta y ayudar a las partes a obtener acuerdos duraderos⁵⁰.

Al hilo de esta idea, ORTUÑO MUÑOZ y HERNÁNDEZ GARCÍA señalan que *“la implantación de mecanismos de sujeción a la opinión de expertos independientes en litigios de trasfondo técnico es la forma más lógica y racional de resolver las controversias. No se trata propiamente de un arbitraje, sino de la emisión de una opinión científica encargada por las dos partes que, además, no es vinculante, por lo que tiene la ventaja de que si una de las partes considera que el experto ha emitido el dictamen, con base en algún error, no está obligada a someterse a él ni a aceptar la solución ofrecida, sino que puede acudir a la vía judicial para exponer sus razones, ante la que ya se partirá de un trabajo previamente hecho. En estos casos la diferencia sujeta a decisión, sometida a la decisión de otros peritos, estará muy concreta y precisada”*⁵¹.

Los evaluadores son profesionales con experiencia en diversidad de disciplinas, cuya labor consistirá precisamente en evaluar técnicamente los asuntos controvertidos entre las partes, aun cuando no tienen autoridad para imponer una solución a las mismas⁵². Éstos serán libremente designados por las partes de mutuo acuerdo, por lo que desde su imparcialidad y experiencia profesional, deberán ayudarlas a valorar sus respectivas posturas, planteándoles *a posteriori* cuál o cuáles podrían ser las bases sobre las que se cimiente un acuerdo duradero que satisfaga los intereses de ambas. En consecuencia, la evaluación neutral no finaliza con la imposición de una solución al conflicto que haga el evaluador, sino con el acuerdo de las propias partes como resultado de la intervención y recomendaciones de aquél.

En cuanto a las notas características de este método, cabe señalar la imparcialidad de los evaluadores respecto de las partes, teniendo que limitarse a la valoración del problema y a dar su opinión sobre la forma en la que podría resolverse el mismo. De igual modo, toda la información que las partes aporten al evaluador tendrá carácter absolutamente confidencial, por lo que éste en ningún caso podrá difundir a terceros ninguna cuestión relativa a los asuntos, o documentos, tratados por las partes con él.

Respecto al desarrollo de esa evaluación neutral, se inicia normalmente mediante un escrito conjunto de ambas partes a la entidad que se encargue de este servicio. Una vez recibida, esta entidad les remitirá una lista a fin de escoger al evaluador que deseen. Una vez designado, éste deberá requerir a las partes la documentación y argumentos escritos que consideren adecuados para fundamentar

⁵⁰ Vid. <https://aryme.com/metodos-extrajudiciales/evaluacion-neutral/>.

⁵¹ ORTUÑO MUÑOZ, J. P. y HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal”, Documento de trabajo 110/2007, *Revista de la Fundación Alternativas*, p. 31.

⁵² En la preparación de su informe, el evaluador habrá de regirse de conformidad con los códigos deontológicos propios de su actividad profesional.

sus respectivas posiciones. Tras la celebración de la reunión con las partes, el evaluador podrá solicitarles que hagan sus conclusiones por escrito, para después emitir su informe⁵³.

Por último, en cuanto al coste, lo cierto es que su implantación no es costosa, toda vez que se basa en el fomento de la introducción de cláusulas en los contratos de sometimiento a estas opiniones de expertos, antes de acudir a la vía judicial⁵⁴.

2.3. Facilitación

La facilitación es un método autocompositivo de resolución de conflictos bastante utilizado en los sistemas anglosajones, fundamentalmente en EE.UU., pero aún muy desconocido en los países de tradición jurídica civilista como el nuestro.

Este método consiste en asistir a las partes y facilitarles que puedan lograr sus objetivos, siendo ellas mismas las que acuerden cumplir la decisión a la que han llegado. De forma que no existe ninguna evaluación del conflicto por parte del tercero interviniente, pues éste se limita simplemente a facilitar dicho acuerdo.

No obstante, más que controversias entre dos partes, nos hallamos ante un sistema que se suele emplear en conflictos de grupo, por lo que el facilitador, independientemente de su personalidad y cualidades, deberá poseer habilidades específicas en dinámica y comportamientos de grupo referidas, tanto al manejo del proceso, como a la experiencia que pueda acreditar en la materia objeto de la facilitación.

A este respecto, para poder hablar de grupo es necesario partir de las relaciones entre las personas que lo forman y las relaciones entre cada persona y el grupo como totalidad. Para que un conjunto de personas tenga la consideración de grupo se requieren unas cuestiones. En primer lugar, las personas interactúan regularmente entre ellas y comparten información y recursos. A través de diferentes actos de comunicación expresan también opiniones, deseos y emociones, aunque no siempre se tenga conciencia de esto último. En segundo lugar, todas estas interacciones y actos comunicativos tienen como finalidad lograr unos objetivos, más o menos compartidos por los miembros del grupo, y éstos son la base para la realización de una intención común que no siempre es explícita. Para realizar sus objetivos, los grupos desarrollan diferentes estrategias, planifican sus actividades y toman decisiones. Y en tercer lugar, con el tiempo se crean unas normas tácitas de conducta, surgen hábitos y rutinas, se comparten ciertos valores e ideas. En otras palabras, se crea una identidad grupal, un campo de significado compartido definido por límites y que determina quién pertenece al grupo y quién no⁵⁵.

En este sentido se manifestó ESCORIHUELA al definir la facilitación de grupos como *“una disciplina que nos aporta un conjunto de herramientas, técnicas y habilidades para ayudar a cualquier grupo a realizar bien su trabajo, tomar buenas decisiones, alcanzar sus objetivos de manera eficiente y crear confianza y una comunicación fluida entre sus miembros”*⁵⁶.

En cuanto a la tarea del facilitador no será únicamente la simple conducción de la reunión grupal, sino que deberá contribuir a la determinación, no solo de las

⁵³ Las partes tienen la posibilidad de asistirse de los profesionales que consideren oportuno durante todo el proceso (*vid.* <https://aryme.com/metodos-extrajudiciales/evaluacion-neutral/>).

⁵⁴ Asimismo, se fundamenta en la promoción de este sistema desde las propias Facultades de Derecho, en los colegios profesionales y, especialmente en la práctica de la abogacía (ORTUÑO MUÑOZ, J. P. y HERNÁNDEZ GARCÍA, J., “Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal”..., *op. cit.*, p. 32).

⁵⁵ ESCORIHUELA, J. L., “Facilitación de grupos. Una introducción”, pp. 3 y 4. Disponible en http://www.bdonline.org/wiki/images/1/1b/Facilitacion_de_Grupos_-_Una_Introduccion.pdf.

⁵⁶ ESCORIHUELA, J. L., “Taller de habilidades del facilitador”, *Acciones e Investigaciones Sociales*, 22: 157-226, 2006, p. 4.

partes que debieran ser oídas en este proceso, porque sus intereses se ven o pueden verse tocados, sino también de las modalidades de acercamiento a las mismas y de los objetivos del grupo, así como favorecer a la detección y jerarquización de los conflictos principales y secundarios, al diseño consecuente del proceso a seguir y a la construcción de adecuadas agendas de trabajo para el progreso eficiente del trabajo compartido⁵⁷.

En efecto, el facilitador va a emplear numerosas técnicas durante este proceso, aun cuando algunas son generales, por ser usadas en todo el procedimiento, otras son específicas, en función de los objetivos propios de cada etapa⁵⁸. Entre las generales, cabe destacar, en primer lugar, las técnicas de comunicación, como pueden ser la escucha equilibrada y prudente o el parafraseo; en segundo lugar, las técnicas de integración de las personas, destinadas a conseguir la plena participación, para lo cual se ayuda a aquellas que no participan a hacerlo, a las que son poco claras o confusas, a clarificar su pensamiento y a las que se apoderan de un protagonismo excluyente a ceder espacio a la palabra de los otros; por último, las técnicas de integración de temas, dirigidas a lograr que la totalidad de los temas sean materia de tratamiento⁵⁹.

A este respecto, cabe señalar que no es lo mismo un individuo facilitativo que un facilitador. El primero hace referencia a una cualidad, natural o cultivada, de ciertas personas que tienen conciencia del grupo, de sus posibilidades o límites y pueden, en consecuencia, alentar modalidades espontáneas que incrementen las aptitudes grupales. En cambio, el segundo alude a un rol definido, que alguien, perteneciente o no al grupo, adopta para cumplir una función específica, que es la de ayudar al grupo a lograr su mejor decisión, lo que es percibido y reconocido por el grupo en tal rol⁶⁰.

A juicio de SINGER, *“los facilitadores actúan como moderadores en grandes reuniones y aseguran que todos pueden intervenir y ser escuchados. No se espera de ellos que se ofrezcan voluntariamente a expresar sus propias ideas, ni que participen activamente en animar a las partes a alcanzar un acuerdo”*⁶¹. Ahora bien, en ocasiones existen facilitadores que consideran que el proceso debe ser completamente democrático y basado en el absoluto consenso y, en cambio, para otros el facilitador ha de proyectar un nivel de autoridad que varía en intensidad en atención a las circunstancias en las que se encuentre el grupo en cada momento.

Así las cosas, puede solicitarse una facilitación para cualquier toma de decisiones en una organización, ya sea una institución o una empresa, donde sea preciso escuchar propuestas o aunar diferentes puntos de vista. Asimismo, puede tratarse de la resolución o no de un conflicto actual o puede ser preventivo de una controversia futura. De igual modo, la facilitación puede tener como objetivo compartir información, poder escucharse o trabajar para la elaboración de un documento, o una declaración, la toma de posición con relación a un problema específico o la construcción de una normativa que refleje los intereses del grupo.

⁵⁷ CARAM, M. E., “Algunas ideas sobre facilitación”, *Mediadores en Red – L@ Revista*, año I, núm. 2, marzo de 2003, pp. 2 y 3.

⁵⁸ En este aspecto se asemeja a la tarea del mediador, que también dispondrá de una serie de técnicas similares para el buen desarrollo de un procedimiento de mediación. De ahí que se pueda confundir estos dos profesionales, máxime si tenemos en cuenta el artículo 13 LM cuando prevé que el mediador facilitará la comunicación entre las partes.

⁵⁹ CARAM, M. E., “Algunas ideas sobre facilitación”..., *op. cit.*, p. 4.

⁶⁰ CARAM, M. E., “Algunas ideas sobre facilitación”..., *op. cit.*, p. 2.

⁶¹ SINGER, L. R., *Resolución de conflictos. Técnicas de actuación en los ámbitos empresarial, familiar y legal*, Paidós, Buenos Aires, 1996, p. 43.

2.4. *Mini-Trial* o Mini-Juicio

El *mini-trial* es muy utilizado, sobre todo, en EE.UU. y diferente a cualquier otro mecanismo extrajudicial de solución de conflictos, que trata de involucrar a las partes implicadas en una disputa en una solución negociada⁶².

Realmente, el mini-juicio no es un juicio, sino una forma mixta de avenencia en la que intervienen elementos propios de una negociación combinados con otros propios de un litigio. Entre sus características cabe destacar: una controversia relevante y fácticamente compleja; un compromiso de los altos directivos de profundizar en el conocimiento del asunto; una intención real, apoyándose en la información y en las percepciones directamente obtenidas, de negociar de inmediato y de forma ininterrumpida con el propósito de llegar allí mismo a un acuerdo; poner las bases para que el pacto sea posible; y mantener una buena y estable relación empresarial⁶³.

Su inicio se produce cuando ambas partes de mutuo acuerdo lo decidan. Para ello, presentarán al neutral sus respectivas “demandas” que deberán contener, tanto los hechos, como los fundamentos de derecho que los sustenten, así como los documentos que justifiquen dichas pretensiones. Posteriormente, el tercero fijará una fecha para que tenga lugar la audiencia con las partes y sus respectivos abogados⁶⁴, quienes las asistirán en todo momento y presentarán sus respectivas posiciones. Tras ello, las partes empezarán a negociar una solución a su controversia en privado y si lo consideran oportuno, pueden consultar a sus abogados en cualquier momento.

En caso de que las partes no consiguiesen llegar a alguna solución, el tercero emitirá un informe en el que, de conformidad con su experiencia profesional, adelantará a las mismas cuál sería, a su entender, el resultado de un futuro proceso judicial sobre la cuestión controvertida⁶⁵. Además, les haría una serie de recomendaciones sobre cómo podrían intentar resolver las cuestiones en las que no han sido capaces de lograr un acuerdo.

Tras el referido informe, las partes deberán de reunirse en una segunda audiencia para continuar sus negociaciones con base en las recomendaciones emitidas por el tercero. De seguir sin alcanzar acuerdo, las partes podrán abandonar el proceso o bien presentar al tercero neutral sus últimas propuestas por escrito, a fin de que éste plantee sus últimas recomendaciones.

Por lo que se refiere a este tercero neutral, no tiene en ningún caso autoridad para imponer solución alguna a las partes. Por ello, limita su actividad a escucharlas y a emitir los informes y opiniones que, de acuerdo con sus conocimientos y experiencia, puedan ayudar a las mismas a conseguir una solución acordada para su disputa, respetando en todo caso su imparcialidad.

Al finalizar el procedimiento, este tercero deberá devolver a las partes toda la documentación que le haya sido entregada y no podrá, en ningún caso, intervenir en cualquier proceso, judicial o arbitral, iniciado con posterioridad por las mismas partes sobre la cuestión litigiosa por él tratada.

⁶² PUJADAS TORTOSA, V., “Los ADR en Estados Unidos: aspectos destacables de su regulación jurídica”, *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XVIII, 2003, pp. 108 y 109.

⁶³ FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., *Avenencia o ADR. Negociación, Mediación, Peritajes, Conciliación, Pactos y Transacciones...*, op. cit., pp. 67 y 69.

⁶⁴ La va a presidir un consejero que puede ser un profesor eminente, un abogado reconocido o un juez retirado, cuya única función es actuar de moderador y llevar el orden de las presentaciones (“Otros medios alternativos de resolución de conflictos en la doctrina y en la legislación comparada”, p. 2. Disponible en <http://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/143otrosmediosalternativos.pdf>).

⁶⁵ El tercero en dicho informe consignará los antecedentes de hecho, la legislación y jurisprudencia, las consideraciones materiales y procesales, así como las consecuencias jurídicas que el mismo considere convenientes.

2.5. Adjudicación

La adjudicación es un sistema similar a la evaluación neutral o evaluación de expertos, pero la peculiaridad consiste en que las partes pueden conferirle carácter vinculante. Se trata de un recurso más sencillo, barato, informal y mucho más rápido que un arbitraje o que un proceso judicial. Sin agotar las posibilidades de su utilización en cualquier ámbito mercantil, lo cierto es que el contexto más frecuente donde se suele emplear es en la construcción.

Así, nos encontramos con un experto en el ámbito de la construcción, o de la materia en concreto de que se trate, que estudia los argumentos y documentación aportados por las partes y, tras una o varias reuniones con ellas para obtener las aclaraciones o precisiones que crea oportuno, emite una decisión que, no siendo definitiva, sí es de obligado cumplimiento temporalmente para las partes.

Su finalidad principal consiste en resolver posibles problemas que puedan surgir en sectores específicos, en el que concurren múltiples partes⁶⁶ y en el que por la naturaleza de esos problemas, se necesita una rápida solución temporal para los mismos, con el fin de no perjudicar el curso de los trabajos iniciados.

Para lograr su objetivo, el adjudicador puede solicitar pruebas, hablar con las partes implicadas cuantas veces tenga por conveniente y reunirse con las mismas por separado o conjuntamente. Por tanto, posee un control absoluto sobre el procedimiento.

La adjudicación se pacta en el propio contrato y es vinculante, pero generalmente se pacta como método previo a un arbitraje. Y es frecuente que las partes que recurren a este mecanismo se reserven el derecho de acudir posteriormente, una vez finalizada la obra o proyecto, a un arbitraje o a un proceso judicial a fin de resolver definitivamente la cuestión litigiosa. Y ello teniendo en cuenta que la decisión del adjudicador es de obligado cumplimiento temporalmente para las partes, con el fin de no paralizar los trabajos que se estén realizando⁶⁷.

2.6. Partnering

El *partnering* es un método que constituye una alianza de personas clave que concurren en un proyecto de envergadura de múltiples partes, cuya finalidad es la construcción de un marco mutuo de confianza que facilite y promueva el diálogo para evitar posibles disputas. Lo cierto es que aun cuando también se utiliza para resolver disputas, su principal objetivo es evitarlas.

En palabras de HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “*más que un modelo de resolución de litigios, el Partnering es un mecanismo de prevención de diferencias. Ha sido, precisamente, esta voluntad común de las partes implicadas en la realización de un proyecto común de construcción de establecer un modus vivendi aceptable para todas ellas durante la ejecución del contrato, la que ha originado en Estados Unidos el surgimiento de esta nueva técnica*”⁶⁸.

Por consiguiente, este sistema determina una relación de trabajo entre todos los depositarios basado en la cooperación y trabajo de equipo y logros de metas y objetivos comunes. Así, los elementos esenciales son los siguientes: un compromiso de la gerencia general de cada organización involucrada en el proyecto con el *partnering*; la equidad en la consideración de los intereses de todos los miembros del equipo en la creación de metas compartidas y un compromiso de todos los depositarios; la confianza de todas las partes a través de relaciones personales y de una comunicación abierta; una carta de compromiso desarrollada conjuntamente por todas las partes, identificando metas concretas y objetivos

⁶⁶ En el caso de la construcción, nos referimos a la empresa constructora, arquitectos, aparejadores, contratistas, subcontratistas, entidades financieras, etc.

⁶⁷ Vid. <https://aryme.com/metodos-extrajudiciales/adjudicacion/>.

⁶⁸ HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., “Los mecanismos alternativos de resolución de litigios (ADR) en el ámbito de los contratos internacionales de construcción”, en GARCÍA VILLALUENGA, L., TOMILLO URBINA, J. y VÁZQUEZ DE CASTRO, E. (Dir.), *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, Reus, Madrid, 2010, p. 211.

comunes; evaluaciones continuas basadas en las metas, a fin de asegurar la realización de los planes de acuerdo con lo previsto y asegurar la responsabilidad compartida de todos; y las oportunas resoluciones de las disputas durante el proyecto⁶⁹.

El motivo que suele llevar a las empresas a formar estas alianzas reside en la complejidad, tanto del proyecto en el que han de trabajar, como de sus propias estructuras organizativas y sus metas, personales y corporativas. Ello deriva en que su organización es muy complicada, puesto que no sólo ha de promover la fluidez en el intercambio de opiniones, sino que además ha de estructurarse, para la resolución eficaz de conflictos, a distintos niveles colaborativos entre los equipos de trabajo que participan en el proyecto global. Para ello, se nombrará a una o varias personas ajenas al proyecto que actuarán como facilitadores, evaluadores, mediadores o árbitros, dependiendo de la naturaleza y peculiaridades del conflicto. Todas estas personas estarán a disposición del proyecto mientras dure el mismo.

Finalmente, para lograr el éxito con este modelo resulta esencial la comunicación fluida entre las partes intervinientes en el proyecto, la confianza y la forma en que se canalice y desarrolle el sistema.

2.7. Summary Jury Trial

El *summary jury trial* es un método de solución de conflictos fuertemente consolidado en EE.UU. De hecho, forma parte del sistema de Justicia americano al encontrarse integrado en programas judiciales que ofrecen el mismo como alternativa al proceso clásico.

Se trata de un juicio sumario realizado a través de un jurado que, tras analizar y discutir el asunto, emitirá un veredicto que no tiene carácter vinculante para las partes, pero que adelanta a éstas el eventual resultado que podrían obtener de someter el asunto a los tribunales.

Este método resulta apropiado para debatir cuestiones de naturaleza esencialmente jurídica y su inicio se produce cuando las partes, tras finalizar la búsqueda de pruebas y haber resuelto los posibles problemas accesorios de su disputa, ya tienen delimitadas las principales cuestiones controvertidas⁷⁰.

A continuación, las partes expondrán al juez, que va a presidir el jurado, sus respectivas alegaciones y éste posteriormente las convocará para la reunión con jurado, que estará integrado por seis miembros elegidos de la lista ordinaria que obre en el propio tribunal.

En la referida reunión, los abogados de las partes harán sus alegaciones y presentarán sus pruebas, en cuanto se pretende que el veredicto del jurado sea lo más fundamentado posible⁷¹. Efectuadas las correspondientes alegaciones, el juez ilustra a los miembros del jurado acerca de las previsiones legales respecto de la cuestión controvertida. A renglón seguido, se deberá emitir un veredicto consensuado y debidamente motivado y, en caso de que no haya consenso, los miembros del jurado podrán emitir veredictos individuales.

Una vez conocido el veredicto, las partes podrán formular a los miembros del jurado todas las aclaraciones y preguntas que consideren pertinentes sobre la fundamentación o motivos de éste. Ello es relevante porque les ayuda a conocer los argumentos, hechos o pruebas que han trascendido para la adopción del mencionado veredicto.

Posteriormente, y en atención a las conclusiones obtenidas por el jurado, las partes negociarán a fin de lograr una solución. De hecho, llegarán al acuerdo que tengan por conveniente, que no tiene porqué coincidir en absoluto con el veredicto del jurado.

⁶⁹ Vid. <http://biblioteca.cchc.cl/datafiles/5020.pdf>.

⁷⁰ PUJADAS TORTOSA, V., "Los ADR en Estados Unidos: aspectos destacables de su regulación jurídica"..., *op. cit.*, p. 108.

⁷¹ Aun cuando no es muy habitual, algunos tribunales admiten la práctica de la prueba testifical.

En caso de que no obtuviesen ningún tipo de acuerdo, tienen abierta nuevamente la vía judicial para intentar la resolución del conflicto. Ahora bien, toda la información, comunicaciones, alegaciones y afirmaciones realizadas a lo largo del *summary jury trial* no podrán ser utilizadas como prueba en el proceso posterior ante el tribunal⁷².

Con todo, este método presenta el inconveniente de su complejidad, pues requiere de una serie de preparativos y de medios personales no necesarios en otros mecanismos y, además, consecuencia de ello, su coste económico resulta excesivo para las partes.

2.8. Private Judging

En EE.UU. existen otras formas de colaboración para resolver conflictos y entre ellas, destaca el *private judging*, es decir, la intervención de jueces retirados, que son llamados por su prestigio o experiencia para ayudar a solucionar un determinado litigio.

A tal efecto, se permite que las partes inmersas en una controversia puedan designar a un tercero, llamado *private judging* o *rent-a-judge*, que normalmente suele ser un juez retirado, para que emita su pronunciamiento sobre el asunto. En otras palabras, el juicio privado es un proceso en el que las partes contendientes, quienes necesitan resolver una disputa legal, deciden acudir a una persona neutral como juez privado. Este tercero, quien a menudo es un ex juez con experiencia en el área de la disputa, escucha el caso y toma una decisión de manera similar a un juez. Por tanto, nos encontramos ante casos, en los que las partes prefieren manejar su asunto en privado, en lugar de utilizar el sistema de tribunales públicos⁷³.

Las cuestiones relativas a este método varían en función de la legislación de los Estados⁷⁴. En algunos casos, las partes que optan por utilizar los servicios de un juez privado pueden personalizar los procedimientos y adaptarlos a su propio horario, por lo que tienen la capacidad de minimizar las interrupciones en su vida laboral y personal. En cambio, en otros, este método se encuentra incorporado a programas judiciales, de forma que las partes puedan ser obligadas a acudir a él⁷⁵.

Al igual que sucedía en el anterior método, en este caso, presenta unas desventajas: en primer lugar, puede resultar más caro incluso que el propio proceso judicial; en segundo lugar, la participación de las partes es escasa, toda vez que se delega en la figura del tercero la solución del conflicto; por último, su utilidad se encuentra en la resolución de conflictos que sean meramente jurídicos.

2.9. Special Master

En EE.UU., se creó la figura del *special master* como un adjunto al tribunal cuyo papel es el de prestar asistencia especializada sobre determinadas cuestiones en casos sustancialmente complejos⁷⁶. Nos encontramos ante una marca única de resolución de conflictos relativamente desconocida para muchos mediadores,

⁷² Lo habitual es que el proceso dure un día, aun cuando puede alargarse más si el asunto es muy complejo.

⁷³ Según la ley de California, los jueces privados están obligados a respetar el mismo Código de ética judicial que los jueces públicos. En California, no es infrecuente que las partes recurran a un juez privado para asuntos legales como derecho de familia, contrato, construcción, estatutos reales y disputas de seguros.

⁷⁴ Cuestiones que incluyen los poderes del tercero, los efectos de su decisión y las materias que pueden ser sometidas a este método de resolución de conflictos.

⁷⁵ PUJADAS TORTOSA, V., "Los ADR en Estados Unidos: aspectos destacables de su regulación jurídica"..., *op. cit.*, p. 111.

⁷⁶ A modo de ejemplo, el Colegio de Abogados del Estado de California es responsable de mantener una lista de abogados calificados para servir como un *Special Master*, a fin de acompañar a los oficiales de paz en la realización de búsquedas de pruebas documentales bajo el control de abogados, médicos, psicoterapeutas y miembros del clero (Código Penal Sección 1524).

facilitadores y funcionarios públicos. No obstante, a pesar de su relativo anonimato, a estos maestros se les ha acreditado la resolución de conflictos más creativa e innovadora en la historia del sistema legal de los EE. UU.⁷⁷

Esta figura es designada por un juez –antes del juicio, durante el juicio o después del juicio– para supervisar uno o más aspectos del litigio. Para su designación, lo habitual es que las partes presten su consentimiento, pero si no lo hacen y el tribunal entiende que es necesaria la participación del mismo, podrá hacerlo sin dicho consentimiento.

En consecuencia, es factible que el tribunal que esté conociendo de un determinado asunto pueda designar un *special master*, un tercero neutral, que va a colaborar con el juzgado puntualmente resolviendo un incidente, recibiendo pruebas, realizando actuaciones concretas o actuando como mediador entre las partes. Por ello, es fundamental la imparcialidad del tercero interviniente.

Por último, su retribución será fijada por el propio tribunal que lo designa y en cuanto a sus funciones, vendrán determinadas en la resolución por la que se acuerda su nombramiento.

2.10. Ombudsman

El origen de esta figura se encuentra en Suecia, donde se empleaba en un principio para designar al funcionario público encargado de examinar las quejas de los ciudadanos contra las organizaciones del sector público⁷⁸.

El *ombudsman* representa a un defensor de intereses, que pueden ser del pueblo, de menores, de consumidores o de cualquier otro colectivo, es decir, sirven al público en general y llevan a cabo investigaciones oficiales. A estos se les conoce como *ombudsmen* clásicos, mientras que los *ombudsmen* de las organizaciones son los que prestan servicios informales de solución de conflictos relacionados con cuestiones laborales que afectan a los empleados de una organización o institución⁷⁹.

Por consiguiente, se trata de una figura de gran calado en los países anglosajones y nórdicos que se refiere a un órgano de supervisión de la actuación de las administraciones públicas, entidades u organizaciones a través del conocimiento, prevención e, incluso, resolución de las reclamaciones o quejas que se presenten en el ámbito de su competencia. Este órgano tiene reconocida la función de emitir un dictamen, que en ciertos contextos se considera vinculante y en otros, meramente, consultivo.

La función principal de este defensor no es tanto resolver controversias, sino más bien tratar de rectificar en su conjunto determinadas conductas administrativas que causan conflictos concretos. Así, normalmente, el defensor constituye el reflejo de los valores de la institución a la que representa, por lo que carece de sentido crear esta figura si la institución a la que va a representar no tiene voluntad de intentar resolver los problemas planteados por él. Ahora bien, va a ser objeto de supervisión institucional, con base en elementos estrictamente objetivos a fin de no parecer arbitraria de cara al colectivo al que sirve.

⁷⁷ KELLER, D. B., "Court-Appointed Special Masters: Dispute-Resolvers?". Disponible en <https://www.mediate.com/articles/kellerC.cfm>.

⁷⁸ El término se utiliza como equivalente a Defensor del Pueblo, un cargo público que existe en numerosos regímenes políticos.

⁷⁹ En las Naciones Unidas, el *Ombudsman* ayuda a los funcionarios a abordar las inquietudes que puedan tener en relación con el trabajo y a resolver los conflictos por medios privados. En cuanto a los servicios que puede prestar en el marco de las Naciones Unidas, éstos varían en función de la naturaleza del conflicto. Así, puede ayudar a explorar las opciones a seguir; aportar amplia información sobre las políticas, procedimientos y prácticas de las Naciones Unidas; remitirle a las oficinas o personas correspondientes dentro del sistema de las Naciones Unidas; prestar adiestramiento; ofrecer servicios de mediación o de diplomacia itinerante; y ponerse en comunicación con otras oficinas en relación con su solicitud o transmitir sus inquietudes o recibir información (vid. <http://www.un.org/es/ombudsman/faqs.shtml>).

Para que el defensor realice debidamente su trabajo es preciso que disfrute de plena autonomía en el ejercicio de su función y disponga de los medios necesarios. Para ello, deberá de tener acceso a la información corporativa o institucional correspondiente para realizar sus investigaciones y elevar sus informes y recomendaciones. Estos informes serán el canal de comunicación entre la institución y los intereses del colectivo al que defiende y, además, suelen tener una periodicidad, normalmente de un año.

3. CONCLUSIONES

El sistema judicial se encuentra atravesando desde hace tiempo una profunda crisis. Su duración, envergadura e implicaciones la sitúan en el terreno de lo sistémico. Ello nos lleva a entender que reformar la Justicia se ha convertido en un objetivo inminente y prioritario de los poderes públicos en España. Así pues, la dimensión estructural de esta crisis exige que se adopten medidas que generen opciones que sirvan para solucionar los problemas actuales de nuestra Justicia. Y ello porque, dentro de una sociedad, Justicia y Derecho deben funcionar de manera armónica y equilibrada, evolucionando con los cambios que se requieren para lograr esa paz y orden dentro de las relaciones jurídicas interpersonales. En este sentido, en España, destaca la necesidad de ser informado e instruido en cuanto a las formas y alternativas que existen para resolver las controversias.

La utilización de los mecanismos de resolución de conflictos –la negociación, la conciliación, la mediación o el arbitraje– ha de configurarse como un derecho fundamental del ciudadano incardinado dentro del derecho a la tutela judicial efectiva en su más amplia acepción. Ello no obstante, más allá de estos métodos clásicos, existen otros no tan conocidos en nuestro país, y que son típicos de los sistemas anglosajones, que poseen relevancia en otros ordenamientos jurídicos, fundamentalmente, en EE.UU. En efecto, cualquiera de ellos podría tener perfecta cabida en el nuestro como instrumento de resolución de conflictos. De manera tal que las partes pudiesen optar por uno u otro sistema con base en la utilidad que reportaría al caso concreto en el que estuviesen inmersos.

En definitiva, la utilización de alguno de esos métodos no sólo debe responder al objetivo de evitar o descongestionar la excesiva carga de trabajo de los tribunales, sino que también debe obedecer al necesario cambio de cultura sobre el tratamiento y solución de las controversias al margen de la vía judicial.

4. BIBLIOGRAFÍA

- AZPARREN LUCAS, A. Prólogo de la obra de Pérez Martell, R., *Mediación civil y mercantil en la Administración de Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- BARONA VILAR, S., *Solución extrajudicial de conflictos. Alternative Dispute Resolution y Derecho Procesal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.
- BARONA VILAR, S., “Las ADR en la Justicia del Siglo XXI, en especial la Mediación”, *Revista de Derecho*, Universidad Católica del Norte, Sección: Ensayos, año 18 – núm. 1, 2011.
- BARONA VILAR, S., *Mediación en asuntos civiles y mercantiles en España. Tras la aprobación de la Ley 5/2012, de 6 de julio, de Mediación en asuntos civiles y mercantiles*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- CAPPELLETI, M., “Alternative Dispute Resolution Processes Within the Framework of the World-Wide Access-to-Justice Movement”, *The Modern Law Review*, vol. 56, 1993.
- CARAM, M. E., “Algunas ideas sobre facilitación”, *Mediadores en Red – L@ Revista*, año I, núm. 2, marzo de 2003.
- CASTILLEJO MANZANARES, R., *Del poder de disposición de las partes sobre el proceso civil y sobre sus pretensiones*, La Ley, Madrid, 2014.
- CORTÉS DOMÍNGUEZ, V. y MORENO CATENA, V., *Derecho Procesal Civil. Parte General*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.

- ESCORIHUELA, J. L., "Facilitación de grupos. Una introducción", pp. 3 y 4. Disponible en http://www.bdonline.org/wiki/images/1/1b/Facilitacion_de_Grupos_-_Una_Introduccion.pdf.
- ESCORIHUELA, J. L., "Taller de habilidades del facilitador", *Acciones e Investigaciones Sociales*, 22: 157-226, 2006.
- FERNÁNDEZ-BALLESTEROS, M. A., *Avenencia o ADR. Negociación, Mediación, Peritajes, Conciliación, Pactos y Transacciones*, Iurgium, Madrid, 2014.
- HERCE QUEMADA, V., "La conciliación como medio de evitar el proceso civil", *Revista de Derecho Procesal*, enero-marzo, 1968.
- HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, A., "Los mecanismos alternativos de resolución de litigios (ADR) en el ámbito de los contratos internacionales de construcción", en GARCÍA VILLALUENGA, L., TOMILLO URBINA, J. y VÁZQUEZ DE CASTRO, E. (Dir.), *Mediación, arbitraje y resolución extrajudicial de conflictos en el siglo XXI*, Reus, Madrid, 2010.
- HUERGO LORA, A., *La resolución extrajudicial de conflictos en el derecho administrativo, La transacción, el arbitraje y la reforma de los recursos administrativos*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 2000.
- JAY FOLBERG, J. y TAYLOR, A., *La Mediación: la Resolución de conflictos sin litigio*, Limusa, México, 1996.
- KELLER, D. B., "Court-Appointed Special Masters: Dispute-Resolvers?". Disponible en <https://www.mediate.com/articles/kellerC.cfm>.
- LADRÓN DE GUEVARA, J. B., "Aproximación a la nueva Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje", *Revista Vasca de Derecho Procesal y Arbitraje*, Tomo XVI, enero, núm. 1, 2004.
- LEDERACH, J. P., *Enredos, Pleitos y Problemas. Una guía práctica para ayudar a resolver conflictos*, Ediciones Clara-Semilla, Comité Central Menonita, Guatemala, 1992.
- MARTÍNEZ MARTÍN, R., "La Negociación", en OROZCO PARDO, G., MONEREO PÉREZ, J. L. (Dir.), GONZÁLEZ DE PATTO, R. M. y LOZANO MARTÍN, A. (Coords.), *Tratado de mediación en la resolución de conflictos*, Tecnos, Madrid, 2015.
- MEDINA DÍAZ, F. J., MUNDUATE JACA, L. y MARTÍNEZ PECINO, R., "La enseñanza de la negociación", *Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, núm. 90, 2007.
- ORTUÑO MUÑOZ, J. P. y HERNÁNDEZ GARCÍA, J., "Sistemas alternativos a la resolución de conflictos (ADR): la mediación en las jurisdicciones civil y penal", Documento de trabajo 110/2007, *Revista de la Fundación Alternativas*.
- PAZ LLOVERAS, E. (Coord. científico), *Libro Blanco sobre Mecanismos Extrajudiciales de Solución de Conflictos en España*, AENOR, Madrid, diciembre de 2002.
- PÉREZ MARTELL, R., *Mediación civil y mercantil en la Administración de Justicia*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2008.
- PUJADAS TORTOSA, V., "Los ADR en Estados Unidos: aspectos destacables de su regulación jurídica", *Revista de la Corte Española de Arbitraje*, vol. XVIII, 2003.
- SAIZ GARITAONENDIA, A., "Mediación, Medarb y otras posibles fórmulas en la gestión cooperativa de conflictos", en SOLETO MUÑOZ, H., (Dir.), *Mediación y Resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2011.
- SAIZ GARITAONAENDÍA, A., "El Medarb como procedimiento mixto de resolución de conflictos: luces y sombras", en SOLETO MUÑOZ, H., (Dir.), CARRETERO MORALES, E. y RUIZ LÓPEZ, C. (Coords.), *Mediación y Resolución de conflictos: Técnicas y ámbitos*, Tecnos, Madrid, 2013.

- SAIZ GARITAONANDIA, A., "El medarb y otras fórmulas híbridas de resolución de conflictos", *Revista jurídica Arbitraje, mediación y otros sistemas de resolución extrajudicial de conflictos*, abril de 2014.
- SINGER, L. R., *Resolución de conflictos. Técnicas de actuación en los ámbitos empresarial, familiar y legal*, Paidós, Buenos Aires, 1996.
- SOSPEDRA NAVAS, F. J., *Proceso Civil. La jurisdicción voluntaria*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2016.
- VALIÑO CES, A., "La mediación intrajudicial: la derivación al procedimiento de mediación y la importancia de la sesión informativa", en CASTILLEJO MANZANARES, R. (Dir.) y ALONSO SALGADO, C. (Coord.), *Nuevos debates en relación a la mediación penal, civil y mercantil*, Servicio de Publicaciones e Intercambio Científico, Santiago de Compostela, 2018, pp. 107-120.
- VALIÑO CES, A., "Estudio acerca del arbitraje como mecanismo de resolución de conflictos en el derecho español", *Revista Julgar Online*, marzo de 2019, pp. 1-48.
- VALIÑO CES, A. y ALONSO SALGADO, C., "Notas en relación al acto de conciliación intrajudicial preprocesal a la luz de la Ley 15/2015, de 2 de julio, de la Jurisdicción Voluntaria", en ARECES PIÑOL, M^a. T. (Coord.), *Nuevos modelos de gestión del Derecho privado: Jurisdicción voluntaria*, Aranzadi, Navarra, 2016, pp. 351-369.
- VALL RIUS, A., "Gestión cooperativa de conflictos: Medarb y otras figuras posibles", en GONZÁLEZ-CUÉLLAR SERRANO, N. (Dir.), *Mediación: un método de ? conflictos*, Cóllex, Madrid, 2010, pp. 91-100.
- VINYAMATA CAMP, E., *Aprender mediación*, Paidós, Barcelona, 2003.

Redução a condição análoga à de escravo na sociedade moderna e função social da empresa

Reduction to the similar condition of slave in the modern society and social function of the company

Priscila Luciene Santos de Lima¹

Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM)

Rafael Lima Torres²

Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUCSP)

Sumário: 1. Introdução; 2. O trabalho escravo contemporâneo; 2.1 Nomenclaturas utilizadas em caso de configuração do trabalho em condições análogas à de escravo; 2.1.1 Da diferença: “trabalho escravo” versus “trabalho forçado” ; 2.2 A escravidão por dívidas; 3. A função social da empresa no combate ao trabalho em condições análogas a de escravo; 3.1 Atividade empresarial e Sociedade; 3.2 Função Social; 3.3 A função social da empresa e o projeto do novo Código Comercial; 3.4 A função social do contrato de trabalho e a responsabilidade social do empregador; 3.5 A função social da empresa na supressão dos danos moral e existencial decorrente do excesso de jornada laboral; 4. Considerações finais; 5. Referências bibliográficas.

Resumo: Visa a presente pesquisa pontuar o trabalho escravo na sociedade moderna, suas causas e consequências, bem como de que maneira o ordenamento jurídico brasileiro e internacional atuam no combate desta prática. Em um segundo momento, o trabalho propõe-se a analisar a função social da empresa inserida em uma economia de mercado, inclusive com alusão ao projeto do novo Código Comercial brasileiro, levando em consideração aspectos de sustentabilidade e responsabilidades da pessoa jurídica para a comunidade que está inserida, inclusive, no tocante às garantias e dignidade de seus trabalhadores, corolários constitucionais essenciais ao Estado Democrático de Direito.

Palavras-chave: Trabalho Escravo; Sociedade Moderna; Função Social da Empresa.

Abstract: The research aims to analyze the slave labor in modern society, its causes and consequences, as well as in what way the Brazilian and international legal order act in the combat of this practice. Secondly, the paper proposes to analyze the social function of the company inserted in a market economy, including alluding to the draft

¹ Doutoranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Especialista em Direito Material do Trabalho e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Bacharel em Direito pela Universidade Tuiuti do Paraná (UTP). Professora de Graduação e Pós-graduação Lato Sensu. Advogada.

² Doutorando em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo (PUC/SP). Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Especialista em Direito Penal e Criminologia pela Universidade Federal do Paraná (ICPC/UFPR). Bacharel em Direito pela Universidade Positivo (UP). Professor de Graduação e Pós-graduação Lato Sensu. Advogado.

of the new Brazilian Commercial Code, taking into account aspects of sustainability and responsibilities of the legal entity for the community that is including the guarantees and dignity of its workers, essential corollaries to constitutional democratic rule of law.

Keywords: Slavery; Modern Society; Social function of the company.

1. INTRODUÇÃO

A importância do tema revela-se dado o fato de que o trabalho em condições análogas à de escravo ainda é latente no Brasil, e está diretamente em consonância com o cenário econômico e social atuais. Os aspectos envolvendo os Direitos Constitucional, Empresarial, e do Trabalho são de suma importância para a continuidade do setor empresarial e o desenvolvimento da sociedade.

Inicialmente, o presente trabalho foi desenvolvido visando a conceituar o termo *escravidão*, passando, logo após, a contemporaneidade desta condição, onde se tem tanto em âmbito nacional como internacional, extensas garantias visando à proteção daquele que se encontra em situação de servidão, bem como vem tratar da processualística para apuração e punição daqueles que submetem o ser humano a condições análogas à de escravo.

Através deste tema, visa-se ampliar o conhecimento acerca do trabalho em condições análogas a de escravo, analisar o dispositivo que prevê este crime, juntamente com as convenções que versam sobre o assunto, bem como a função social da empresa no combate ao trabalho análogo ao escravo.

2. O TRABALHO ESCRAVO CONTEMPORÂNEO

Inicialmente, importante se faz conceituar a palavra “*escravidão*”, que, segundo LOTTO, “é aquele trabalho exigido pela força, em troca de alimento, trapos para cobrir, sem respeito à dignidade humana ou qualquer direito reconhecido à pessoa subjugada”³.

Cumprе ressaltar que o trabalho escravo não será somente aquele para o qual o trabalhador não tenha se oferecido espontaneamente, porquanto há situações em que este é ludibriado por falsas promessas de ótimas condições de trabalho e salário.

A existência do trabalho escravo se faz presente no Brasil, em especial nas zonas rurais. Como dito por ALEXIM, “*pensa-se em geral que a escravidão é coisa do passado, já erradicada da face da terra*”⁴. Entretanto, a realidade é outra.

Sabe-se que milhares de pessoas ainda se submetem a trabalhar em condições extremamente desumanas, precárias. Neste sentido importante trazer o conceito de LOTTO para se buscar entender a razão deste fenômeno na sociedade moderna: “(...) o interesse econômico é o principal responsável pela escravidão contemporânea, ou seja, a pobreza, localizada em determinadas regiões do país, e o desemprego contribuem substancialmente para o ensejo deste tipo de trabalho”. Além disso, acrescenta ainda às causas da escravidão contemporânea, “a má distribuição de renda, aliada a concentração fundiária nas mãos de poucos.”⁵

De fato, a escravidão existe, embora tenha se apresentado em cada momento da história em diferentes formas. ABREU e ZIMMERMANN, afirmam que: “Os negros eram vendidos pelos portugueses, com permissão da Coroa, aos agricultores e donos de minas. O escravo era propriedade do seu senhor. A

³ LOTTO, L. A. *Ação civil Pública trabalhista contra o trabalho escravo no Brasil*, LTr, 2008, p. 31.

⁴ ALEXIM, J. C. “Trabalho forçado”. *Trabalho escravo no Brasil Contemporâneo*, Loyola, 1999, p. 43.

⁵ LOTTO, L. A. *Ação civil Pública trabalhista contra o trabalho escravo no Brasil*, LTr, 2008, p. 32.

escravidão do período do Brasil colônia existe no Brasil moderno com novos contornos, a começar pela forma dissimulada pela qual é praticada, já que se trata de ato criminoso. Hoje o trabalhador não é mais propriedade do patrão, mas é submetido por fraude, dívida, violência e ameaça que resultam no cerceamento da sua liberdade.⁶

Segundo BELISÁRIO⁷, este trabalho escravo é multirracial, o qual confina os trabalhadores ao local de trabalho, seja por meio da vigilância ostensiva ou por coação psicológica.

Não se fala mais em grilhões ou chibatadas, razão pela qual o *nomen juris* do delito é a redução à condição análoga a de escravo, e não à condição de escravo propriamente dita, não sendo necessária uma verdadeira escravidão, nos moldes praticados na Roma antiga, ou no Brasil colonial, mas sim a completa submissão do ofendido ao agente, que é justamente a ideia fundamental do instituto jurídico da escravidão.

Quando se trata de trabalho escravo no Brasil contemporâneo, PALO NETO afirma que “está se referindo à condição de exploração da pessoa, onde esta é coagida a prestar serviços de qualquer natureza em condições degradantes, sem que possa modificar essa situação”⁸.

Para Albuquerque Sento-Sé, citado por ABREU e ZIMMERMANN, trabalho escravo contemporâneo: “É aquele em que o empregador sujeita o empregado a condições de trabalho degradantes, inclusive quanto ao meio ambiente em que irá realizar a sua atividade laboral, submetendo-o, em geral, a constrangimento físico e moral, que vai desde a deformação do seu consentimento ao celebrar o vínculo empregatício, passando pela proibição imposta ao obreiro de resilir o vínculo quando bem entender, tudo motivado pelo interesse mesquinho de ampliar os lucros às custas da exploração do trabalhador.”⁹

Portanto, o trabalho escravo ocorre quando há o confinamento do trabalhador em determinado lugar, ficando este impedido de exercer seu direito de ir e vir, além de ser exigido dele longas jornadas de trabalho em condições precárias e desumanas.

Assim, tem-se que o trabalho escravo contemporâneo surge de uma coação, de uma ameaça, que está diretamente ligada à pobreza de determinada região e também à ignorância do trabalhador.

2.1 Nomenclaturas utilizadas em caso de configuração do trabalho em condições análogas à de escravo

Neste momento, necessário se faz tratar de um assunto que ainda é discutido entre os doutrinadores: a nomenclatura que melhor se enquadra quando ficar caracterizada a prática do trabalho em condições análogas a de escravo, já que para alguns destes, os termos existentes são apenas sinônimos.

2.1.1 Da diferença: “trabalho escravo” versus “trabalho forçado”

Alguns doutrinadores se utilizam de outras denominações para referir-se ao trabalho em condições análogas a de escravo, já que não há uma definição legal que explique com precisão o que vem a ser esse tipo de trabalho.

Para BRITO FILHO, a denominação mais apropriada para o ato ilícito é o trabalho em condições análogas a de escravo. Contudo, mais adiante afirma: “Nada

⁶ ABREU, L. L.; ZIMMERMANN, D. J. “Trabalho escravo contemporâneo praticado no meio rural brasileiro: abordagem jurídica”. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 69, n. 2, p. 141.

⁷ BELISÁRIO, L. G. *A redução de trabalhadores rurais à condição análoga à de escravos: um problema de direito penal trabalhista*, LTr, 2005, p. 43.

⁸ PALO NETO, V. *Conceito jurídico e combate ao trabalho escravo contemporâneo*, LTr, 2008, p. 74.

⁹ ABREU, L. L.; ZIMMERMANN, D. J. “Trabalho escravo contemporâneo praticado no meio rural brasileiro: abordagem jurídica”. Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 69, n. 2, p. 141.

impede, todavia, que se utilize essa expressão de forma mais reduzida, ou seja, trabalho escravo. É preciso ter em mente, entretanto, que esta é apenas uma redução da expressão mais ampla e utilizada pela lei.”¹⁰

A expressão que encontramos hoje na legislação é “trabalho forçado”, como pode-se observar no Código Penal e na Convenção 29 da OIT. Por esse motivo, Castilho, citado por PALO NETO, entende que o termo melhor utilizado seria trabalho forçado, ao afirmar que “alguns doutrinadores defendem a utilização da expressão consagrada nos instrumentos internacionais como as convenções da OIT, como trabalho forçado, até porque seria mais abrangente que o trabalho escravo”¹¹. Já ABREU e ZIMMERMANN afirmam que: “Embora seja comum a utilização dos termos trabalho escravo e trabalho forçado como sinônimos, alguns doutrinadores fazem distinção entre eles. O trabalho escravo é, na verdade, uma espécie do gênero trabalho forçado, este último definido como um trabalho obrigatório, compelido ou subjugado. É possível afirmar que todo trabalho é forçado, mas nem todo trabalho forçado é escravo.”¹²

Nesse mesmo raciocínio, de que o trabalho escravo é espécie de trabalho forçado, sendo este o gênero, é que MARTINS diferencia os três tipos de trabalho: escravo, forçado e o degradante. Inicialmente, explica que o “trabalho escravo era o que dizia respeito à escravidão, à pessoa não ser livre. Era o feito pelos escravos”¹³.

Adiante, já quanto ao trabalho forçado, afirma que “não só o que a pessoa presta de forma não espontânea, mas também nos casos em que o trabalhador é enganado pelo empregador com falsas promessas”¹⁴.

E por fim, no que tange ao trabalho degradante, faz um breve comentário dizendo que “é o caracterizado por péssimas condições de trabalho. Não há a observância de normas de segurança e medicina do trabalho, de higiene”¹⁵.

Já para BRITO FILHO, verificando a redação do artigo 149 do Código Penal, “o trabalho em condições análogas à de escravo deve ser considerado gênero, do qual o trabalho forçado e o trabalho em condições degradantes são espécies”¹⁶.

Embora alguns doutrinadores entendam que haja diferença entre os termos, o Código Penal brasileiro faz referência apenas ao trabalho forçado, como já dito anteriormente, tipificando como crime, a pessoa que sujeitar alguém a trabalhos forçados ou a jornada exaustiva, quer submetendo-o a condições degradantes, quer restringindo-o a sua locomoção, em razão de dívida contraída no trabalho.

Para BELISÁRIO, “qualquer ato de violência física praticado contra os obreiros com a finalidade de coagi- los a permanecerem no trabalho caracteriza o tipo penal do trabalho forçado, atraindo as sanções do art. 149 do CP”¹⁷.

¹⁰ BRITO FILHO, J. C. M. de. “Trabalho com redução à condição análoga à de escravo: análise a partir do trabalho decente e de seu fundamento, a dignidade da pessoa humana”, em VELOSSO, G. I.; FAVA, M. N., *Trabalho Escravo Contemporâneo: o desafio de superar a negação*. LTr, São Paulo, 2006, p. 130.

¹¹ CASTILHO *apud* PALO NETO, V. *Conceito jurídico e combate ao trabalho escravo contemporâneo*, LTr, 2008, p. 73.

¹² ABREU, L. L.; ZIMMERMANN, D. J. “Trabalho escravo contemporâneo praticado no meio rural brasileiro: abordagem jurídica”, *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, v. 69, n. 2, p. 141.

¹³ MARTINS, S. P. *Direito Processual do trabalho: doutrina e prática forense; modelos de petições, recursos, sentenças e outros*, Atlas, 2008, p. 76.

¹⁴ MARTINS, S. P. *Direito Processual do trabalho: doutrina e prática forense; modelos de petições, recursos, sentenças e outros*, Atlas, 2008, p. 77.

¹⁵ MARTINS, S. P. *Direito Processual do trabalho: doutrina e prática forense; modelos de petições, recursos, sentenças e outros*, Atlas, 2008, p. 77.

¹⁶ BRITO FILHO, J. C. M. de. “Trabalho com redução à condição análoga à de escravo: análise a partir do trabalho decente e de seu fundamento, a dignidade da pessoa humana”, em VELOSSO, G.; FAVA, M. N., *Trabalho Escravo Contemporâneo: o desafio de superar a negação*, LTr, São Paulo, 2006, p. 130.

¹⁷ BELISÁRIO, L. G. *A redução de trabalhadores rurais à condição análoga à de escravos: um problema de direito penal trabalhista*, LTr, 2005, p. 105.

Segundo MELO, o artigo 149 do Código Penal se divide em duas situações, sendo a primeira, a do trabalho forçado, e a segunda, a da condição degradante. Afirma que reduzir alguém à condição análoga à de escravo, submetendo-o a trabalhos forçados, é a primeira condição. Já a segunda condição seria sujeitá-lo a jornada exaustiva. Assim, a terceira seria submeter a condições degradantes de trabalho, e, por fim, a quarta com o empregador, sendo que todas elas identificam o ilícito penal.¹⁸ Sendo assim, conceitua o trabalho forçado como: "O trabalho forçado é aquela situação em que o trabalhador é levado, mediante falsas promessas, de um município para outro, de um Estado para outro da federação, porque naqueles municípios onde ele se encontra não tem condições de desenvolvimento, de sobrevivência. Enfim, são municípios de extrema miséria." ¹⁹

Em outras palavras, o trabalho forçado seria aquela situação em que os trabalhadores sairiam de seus lugares de origem porque não lhes restariam alternativa, sendo mantidos no local da prestação do serviço seja por coação psicológica, moral ou por violência. Nesse sentido, é a definição dada por BELISÁRIO: "Desse modo, trabalho forçado é aquele realizado sob ameaça, justificando porque o legislador incluiu a vigilância ostensiva e a retenção de documentos ou objetos pessoais do trabalhador, com o fim de retê-lo no local de trabalho, como condutas incriminadoras do plágio, bem como o cerceamento do uso de qualquer meio de transporte por parte do trabalhador, para retê-lo no local de trabalho." ²⁰

Embora o termo "trabalho escravo" e "trabalho forçado" sejam utilizados, na maioria das vezes, como sinônimos, MELO traz uma clara definição acerca dessas nomenclaturas, distinguindo o trabalho escravo ou forçado das formas degradantes de trabalho. Inicia dizendo que aquele é "toda modalidade de exploração do trabalhador em que este esteja impedido, moral, psicológica e/ou fisicamente, de abandonar o serviço, no momento e pelas razões que entender apropriados, a despeito de haver, inicialmente, ajustado livremente a prestação dos serviços" ²¹.

Afirma, ainda, que é imprescindível para a caracterização deste tipo de trabalho que o trabalhador seja coagido de uma dessas formas citadas acima a permanecer prestando os serviços impostos, ficando assim, impossibilitado de se desligar de seu emprego. Ademais, MELO ensina: "Será moral quando o tomador dos serviços, valendo-se da pouca instrução e do elevado senso de honra pessoal dos trabalhadores, geralmente pessoas pobres e sem escolaridade, submete estes a elevadas dívidas, constituídas fraudulentamente com o fito de impossibilitar o desligamento de trabalhador." ²²

Será psicológica quando o trabalhador for ameaçado de sofrer violência, a fim de que permaneça trabalhando. Tais ameaças dirigem-se, normalmente, à integridade física do trabalhador, sendo comum, em algumas localidades, a utilização de empregados armados para exercerem esta coação.

Por fim, identifica as péssimas condições de trabalho existentes para a configuração do trabalho escravo ou forçado, segundo o qual, estaremos diante das formas degradantes de trabalho quando, por exemplo, os alojamentos não tiverem as mínimas condições de habitação, como ausência de instalações sanitárias no local; quando não houver fornecimento gratuito de instrumentos para a prestação de serviços e também de equipamentos de proteção individual. Igualmente, quando não forem fornecidos materiais de primeiros socorros, como também a não utilização de

¹⁸ MELO, L. A. C. de. "Trabalho Escravo Contemporâneo", Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 75, n. 1, p. 94-98.

¹⁹ MELO, L. A. C. de. "Trabalho Escravo Contemporâneo", Revista do Tribunal Superior do Trabalho, v. 75, n. 1, p. 98.

²⁰ BELISÁRIO, L. G. *A redução de trabalhadores rurais à condição análoga à de escravos: um problema de direito penal trabalhista*, LTr, 2005, p. 105.

²¹ MELO, L. A. C. de. "Premissas para um eficaz combate ao trabalho escravo", Revista do Ministério Público do Trabalho, v. 26, n. 1, p. 14.

²² MELO, L. A. C. de. "Premissas para um eficaz combate ao trabalho escravo", Revista do Ministério Público do Trabalho, v. 26, n. 1, p. 15.

transporte seguro e adequado aos trabalhadores os configurará.

Por trabalho degradante, BELISÁRIO entende como “aquele realizado em determinadas condições que afrontam a dignidade do trabalhador” e ainda, “é aquele realizado sem respeito às regras de segurança e medicina do trabalho, que violam o direito a uma vida digna e a integridade física dos obreiros”²³, sendo assim, o entendimento de BRITO FILHO, ao afirmar que: “(...) se o trabalhador presta serviços exposto à falta de segurança e com riscos à sua saúde, temos o trabalho em condições degradantes. Se as condições de trabalho mais básicas são negadas ao trabalhador, como o direito de trabalhar em jornada razoável e que proteja sua saúde, garanta-lhe descanso e permita o convívio social, há trabalho em condições degradantes. Se, para prestar o trabalho, o trabalhador tem limitações na sua alimentação, na sua higiene, e na sua moradia, caracteriza-se o trabalho em condições degradantes. Se o trabalhador não recebe o devido respeito que merece como ser humano, sendo, por exemplo, assediado moral ou sexualmente, existe trabalho em condições degradantes.”²⁴

Sendo assim, conforme a explicação acima, configura-se trabalho degradante toda vez que não for respeitado os direitos mínimos que asseguram a dignidade de um trabalhador, quando, por exemplo, o empregador não garantir segurança, higiene, saúde e alimentação, bem como não fornecer condições mínimas de trabalho e moradia ao seu empregado.

Após breve comentário acerca da redação do artigo 149 do Código Penal, não pode-se deixar de lado a Convenção 29 da OIT (2011), que define trabalho forçado como aquele serviço exigido de um indivíduo sob a ameaça de qualquer tipo de sanção e para o qual ele não se ofereceu espontaneamente. Portanto, como explica BRITO FILHO, “a nota característica do conceito dessa espécie, então, é a liberdade”²⁵. Do conceito de trabalho forçado extraído do art. 2º da Convenção em comento, para BELISÁRIO, “verifica-se que ele é todo trabalho exigido sob ameaça ou imposição de uma penalidade”²⁶.

Sobre o trabalho forçado, PORTELA, entende que “é oposto à ideia de trabalho livremente escolhido ou aceite”²⁷. Entretanto, enumera as atividades que não serão consideradas trabalhos forçados ou obrigatórios, ainda que não tenham sido livremente aceitas pelo trabalhador: “Incluem-se nessas práticas: os trabalhos exigidos de indivíduos condenados judicialmente e que estejam detidos ou livres condicionalmente; os serviços de caráter militar e o serviço civil exigido dos objetores de consciência; os serviços exigidos nos casos de força maior ou de sinistros que ameacem a vida ou o bem-estar da comunidade; os serviços que façam parte das obrigações cívicas normais; e pequenos trabalhos de uma comunidade, isto é, trabalhos executados no interesse direto da coletividade pelos membros desta, contanto que a população ou seus representantes diretos tenham o direito de se pronunciar sobre a necessidade desse trabalho.”²⁸

Além disso, não podemos deixar de citar a Convenção 105 da OIT (2011), que embora não defina trabalho escravo, faz, contudo, menção aos trabalhos que

²³ BELISÁRIO, L. G. *A redução de trabalhadores rurais à condição análoga à de escravos: um problema de direito penal trabalhista*, LTr, 2005, p. 116-117.

²⁴ BRITO FILHO, J. C. M. de. “Trabalho com redução à condição análoga à de escravo: análise a partir do trabalho decente e de seu fundamento, a dignidade da pessoa humana”, em VELOSSO, G.; FAVA, M. N, *Trabalho Escravo Contemporâneo: o desafio de superar a negação*, LTr, São Paulo, 2006, p. 133.

²⁵ BRITO FILHO, J. C. M. de. “Trabalho com redução à condição análoga à de escravo: análise a partir do trabalho decente e de seu fundamento, a dignidade da pessoa humana”, em VELOSSO, G.; FAVA, M. N, *Trabalho Escravo Contemporâneo: o desafio de superar a negação*, LTr, São Paulo, 2006, p. 130.

²⁶ BELISÁRIO, L. G. *A redução de trabalhadores rurais à condição análoga à de escravos: um problema de direito penal trabalhista*, LTr, 2005, p. 105.

²⁷ PORTELA, P. H. G. *Direito Internacional Público e Privado*, JusPODVIM, 2011, p. 425.

²⁸ PORTELA, P. H. G. *Direito Internacional Público e Privado*, JusPODVIM, 2011, p. 426.

configuram medida de coerção ou de educação política; como castigo por expressões ideológicas; meio de disciplinar a mão-de-obra; punição por participação em greves e medida de discriminação racial, social, nacional ou religiosa.

2.2 A escravidão por dívidas

Na atualidade, a escravidão por dívidas, também conhecida como servidão por dívida, *truck system* ou sistema de barracão, tem sido o modo de escravidão mais presente em nossa sociedade, incidente em todas as regiões do país, em maior concentração na região norte, região Amazônica, zonal rural.²⁹

A escravidão por dívida surge a partir do momento em que o trabalhador se compromete a prestar serviços de natureza pessoal ou até mesmo em favor de alguém, mas em troca de algo, ou melhor, em garantia de uma dívida. Sendo assim, PALO NETO afirma que: "Nessa forma de exploração, a pessoa dá-se a si própria como penhor de um empréstimo de direito, mas a duração e a natureza do serviço não são definidas e o trabalho, normalmente, não reduz a dívida original, fazendo com que permaneça um vínculo de dependência por longo período."³⁰

Sobre esta forma de escravidão, LOTTO afirma que esta: "inaugura-se com as despesas de transporte, visto que os locais de trabalho são de difícil acesso, o transporte existente é irregular e inseguro e deste modo, a liberdade de locomoção é constrangida"³¹. E mais adiante, exemplifica os casos mais frequentes de servidão por dívida, dizendo que: "O processo inicia-se quando o trabalhador vai trabalhar em lugar ermo, distante dos mercados e os fazendeiros colocam à sua disposição, dentro da própria fazenda, armazéns, barracão ou 'bolicho', local de venda de diversos produtos úteis, tais como: alimentos, ferramentas, remédios, materiais de higiene e limpeza, dentre outros, para consumo."³²

Ao fazer um breve histórico do trabalho humano, JORGE NETO e CAVALCANTE destacam sobre a escravidão e afirma: "Em vários locais, notadamente nas áreas rurais, os empregados são obrigados a comprar os alimentos para a sua subsistência no armazém da fazenda, a preço exorbitante, não tendo condições de quitar as dívidas, ficando, indefinidamente, sujeitos aos mandos e desmandos dos patrões."³³

Para uma melhor compreensão acerca do tema, interessante é o parecer da Coordenadora Nacional de Combate ao Trabalho Escravo no Brasil, Patrícia Audi, citado por LOTTO³⁴, ao afirmar que o adiantamento, o transporte e até mesmo as despesas que os trabalhadores têm com alimentação durante a viagem são contabilizados individualmente em um caderno de dívidas, que fica aos cuidados do gerente da fazenda, e o pior, sem que os obreiros

Outrossim, frise-se que a CLT veda expressamente esta prática, conforme preceituado no artigo 462, §§ 2º e 3º: "Art. 462 - Ao empregador é vedado efetuar qualquer desconto nos salários do empregado, salvo quando este resultar de adiantamentos, de dispositivos de lei ou de contrato coletivo. § 2º - É vedado à empresa que mantiver armazém para venda de mercadorias aos empregados ou serviços estimados a proporcionar-lhes prestações 'in natura' exercer qualquer coação ou induzimento no sentido de que os empregados se utilizem do armazém ou dos serviços. § 3º - Sempre que não for possível o acesso dos empregados a

²⁹ LOTTO, L. A. *Ação civil Pública trabalhista contra o trabalho escravo no Brasil*, LTr, 2008, p. 38.

³⁰ PALO NETO, V. *Conceito jurídico e combate ao trabalho escravo contemporâneo*, LTr, 2008, p. 82.

³¹ LOTTO, L. A. *Ação civil Pública trabalhista contra o trabalho escravo no Brasil*, LTr, 2008, p. 38.

³² LOTTO, L. A. *Ação civil Pública trabalhista contra o trabalho escravo no Brasil*, LTr, 2008, p. 38.

³³ JORGE NETO, F. F.; CAVALCANTE, J de Q. P. *Manual de Direito do Trabalho*, Lumen Juris, 2004, p. 5.

³⁴ LOTTO, L. A. *Ação civil Pública trabalhista contra o trabalho escravo no Brasil*, LTr, 2008, p. 38.

armazéns ou serviços não mantidos pela Empresa, é lícito à autoridade competente determinar a adoção de medidas adequadas, visando a que as mercadorias sejam vendidas e os serviços prestados a preços razoáveis, sem intuito de lucro e sempre em benefício dos empregados.”

Note-se, portanto, que essa prática é totalmente descabida. Primeiro porque afronta totalmente à legislação constitucional, infraconstitucional e as normas internacionais, ao ignorar princípios, como o da intangibilidade e o da irredutibilidade do salário. Segundo porque o trabalhador sequer tem o controle do que está sendo registrado no caderno de dívidas. Terceiro porque o valor das mercadorias é vendido com preços excessivos, fazendo com que o empregador realize o pagamento mediante bens in natura. Com relação a esta última, ressalta LOTTO: “Tal prática é proibida, conforme determina o art. 7º, itens 1 e 2 da Convenção n. 95 da OIT, sobre a proteção do salário (utilização das lojas e / ou estabelecimentos ligados aos trabalhadores) e, na legislação brasileira, o art. 462, §§ 2º e 3º, da CLT, que proíbe a coação ou induzimento pelo empregador à venda, realizada dentro do local de trabalho, destinado ao pagamento in natura, e cobrar preços acima do razoável; e o art. 9º, a e b, e o § 1º da Lei n. 5.889/73 que estabelecem os descontos do trabalhador rural, no limite de 20% para moradia e 25% para fornecimento de alimentação.”³⁵

A escravidão por dívida fica configurada, portanto, quando há uma proposta de emprego aparentemente vantajosa ao trabalhador. Promessas são feitas, como, por exemplo, de que serão muito bem recompensados. Mas isso tudo não passa de uma grande mentira. Sem contar que, por trabalharem em locais distantes, são obrigados a consumir somente os produtos disponíveis no armazém da própria fazenda onde trabalham, sendo que estes são vendidos com preços absurdos e descontados no ato do pagamento do salário, tudo para sua subsistência, buscando sempre melhorar sua condição de vida e de sua família.

3. A FUNÇÃO SOCIAL DA EMPRESA NO COMBATE AO TRABALHO EM CONDIÇÕES ANÁLOGAS A DE ESCRAVO

No feudalismo para Guimarães³⁶, o único fator da riqueza era a terra, onde o clero e a nobreza detinham total controle sobre a sociedade. O “costume do feudo” tinha um significado muito expressivo em que não era permitido que os servos fossem separados das terras e vendidos (como foi feito com os escravos), o que garantia uma segurança. Mesmo vivendo dificuldades o senhor do feudo garantia a eles terra para cultivar e manter a sobrevivência.

HUBERMAN A Igreja era a instituição dominante justificando com base nos princípios bíblicos o que era “certo” ou “errado”, ameaçando quem violasse as regras ao “fogo do inferno” e aos poucos foi se despreocupando com o bem público e espiritual e relevando o caráter econômico.³⁷

Em relação aos bens da Igreja e da nobreza GUIMARÃES comenta que: “Acontecia, porém, que toda a riqueza da Igreja e da nobreza estava empatada na terra ou em reservas de ouro e prata guardados em cofres. Não existia praticamente nenhuma movimentação de capital, uma vez que não havia quase nada para ser comprado. Nas aldeias feudais, basicamente auto-suficientes, ocorria pequeno intercâmbio de mercadorias.”³⁸

Aos poucos foi surgindo uma classe média ligada aos negócios, a qual foi responsável por alterações na estrutura da sociedade, estabelecendo um acordo

³⁵ LOTTO, L. A. *Ação civil Pública trabalhista contra o trabalho escravo no Brasil*, LTr, 2008, p. 39.

³⁶ GUIMARÃES, H. W. M. “Responsabilidade Social da Empresa”, *Revista Administração Empresarial*, 1984, p. 213.

³⁷ HUBERMAN, L. *História da riqueza do homem*, Zahar, 1981, p. 24.

³⁸ GUIMARÃES, H. W. M. “Responsabilidade Social da Empresa”, *Revista Administração Empresarial*, 1984, p. 214.

entre a burguesia e a realeza. Normalmente nas palavras de GUIMARÃES: "a burguesia colocava à disposição do Estado seus recursos financeiros e seu conhecimento sobre os negócios, enquanto o Estado, em contrapartida, lhe assegurava privilégios econômicos e sociais, bem como regulamentava uma rigorosa subordinação." ³⁹

Um outro momento importante foi o mercantilismo que por sua vez segundo DOBB⁴⁰, que surgiu em meio a uma época que a economia europeia estava em transição do feudalismo ao capitalismo emergindo as nações-Estado, tornando-se onipotente, desbancando a posição dominante da Igreja e passando a definir o que constituía interesse público, bem como os papéis a serem desempenhados pelos agentes privados para atingimento do bem coletivo.

Para CARVALHO⁴¹ a política econômica mercantilista estava voltada para três objetivos principais: o primeiro era o do desenvolvimento da indústria, para isso o governo concedia a alguns grupos o monopólio de determinados ramos da produção ou até mesmo criava as manufaturas do Estado quais tinham por objetivo criar a auto suficiência econômica. Um segundo objetivo seria o crescimento do comércio o qual era incentivado por companhias comerciais, como a Companhia das Índias Ocidentais e Orientais e da organização de Vastos Impérios coloniais.

E no terceiro objetivo seria a expansão do poderio naval a qual visava garantir a comunicação entre metrópoles europeias e seus impérios coloniais, para a realização de comércio entre as duas regiões assim como para a redução do comércio em escala mundial. Na revolução industrial conforme DOBB⁴², se sucedeu com uma sessão de mudanças que aconteceram na Europa nos séculos XVIII e XIX gerando profundo impacto no processo produtivo em nível econômico e social. Uma significativa particularidade dessa revolução foi a substituição do trabalho artesanal pelo assalariado e com o uso das máquinas. Salienta Guimarães "as máquinas, que poderiam ter tornado mais ameno o trabalho, tornaram-se na realidade verdadeiros "monstros sagrados". Os operários tinham que se submeter ao ritmo dos seus movimentos, sob o controle rigoroso do capataz"⁴³.

GUIMARÃES⁴⁴ relata que na Inglaterra durante o contexto da evolução industrial as estatísticas de produção de algodão, ferro, carvão cresceu para 1.000% e com isso acabou minimizando a qualidade de vida e bem estar dos trabalhadores os quais para não morrerem de fome optavam por um trabalho desgastante e desumano.

Portanto neste período a atividade empresarial tinha como principal fim o lucro e concentrava-se somente nos critérios econômicos, desconsiderando de maneira efetiva qualquer tipo de sustentabilidade social..

3.1 Atividade empresarial e Sociedade

Conforme COELHO⁴⁵ empresa é a atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou serviços. Sendo uma atividade, a empresa não tem a natureza jurídica de sujeito de direito nem de coisa. Ela não se confunde com o empresário e muito menos com estabelecimento empresarial. Para o Código Civil, no artigo 966, o empresário é o profissional que exerce de atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens ou de serviços.

Segundo FORTES "atividade empresarial pode ser entendida como a

³⁹ GUIMARÃES, H. W. M. "Responsabilidade Social da Empresa", Revista Administração Empresarial, 1984, p. 215.

⁴⁰ DOBB, M. *A Evolução do Capitalismo*, Zahar, 1981.

⁴¹ CARVALHO, Maria. A. *Economia Internacional*, Saraiva, 2007.

⁴² DOBB, M. *A Evolução do Capitalismo*, Zahar, 1981.

⁴³ GUIMARÃES, H. W. M. "Responsabilidade Social da Empresa", Revista Administração Empresarial, 1984, p. 213.

⁴⁴ GUIMARÃES, H. W. M. "Responsabilidade Social da Empresa", Revista Administração Empresarial, 1984, p. 214.

⁴⁵ COELHO, F. U. *Manual de Direito Comercial*, Saraiva, 2002.

articulação para a circulação dos fatores de produção capital, mão-de-obra, insumo e tecnologia”⁴⁶. Ainda, para ele, os fatores de produção são desenvolvidos por pessoa natural ou jurídica para a produção ou circulação de bens ou serviços através de um estabelecimento empresarial que visa lucro.

Se tratando de sociedade o artigo 981 do Código Civil Brasileiro institui o conceito de "sociedade" da seguinte forma: "Celebram contrato de sociedades as pessoas que reciprocamente se obrigam a contribuir com bens ou serviços, para o exercício de atividade econômica (um ou mais negócios determinados) e a partilha, entre si, dos resultados."

No entanto, não é considerado como "autônomo" ou "empresário" (já que estes atuam individualmente), mas sim uma autêntica "sociedade", quando mais de uma pessoa, com os mesmos propósitos e objetivos econômicos, se reúnem para a realização de negócios em conjunto e a partilharem os resultados entre si.

COELHO⁴⁷ define sociedade empresária como um tipo de agregação de esforços de diversos agentes, os quais tem comum interesse nos lucros que uma atividade econômica complexa normalmente sob a forma de sociedade limitada ou sociedade anônima.

Na sociedade limitada, para GITMAN⁴⁸, é quando duas ou mais pessoas se juntam para formar uma empresa, estabelecendo uma sociedade empresarial através de um contrato social, onde constará seus atos constitutivos, forma de operação, as normas da empresa e o capital social onde será dividido em cotas de capital, onde a responsabilidade pelo pagamento das obrigações da empresa, é limitada a participação dos sócios.

3.2 Função Social

As organizações empresárias se deparam, frente a uma sociedade globalizada e dinâmica, com a necessidade de atuar em prol do equilíbrio social e, ao mesmo tempo, auferir lucro e atender as expectativas de seus acionistas/sócios.

Mais do que isso, todo o público que se relaciona com a empresa, denominados de *stakeholders*, demandam transparência nas negociações como condição para estabelecerem relações comerciais, pois a imagem e credibilidade a ser passada ao mercado consumidor é um bem de valor, muitas vezes, inestimável.⁴⁹

O conceito *stakeholder* emergiu na obra de FREEMAN⁵⁰ como sendo qualquer indivíduo ou grupo que pode afetar ou ser afetado pela organização durante o processo de busca de seus objetivos.⁵¹

A necessidade de preocupação com tais relacionamentos é relevante, sendo os *stakeholders* dos setores governamentais, comunidade/sociedade civil e academia importantes pois devem fazer parte da estratégia dos negócios da empresa, na busca do desenvolvimento sustentável.⁵²

⁴⁶ FORTES, J. C. "O NOVO CÓDIGO CIVIL - Reflexos nas atividades empresarial e contábil (7a. Parte)", em: <<https://www.classecontabil.com.br/o-novo-codigo-civil-reflexos-nas-atividades-empresarial-e-contabil-7a-parte/>>. Acesso em 04/01/2017.

⁴⁷ COELHO, F. U. *Manual de Direito Comercial*, Saraiva, 2002.

⁴⁸ GITMAN, L. J. *Princípios de administração financeira*, Habra, 1997.

⁴⁹ MACÊDO, I. I. de. *Ética e sustentabilidade*, Ed. FGV, 2015, p. 72.

⁵⁰ FREEMAN *apud* KAO, F.; CRUZ, C. R. M. da. "A Percepção de Valor pelo Stakeholder Comunidade". XVIII SEMEAD – Seminários em Administração, novembro de 2015. Disponível em <http://sistema.semead.com.br/18semead/resultado/trabalhosPDF/1415.pdf> . Acesso em 27/12/2016.

⁵¹ KAO, F.; CRUZ, C. R. M. da. "A Percepção de Valor pelo Stakeholder Comunidade". XVIII SEMEAD – Seminários em Administração, novembro de 2015. Disponível em <http://sistema.semead.com.br/18semead/resultado/trabalhosPDF/1415.pdf> . Acesso em 27/12/2016.

⁵² VIANNA, M. D. B. "Gestão de Sustentabilidade e de Responsabilidade Social no Setor Empresarial: Busca do Atendimento das Recentes Conferências das Nações Unidas". em Meio Ambiente Rio. Disponível em: <http://meioambienterio.com/2016/02/13791/gestao-de->

A partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948, o mundo passou a preocupar-se, de maneira mais efetiva, com uma responsabilidade social, estimulando também empresas a participarem.⁵³ Na visão de SROUR, a responsabilidade social representa “o conjunto de decisões empresariais informadas por meio de instrumento que agregue os interesses dos *stakeholders* e consubstanciadas naquilo que se denomina balanço social, ou sob qualquer outra ferramenta destinada a esse fim.”⁵⁴

A responsabilidade social, portanto, pode ser conceituada como uma prática voluntária (não devendo ser confundida com demandas de caráter compulsório por parte do Estado para com a iniciativa privada). Envolve o benefício da coletividade, seja ela concernente ao público interno (funcionários, acionistas, colaboradores, etc) ou participantes externos (comunidade, parceiros, meio ambiente, consumidores, etc.), ou seja, interesses dos *stakeholders*.

Para SILVA a estruturação do conceito se extrai de uma análise mais aprofundada no significado dentro de sua origem. “A estruturação desse novo conceito passa, por uma análise mais detida do binômio direito subjetivo e dever jurídico. Há, pois, uma relação direta com o termo função que, em linhas gerais, tem o significado de direito ou dever de agir que é instituído por uma lei a uma pessoa, a fim de que se assegure o cumprimento de uma missão.”⁵⁵

COMPARATO, como um dos pioneiros a falar dessa moderna doutrina sobre a função social, assim se propõe a explicar sua consideração: “Se analisarmos mais de perto esse conceito abstrato de função, em suas múltiplas espécies, veremos que o escopo perseguido pelo agente é sempre o interesse alheio, e não o próprio do titular do poder. O desenvolvimento da atividade é, portanto, um dever, mais exatamente, um poder-dever; e isto, não no sentido negativo, de respeito a certos limites estabelecidos em lei para o exercício da atividade, mas na acepção positiva, de algo que deve ser feito ou cumprido.”⁵⁶

O conceito do poder dever no exercício da atividade para cumprimento deste no sentido em atender ao interesse coletivo, quer seja mediante a observância de restrições a sua conduta ou na efetividade de ações que produzam efeitos benéficos para a sociedade focado no interesse coletivo.

3.3 A função social da empresa e o projeto do novo Código Comercial

Para COELHO⁵⁷ o legislador define no novo código comercial no artigo sétimo com clareza a função social da empresa, sendo esta imprescindível para haja segurança jurídica e detalhamento de regras amparando o princípio constitucional, e facilitando também o trabalho dos juízes no momento em que julgam as situações reais, sendo assim um avanço para a sociedade: “Art. 7º. A empresa cumpre sua função social ao gerar empregos, tributos e riqueza, ao contribuir para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade em que atua, de sua região ou do País, ao adotar práticas empresariais sustentáveis visando à proteção do meio ambiente e ao respeitar os direitos dos consumidores, desde que com estrita obediência às leis a que se encontra sujeita. (PL 1.572/2011)”.

Ainda para COELHO⁵⁸ esse artigo instituído no Novo código Comercial contribui de forma significativa na modernização das regras para a atividade empresarial no Brasil. Contudo, em outro exemplo pertinente dado por COELHO⁵⁹, é a previsão de futuro do artigo sétimo deste novo projeto, segundo o qual “a empresa

[sustentabilidade-e-de-responsabilidade-social-no-setor-empresarial/](#) . Acesso em 27/05/2016.

⁵³ MACÊDO, I. I. de. *Ética e sustentabilidade*, Ed. FGV, 2015, p. 76.

⁵⁴ SROUR *apud* MACÊDO, I. I. de. *Ética e sustentabilidade*, Ed. FGV, 2015, p. 78.

⁵⁵ SILVA, O. J. de P. e. *Vocabulário jurídico*, v. II, Forense, 1963.

⁵⁶ COMPARATO, F. K. “Estado, Empresa e Função Social”, *Revista dos Tribunais*. ano 85. v. 732, p. 41.

⁵⁷ COELHO, F. U. *Curso de Direito Comercial*, v. 1, Saraiva, 2012.

⁵⁸ COELHO, F. U. *Curso de Direito Comercial*, v. 1, Saraiva, 2012.

⁵⁹ COELHO, F. U. *Curso de Direito Comercial*, v. 1, Saraiva, 2012.

cumpra a função social ao gerar empregos, tributos e riqueza, ao contribuir para o desenvolvimento econômico, social e cultural da comunidade que atua, da sua região ou país, ao adotar práticas empresariais sustentáveis visando a proteção do meio ambiente e ao respeitar os direitos dos consumidores, desde que com estreita obediência às leis que se encontra sujeita”, sendo o objetivo deste dispositivo inovar o que ali já se encontra nas leis vigentes, jurisprudência e doutrina. Sendo que a promulgação do código se justifica para o cumprimento mais aproximado do ideal e equilibrado da função social nas empresas.

A função social na sua essência constitui o bem comum. É por isso que ela deve prevalecer neste conteúdo das normas jurídicas, contextualização histórica, uma vez que estas têm por finalidade regular as relações em sociedade, de forma que os interesses coletivos tenham predomínio sobre os individuais.

Contextualizando o ambiente empresarial, impõe-se, às organizações, a concepção de que a sustentabilidade empresarial, que antes abrangia o compromisso meramente econômico e mercantilista, atualmente engloba a satisfação dos compromissos sociais que estão positivados no ordenamento jurídico pátrio. É a visão da responsabilidade pelo todo, de cidadania empresarial, de ética da solidariedade, que está contida no princípio denominado função social da empresa.

É de fundamental importância que a empresa, cumpridora de sua função social, realize um acompanhamento constante de suas atuações sociais, com a mensuração periódica dos resultados até então obtidos, como forma de avaliar a eficiência das diretrizes estabelecidas, mediante o registro em relatórios específicos, para assim concluir o cumprimento satisfatório de acordo com o objetivo trazido pelo projeto do Novo Código Comercial.

3.4 A função social do contrato de trabalho e a responsabilidade social do empregador

A Constituição da República estabelece princípios que devem ser observados quando do exercício da atividade empresarial, como a livre iniciativa, e concorrência. Dever-se-á observar, outrossim, os direitos constitucionais dos trabalhadores, visando a valorização da atividade laboral.

A ética empresarial não deve se preocupar apenas ou fundamentalmente com a crítica do comércio e da sua prática. O objeto de reflexão diz respeito a como deve o lucro ser concebido no contexto mais amplo da produtividade e da responsabilidade social, e como podem as grandes corporações, enquanto comunidades complexas, servir tanto aos seus acionistas como à sociedade na qual estão inseridas. A ética empresarial evoluiu de um ataque totalmente crítico ao capitalismo e ao denominado objetivo do lucro, para um exame mais produtivo e construtivo das regras e práticas atinentes aos negócios e às relações sociais deles advindos.

No final do século XX, JACKALL⁶⁰ constatou que muitos empresários estavam convencidos de que os fins justificam os meios, e que o pensamento era de que os que constantemente deixavam de atingir suas metas numéricas não ascendiam na carreira. Se realmente os padrões éticos se deterioraram, especificamente no âmbito empresarial, desde os primórdios do capitalismo, o certo é que a tensão entre a busca do lucro e a responsabilidade social empresarial vem crescendo paulatinamente.⁶¹

Pertinente se faz tecer alguns comentários acerca da obra de JONAS, no ponto estrutural de sua teoria. JONAS empreende seu esforço argumentativo na busca do significado do “princípio responsabilidade”, no sentido de que a responsabilidade não deve ser compreendida como reciprocidade, como responsabilidade jurídica, mas, sim, que a responsabilidade merece ser

⁶⁰ JACKALL, R. “Moral mazes: Bureocracy and managerial work”, Harvard Business Review, 1983 - Business ethics, p. 178.

⁶¹ LEISINGER, K. M., SCHMITT, K. *Ética empresarial: responsabilidade global e gerenciamento moderno*, Vozes, 2001, p. 33.

compreendida enquanto uma imputação causal de atos produzidos por um indivíduo, analogicamente com o que ocorre na relação entre pai e filho.⁶²

A responsabilidade pelas gerações futuras e pelo todo orgânico, neste sentido, demanda profundidade em termos morais de uma determinação muito mais forte, ou seja, no sentido da profunda preocupação com o poder que o indivíduo possui enquanto responsável. A obra de Jonas remete à máxima existencialista sublinhando a responsabilidade – as pessoas estão de certa forma condenadas a ser responsáveis. A partir dessa responsabilidade, surge o amor pelo que ainda não existe, despontando uma ética para o futuro, para as gerações que ainda estão por vir.⁶³

Ao agir já existe a imposição de agir com moralidade, e atuar de forma irresponsável representa a não observância do dever que cabe ao agente. Por isso, para Hans Jonas a responsabilidade não pode ser uma relação recíproca, pois tal relação move o agente apenas em um determinado momento, não incidindo numa ética futurista, compromisso de todos.⁶⁴

A teoria de JONAS mostra-se, de certa maneira, conservadora, indicando que, se preciso for, se faz necessário diminuir a velocidade do progresso, pelo risco que este representa à existência humana quando a ética da responsabilidade não é colocada em prática em uma dimensão finalística. Cuidando da relação entre dever e poder – tema pertinente à ética empresarial e ao tema deste estudo – JONAS menciona que “no caso do homem, e apenas nesse caso, o dever surge da vontade como autocontrole do seu poder, exercido conscientemente: em primeiro lugar em relação ao seu próprio ser”⁶⁵. Assim, em nome do princípio responsabilidade, o homem se torna o primeiro objeto do seu dever, qual seja, não destruir aquilo que ele chegou a ser graças à natureza e por seu modo de utilizá-la.

A ética empresarial é, desta maneira, a pedra de toque da atividade empresarial, que deve reforçar o compromisso econômico, social e ambiental das corporações. Diante disso, é possível concluir que o investimento em programas de *compliance* na empresa é o ponto central para a concepção de uma nova economia de mercado, baseada no princípio responsabilidade, que respeita a natureza humana e contribui para o efetivo desenvolvimento econômico.

Entretanto, todos os esforços para elevar a qualidade ética do agir empresarial com o auxílio de normas empresariais e estatutos de *compliance* estarão fadadas ao fracasso, enquanto os colaboradores, sobretudo aqueles que ocupam posições de comando, apresentarem desvios em sua ética individual.

O aprendizado ético é adquirido através do exercício de condutas virtuosas, pautados no senso de justiça inerentes às regras morais presentes na sociedade. A relevância da prática consubstanciada no que é certo foi destacada por SANDEL: “Ninguém aprende a tocar um instrumento lendo um livro ou assistindo a aulas. É preciso praticar...O mesmo acontece com relação à virtude moral: tornamo-nos justos ao praticar ações justas, comedidos ao praticar ações comedidas, corajosos ao praticar ações corajosas.”⁶⁶

A função social, então no contrato individual de trabalho reflete a sua importância para toda sociedade, uma vez que a continuidade desta contratação gera vínculos para o crescimento econômico da própria empresa, para o impulso do setor empresarial, razão pela qual o contrato individual do trabalho se torna de suma importância para a sustentabilidade da atividade econômica.

O princípio da valorização do trabalho humano e o princípio da livre iniciativa

⁶² JONAS, H. *O Princípio Responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*, Ed. Contraponto, 2006.

⁶³ JONAS, H. *O Princípio Responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*, Ed. Contraponto, 2006, p. 166.

⁶⁴ JONAS, H. *O Princípio Responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*, Ed. Contraponto, 2006, p. 166.

⁶⁵ JONAS, H. *O Princípio Responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*, Ed. Contraponto, 2006, p. 179.

⁶⁶ SANDEL, M. J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*, Civilização Brasileira, 2012, p. 244.

são os pilares fundamentais do ordenamento jurídico econômico. São, também, fundamentos do Estado Democrático de Direito, a teor do artigo 1º, inciso IV, da Constituição da República.

A partir da Revolução Industrial o trabalho ganhou uma nova dimensão, e passou a ser valorizado como elemento econômico e social, pois de um lado é fator preponderante para a ativação dos meios econômicos e, de outro, constitui-se na fonte geradora de recursos para a manutenção do homem e de sua realização pessoal. É tarefa, pois, do novo direito trabalhista valorizar o direito humano do trabalhador em novo patamar, no patamar da responsabilidade social do empregador.

A venda da força de trabalho gera uma relação interpessoal com a empresa (na figura do empresário), estabelecendo uma dependência pessoal do empregado em relação ao empregador, cada dia mais crítica em virtude dos avanços tecnológicos que permitem a substituição, com vantagem econômica para o empresário, do homem pela máquina. Mas é, sobretudo, uma relação na qual emerge o fator humano, o que lhe dá contornos especiais, pois esse homem precisa não apenas sobreviver, mas também de satisfazer necessidades fundamentais de natureza social, emocional, cultural, educacional, segurança, lazer, de desenvolver as suas aptidões, de ter paz e justiça, de ter idêntica oportunidade oferecida a todos, dentre outras.

A proteção da pessoa do trabalhador, de sua saúde, deve prevalecer sob o aspecto patrimonial da relação de emprego, condicionando o empregador às exigências de sua dignidade expressas sob a forma de limitação à liberdade de estruturar o seu conteúdo.

Portanto, faz-se necessária a intervenção estatal para regular as relações trabalhistas, para atuar como contrapeso nessa relação instaurada, frente ao notável desequilíbrio que se instala no liame entre empregado e empregador (com domínio imperativo do capital), e como forma de reparar as desigualdades sociais e de anular, ou ao menos atenuar, os polos opostos de tensões sociais decorrentes (luta secular entre o capital e o trabalho, como pontua Marx), e a ponto de considerar a miséria como sendo uma imoralidade.

3.5 A função social da empresa na supressão dos danos moral e existencial decorrente do excesso de jornada laboral

A atividade empresarial está inserida em um universo caracterizado pelos avanços tecnológicos, concorrência, busca incessante pela lucratividade, dentre outros, fatos que conduzem a uma constante e acelerada mutação nos cenários social e econômico mundial, conduzindo um nova ordem econômica.

A Revolução Industrial foi a propulsora dessa nova ordem econômica e marcou o desenvolvimento da humanidade antes essencialmente extrativista e pouco transformadora abrindo então o debate acerca da Função Social da Empresa. Ao final do século XX o fenômeno da globalização passou a integrar a realidade mundial, sendo que a ideia da globalização pretende fundamentar-se originariamente nas relações econômicas e nas atividades financeiras. O mundo todo aparece unificado com padrões do capitalismo, e pela falta de conflitos, o Estado substitui-se pela iniciativa privada, mostrando assim a globalização sob a égide do mercado. Ainda que quase não subsistam barreiras nacionais para movimentação financeira, existem graves divergências quanto à circulação de mercadorias e serviços, face ao protecionismo que muitos Estados praticam e que é uma maneira de intervenção do Estado nas relações econômicas.⁶⁷

A Constituição da República Federativa do Brasil garante ao homem plena liberdade para empregar os meios de produção de que dispõe, da forma que melhor lhe aprouver, com observância aos ditames legais, para produzir bens e serviços de

⁶⁷ OPUSZKA, P. R.; OLIVEIRA, M. G. de. "Direito e Atividade Econômica – Uma Análise Interdisciplinar sobre a Intervenção Estatal", Revista Jurídica do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA, v. 2, n. 35, p. 455.

interesse dos consumidores, objetivando contabilizar lucro para seus sócios ou acionistas. Todavia, esse agente empresarial tem as suas ações reguladas pelas leis do mercado, e é alvo dos riscos naturais inerentes a sua atividade profissional.

Ocorre que, além de propiciar ao empregador o amplo direito ao exercício da atividade empresarial e desenvolvimento econômico, o Estado deve se preocupar em proporcionar esta ampla e ilimitada proteção aos direitos sobre a propriedade apenas para aquelas propriedades que atendam à sua função social.

É necessário, pois, que as empresas fundam suas atividades calçadas não apenas pela finalidade lucrativa, mas também com vistas ao desenvolvimento social e a garantia da dignidade da pessoa humana do trabalhador.

A ética empresarial é composta primordialmente pela função principal da empresa, qual seja, se mostrar economicamente viável para atender as demandas de seus investidores, todavia também é composta por responsabilidades para com a sociedade e seus trabalhadores. A ética empresarial é então composta também pela responsabilidade relacionada ao dever de cumprir as leis e regulamentos que lhe são impostos bem. Assim, a função social da empresa deve ser observada quando estes se apresentarem incorporados ao sistema jurídico.

A empresa tem sua responsabilidade social para com o trabalhador e para com a sociedade como um todo, eis que são os agentes diretos atingidos pelas suas práticas. Deve-se, pois, discutir as suas práticas sob o ponto de vista ético, colocando em pauta a questão de que o lazer, a saúde e a família se tratam de necessidades básicas transcendental.

Nos tempos modernos, não há como se admitir a existência de corporações tradicionais que não possuam uma sensibilidade social aguçada e efetiva. Isso significa que a busca do lucro não dá permissão para que seja desprezada a valorização da dignidade da pessoa humana, representada, em síntese, pelo devido respeito ao bem-estar dos empregados e da comunidade do entorno; pela permanente otimização da qualidade de seus bens ou de seus serviços; pela lealdade para com o Estado e fornecedores, e pela preservação do meio ambiente.

A Função Social está positivada no Capítulo que trata da 'Ordem Econômica', no Art. 170, da Constituição Federal: A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social [...]". Para que tal ideário seja viabilizado, é imprescindível que sejam observados os princípios que estão estatuídos no mesmo Art. 170.

O conceito de responsabilidade social empresarial ou corporativa, é cunhado no âmbito da teoria das organizações, como uma das funções organizacionais a serem administradas, no fluxo das relações e interações, que se estabelecem entre os sistemas empresariais específicos e o sistema social mais amplo. Da mesma forma que todas as pessoas têm plena liberdade para o exercício de qualquer atividade econômica (§ único, do Art. 170, da Constituição Federal), elas têm, também, o dever de, no exercício de seu direito, valorizar a dignidade da pessoa humana.

No âmbito empresarial, é imperioso que se preze pela convivência do lucro com a responsabilidade social, uma vez que uma condição, não deve inibir a outra, mas sim existirem de maneira harmoniosa e integrada.

A responsabilidade social tem estreita ligação com os deveres que as leis impõem na conduta dos negócios da empresa, bem como dos investimentos que tenham como meta beneficiar a si própria, indiretamente, ainda que aparentemente beneficie a comunidade.

A verdadeira responsabilidade social elege a sociedade como o alvo fundamental de suas ações espontâneas e positivas. Se a sociedade receber apenas resíduos de ações positivas, ainda que espontâneas, cuja meta maior é o benefício da própria empresa, ou se a ação benéfica dessa empresa limita-se a obedecer às exigências legais, não se está diante de uma responsabilidade social pura, não sendo isto exemplo de responsabilidade social, tampouco de cidadania de cidadania corporativa.

Está instaurada, então, uma dicotomia, que não se soluciona com tanta

facilidade, mas que não permite a tomada de decisões simplistas, em detrimento do lado aparentemente mais frágil (ou mais desarticulado), que é o corpo social, como ocorre na grande maioria das oportunidades. E isso se deve ao fato de que a sociedade necessita da empresa, porém, em igual intensidade, a empresa não existiria, e nem teria razão de ser, sem a sociedade. A empresa não é algo estanque, distante da realidade social, mas sim, uma entidade partícipe dessa mesma realidade social, uma vez que está envolvida e recebe as influências positivas e negativas do meio onde está estabelecida.

A empresa está inserida num contexto social e as suas ações devem ser benéficas para a sociedade, contudo, esta mesma empresa recebe feed back positivo ou negativo das reações dessa sociedade.

Partindo desta lógica, a base da responsabilidade social é a ética, ou seja, fazer o que é certo, o que expressa a linha principiológica adotada pela organização. Não há responsabilidade social sem ética nos negócios, uma vez que não há qualquer fundamento em uma empresa que paga mal seus funcionários, corrompe a área de compras de seus clientes, paga propinas a fiscais do governo e, ao mesmo tempo, desenvolve programas voltados a entidades sociais da comunidade. Este comportamento antagônico conflita com qualquer intenção de atendimento à responsabilidade social.⁶⁸

Em razão disso, não é coerente considerar que organizações que recebem recursos públicos ou privados deixem de recolher seus tributos, remunerar dignamente seus funcionários, honrar com compromissos firmados com fornecedores e parceiros negociais e cometam agressões ao meio ambiente.

VIANNA ressalta a relação intrínseca que existe entre a gestão de sustentabilidade e a responsabilidade social da empresa, através do gerenciamento de diversas questões que envolvem riscos e demais fatores relevantes à toda a sociedade: "Os novos conceitos de *gestão de sustentabilidade e responsabilidade social empresarial* exigem que as questões de inovação, tecnologia, gerenciamento de riscos, gerenciamento ambiental, saúde e de segurança do trabalho e das populações ao redor das empresas, melhoria e cuidado com produtos e serviços do ponto de vista da saúde e segurança dos consumidores, qualidade e cuidados com os assuntos sociais devem ser parte integrante de todos os esforços e ações da direção da empresa e de todos os seus funcionários, não apenas como cumprimento das exigências legais, mas principalmente como uma questão de consciência e responsabilidade perante toda a sociedade, na busca do desenvolvimento sustentável, melhoria de eficiência e competitividade dos negócios no curto, médio e longo prazo."⁶⁹

Relevante ressaltar que um dos fatores primordiais no sucesso da gestão de sustentabilidade e responsabilidade social, envolvendo as questões econômicas, inovação, socioambientais, segurança do trabalho, saúde e sociais é o comprometimento da alta gestão, o que, por sua vez, se alastrará a todos os níveis da empresa.⁷⁰

Para que haja efetividade, contudo, este comprometimento deve ser expresso por meio de uma política de sustentabilidade (envolvendo as questões hídrica, ambiental, de segurança do trabalho, saúde e social), escrita de forma clara,

⁶⁸ Instituto Ethos de Responsabilidade Social. Valores, Transparência e Governança. En: <http://www3.ethos.org.br/conteudo/gestao-socialmente-responsavel/valores-transparencia-e-governanca/#.V0ne-mPcOt8>. Acesso em 27/12/2016.

⁶⁹ VIANNA, M. D. B. "Gestão de Sustentabilidade e de Responsabilidade Social no Setor Empresarial: Busca do Atendimento das Recentes Conferências das Nações Unidas". En: Meio Ambiente Rio <<http://meioambienterio.com/2016/02/13791/gestao-de-sustentabilidade-e-de-responsabilidade-social-no-setor-empresarial/>>. Acesso em 27/05/2016.

⁷⁰ VIANNA, M. D. B. "Gestão de Sustentabilidade e de Responsabilidade Social no Setor Empresarial: Busca do Atendimento das Recentes Conferências das Nações Unidas". En: Meio Ambiente Rio <<http://meioambienterio.com/2016/02/13791/gestao-de-sustentabilidade-e-de-responsabilidade-social-no-setor-empresarial/>>. Acesso em 27/05/2016.

para ser seguida, implementada e obedecida por toda a organização empresária, seja ela pública ou privada.

O gerenciamento de linha é responsável por assegurar conformidade com esta política, a começar pelos níveis mais altos da empresa e descendo a todos os níveis de hierarquia.⁷¹

A Constituição e as leis não resolvem, imediatamente, os problemas da sociedade. Não basta apenas a formalidade do Direito, sendo necessária, além das disposições textuais positivadas, também a concretização institucional, cultural e social de uma educação ética que busque a mudança de conduta de agentes de delitos econômicos.

Diante de todo esse entendimento, infere-se que os empresários têm a missão de delinear qual é o perfil da sociedade na qual pretendem atuar, como pessoas físicas ou jurídicas, e de pugnarem, de forma efetiva e responsável, com os seus conhecimentos, com a sua estrutura material e com os seus recursos financeiros, para que tal meta seja atingida.

Ignorar essa responsabilidade e transferi-la, pura e simplesmente, para o Estado, é atitude que não se coaduna com uma visão civil contemporânea de empresa, mormente após a promulgação do Código Civil de 2002.

A Concepção da empresa hoje não acompanha o trabalho em condições análogas a de escravo, uma vez que o pensamento defasado de que a empresa existe com a finalidade exclusiva de obter lucro e servir aos propósitos do empresário a qualquer custo não prevalecem em uma sociedade moderna, pautada em princípios constitucionais de garantia, estando a comunidade inserida em um contexto social em que existe a preocupação de se analisar a função social da atividade empresária.

Um claro exemplo disso é trazido pelo artigo 170 da Constituição da República, que determina a fundação da ordem econômica na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, assegurando a todos uma existência digna que é o pilar de sustentação de um Estado sócio-liberal, ou seja, que procura convergir os interesses do capitalismo com os interesses sociais.

É possível dizer, então, que a empresa cumpre a sua função social quando se limita a atender a todas as exigências positivadas nos textos legais, em benefício de seus *stakeholders*.

Por outro lado, somente será considerada uma empresa socialmente responsável se, além de cumprir plenamente a sua função social, proporcionar, por mera liberalidade, porém, sem imposição coercitiva, e de forma regular, perene, uma gama de benefícios sociais para a sociedade, com o intuito de se promover a valorização da dignidade da pessoa humana, comprometendo-se, inclusive, com a eficácia da aplicação desses recursos financeiros e/ou materiais, bem como com os resultados sociais que se pretende atingir.

Tanto a função social, quanto a responsabilidade social corporativa diferem, portanto, da filantropia empresarial, pois esta se limita a auxílios esparsos, acidentais, descompromissados e voluntários, invariavelmente movida por sentimentos religiosos ou de marketing institucional, sem que haja o acompanhamento da empresa para com a efetiva solução do problema que se quer enfocar.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Combater a prática do trabalho em condições análogas à de escravo não é uma tarefa fácil. Isso pode ser percebido claramente, já que decorridos anos e mais anos da abolição oficial da escravidão, dada em 1888 pela Lei Áurea, o Brasil ainda convive e luta contra este fenômeno tão abominável pela sociedade brasileira e também por toda a comunidade internacional.

⁷¹ VIANNA, M. D. B. "Gestão de Sustentabilidade e de Responsabilidade Social no Setor Empresarial: Busca do Atendimento das Recentes Conferências das Nações Unidas". En: Meio Ambiente Rio <<http://meioambienterio.com/2016/02/13791/gestao-de-sustentabilidade-e-de-responsabilidade-social-no-setor-empresarial/>>. Acesso em 27/05/2016.

Há uma questão que ainda é altamente discutida entre os estudiosos, qual seja, a da nomeação dada em casos de configuração do trabalho em condições análogas a de escravo. Chega-se à conclusão de que pouco importa a nomenclatura utilizada para denominar estes tipos de casos. Isto porque há doutrinadores que diferenciam “trabalho escravo” de “trabalho forçado”, afirmando que a melhor denominação a ser utilizada é este último, por ser a expressão encontrada tanto no Código Penal, quanto nas Convenções da OIT.

Contudo, somente por questões de previsão legal é que a expressão “trabalho forçado” seria o mais apropriado, pois tanto este termo, como o outro, poderiam ser utilizados como sinônimos sem problema algum, tanto que grande parte dos doutrinadores denominam o de “trabalho escravo contemporâneo”. Logo, o nome que se atribuiu a este tipo de trabalho é irrelevante. O importante é saber que existe o crime de reduzir alguém à condição análoga a de escravo, sendo este caracterizado toda vez em que há o confinamento do trabalhador em determinado lugar, com longas jornadas de trabalho em condições precárias e desumanas, e que o mesmo deve ser abolido definitivamente.

Ademais, a sociedade deve estar ciente de que as causas que colaboram para a prática do trabalho forçado são bem evidentes, sendo a extrema pobreza localizada em diversas regiões do país; as péssimas condições de vida da população; a não fiscalização por parte do poder público; a impunidade dos empregados e, principalmente, a ineficácia e a demora do órgão jurisdicionado para julgar estes casos.

E mais, embora o Governo brasileiro tenha lutado desde 1995 para o fim do trabalho análogo ao de escravo, toda esta movimentação não foi o bastante, mesmo com o apoio da Organização Internacional do Trabalho – OIT. Vale lembrar que não foram criados apenas projetos e campanhas, mas também instrumentos normativos acerca do tema: as convenções n. 29 e n. 105, ambas ratificadas pelo Brasil, sendo que a primeira, em síntese, assegura as condições mínimas de trabalho que devem ser propiciados ao trabalhador, e a segunda, estipula as medidas a serem adotadas pelos países-membros para a efetiva abolição do trabalho forçado, portanto, uma convenção complementa a outra.

Desta forma, nota-se que não é de hoje que a OIT vem contribuindo para a erradicação do trabalho forçado no Brasil. Sob o aspecto da função social da propriedade privada, ainda, deve-se observar que o labor em condições análogas à de escravo contraria as finalidades social e econômica da propriedade. Os problemas advindos do trabalho escravo vão além da mera inadimplência das parcelas relativas ao trabalho, pois impõem ao empregado o sacrifício do desfrute de sua própria existência.

É necessário, pois, que as empresas alicercem suas atividades calcadas não apenas pela finalidade lucrativa, mas também com vistas ao desenvolvimento social e a garantia da dignidade da pessoa humana do trabalhador como forma de combater o trabalho em condições análogas à de escravo.

5. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ABREU, L. L.; ZIMMERMANN, D. J. “Trabalho escravo contemporâneo praticado no meio rural brasileiro: abordagem jurídica”, *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 69, n. 2, jul/dez, 2003.
- ACCIOLY, H. *Manual de direito internacional público*, Saraiva, 1998.
- ALEXIM, J. C. “Trabalho forçado”, en: VV.AA. *Trabalho escravo no Brasil Contemporâneo*, Loyola, São Paulo, 1999.
- BELISÁRIO, L. G. *A redução de trabalhadores rurais à condição análoga à de escravos: um problema de direito penal trabalhista*, LTr, 2005.
- BRASIL. *Constituição Federal*, Senado Federal, 1988.
- BRASIL. *Consolidação das Leis do Trabalho - CLT*.
- BRITO FILHO, J. C. M. de. “Trabalho com redução à condição análoga à de escravo: análise a partir do trabalho decente e de seu fundamento, a dignidade da pessoa humana”, en: VELOSSO, G.; FAVA, M. N. *Trabalho Escravo*

- Contemporâneo: o desafio de superar a negação*, LTr, São Paulo, 2006.
- CARVALHO, M. A. *Economia Internacional*, Saraiva, 2007.
- COELHO, F. U. *Manual de Direito Comercial*, Saraiva, 2002.
- COELHO, F. U. *Curso de Direito Comercial*, v. 1, Saraiva: 2012.
- COMPARATO, F. K. “Estado, Empresa e Função Social”, *Revista dos Tribunais*, ano 85, v. 732 – outubro, São Paulo, 1996.
- DOBB, M. *A Evolução do Capitalismo*, Zahar, 1981.
- FORTES, J. C. “O NOVO CÓDIGO CIVIL - Reflexos nas atividades empresarial e contábil (7a. Parte)”, en: <<https://www.classecontabil.com.br/o-novo-codigo-civil-reflexos-nas-atividades-empresarial-e-contabil-7a-parte/>>. Acesso em 04/01/2017.
- GITMAN, L. J. *Princípios de administração financeira*, Habra, 1997.
- GUIMARÃES, H. W. M. “Responsabilidade Social da Empresa”, *Revista Administração Empresarial*, Rio de Janeiro, 1984.
- HUBERMAN, L. *História da riqueza do homem*, Zahar, 1981.
- JÚNIOR, F. M. A. “Dano moral decorrente do trabalho em condição análoga à de escravo: âmbito individual e coletivo”, *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 72, n. 3, set/dez, 2006.
- Instituto Ethos de Responsabilidade Social. Valores, Transparência e Governança. En: <http://www3.ethos.org.br/conteudo/gestao-socialmente-responsavel/valores-transparencia-e-governanca/#.V0ne-mPcOt8> . Acesso em 27/12/2016
- JACKALL, R. “Moral mazes: Bureocracy and managerial work”, *Harvard Business Review*, 1983 - Business ethics,
- JONAS, H. *O Princípio Responsabilidade: ensaio de uma ética para a civilização tecnológica*, Ed. Contraponto, 2006.
- JORGE NETO, F. F.; CAVALCANTE, J. de Q. P. *Manual de Direito do Trabalho*, Lumen Juris, 2004.
- KAO, F.; CRUZ, C. R. M. da. “A Percepção de Valor pelo Stakeholder Comunidade”, XVIII SEMEAD – Seminários em Administração, novembro de 2015. En: <http://sistema.semead.com.br/18semead/resultado/trabalhosPDF/1415.pdf> . Acesso em 27/12/2016.
- LEISINGER, K. M., SCHMITT, K. *Ética empresarial: responsabilidade global e gerenciamento moderno*, Vozes, 2001.
- LOTTO, L. A. *Ação civil Pública trabalhista contra o trabalho escravo no Brasil*, LTr, 2008.
- MARTINS, S. P. *Direito Processual do trabalho: doutrina e prática forense; modelos de petições, recursos, sentenças e outros*, Atlas, 2008.
- MACÊDO, I. I. de. *Ética e sustentabilidade*, Ed. FGV, 2015.
- MELO, L. A. C. de. “Premissas para um eficaz combate ao trabalho escravo”, *Revista do Ministério Público do Trabalho*, Brasília, v. 26, n. 1, set, 2003.
- MELO, L. A. C. de. “Trabalho Escravo Contemporâneo”, *Revista do Tribunal Superior do Trabalho*, Brasília, v. 75, n. 1, jan/março, 2009.
- OPUSZKA, P. R.; OLIVEIRA, M. C. de. “Direito e Atividade Econômica – Uma Análise Interdisciplinar sobre a Intervenção Estatal”, *Revista Jurídica do Centro Universitário Curitiba – UNICURITIBA*, coord. Viviane Coêlho de Séllos-Knoerr, v. 2, n. 35: Curitiba, 2014.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. Disponível em: <http://www.oit.org.br/trabalho_forcado/oit/convencoes/conv_29.pdf>. Último acesso em: 04/01/ 2017.
- ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO – OIT. Disponível em: <http://www.oit.org.br/trabalho_forcado/oit/convencoes/conv_105.pdf>. Último acesso em: 04/01/2017.
- PALO NETO, V. *Conceito jurídico e combate ao trabalho escravo contemporâneo*, LTr, 2008.
- PORTELA, P. H. G. *Direito Internacional Público e Privado*, JusPODVIM, 2011.
- ROQUE, S. J. *Direito Internacional Público*, Hemus, 1997.

SANDEL, M. J. *Justiça: o que é fazer a coisa certa*, Civilização Brasileira, 2012.

SILVA, O. J. de P. e. Vocabulário jurídico, v. II, Forense, 1963.

VIANNA, M. D. B. "Gestão de Sustentabilidade e de Responsabilidade Social no Setor Empresarial: Busca do Atendimento das Recentes Conferências das Nações Unidas", Meio Ambiente Rio. Disponível em: <http://meioambienterio.com/2016/02/13791/gestao-de-sustentabilidade-e-de-responsabilidade-social-no-setor-empresarial/>. Acesso em 27/05/2016.

Acción internacional ante los crímenes de violencia sexual en los conflictos armados

International action against crimes of sexual violence in armed conflict

José Javier Fernández Hernández¹
Universidad Internacional de Valencia

Sumario: 1. Introducción; 2. Delimitación del término violencia sexual; 3. La explotación sexual de personas durante las beligerancias; 4. Diferentes manifestaciones de los crímenes sexuales; 5. La acción internacional ante los crímenes de violencia sexual; 6. Conclusiones; 7. Referencias bibliográficas.

Resumen: El presente trabajo trata de abordar la delimitación del crimen de violencia sexual en los conflictos bélicos, sus manifestaciones y la acción internacional para hacer frente a esta práctica. Este delito reviste especial importancia desde múltiples aspectos, pero lo abordaremos desde la categoría de los Derechos Humanos, considerándolo "crimen internacional". Los conflictos bélicos se vienen desarrollando desde los tiempos más remotos, en los que lejos de disminuir el número de violaciones a los derechos personales, cada vez se cometen más, poniendo en peligro la seguridad y la paz global. Por ello, es sumamente importante la investigación y la sanción de estos crímenes por parte de los Órganos de justicia internacional penal así como la respuesta internacional institucionalizada ante este atroz crimen que se desarrolla dentro del marco de las Naciones Unidas.

Palabras Clave: Conflictos armados, derechos humanos, mujeres, violencia sexual.

Abstract: The present work tries to approach the delimitation of the crime of sexual violence in the warlike conflicts, its manifestations and the international action to face this practice. This crime is of special importance from multiple aspects, but we will approach it from the category of Human Rights, considering it an "international crime". War conflicts have been developing since the most remote times, in which, far from reducing the number of violations of personal rights, more and more are being committed, endangering security and global peace. Therefore, the investigation and punishment of these crimes by the International Criminal Justice Bodies as well as the institutionalized international response to this atrocious crime that takes place within the framework of the United Nations is extremely important.

Keywords: Armed conflicts, human rights, women and sexual violence.

¹ En la actualidad está cursando el Máster en Abogacía y Práctica Jurídica en la Universidad Internacional de Valencia. Máster en Seguridad, Paz y Conflictos Internacionales por la Universidad de Santiago de Compostela; Diplomado en Altos Estudios Internacionales por la Sociedad de Estudios Internacionales y Graduado en Derecho por la Universidad Internacional de La Rioja.

1. Introducción

Históricamente se han desencadenado diversos conflictos armados donde la violencia sexual se ha manifestado de múltiples formas. En las distintas culturas el crimen por antonomasia ha sido la violación, produciéndose de manera grupal o individual, en muchos casos con el objetivo realizar una limpieza étnica o genocidio. Esta práctica abominable no solo se da por sí misma, sino que también suele ir acompañada de tratos degradantes e inhumanos, torturas, mutilaciones, etc., que la convierten en una práctica repulsiva, claro ejemplo de la depravación humana que en muchas ocasiones supera los límites de lo aceptable. La violencia sexual siempre ha sido utilizada como instrumento de control dirigida a la dominación y humillación de un grupo determinado. Es un instrumento y una estrategia de guerra dirigida a la dominación, humillación, en palabras de Leatherman (2013) “en la historia de la violencia sexual, no quedan tabús sin tocar”².

La violación desde antaño ha estado presente en los escenarios bélicos y lejos de disminuir, en la actualidad se producen más violaciones de los derechos humanos (en adelante DDHH) consolidándose como un riesgo grave para la seguridad y la paz mundial³, afectando a la Comunidad Internacional (no sólo a las víctimas de los mismos) y dando lugar a la comisión de crímenes internacionales.

Por otra parte, aunque este delito se suele asociar a las mujeres y niñas como víctimas del mismo no sólo les afecta a ellas (aunque son las víctimas más numerosas), también afecta a hombres y niños que suelen ser ignorados al prevalecer las construcciones de género que omiten la variedad de orientaciones sexuales.

Para la Comunidad Internacional⁴ supone una prioridad erradicar la violencia sexual, tal es así que, desde Organizaciones Internacionales Intergubernamentales y regionales, como las Naciones Unidas (en adelante NNUU) hasta la sociedad civil que a través de Organizaciones no gubernamentales (en adelante ONG) han logrado aumentar la concienciación e implicación personal de distintos estamentos, buscando nuevas formas para afrontar esta práctica en todo el planeta.

La justificación de abordar este tema viene dada por la conveniencia de realizar un estudio sobre esta atrocidad denominada “violencia sexual” que se manifiesta en los conflictos armados y que es objeto de preocupación y ocupación por el derecho, ya que, pese a su creciente visibilidad, las estadísticas y los datos que se manejan no reflejan fielmente el alcance y la dimensión del problema debido a las dificultades que suscita su investigación, enjuiciamiento y sanción.

2. Delimitación del término violencia sexual

Este término conocido como violencia sexual tiene múltiples significados⁵, lo que origina que sea más fácil de comprender que de definir, al menos jurídicamente⁶ en opinión de Planas (2009). Principalmente se emplea este vocablo para referirse a aquellos actos de naturaleza sexual que realiza la víctima bajo coacción, fuerza y ante la incapacidad de prestar su libre consentimiento.

² LEATHERMAN, J.L., “Violencia sexual y conflictos armados”, Institut Català Internacional per la Pau (ICIP), 2013, pp. 55.

³ LIROLA DELGADO, I., MARTÍN MARTÍNEZ, MAGDALENA M., (2016), “Crímenes Internacionales de Violencia sexual y conflictos armados”. Thomson Reuters Aranzadi, pág. 11.

⁴ Las Naciones Unidas, los Estados, las Organizaciones Internacionales Intergubernamentales y regionales y la sociedad civil.

⁵ En este sentido y respecto a los conceptos de violencia contra la mujer, de género y otras, vid. Iglesias Vázquez, María del Ángel, Violencia contra la Mujer: Referencia a la normativa internacional en Discriminación por razón de edad y de sexo: retos pendientes del Estado social / coord. por Crespo Garrido, y Moretón Sanz, Colex, 2010.

⁶ PLANAS, I.M., “Violencia sexual y nuevas guerras” en *La violencia del siglo XXI. Nuevas dimensiones de la guerra*, Instituto Español de Estudios Estratégicos, 2009, pp. 159-184.

¿Qué comprende la violencia sexual?, aunque lo veremos ampliamente en el siguiente punto, esta práctica también conlleva otras vulneraciones graves de los DDHH, tales como: la esclavitud, la prostitución, la violación, el embarazo y la esterilización forzada, así como cualquier otra forma de violencia similar. Además, estos crímenes no suelen darse de forma aislada, sino que van de la mano de asesinatos, saqueos, torturas y tratos degradantes e inhumanos como “método de guerra para destruir el tejido social”⁷.

Así, para Leatherman (2013) este crimen sexual en los conflictos armados “es un acto criminal polifacético y complejo, tratar de explicar por qué sucede se asemeja a responder a una pregunta sin fin, no existe una explicación única, simple, definitiva sobre la violencia sexual en la guerra”⁸. No obstante, partiremos de la definición que proporciona la Declaración para la Erradicación de la Violencia contra la Mujer aprobada el 20 de diciembre de 1993 por la Asamblea General de las NNUU en el marco del Programa ONU para el Desarrollo de la mujer⁹, entendiendo por violencia sexual “cualquier acto de violencia basado en el género o de carácter sexista, que causa un daño físico, psíquico y/o sexual a la libertad e indemnidad sexual de una persona”. De esta definición surgen, por una parte, la violencia sexual contra hombres y niños, y por otra, la dirigida contra la mujer y las niñas.

A lo largo de su historia la violencia sexual ha ido evolucionando, adaptándose a la sociedad y al Derecho, por lo que a continuación examinaremos los distintos tipos de crímenes sexuales de carácter internacional.

3. La explotación sexual de personas durante las beligerancias

El ser humano en el transcurso de su historia ha originado y participado en innumerables conflictos armados donde se han cometido crímenes de todo tipo, entre estos, se han venido produciendo delitos sexuales de manera generalizada como consecuencia inevitable de esta situación. Lejos de desaparecer con el transcurso de los años y la evolución del ser humano, estos crímenes permanecen en la actualidad, teniendo lugar con mayor frecuencia de la que pensamos, generando resultados muy graves para las víctimas (hombres y mujeres, niños y niñas), sus familias y la sociedad, sin embargo, respuesta humanitaria para proteger y atender a las víctimas sigue siendo insuficiente.

3.1. Explotación y prostitución femenina

La explotación y la prostitución femenina es un daño colateral de los conflictos bélicos, donde las víctimas mayoritarias de estos delitos son mujeres y niñas, que en muchas ocasiones se les incluye en el botín del bando vencedor. Estos crímenes hasta hace bien poco quedaban impunes, por ejemplo el Tribunal Internacional Militar de Núremberg¹⁰ careció en su momento de competencias para enjuiciar estos crímenes debido a la impunidad que reinaba en aquellos años. Tal es así que no se incluye el delito de violación entre los crímenes de guerra hasta la aprobación del Estatuto del Tribunal Penal Militar para el Lejano Oriente¹¹, siendo este el primer reconocimiento

⁷ Vid. Violencia sexual en conflictos armados: preguntas y respuestas. Comité Internacional de la Cruz Roja (disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/faq/sexual-violence-questions-and-answers.htm>, última visita el 22-09-2018).

⁸ LEATHERMAN, J.L., “Violencia sexual y conflictos armados”, Institut Català Internacional per la Pau (ICIP), 2013, pp. 139.

⁹ Disponible en:

<https://www.ohchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/ViolenceAgainstWomen.aspx>; última visita el 10-09-2018.

¹⁰ Primer Tribunal internacional encargado de la sanción de la responsabilidad internacional del individuo. Disponible en:

http://www.cruzroja.es/principal/documents/1750782/1852538/estatuto_del_tribunal_de_nuremberg.pdf/20090fa2-e5bf-447a-aa96-612403df2a66. Última visita el 10-09-2018.

¹¹ Vid. Examen histórico de la evolución en materia de agresión. Disponible en:

<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r29046.pdf>; última visita el 10-09-2018.

internacional de la violencia sexual, aunque fue incompleto dado que no hubo ninguna sentencia condenatoria¹². Según Chichón (2009) los crímenes sexuales perpetrados hasta la Segunda Guerra Mundial fueron ignorados y no se determinó responsabilidad penal individual ni responsabilidad estatal por perpetrar crímenes internacionales¹³. No es hasta la finalización de este conflicto que se comienza a avanzar en cuanto al reconocimiento y la protección de los DDHH¹⁴, logrando una mayor conciencia jurídica sobre gravedad de la violación, favoreciendo el desarrollo de normas para su persecución y punición. Sin embargo, a pesar de avanzar en establecimiento y desarrollo de normas internacionales y regionales para prevenir y combatir la violencia sexual, ésta sigue presente en la mayoría de conflictos armados¹⁵.

Tras los conflictos de la ex Yugoslavia y de Ruanda, en los años noventa, da comienzo un proceso de visibilización de este crimen internacional, abriéndose hueco en los asuntos con interés internacional. Según Lirola (2016) estos conflictos dieron lugar a un cambio importante en la violación sexual, ya que en el escenario bélico la mujer ocupa una posición estratégica principal. Así lo reconocen tanto el Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia (en adelante TPIY), al certificar que “la violencia sobre la población civil con la finalidad de alterar su composición étnica, como el Tribunal Penal Internacional para Ruanda (en adelante TPIR) al constatar que la violencia sexual provoca un efecto devastador que no se limita a las víctimas individuales, sino que se extiende a las familias y a la sociedad en general”¹⁶.

La violencia sexual deja de estar penalizada por medio de los delitos contra el honor y pasa a tener autonomía propia dentro de los crímenes de genocidio, de guerra y de lesa humanidad, en mayor medida a partir de la jurisprudencia desarrollada por los Tribunales *ad hoc* y del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

3.2. Explotación sexual masculina

Aunque en los conflictos bélicos las víctimas de crímenes sexuales son en su mayoría mujeres y niñas, en la actualidad se ha constatado un notable aumento de la presencia de hombres y niños. Esto no quiere decir que no hayan estado presentes en los conflictos, sino que no se le ha prestado la misma atención hasta que se conoció en informes relativos al estudio de las beligerancias que han tenido lugar en las dos últimas décadas, considerándose igual de grave que la explotación femenina¹⁷. En este sentido Manivannan (2007) entiende que para entender los resultados de la violencia sexual en todos sus términos exige tener en cuenta tanto la violencia cometida contra mujeres como la que acontece a los hombres¹⁸.

¹² Vid. VIVES CHILLIDA, J., “La evolución jurídica internacional de los crímenes contra la Humanidad”, Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria Gasteiz, 2003, pp. 348 y ss.

¹³ Vid. CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., “Responsabilidad internacional del individuo y responsabilidad internacional del Estado: encuentros y desencuentros en torno a la figura internacional del Estado: encuentros y desencuentros en torno a la figura de los “crímenes de derecho internacional”, en GONZÁLEZ IBÁÑEZ, J., (Dir.), *Protección Internacional de Derechos Humanos y Estado de Derecho. Studia in Honorem Nelson Mandela*, Bogotá, Grupo editorial Ibáñez, 2009, pp.551-582.

¹⁴ HEINEMAN, E. (Ed.), *Sexual Violence in Conflict Zones: From the Ancient World to the Era of Human Rights*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press, 2011.

¹⁵ SEGATO, R. L., “Las nuevas formas de la guerra y el cuerpo de las mujeres”, *Revista Sociedade e Estado*, vol. 29, 2014, pp. 345.

¹⁶ GIL, A., “La violación como arma de guerra y su persecución como crimen internacional” en ARROYO ZAPATERO, L.I., et aliter (Coord.), *Piratas, mercenarios, soldados, jueces y policías: nuevos desafíos del derecho penal europeo e internacional*, 2010, pp. 121-152.

¹⁷ SIVAKUMARAN, S., “Lost in translation: UN responses to sexual violence against men and boys in situations or armed conflict”, *International Review of the Red Cross*, vol. 92, 2010, n° 877, pp. 264-265.

¹⁸ MANIVANNAN, A., “Seeking Justice for Male Victims of Sexual Violence in Armed Conflict”, *NYU International Law and Politics*, vol. 46, 2014, p. 637 y SIVAKUMARAN, S., “Sexual Violence

La violencia sexual femenina y la masculina, se fundamentan en la dimensión de género de los conflictos bélicos. Así, Vojdik (2014) considera, que en el caso de los hombres, el género se concreta en un determinado estereotipo de la masculinidad como necesariamente heterosexual, dominante y a menudo violenta¹⁹, sustentando planteamientos de poder y dominación, ya que un gran número de los casos la violencia sexual en contra de los hombres está interrelacionada con la dirigida a las mujeres. Por lo tanto los objetivos son comunes y persiguen dominar, aterrorizar o humillar al enemigo, individual o colectivamente considerado, en función de motivos étnicos, políticos, culturales o cualesquiera otros²⁰. Autores como Sivakumaran (2007) afirman que la violencia sexual contra los hombres tiene unas características que le son propias y que obedece a tres tipos de motivaciones particulares: *la feminización, la homosexualidad, y la eliminación de la capacidad de procreación de los hombres contra los que se dirige*. En cuanto a las manifestaciones de este crimen, además de la violación, podemos encontrar: *desnudez forzada (acompañada de agresiones y humillaciones), la masturbación forzada y la violencia dirigida contra los genitales*²¹.

En definitiva, la diferencia principal entre la violencia sexual contra las mujeres y la ejercida contra los hombres radica en que esta última es menos conocida y que su visibilización ha sido y es mucho más difícil y compleja.

3.3. Crímenes sexuales dirigidos contra menores

Cuando este tipo de violencia es dirigida contra niñas y niños nos encontramos con los mismos interrogantes y los mismos problemas que aquella que se dirige contra los adultos, con la salvedad de que en este caso supone un agravante por su particular vulnerabilidad e indefensión. En los últimos conflictos se ha producido un notorio incremento de la violencia sexual dirigida contra niñas y niños²², incluso el Consejo de Seguridad de la ONU ha mostrado su profunda preocupación por la alta incidencia y brutalidad de estas prácticas sexuales cometidas contra los menores²³.

Este escenario se debe a diversas circunstancias según los Informes del Secretario General y del Representante Especial del Secretario General para la Cuestión de los Niños y los Conflictos Armados, entre las que destacan los desplazamientos de vidas que huyen de las zonas en conflicto y buscan refugio en otras partes más seguras, incrementando la vulnerabilidad de los menores que viajan solos y las posibilidades de ser víctimas de crímenes sexuales. Estos informes vuelven a recordar que los menores son víctimas del personal integrante de operaciones de mantenimiento de la paz²⁴.

Por una parte, a las niñas las secuestran los grupos fanáticos para llevar a cabo matrimonios forzados con combatientes (del mismo grupo o extranjeros) o algún tipo

Against Men in Armed Conflict”, The European Journal of International Law, vol. 18 2007, nº2, p.260.

¹⁹ VOJDIK, V.K., “Sexual Violence Against Men and Women in War: A Masculinities Approach”, Nevada Law Journal, vol. 14, 2014, p.927.

²⁰ OOSTERVELD, V., “Sexual Violence Directed against Men and Boys in Armed Conflicts or Mass Atrocity. Addressing a Gendered Harm in International Criminal Tribunals”, Journal of International Law and International Relations, vol. 10, 2014, p.117.

²¹ SIVAKUMARAN, S., “Sexual Violence Against Men in Armed Conflict”, The European Journal of International Law, vol. 18 2007, pp. 263.

²² Vid. Informe del Secretario General sobre la violencia sexual relacionada con los conflictos. Disponible en: <http://www.refworld.org/es/pdfid/5ad4da0c4.pdf>; última visita el 13-09-2018.

²³ Vid. Resolución 1882 (2009), de 4 de agosto de 2009, S/ RES/ 1882 (2009), Resolución 1998 (2011), de 12 de julio de 2011, S/ RES/ 1998 (2011), Resolución 2068 (2012), de 19 de septiembre de 2012, S/ RES/ 2068 (2012), y la Resolución 2225 (2015), de 18 de junio de 2015, S/ RES/ 2225 (2015).

²⁴ Vid. “Los niños y los conflictos armados”. Informe del Secretario General, A/70/836-S/2016/360, de 20.4.2016, párr. 10 y 18. Disponible en: <http://www.acnur.org/fileadmin/Documentos/BDL/2016/10706.pdf>; última visita el 10-09-2018.

de esclavitud sexual. Por otra, en el caso de los niños, los secuestran para alistarlos en el grupo armado, dando lugar a la figura de “los niños soldado”, sometiéndolos a violencia sexual u obligándolos a consumarla.

Tanto la investigación, como el enjuiciamiento y la sanción de estos crímenes de violencia sexual de los que son víctimas los niños y niñas soldados son muy complejas debido a las deficiencias del marco jurídico aplicable en esta especialidad²⁵. En este sentido, la Corte Penal Internacional (en adelante CPI) optó en un principio por no tener en cuenta la violencia sexual y únicamente considerar el crimen de guerra de reclutar o alistar a niños menores de quince años o utilizarlos activamente en el conflicto²⁶. No obstante, recientemente ha confirmado la violencia sexual sufrida por las niñas soldado como cargos de violación y esclavitud sexual al entender que, mientras eran objeto de tales actos, no podía considerarse que estuviesen participando directamente en las hostilidades²⁷, abriendo la vía para que los crímenes de violencia sexual que sufren los niños y las niñas soldados no queden impunes.

4. Diferentes manifestaciones de los crímenes sexuales

Independientemente de la calificación como crimen de guerra o de lesa humanidad y partiendo de que las conductas constitutivas de los delitos de naturaleza sexual son las mismas, analizaremos los crímenes de naturaleza sexual contemplados en el Estatuto de Roma.

4.1. La violación

Considerado el crimen sexual por excelencia, la violación es el delito que ha tenido una mayor atención tanto legislativa como jurisprudencial, provocando que otros crímenes sexuales pasaran a una segunda línea, naciendo su definición una vez determinado el concepto de violación. Una vez delimitado el concepto y considerado crimen internacional, según LIROLA (2016), los dos elementos íntimamente conexiónados entre sí que identifican de manera inequívoca la violación son, primero, *los actos y conductas constitutivos* y su caracterización como *genocidio, crímenes de guerra o de lesa humanidad*, y por otra parte, el debate sobre la *coerción y la falta de consentimiento de la víctima*²⁸.

En cuanto al primer elemento, el TPIR construye una definición “no mecánica” de la violación en el caso *Akayesu*, interpretando de manera genérica que, para la constatación de la agresión sexual padecida por la víctima, tendremos en cuenta, además de los actos de penetración vaginal, los cometidos con cualquier objeto y en cualquier orificio corporal²⁹. Desde un punto de vista más específico, la violación se puede considerar como crimen de genocidio, siempre que su finalidad sea la destrucción de un grupo étnico o racial y que sea un acto perpetrado contra una persona utilizando su autor la coacción o aprovechándose de las circunstancias del lugar del crimen.

²⁵ Vid. ABRIL STOFFELS, R., *La protección de los niños en los Conflictos Armados*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007 y GÓMEZ ISA, F., “La protección jurídica internacional de las niñas y niños soldados”, en ALDECOA LUZÁRRGA, F. Y FORNER DELAYGUA, J.J., (Dir.), *La protección de los Niños en el Derecho Internacional y en las Relaciones Internacionales. Jornadas en Conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño*, Madrid-Barcelona, Buenos Aires, 2010, pp. 139-172.

²⁶ Vid. *Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo*, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, (ICC-01/04-01/06-2842), de 14 de marzo de 2012, párr.36.

²⁷ Vid. *Prosecutor v. Bosco Ntaganda*, Decisión on the confirmation of charges (ICC.01/04-02/06), de 9 de junio de 2014, párr. 79.

²⁸ LIROLA DELGADO, I., MARTÍN MARTÍNEZ, MAGDALENA M., (2016), “Crímenes Internacionales de Violencia sexual y conflictos armados”. Thomson Reuters Aranzadi.

²⁹ MACKINNON, C.A., “Defining rape internationally: a comment on Akayesu”, *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 44, 2006, pp. 940-958.

En cuanto al segundo elemento, tras la aprobación del Estatuto de Roma, se inicia otra fase en el proceso de definición de los elementos constitutivos de crimen de violación en el ámbito de la justicia internacional penal, “los Elementos de los Crímenes y las Reglas de Procedimiento y Prueba de la CPI”. Con el fin de unificar los diferentes pronunciamientos jurisprudenciales existentes, estos instrumentos establecen como definición de violación, la “exigencia de penetración” por la invasión de cualquier parte del cuerpo, pero enumerando de manera detallada e individualizada los actos sexuales violentos, que además son explícitamente caracterizados como *crímenes de lesa humanidad* (artículo 7 g) y/o *de guerra* (artículo 8.2 xxii)³⁰.

Por una parte, para que exista crimen de lesa humanidad es necesario que el autor sea consciente de que este delito forma parte de un ataque generalizado o sistemático contra una población civil³¹, por otra, para que podamos hablar de crimen de guerra o violación se tiene que dar que el perpetrador sea consciente de que su comisión ha tenido lugar en el contexto de un conflicto bélico con carácter internacional.

Por último, en cuanto a la falta de anuencia de las víctimas, la CPI ha dado carta de naturaleza jurídica a las particularidades que presentan la definición y la prueba del consentimiento (en las Reglas de Procedimiento y Prueba)³², codificando los mismos principios previamente consagrados en la jurisprudencia de tribunales *ad hoc*. Así la Regla 70³³ enuncia los Principios que debe reunir la prueba para los casos de violencia sexual, por los que se debe guiar la Corte y aplicarlos cuando proceda:

- a) “El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando la fuerza, la amenaza de la fuerza, la coacción o el aprovechamiento de un entorno coercitivo hayan disminuido su capacidad para dar un consentimiento voluntario y libre;
- b) El consentimiento no podrá inferirse de ninguna palabra o conducta de la víctima cuando ésta sea incapaz de dar un consentimiento libre;
- c) El consentimiento no podrá inferirse del silencio o de la falta de resistencia de la víctima a la supuesta violencia sexual;
- d) La credibilidad, la honorabilidad o la disponibilidad sexual de la víctima o de un testigo no podrán inferirse de la naturaleza sexual del comportamiento anterior o posterior de la víctima o de un testigo”.

4.2. La esclavitud sexual

La esclavitud sexual ha tenido lugar durante toda la historia de la humanidad, sin embargo, no había sido criminalizada internacionalmente hasta la actualidad, considerándose un crimen de violencia sexual. Tal es así, que tras el análisis de los últimos conflictos armados, se ha venido constatando que la violencia sexual, la privación de libertad y la esclavitud se encuentran relacionadas. Este crimen ha sido históricamente inadvertido, pero no cabe la menor duda de que, como ha señalado el Tribunal especial para Sierra Leona (en adelante TESL), se utiliza con total

³⁰ Vid. Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional aprobado en Roma el 17 de julio de 1998. Disponible en: https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/Estatuto_Roma.pdf; última visita el 10-09-2018.

³¹ WOLFFHUGUE, C., “El elemento contextual del crimen de lesa humanidad: una visión en el marco de las decisiones de la Corte Penal Internacional” en BOEGLINETALTRI, N., (Ed.), *La Corte Penal Internacional. Una perspectiva latinoamericana*, Open Knowledge Network Collection, 2012, P. 408.

³² Estas Reglas constituyen un instrumento para la aplicación del Estatuto de Roma de la CPI, al cual está subordinadas en todos los casos. Disponibles en: <https://www.icc-cpi.int/resource-library/Documents/RulesProcedureEvidenceSpa.pdf>; última visita el 10-00-2018.

³³ Principio de la prueba en casos de violencia sexual.

impunidad, como una táctica de guerra para humillar, dominar y provocar miedo a las víctimas, sus familias y comunidades durante un conflicto armado³⁴.

Esta práctica se instaura por vez primera en un precepto con el Estatuto de Roma, que lo incluye como crimen autónomo de violencia sexual dentro de la categoría de los crímenes de lesa humanidad (art. 7, g) y de guerra (art. 8, xxii y d) vi, siendo, en la actualidad, objeto de una intensa actividad jurisprudencial, considerándose la violencia sexual uno de los crímenes internacionales más frecuentes en los conflictos bélicos actuales³⁵.

4.3. La prostitución forzada

El Informe de la Comisión de la Conferencia de Paz de 1919, ya incluía la prostitución forzada junto a la violación, haciendo referencia al “secuestro de mujeres y niñas para destinarlas a la prostitución forzada”³⁶. No obstante, en el trascurso de la II Guerra Mundial, se llevó a cabo un encierro de mujeres para forzarlas a ejercer la prostitución, un ejemplo de ello es el caso de las conocidas como “mujeres de consuelo”³⁷ por parte de Japón, hechos que no fueron enjuiciados por los Tribunales de Núremberg y Tokio, sino que fueron sancionados de manera muy excepcional por Tribunales nacionales³⁸.

Este hecho no dejó indiferente a nadie, por lo que, para prevenir que esto volviera a ocurrir, el “IV Convenio de Ginebra relativo a la protección de las personas civiles en tiempos de guerra”³⁹ instituye concretamente en su artículo 27 que “Las mujeres serán especialmente amparadas (...) contra la prostitución forzada”. Aunque, en el mismo Convenio la prostitución forzada no figura dentro de la lista de infracciones graves del art. 147. Sin embargo, el Protocolo Adicional I⁴⁰, en su art. 75, 2, b) sí que prohíbe en todo tiempo y lugar y el art. 76.1 reitera que “las mujeres serán objeto de un respeto especial y protegidas contra la violación, la prostitución forzada y cualquiera otra forma de atentado al pudor”. Por otra parte, el Protocolo Adicional II⁴¹ también la incluye dentro de los atentados contra la dignidad y la prohíbe expresamente en su art. 4, p.2, e). En definitiva, la prostitución forzada está claramente prohibida por el Derecho Internacional Humanitario (en adelante DIH), pero su sanción ha podido verse dificultada al no formar parte de la lista de infracciones graves de los Convenios de Ginebra.

En cuanto al Estatuto de Roma en su art. 8, 2, b), xxii y e) vi) se limita a recoger el conjunto de preceptos existentes en el DIH en el que la prostitución forzada, adquiere la consideración de crimen de guerra cuando se comete en un conflicto bélico, ya sea interno o internacional, siendo el primer Instrumento Internacional que la considera crimen de lesa humanidad en su art. 7, 1, g).

³⁴ Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon, Augustine Gbao, (Caso RUF), Judgement (SCSL-04-15-T), de 2 de marzo de 2009.

³⁵ Como ponen de manifiesto la situación de las mujeres y niñas secuestradas o capturadas por grupos armados en Uganda, Somalia, Sierra Leona, República del Congo o el Chad.

³⁶ Vid. LUPIG, D., “Investigation and Prosecution of Sexual and Gender-Based Crimes before the International Criminal Court”, *American University Journal of Gender, Social Policy & the Law*, vol.17, 2009, n°2, pp.4331-496.

³⁷ El término mujeres de solaz o de consuelo fue un eufemismo usado para describir a las mujeres que eran forzada a la esclavitud sexual por parte de los militares japoneses durante la Segunda Guerra Mundial.

³⁸ Vid. La sentencia de 25 de octubre de 1946 del Netherlands Temporary Court-Martial en Batavia, caso n° 176, Washio Awochi.

³⁹ Disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/treaty/treaty-gc-4-5tdkyk.htm>; última visita el 10-09-2018.

⁴⁰ Disponible en: <https://www.icrc.org/es/document/protocolo-i-adicional-convenios-ginebra-1949-proteccion-victimas-conflictos-armados-internacionales-1977>; última visita el 10-09-2018.

⁴¹ Disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/protocolo-ii.htm>; última visita el 10-09-2018.

4.4. El embarazo forzado

El embarazo forzado también se alza como un crimen internacional a partir de los conflictos de la ex Yugoslavia y Ruanda en los que, se llevaron a cabo violaciones masivas por motivos étnicos, llegándose a estimar unos 400-600 nacimientos en Bosnia y 2.000-5.000 en Ruanda⁴². Los Estatutos del TPIY y TPIR no recogían esta práctica, ya que ninguno de los dos Tribunales llegó a hacer responsable directamente a nadie por estas conductas. No obstante, existe un caso en el que el TPIR se refiere a las medidas destinadas a prevenir los nacimientos de un grupo étnico en relación con el crimen de genocidio, es en el caso *Akayesu*, que se refiere al embarazo forzado cuando el violador deja embarazada a una mujer de un grupo étnico con el fin de que alumbrase a un niño que pertenezca a un grupo étnico diferente⁴³. En este sentido, en el asunto relativo a la aplicación del Convenio sobre el crimen de genocidio⁴⁴ (Bosnia y Herzegovina v. Serbia y Montenegro), Bosnia alegó ante la Corte Internacional de Justicia (en adelante CIJ) que durante dicho conflicto se llevó a cabo una política sistemática de Serbia que consistía en dejar embarazadas a mujeres musulmanas con el esperma de hombres serbios y retenerlas (para evitar el aborto) hasta que diesen a luz a niños serbios⁴⁵. Si bien la CIJ no obtuvo pruebas concluyentes para estimar la existencia de dicha política por parte de los líderes serbios, en su sentencia hizo referencia al *asunto Karadzic* en el que el TPIY sí confirmó que en varios campos de detención tenían lugar violaciones con el objetivo específico de provocar embarazos para que naciesen niños serbios⁴⁶.

Es por lo anterior, por lo que el crimen del embarazo forzado fue un punto importante en las negociaciones del Estatuto de Roma, en las que influyó decisivamente el "Caucus de Mujeres por una Justicia de género" para que este crimen fuese finalmente añadido al Estatuto⁴⁷, superando las reticencias de los Estados que se oponían por la cuestión del aborto⁴⁸ y del Vaticano. Incluyéndolo, por primera vez en el Estatuto de Roma como un crimen de lesa humanidad (art. 7,1, g) y de guerra (art. 8, a, b), xxii y c, vi).

4.5. La esterilización forzada

Esta práctica consiste en la privación de la capacidad de reproducción biológica a una o más personas sin tener justificación por medio de un tratamiento médico o clínico de la víctima y sin que ésta preste su libre consentimiento. Fue condenada conforme a Décima Ley del Consejo de control aliado⁴⁹ en el llamado Caso Médico

⁴² Vid. Prevención del Genocidio. Disponible en: <http://www.un.org/es/preventgenocide/rwanda/about/bgpreventgenocide.shtml>; última visita el 13-09-2018.

⁴³ Prosecutor v. Akayesu, Judgment, (ICTR-96-40-T), de 2 de septiembre de 1998.

⁴⁴ Disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1948-conv-genocide-5tdm6h.htm>; última visita el 13-09-2018.

⁴⁵ CIJ, Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Bosnia and Herzegovina v. Serbia and Montenegro, Judgment, de 26 de febrero de 2007, párr. 367.

⁴⁶ Prosecutor v. Radovan Karadzic, Ratko Mladic, Review of the indictments pursuant to Rule 61 of the rules of procedure and evidence, (IT-95-5-R61, IT-95-18-RG1), de 11 de julio de 1996, párr. 64.

⁴⁷ Vid. Carta del Caucus de Mujeres por una Justicia del Género al presidente de la Asamblea de Estados Partes de la CPI. Disponible en: <http://iccwomen.org/wigjdraft1/Archives/oldWCGJ/Elections/ASPpresidentletterspan.html>; última visita el 13-09-2018.

⁴⁸ DRAKE, A. M., "Aimed at Protecting Ethnic Groups or Women-A Look at Forced Pregnancy under the Rome Statute", *William & Mary Journal of Women and the Law*, vol. 18, 2011-2012, nº3, pp. 606-608.

⁴⁹ Vid. VIVES CHILLIDA, J., "La evolución jurídica internacional de los crímenes contra la humanidad", Barcelona (Madrid), 2004. Disponible en: http://www.ehu.eus/cursosderechointernacionalvitoria/ponencias/pdf/2003/2003_7.pdf; última visita el 18-09-2018.

(EE.UU. v. Karl Brandt y otros), como un crimen de guerra y de lesa humanidad. En tal Consejo se juzgó y condenó a personal médico y administrativo alemán por haber llevado a cabo experimentos médicos con prisioneros de guerra y civiles entre marzo de 1941 y enero de 1945, con el fin de desarrollar métodos de esterilización a gran escala para la eliminación de poblaciones enemigas, mientras se mantenían a civiles capturados para trabajos forzados. En este sentido, el Estatuto de Roma establece la primera y única incriminación explícita de la obligación de esterilización como crimen de lesa humanidad (art. 7,1, g) y de guerra (art. 8, 2, b), xxii y e) vi).

5. La acción internacional frente a la violencia sexual en los conflictos armados

5.1. La Organización de Naciones Unidas como promotor de la igualdad

La Organización de las Naciones Unidas (en adelante ONU) ha llevado a cabo una acción internacional institucionalizada para luchar contra los crímenes sexuales con ocasión de un conflicto bélico, a pesar de que en sus primeros años de funcionamiento este asunto no figuraba entre sus prioridades. Tal es así, que hasta los años 70 del siglo XX, no se comienza a asimilar la gravedad del asunto por la especial vulnerabilidad en la que se encontraban las mujeres en los conflictos armados, sin embargo, esta toma de conciencia no fue suficiente, ya que este crimen seguía sin figurar como una prioridad de la ONU, que en ese período estaba más centrada en fomentar los derechos políticos de las mujeres y la igualdad, como pone de manifiesto la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la mujer, que se adoptó en 1979⁵⁰. Finalmente, se incorpora este delito en las múltiples Conferencias Internacionales que se celebran en los años 90⁵¹, con el fin de proteger especialmente los DDHH de las mujeres⁵², siendo la Conferencia Mundial de Derechos Humanos de Viena (1993)⁵³ la que reconoce por primera vez la vulnerabilidad de las mujeres en los conflictos y califica estos actos como una “violación de los principios fundamentales de los DDHH y del DIH”.

En tal sentido, destacan la “Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de la Mujer” (ONU-Mujeres)⁵⁴, así como la “Iniciativa de las Naciones Unidas para detener la violencia sexual en situaciones de conflicto” (Iniciativa ONU)⁵⁵, creada en 2007 y dirigida por la representante especial del Secretario General para la violencia sexual en los conflictos bélicos, Iniciativa compuesta por una red de trece entidades del sistema de NNUU, teniendo entre sus objetivos mejorar la difusión, coordinación y rendición de cuentas, así como apoyar a los organismos nacionales para prevenir la violencia sexual en los conflictos armados y responder de manera más efectiva a las necesidades de los supervivientes. Entre sus logros más relevantes se encuentra el apoyo en el plano

⁵⁰ Disponible en: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>; última visita el 14-09-2018.

⁵¹ Durante la guerra de Kuwait y posteriormente en los conflictos de la ex Yugoslavia y Ruanda.

⁵² MOREYRA, M. J., *Conflictos armados y violencia sexual contra las mujeres*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 2007, pp. 51 y ss.

⁵³ Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G93/142/36/PDF/G9314236.pdf?OpenElement>; última visita el 13-09-2018.

⁵⁴ Vid. ONU-Mujeres: Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres. Disponible en: <https://www.un.org/youthenvoy/es/2013/07/onu-mujeres-entidad-de-las-naciones-unidas-para-la-igualdad-de-genero-y-el-empoderamiento-de-las-mujeres/>; última visita el 20-09-2018.

⁵⁵ Vid. Principales Iniciativas de la ONU. Disponible en: <https://www.un.org/sexualviolenceinconflict/es/nuestro-trabajo/principales-iniciativas/>; última visita el 20-09-2018.

político y normativo a la acción de los distintos órganos de NNUU, incluido el Consejo de Seguridad⁵⁶.

En definitiva, se logró incluir en la agenda política los crímenes sexuales en los conflictos armados, considerándola un instrumento de guerra, gracias a la acción de la Asamblea General (reflejada en las Resoluciones sobre la eliminación de la violencia contra la mujer), y del Consejo de Seguridad (materializada en la agenda "Mujeres, paz y seguridad"), contribuyendo en la implementación y refuerzo del marco jurídico internacional sobre esta materia, creando obligaciones para los Estados, las Organizaciones Regionales⁵⁷ y el resto de actores implicados en su aplicación.

5.2. Análisis de la actividad normativa del Consejo de Seguridad y la Agenda "mujeres, paz y seguridad"

Dentro del marco de competencias que tiene atribuidas, en materia de mantenimiento de la paz y seguridad internacional, el Consejo de Seguridad se ha encargado de la violencia sexual en situaciones de conflicto armado emitiendo una serie de Resoluciones a través de la "Agenda Mujeres, paz y seguridad" (en adelante MPS)⁵⁸.

La primera Resolución con la que se inició esta Agenda fue la **Resolución 1325 (2000)**⁵⁹ adoptándose, tras los intentos fallidos de mantener la paz en Ruanda, Somalia y la ex Yugoslavia, conflictos en los que las mujeres fueron objeto sistemáticamente de violencia sexual. *En primer lugar*, esta Resolución incluye algunas novedades en cuanto a su origen, ya que se aprobó tras la llamada "fórmula Arria"⁶⁰ que fue fruto de la acción de una red de alianzas internacionales a distintos niveles, mediante la movilización de una coalición de Organizaciones no gubernamentales de mujeres, apoyadas por un grupo de "Estados amigos"⁶¹. *En segundo lugar*, cabe destacar en cuanto al contenido de la Resolución, la inclusión de la dimensión de género en la Carta de las NNUU a través de dos ideas: reconocer que los conflictos armados sobre mujeres y niñas, el reconocimiento del impacto que causan los conflictos bélicos sobre mujeres y niñas y el papel que las mujeres pueden desempeñar en la reconstrucción de la paz⁶², formulando algunas recomendaciones, entre las que se incluían: incrementar la representación femenina en todos los horizontes, aumentar su presencia en la agenda de la paz y la seguridad internacionales y proteger a las víctimas en cualquier conflicto armado ante cualquier

⁵⁶ Vid. "Review of UN Action Against Sexual Violence in Conflict 2007-2012, Final Report", disponible en: www.stoprapennow.org; última visita el 08-09-2018.

⁵⁷ Vid. Las referencias aportadas sobre la afectación a la mujer en situaciones recogidas en diversos pronunciamientos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Iglesias Vázquez, María del Ángel, "La Protección de los Derechos de las Comunidades Indígenas en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Revista *Principia Iuris*, 2016, Vol. 13, No. 26, pp. 261-298.

⁵⁸ Vid. Cuestiones de género/ mujeres, paz y seguridad en el Departamento de Asuntos Políticos. Disponible en: <https://www.un.org/undpa/es/women-peace-security>; última visita el 20-09-2018.

⁵⁹ S/RES/1325 (2000), 31 de octubre de 2000. Disponible en: [http://undocs.org/es/S/RES/1325%20\(2000\)](http://undocs.org/es/S/RES/1325%20(2000)); última visita el 14-09-2018.

⁶⁰ Vid. Fórmula Arria. Disponible en: <http://www.un.org/es/sc/about/methods/bgarrriaformula.shtml>; última visita el 20-09-2018.

⁶¹ MAGALLÓN, C., "Mujer, paz y seguridad: un balance de la Resolución 1325", en MESA, M. (COORD.), *Balance de una década de paz y conflictos: tensiones y retos en el sistema internacional, Anuario CEIPAZ 2010-2011*, Madrid, CEIPAZ-Fundación Cultura de Paz, 2010, p.65.

⁶² CARRILLO ROBLES, M., "Mujer, paz y seguridad en la ONU", en *Género, conflictos armados y seguridad. La asesoría de género en operaciones*, Universidad de Granada, 2012, p. 138, y VILLELAS ARIÑO, M., *Mujeres, paz y seguridad: 15 años de la resolución 1325. Una evaluación de la agenda sobre mujeres, paz y seguridad*, Institut Català Internacional per la Pau, Informes 12/2016, p.7.

manifestación de violencia, específicamente en lo que se refiere a actos de violencia por motivos de género, destacando que los estados son responsables en la lucha contra la impunidad y el enjuiciamiento de los crímenes de lesa humanidad y de guerra, incluyendo los crímenes sexuales contra mujeres y niños.

En este sentido, surgen numerosas Resoluciones que desarrollan la Agenda MPS, pero en este Trabajo únicamente enumeraremos las más relevantes.

La Resolución 1820 (2008)⁶³, que surge tras la jurisprudencia emitida sobre los crímenes internacionales del TPIY y el TPIR y tras los informes que versan sobre el empleo sistemático de actos de violencia sexual en la República Democrática del Congo. Esta resolución se centra principalmente los actos violentos de naturaleza sexual como “actos sistemáticos y generalizados” con un grado alarmante de brutalidad, calificándolos como “táctica de guerra” utilizada para agudizar de manera notoria los escenarios de conflicto y dificultar el restablecimiento de la paz.

La Resolución 1888 (2009)⁶⁴, que se adoptó un año más tarde a instancias de H. Clinton (Ex Secretaria de Estado de los EE.UU.), estableció una estrategia para implementar la seguridad y protección de las mujeres y los niñas con el fin de prevenir actos violentos de naturaleza sexual en los enfrentamientos bélicos mediante el desarrollo de nuevas medidas, entre las que cabe destacar: la nominación de un Representante Especial del Secretario General para liderar la acción de la ONU; la designación de un grupo de expertos en la materia para fomentar la presencia de las NNUU sobre el terreno, incluyendo disposiciones específicas para proteger a mujeres y niños.

La Resolución 1960 (2010)⁶⁵ se centra nuevamente en la protección contra los actos violentos de naturaleza sexual. Así, el Consejo de Seguridad evidencia que, pese a condenar en numerosas ocasiones la violencia ejercida contra mujeres y niños, tales actos se siguen llevando a cabo, motivo por el que insiste y repite la prohibición de todas las formas de violencia sexual, recordando además, que los Estados son responsables y tienen que tomar las medidas oportunas para poner fin a la impunidad. Así mismo, significa que los mecanismos de justicia transicional son un instrumento para fomentar la rendición de cuentas individual respecto de los crímenes graves. Además, induce a los beligerantes a cumplir los compromisos específicos y sus plazos para luchar contra actos violentos de naturaleza sexual y pide al Secretario General que constituya disposiciones de seguimiento, análisis y presentación de informes sobre la violencia sexual que tiene lugar con motivo de enfrentamientos bélicos, así como la inserción en su informe anual de información detallada y de una lista de tales crímenes.

La Resolución 2106 (2013)⁶⁶, se creó por la Declaración sobre la prevención de la violencia sexual en los conflictos, sancionada en el G-8 en Londres, para dar contestación al incremento de la acción internacional a nivel político y mediático que no se habían dado hasta el momento. En la misma se afirma que los actos violentos de naturaleza sexual se utilizan como táctica pero también como método bélico, ampliando varios aspectos de la agenda MPS. En lo que se refiere a la protección de las víctimas, se incluyen otros grupos vulnerables (hombres y niños) y personas que hayan quedado traumatizadas por ser testigos de manera forzada e indirecta mientras se perpetraban actos violentos contra sus familiares. También se pide al Secretario General y a las NNUU que se reconozca la necesidad de que la información sea más oportuna, objetiva y fidedigna, de tal manera que se apliquen y establezcan, a la mayor brevedad posible, disposiciones de vigilancia, análisis y presentación de informes.

⁶³ S/RES/1820 (2008), 19 de junio de 2008. Disponible en:

[http://undocs.org/es/S/RES/1820%20\(2008\)](http://undocs.org/es/S/RES/1820%20(2008)); última visita el 14-09-2018.

⁶⁴ S/RES/1888 (2009), 30 de septiembre de 2009. Disponible en:

[http://undocs.org/es/S/RES/1888%20\(2009\)](http://undocs.org/es/S/RES/1888%20(2009)); última visita el 14-09-2018.

⁶⁵ S/RES/1960 (2010), 16 de diciembre de 2010. Disponible en:

[http://undocs.org/es/S/RES/1889%20\(2009\)](http://undocs.org/es/S/RES/1889%20(2009)); última visita el 14-09-2018.

⁶⁶ S/RES/2106 (2013), 24 de junio de 2013. Disponible en:

<http://www.un.org/es/sc/documents/resolutions/2013.shtml>; última visita en 14-09-2018.

La Resolución 2242 (2015)⁶⁷, surge a partir de un documento base redactado por *Radhika Coomaraswamy* (Ex Representante Especial para los niños y los conflictos armados por encargo del Secretario General de la ONU) y del trabajo de un grupo de expertos, que elaboró un informe conocido como “Estudio mundial”, titulado “Prevenir los conflictos, transformar la justicia, garantizar la paz”, que consistía en un estudio mundial sobre la aplicación de la resolución 1325 del Consejo de Seguridad de las NNUU⁶⁸.

Por una parte, esta resolución introdujo unos instrumentos dirigidos a mejorar la agenda MPS, proponiendo la instauración de un Grupo Informal de Expertos MPS en el Consejo de Seguridad (que luego fue conocido como Grupo 2242), para alcanzar un enfoque metódico de las cuestiones sobre las mujeres, la paz y la seguridad, que permitiera incrementar la supervisión y coordinación de las actividades de implementación. Por otra, incorpora nuevas preguntas a la agenda MPS, entre otras: la integración de la perspectiva de género en la lucha contra el extremismo violento y el terrorismo, así como la necesidad de reconocer que los actos violentos de naturaleza sexual y de género forman parte de los objetivos estratégicos de ciertos grupos terroristas y su utilización es una táctica de guerra para aumentar su poder. Es por lo que, la Resolución pide a los Estados miembros y las NNUU que incrementen los mecanismos de lucha contra el terrorismo y el extremismo violento.

5.3. Nuevas formas de respuesta internacional

Junto a la acción de las Organizaciones Internacionales, la ONU y los organismos regionales, es importante destacar el papel de la sociedad civil, dado que ha alcanzado un papel principal en la esfera internacional por medio de numerosas ONG de defensa de los DDHH, teniendo una influencia decisiva en el desarrollo normativo para una respuesta institucional contra actos violentos con motivos sexuales en los enfrentamientos armados, así como en dar a conocer este crimen⁶⁹.

No obstante, junto a los cauces tradicionales (basados en la cooperación permanente institucionalizada) se están desarrollando fórmulas novedosas que obedecen a iniciativas mixtas, producto de la sinergia entre Estados y Organizaciones Internacionales, y del impulso de personas físicas comprometidas con la causa y con proyección política o mediática que ejercen un papel de reclamo o catalizadores.

Los ejemplos más significativos de esta “fórmula mixta” son la Declaración del G8 de 11 de abril de 2013 sobre la Prevención de la violencia sexual en los conflictos, y la subsiguiente Cumbre Mundial para poner fin a la violencia sexual en los conflictos que tuvo lugar en junio de 2014. Ambas se encuentran incluidas dentro la estrategia diplomática para prevenir beligerancias, presentada en 2012 por el gobierno británico en aplicación de su Estrategia de Seguridad Nacional, la llamada “Preventing Sexual Violence Initiative”⁷⁰.

⁶⁷ S/RES/2242 (2015), 13 de octubre de 2015. Disponible en:

[http://undocs.org/es/S/RES/2241\(2015\)](http://undocs.org/es/S/RES/2241(2015)); última visita el 14-09-2018.

⁶⁸ Entidad de las Naciones Unidas para la Igualdad de Género y el Empoderamiento de las Mujeres (ONU Mujeres), *Prevenir los conflictos, transformar la justicia, garantizar la paz- Estudio mundial sobre la aplicación de la resolución 1325 del Consejo de Seguridad de las Naciones Unidas*. 12 octubre de 2015.

⁶⁹ AZKUE, I.M, “Aportes sobre el activismo de las mujeres por la paz”, *Cuadernos de trabajo Hegoa, Lan Koadernoak, Working papers*, nº 48, 2009, pp. 1-24; WELKER, J., *The Influence of Human Rights Advocacy Networks on the Prosecution of Conflict-Related Sexual Violence in International Criminal Courts*, 2012, Tesis Doctoral, City College of New York.

⁷⁰ CHINKIN, C., “Women, Peace and Security: What Does It Mean in the Contemporary World?”, Conferencia pronunciada por la Profesora Christine Chinkin FBA en la inauguración del “PRIO Centre on Gender, Peace and Security”, Oslo, Noruega el 15 de febrero de 2016, disponible en <http://www.lse.ac.uk/WomenPeaceSecurity/pdf/2016/0215ChinkinPRIO.pdf>; última visita el 03-09-2018.

Esta cadena de iniciativas culminó con la celebración de una Conferencia Mundial apoyada por Angelina Jolie durante los días 11 a 13 de junio de 2014⁷¹. En ella se reunieron delegados de 140 países, representando a la sociedad civil y expertos académicos con la intención de llegar a acuerdos concretos para avanzar en la prevención, sanción y reparación de los crímenes de violencia sexual que se cometen en los enfrentamientos armados.

6. Conclusiones

No cabe duda de la necesidad de realizar un enfoque integrado de la paz, basado en la conexión entre distintas actividades y ámbitos relacionados con la seguridad, la igualdad de género, los DDHH, la justicia y el estado de derecho y bienestar. Pero también se requiere partir de una visión holística, que se valore y tenga en cuenta la permeabilidad y presencia de la violencia sexual en el pre y en el post conflicto, así como la especial vulnerabilidad de las sociedades de los Estados débiles o fallidos.

Ante la reiteración de los actos de violencia sexual y pese a las medidas con carácter preventivo- sancionador adoptadas por la ONU, se presenta necesaria la creación de un tribunal internacional con jurisdicción para juzgar al personal de NNUU acusado de haber cometido crímenes sexuales. La irrupción de una pluralidad de nuevos actores dificulta el enjuiciamiento de los crímenes sexuales perpetrados por cada uno de ellos suscitan una problemática particular, como es el caso de los grupos armados no estatales (compañías militares y de seguridad privada). Asimismo, en un plano completamente distinto se sitúan los abusos sexuales llevados a cabo por el personal de entidades dedicadas a la acción humanitaria y por los miembros de operaciones internacionales o de mantenimiento de la paz, siendo necesaria la identificación e información pública de las personas responsables y la existencia efectiva de responsabilidades.

Atención preferente a la investigación y documentación de estos actos violentos, la asistencia y reparación de las víctimas y las respuestas en los sistemas de seguridad y justicia, así como el fortalecimiento de la cooperación internacional. Sin embargo, la eficacia de la averiguación y sanción de la violencia sexual requiere de un marco legal en el que no solo se definan certeramente los tipos penales, sino que incluya normas procedimentales de probada eficacia, que faciliten la obtención de pruebas, la deposición de testigos y/o la participación activa de las víctimas, entre otros. Además, dicho marco normativo será inoperante si no viene acompañado con la voluntad política y la conciencia cívica necesarias para impulsar su cumplimiento, y, sobre todo, con los recursos humanos y económicos que su puesta en práctica exige.

Necesidad de adoptar un tratado universal específico en la materia, acompañado de una legislación modelo que asegure su aplicación en los derechos internos, para materializar el compromiso de la Comunidad internacional para combatir la impunidad. Si bien, es indiscutible, y así lo confirma la historia, que la existencia de normas o prohibiciones internacionales no asegura acabar con esta violencia atroz en los enfrentamientos bélicos, cuanto más exacto y eficaz sea el marco jurídico a nivel internacional menor será el margen de maniobra del que dispongan los Estados y otros agentes implicados en su comisión, y mayor la eficacia para combatir que estos crímenes queden impunes. La adopción de un nuevo instrumento convencional que aborde específicamente la prevención, prohibición, sanción y reparación de los crímenes sexuales, sería útil tanto a efectos de codificación y consolidación de los logros alcanzados como del desarrollo progresivo de esta cuestión, aunando así las distintas dimensiones que requiere el tratamiento de esta violencia en las beligerancias.

⁷¹ *Vid.* 140 países en la cumbre contra la violencia sexual como arma de guerra. Disponible en: https://elpais.com/internacional/2014/06/10/actualidad/1402415993_816781.html; última visita el 20-09-2018.

7. Referencias bibliográficas

- ABRIL STOFFELS, R., (2007) *La protección de los niños en los Conflictos Armados*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- ALLEN, B., (2006) *Rape Warfare: The Hidden genocide in Bosnia-Herzegovina and Croatia*, Minneapolis, University of Minnesota.
- AMBOS, K.; (2012) "Violencia sexual en conflictos armados y Derecho Penal Internacional", Cuadernos de Política Criminal, nº107.
- AZKUE, I.M., (2009) "Aportes sobre el activismo de las mujeres por la paz", *Cuadernos de trabajo Hegoa, Lan Koadernoak, Working papers*, nº 48.
- BARBÉ, E., (2016) "Supporting practices inspired by solidarist ideas: The EU in the UNSC Open Debates on Women, Peace and Security" en BARBÉ, E., COSTA, O. Y KISSACK, R., *EU Policy Responses to a Shifting Multilateral System*, Palgrave.
- CARRILLO ROBLES, M., (2012) "Mujer, paz y seguridad en la ONU", en *Género, conflictos armados y seguridad. La asesoría de género en operaciones*, Universidad de Granada.
- CHINCHÓN ÁLVAREZ, J., (2009) "Responsabilidad internacional del individuo y responsabilidad internacional del Estado: encuentros y desencuentros en torno a la figura internacional del Estado: encuentros y desencuentros en torno a la figura de los "crímenes de derecho internacional", en GONZÁLEZ IBÁÑEZ, J., (Dir.), *Protección Internacional de Derechos Humanos y Estado de Derecho. Studia in Honorem Nelson Mandela*, Bogotá, Grupo editorial Ibáñez.
- DE BROUWER, A. M., (2005) *Supranational Criminal Prosecution of Sexual Violence: The ICC and the Practice of ICTY and the ICTR*, Intersentia-School of Human Right Research, Oxford, 2005.
- DEMLEITNER, N., (1994) "Forced Prostitution: Namingan International Offense", *Fordham International Law Journal*, vol. 18, nº1.
- DOLAN, C., (2002) "Collapsing Masculinities and Weak States. A Case Study of Northern Uganda" en CLEAVER, F. (Ed.), *Masculinities matter: Men, Gender and Development*, Zed Books.
- DRAKE, A. M., (2011-2012) "Aimed at Protecting Ethnic Groups or Women-A Look at Forced Pregnancy under the Rome Statute", *William & Mary Journal of Women and the Law*, vol. 18.
- FISHER, S., (1996) "Occupation of the Womb: Forced Impregnation as Genocide", *Duke Law Journal*, vol.46.
- GIL, A., (2010) "La violación como arma de guerra y su persecución como crimen internacional" en ARROYO ZAPATERO, L.I., et alter (Coord.), *Piratas, mercenarios, soldados, jueces y policías: nuevos desafíos del derecho penal europeo e internacional*.
- GÓMEZ ISA, F., (2010) "La protección jurídica internacional de las niñas y niños soldados", en ALDECOA LUZÁRRGA, F. Y FORNER DELAYGUA, J.J., (Dir.), *La protección de los Niños en el Derecho Internacional y en las Relaciones Internacionales. Jornadas en Conmemoración del 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos del Niño y del 20 aniversario del Convenio de Nueva York sobre los Derechos del Niño*, Madrid-Barcelona, Buenos Aires.
- HEINEMAN, E. (Ed.), (2011) *Sexual Violence in Conflict Zones: From the Ancient World to the Era of Human Rights*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press.
- IGLESIAS VÁZQUEZ, MARÍA DEL ÁNGEL (2016), "La Protección de los Derechos de las Comunidades Indígenas en la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Revista *Principia Iuris*, Vol. 13, No. 26, pp. 261-298.
- IGLESIAS VÁZQUEZ, MARÍA DEL ÁNGEL (2010), *Violencia contra la Mujer: Referencia a la normativa internacional en Discriminación por razón de edad y de sexo:*

- retos pendientes del Estado social / coord. por Crespo Garrido, y Moretón Sanz, Colex.
- JORDAN, A., (2010) "El Protocolo de la ONU sobre la trata de personas: un enfoque imperfecto", American University, Washington College of Law, *Documento de discusión*, N°1.
- KIRBY, P., SHEPHERD, L. J., (2016) "The futures past of the Women, Peace and Security agenda", *International Affairs*, vol. 92.
- LEATHERMAN, J.L., (2013) "Violencia sexual y conflictos armados", Institut Català Internacional per la Pau (ICIP).
- LIROLA DELGADO, I., MARTÍN MARTÍNEZ, MAGDALENA M., (2016), "Crímenes Internacionales de Violencia sexual y conflictos armados". Thomson Reuters Aranzadi.
- LUPIG, D., (2009) "Investigation and Prosecution of Sexual and Gender-Based Crimes before the International Criminal Court", *American University Journal of Gender, Social Policy & the Law*, vol.17.
- MACKINNON, C.A., (2006) "Defining rape internationally: a comment on Akayesu", *Columbia Journal of Transnational Law*, vol. 44, 2006.
- MACKINNON, C., (1994) "Rape, Genocide and Women's Human Rights", *Harvard Women's Law Journal*, vol. 17.
- MAGALLÓN, C., (2010) "Mujer, paz y seguridad: un balance de la Resolución 1325", en MESA, M. (COORD.), *Balance de una década de paz y conflictos: tensiones y retos en el sistema internacional, Anuario CEIPAZ 2010-2011*, Madrid, CEIPAZ-Fundación Cultura de Paz, 2010.
- MANIVANNAN, A., (2014) "Seeking Justice for Male Victims of Sexual Violence in Armed Conflict", *NYU International Law and Politics*, vol. 46.
- MANJOO, R., (2016) "Women, Peace and Security-Negotiating in Women's Best Interest", *Global Policy*, vol. 7.
- MARTÍN, M., LIROLA, I., (2013) *Los crímenes de naturaleza sexual en el Derecho Internacional Humanitario*, Institut Català Internacional per la Pau, Informes 8/2013.
- MONTOYA VIVANCO, I., (2011) "Derecho penal y métodos feministas" en FERNÁNDEZ, M. Y MORALES, F., (Coords.), *Métodos feministas en el Derecho. Aproximaciones críticas a la jurisprudencia peruana*, PRISMA.
- MOREYRA, M. J., (2007) *Conflictos armados y violencia sexual contra las mujeres*, Buenos Aires, Editores del Puerto.
- OOSTERVELD, V., (2014) "Sexual Violence Directed against Men and Boys in Armed Conflicts or Mass Atrocity. Addressing a Gendered Harm in International Criminal Tribunals", *Journal of International Law and International Relations*, vol. 10.
- PLANAS, I.M., (2009) "Violencia sexual y nuevas guerras" en *La violencia del siglo XXI. Nuevas dimensiones de la guerra*, Instituto Español de Estudios Estratégicos.
- RODRÍGUEZ MANZANO, I., (2008) *Mujeres y Naciones Unidas. Igualdad, Desarrollo y paz*, Catarata, Madrid.
- SEGATO, R. L., (2014) "Las nuevas formas de la guerra y el cuerpo de las mujeres", *Revista Sociedade e Estado*, vol. 29.
- SIVAKUMARAN, S., (2010) "Lost in translation: UN responses to sexual violence against men and boys in situations of armed conflict", *International Review of the Red Cross*, vol. 92.
- SIVAKUMARAN, S., (2007) "Sexual Violence Against Men in Armed Conflict", *The European Journal of International Law*, vol. 18.
- TRYGGESTAD, T., (2014) *International Norms and Political Change: "Women, Peace and Security" and the UN Security Agenda*, Peace Research Institute Oslo, PRIO, Series of dissertations submitted to the Faculty of Social Sciences, University of Oslo.

- TRYGGESTAD, T., (2009) "Trick or Treat? The UN and Implementation of Security Council Resolution 1325 on Women, Peace and Security", *Global Governance*, vol. 15.
- VILLELAS ARIÑO, M., (2016) *Mujeres, paz y seguridad: 15 años de la resolución 1325. Una evaluación de la agenda sobre mujeres, paz y seguridad*, Institut Català Internacional per la Pau, Informes 12/2016.
- VIVES CHILLIDA, J., (2003) "La evolución jurídica internacional de los crímenes contra la Humanidad", Cursos de Derecho Internacional y Relaciones Internacionales de Vitoria Gasteiz.
- VOJDIK, V.K., (2014) "Sexual Violence Against Men and Women in War: A Masculinities Approach", *Nevada Law Journal*, vol. 14.
- WELKER, J., (2012) *The Influence of Human Rights Advocacy Networks on the Prosecution of Conflict-Related Sexual Violence in International Criminal Courts*, Tesis Doctoral, City College of New York.
- WOLFFHUGUE, C., (2012) "El elemento contextual del crimen de lesa humanidad: una visión en el marco de las decisiones de la Corte Penal Internacional" en BOEGLINETALTRI, N., (Ed.), *La Corte Penal Internacional. Una perspectiva latinoamericana*, Open Knowledge Network Collection, p. 408.

Fuentes jurídicas

- Conferencia Mundial de Derechos Humanos, adoptada en Viena el 25 de junio de 1993. Disponible en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G93/142/36/PDF/G9314236.pdf?OpenElement>; última visita el 19-09-2018.
- Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra (Convenio IV), aprobado el 12 de agosto de 1949 por la Conferencia Diplomática para Elaborar Convenios Internacionales destinados a proteger a las víctimas de la guerra, celebrada en Ginebra del 12 de abril al 12 de agosto de 1949. Disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/treaty/treaty-gc-4-5tdkyk.htm>; última visita el 10-09-2018.
- Convenio para la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio, adoptada y abierta a la firma y ratificación, o adhesión, por la Asamblea General en su resolución 260 A (III), de 9 de diciembre de 1948. Disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/treaty-1948-conv-genocide-5tdm6h.htm>; última visita el 13-09-2018.
- Convención sobre la Eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 18 de diciembre de 1979. Disponible en: <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/text/sconvention.htm>; última visita el 19-09-2018.
- Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional, aprobado en Roma el 17 de julio de 1998. Disponible en: https://www.oas.org/36ag/espanol/doc_referencia/Estatuto_Roma.pdf; última visita el 10-09-2018.
- Protocolo I adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 1977. Disponible en: <https://www.icrc.org/es/document/protocolo-i-adicional-convenios-ginebra-1949-proteccion-victimas-conflictos-armados-internacionales-1977>; última visita el 13-09-2018.
- Protocolo II adicional a los Convenios de Ginebra de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 1977. Disponible en: <https://www.icrc.org/spa/resources/documents/misc/protocolo-ii.htm>; última visita el 10-09-2018.

Reglas de Procedimiento y Prueba para la aplicación del Estatuto de Roa de la Corte Penal Internacional. Disponible en: <https://www.icc-cpi.int/resource-library/Documents/RulesProcedureEvidenceSpa.pdf>; última visita el 10-09-2018.

Fuentes jurisprudenciales

- Prosecutor v. Radovan Karadzic, Ratko Mladic, Review of the indictments pursuant to Rule 61 of the Rules of procedure and evidence, (IT-95-5-R61, IT-95-18-RG1), de 11 de julio de 1996.
- Prosecutor v. Anto Furundzija, Judgement, (IT-95-17/1-T), de 10 de diciembre de 1998.
- Prosecutor v. Jean Paul Akayesu, Judgment, (ICTR-96-40-T), de 2 de septiembre de 1998.
- Prosecutor v. Dragoljub Kunarac, Radomic Kovac and Zoran Vukovic, Judgement, (IT-96-23/1-T), de 22 de febrero de 2001.
- Prosecutor v. Jean Pierre Bemba Gombo, Warrant of Arrest for Jean-Pierre Bemba Gombo, (ICC-01/05-01/08-1-tENG), de 23 de mayo de 2008.
- Prosecutor v. Issa Hassan Sesay, Morris Kallon, Augustine Gbao, (Caso RUF), Judgement (SCSL-04-15-T), de 2 de marzo de 2009.
- Prosecutor v. Simone Gbagbo, ICC-02/11-01/12 (en relación a su responsabilidad en los actos de violación y otras formas de violencia sexual cometidos en el contexto de violencia poselectoral en Costa de Marfil).
- Prosecutor v. Thomas Lubanga Dyilo, Judgment pursuant to Article 74 of the Statute, (ICC-01/04-01/06-2842), de 14 de marzo de 2012.
- Prosecutor v. Bosco Ntaganda, Decisión on the confirmation of charges (ICC.01/04-02/06), de 9 de junio de 2014.

A influência da soft law no sistema normativo brasileiro de proteção ambiental: o exemplo da declaração de estocolmo

The influence of soft law in the brazilian normative system of environmental protection: the example of the stockholm declaration

Adriano Carvalho Oliveira¹

Universidade Federal do Pará – UFPA

Lise Tupiassu²

Universidade Federal do Pará – UFPA e Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA

Jean-Raphael Gros-Desormeaux³

Centre national de la recherche scientifique – CNRS

Sumário: Resumo 1. Introdução – 2. Proteção ambiental no plano internacional: Direito humano ao meio ambiente – 3. A implicações das obrigações não cogentes (Soft law) para a estruturação do direito humano ao meio ambiente – 4. Declaração de Estocolmo: Reflexos na ordem jurídica interna brasileira – 5. Considerações finais

Resumo: O presente artigo analisa a influência percebida no sistema normativo brasileiro de proteção ambiental quanto a *Soft Law*, especificamente no tocante à Declaração de Estocolmo, celebrada em junho de 1972. A utilização da Soft Law como parâmetro tem o objetivo de demonstrar sua contribuição, mesmo enquanto instrumento jurídico desprovido de força cogente, para a formação de um sistema normativo pátrio de proteção ambiental, que é reflexo dos valores absorvidos pela Constituição Federal de 1988. Utiliza-se o método de análise qualitativa, com estudo da doutrina e legislação sobre o processo de consolidação direito humano ao meio ambiente, marcado pela relevância ímpar da Declaração de Estocolmo, para compreender a dinâmica de funcionamento e estruturação do sistema normativo pátrio de proteção ambiental, restando evidenciado o caráter econômico que justificou o surgimento da própria Declaração, e, que se refletiu na Carta Magna e por consequência em todo sistema normativo brasileiro com a incorporação de

¹ Doutorando em Direito na Universidade Federal do Pará - UFPA. Mestre em Direito, Políticas Públicas e Desenvolvimento Regional pelo Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA. Especialista em Direito Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Especialista em Processo Tributário pela Pontifícia Universidade Católica de São Paulo - PUC/SP. Professor e pesquisador dos cursos de Graduação e Pós-Graduação *latu-sensu* do Centro Universitário do Estado do Pará - CESUPA. E-mail: adrianooliveira.prof@gmail.com.

² Doutora em Direito pela Université Toulouse 1 - Capitole. Mestre em Direito Tributário pela Université Paris I, Panthéon-Sorbonne. Mestre em Instituições jurídico-políticas pela Universidade Federal do Pará. Mestre em Direito Público pela Université de Toulouse I - Capitole. Professora da Universidade Federal do Pará - UFPA e do Centro Universitário do Estado do Pará – CESUPA. Co-cordenadora da Rede de Pesquisas Junction Amazonian Biodiversity Units Research Networking Program – Jambu RNP. E-mail: lise@ufpa.br.

³ Doutor em Geografia pela Université des Antilles et de la Guyanne – UAG. Pesquisador do Centre National des Recherches Scientifiques – CNRS e do Laboratoire Caribéen de Sciences Sociales – LC2S. Co-cordenador da Rede de Pesquisas Junction Amazonian Biodiversity Units Research Networking Program – Jambu RNP. E-mail: jrmgrosdesormeaux@yahoo.fr.

uma concepção de desenvolvimento ampla que justificou o reconhecimento da variável ambiental dentre aquelas que permeiam a sua concepção.

Palavras-chave: Direito Humano ao Meio Ambiente. Soft Law. Declaração de Estocolmo. Sistema normativo brasileiro.

Abstract: The present article analyzes the perceived influence of the Brazilian legal system of environmental protection in relation to Soft Law, specifically with regard to the Stockholm Declaration, held in June 1972. The use of Soft Law as a parameter is intended to demonstrate its contribution, even while a legal instrument devoid of cogent force, for the formation of a normative system for the protection of the environment, which is a reflection of the values absorbed by the Federal Constitution of 1988. The qualitative analysis method is used, with a study of the doctrine and legislation on the process of consolidation of the human right to the environment, marked by the unique relevance of the Stockholm Declaration, to understand the dynamics of the functioning and structure of the normative system for the protection of the environment, showing the economic character that justified the appearance of the Declaration itself, and which was reflected in the Magna Carta bringing reflexes to all Brazilian normative system with the incorporation of a concept of broad development that justified the recognition of the environmental variable among those that permeate its conception.

Keywords: Human Right to the Environment. Soft Law. Stockholm Declaration. Brazilian normative system.

1. Introdução

Revela-se relativamente recente o fenômeno de surgimento do direito ao meio ambiente, no entanto, decorre de um longo processo histórico marcado pelo constante ajuste da relação desenvolvida entre homem e natureza.⁴

A consolidação desse direito está associada a um processo de conscientização global acerca da importância da preservação do meio ambiente para a continuidade de vida humana no planeta, bem como, a questões relacionadas às mazelas decorrentes da poluição, e a necessidade de perpetuação dos recursos naturais⁵. Assim, a origem da proteção jurídica ao meio ambiente encontra-se justamente na alteração da percepção global acerca das questões ambientais, proveniente da instauração de uma crise ambiental evidenciada mais fortemente no período pós-segunda guerra mundial.

O marco histórico na proteção ao meio ambiente foi a Declaração Sobre Meio Ambiente humano, celebrada na Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano no ano de 1972, conhecida como Declaração de Estocolmo⁶, concebida enquanto uma norma internacional de natureza *soft law*.

⁴ TUPIASSU, L.V.C. "O meio ambiente na dinâmica histórico-econômica dos direitos humanos". In: DIAS, J.C.; FONSECA, L.C.. (Org.). *Sustentabilidade - Ensaios sobre Direito Ambiental*. São Paulo: Método, 2010, v., p. 129.

⁵ MAZZUOLI, V. O.; TEIXEIRA, G.F.M. *O direito internacional do meio ambiente e o greening da Convenção Americana sobre direitos humanos*. Revista Direito GV, [S.l.], v. 9, n. 1, p. 199-241, jan. 2013. p. 206.

⁶A importância deste documento normativo a título de consolidação do direito humano ao meio ambiente é reconhecida pela doutrina em geral, contudo, a título de ilustração faz-se oportuno destacar as palavras de Mazzuoli e Teixeira (2013, p. 333): "A proteção ambiental no âmbito internacional, garantida pelos princípios da Declaração sobre o Ambiente Humano de Estocolmo 1972 e da Declaração sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento do Rio de Janeiro 1992, é estruturada por um sistema de conferências que, se por um lado permite a aceleração da entrada em vigor de suas decisões por meio da adoção de normas de *soft law*, por outro não tem o poder de aplicar sanções a Estados descumpridores de tais normas. Vista a questão sob outro ângulo, porém, as Declarações de Estocolmo e Rio permitem inter-relações entre questões ambientais e temas de direitos humanos, que já se inserem em sistemas jurídicos de proteção mais desenvolvidos.". (MAZZUOLI, V.O.; TEIXEIRA, G.F.M. *O direito internacional do meio ambiente e o greening da Convenção Americana sobre direitos humanos*. Revista Direito GV, [S.l.], v. 9, n. 1, p. 199-241, jan. 2013, p. 225 - 226).

Curiosamente, portanto, a estruturação do sistema normativo internacional voltado à proteção e efetivação do direito humano ao meio ambiente equilibrado se deu a partir de normatização desprovida de força cogente, ou seja, através de *soft law*, que não possui força coativa no sentido de impor sanções em caso de descumprimento de suas disposições pelo Estado infrator.

A utilização de normas de natureza *soft law* na seara ambiental pode estar associada a inúmeros fatores, dentre os quais destacam-se a sensibilidade do tema envolvido e a dificuldade dos Estados em se comprometerem a normas cogentes, em especial quando isto pode, em certa medida, comprometer o sistema econômico até então estabelecido, sendo tais normas o início de um processo gradativo de transição de valores, que tendem a evoluir futuramente para a construção de normas cogentes, tais como tratados, protocolos, convenções, e, também a serem incorporados no âmbito das legislações de direito interno.

A constitucionalização do direito ao meio ambiente na República Federativa do Brasil, especialmente no âmbito da Constituição Federal de 1988, recebe forte influência do contexto de proteção que vinha sendo estabelecido a nível global, destacando-se, nesse processo de construção normativa, o papel desempenhado pela Declaração de Estocolmo de 1972⁷.

Há de se ter em vista entretanto, que o surgimento da referida declaração se dá em um período histórico de despertar voltado a superação da falácia que considera a proteção do meio ambiente como um fator não econômico⁸, possuindo a Declaração de Estocolmo uma relevância ímpar nesse contexto, uma vez que a partir de sua celebração, de um ponto de vista geral, se deu uma considerável ampliação no reconhecimento entre a interação irrefutável entre o meio ambiente e a economia. Dessa forma, em que pese o Brasil ser hoje detentor de um amplo sistema normativo de proteção ambiental, faz-se necessário, para uma adequada compreensão de sua dinâmica de funcionamento e estruturação, avaliar as influências e princípios que fundaram a construção dos atuais contornos deste sistema, marcado pela associação entre economia e meio ambiente.

Diante disso, a questão que norteia o presente estudo é saber qual o encadeamento histórico e valorativo que deu origem ao sistema de proteção do direito fundamental ao meio ambiente no ordenamento constitucional e normativo brasileiro, tendo por foco a influência impressa pela Declaração de Estocolmo como elemento de *soft law* diante do específico contexto econômico-ambiental.

Para tanto, o presente estudo, desenvolvido segundo metodologia de abordagem qualitativa, propõe-se a analisar, primeiramente, como se deu o processo de reconhecimento do direito humano ao meio ambiente no cenário internacional, marcado pelo surgimento de declarações e acordos internacionais voltados a este fim, para em seguida examinar o modelo de proteção conferido ao meio ambiente pelos instrumentos de *soft law*, tais como a Declaração de Estocolmo. No terceiro tópico, buscar-se explicitar as influências impressas por essa sistemática no ordenamento jurídico brasileiro.

2. Proteção do direito humano ao meio ambiente no plano internacional

Em resposta as atrocidades ocorridas no decorrer da 2ª guerra mundial, a criação da Organização das Nações Unidas, em 1945, representou um marco no cenário global quanto ao arranjo de um sistema internacional de proteção dos direitos humanos⁹, que surge

⁷ BENJAMIN, A.H.V. "Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira". In: CANOTILHO, J.G.; LEITE, J.R.M. (org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 77-150. Disponível em: < <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/40520> >. Acesso em: 14 ago. 2017. p. 81-82.

⁸ HELOU, I.; VIDAL, L. "Mondialisation et instruments économiques pour la protection de l'environnement". In: MORAND DEVILLER, Jacqueline; BÉNICHOT, Jean-Claude (org.). *La mondialisation des concepts en droit de l'environnement*. Edição de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne (IRJS) – André Tunc – Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne, *Bibliothèque de l'IRJS*, volume 22, 2010, p. 222.

⁹ Neste sentido, consultar PIOVESAN, F. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008, p. 109.

como resposta das Nações Unidas no sentido de construir mecanismos efetivos voltados a proteção de direitos essenciais à humanidade¹⁰.

Os direitos humanos correspondem a direitos positivados nos tratados ou costumes internacionais¹¹, que asseguram a todo e qualquer indivíduo, independentemente de características pessoais (como raça, cor, sexo, orientação política, etc.) a condição de titular de direitos essenciais a sua existência, enquanto ser humano, sendo, neste sentido, direitos que ascenderam ao patamar do Direito Internacional Público.

Na agenda internacional os direitos humanos adquirem relevo com o advento da Carta das Nações Unidas, em 1945¹², mas, em especial, com a promulgação da Declaração Universal dos Direitos Humanos, em 1948¹³. Inicialmente, por meio destes instrumentos, os direitos humanos passaram a ter especial atenção na pauta internacional. Válido citar, a título de referência, o preâmbulo da Declaração Universal dos Direitos Humanos, *in verbis*: “Considerando que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo”¹⁴.

Esse processo de positivação de princípios jurídicos (ou valores) consiste em uma importante tendência jurídica (verificada em especial pós Segunda Guerra Mundial) no tocante ao reconhecimento de direitos humanos e as respectivas consequências associadas a este fato.¹⁵

Este arranjo institucional de proteção aos direitos humanos acabou por permear as mais diversas áreas afetadas à dignidade humana e, dentre estas, para os fins a que se propõe esta análise, cumpre-nos destacar o alcance dessa proteção à dimensão ambiental.

Para além dos traumas decorrentes das guerras mundiais, fato é que o surgimento do direito humano ao meio ambiente não está associado simplesmente a um processo natural de conscientização ambiental. A forma de apropriação do homem em relação aos recursos naturais mostra-se também como fator de extrema relevância quanto a preservação ou comprometimento da dignidade humana¹⁶.

Nesse sentido, paulatinamente vai se consolidando um movimento de aproximação entre as temáticas dos direitos humanos com o meio ambiente, pois “embora tenham os domínios da proteção do ser humano e da proteção ambiental sido tratados até o presente

¹⁰ No preâmbulo da Carta das Nações Unidas (1945) fica estampada este intento por parte da Organização das Nações Unidas: “Nós, os povos das nações unidas, resolvidos a preservar as gerações vindouras dos flagelos da guerra, que por duas vezes no espaço de nossas vidas trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade, e a reafirmar a fé nos direitos fundamentais do homem [...] resolvemos conjugar nossos esforços para consecução desses objetivos”. (BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil. Brasília, DF, Senado, 1998.)

¹¹ MAZZUOLI, V.O. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.

¹² Tem-se que “Assinada em São Francisco, em 26 de junho de 1945 – ratificada pelo Brasil em 21 de setembro de 1945 – a Carta das Nações Unidas ou Carta da ONU, pois foi o documento fundante da Organização das Nações Unidas – ONU, constitui-se no primeiro instrumento normativo do Direito Internacional dos Direitos Humanos.” (ALMEIDA, G.A. *Direitos humanos e não-violência*. São Paulo: Atlas, 2001. p. 57).

¹³ Faz-se pertinente salientar os ensinamentos de Antônio Augusto Cançado Trindade no tocante a Declaração Universal e Americana dos Direitos Humanos, como um marco na proteção aos direitos humanos: “O processo de generalização da proteção dos direitos humanos desencadeou-se no plano internacional a partir da adoção em 1948 das Declarações Universal e Americana dos Direitos Humanos. Era preocupação corrente, na época, a restauração do direito internacional em que viesse a ser reconhecida a capacidade processual dos indivíduos e grupos sociais no plano internacional. Para isto contribuíram de modo decisivo as duras lições legadas pelo holocausto da segunda guerra mundial” (CANÇADO TRINDADE, A.A. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997): as primeiras cinco décadas*. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000. p. 23).

¹⁴ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. Declaração universal dos direitos humanos. Paris. 1948. Disponível em: <<http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf>>. Acesso em: 20 jun. 2017.

¹⁵ Nesse sentido “O reconhecimento oficial de direitos humanos, pela autoridade competente, dá muito mais segurança jurídica. Ele exerce, também, uma função pedagógica no seio da comunidade, no sentido de fazer prevalecer os grandes valores éticos, os quais, sem esse reconhecimento oficial, tardariam a se impor na vida coletiva. (COMPARATO, F.K. *A afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2010, p. 71)

¹⁶ Ver a respeito em SANTOS, B.S.; CHAUI, M. *Direitos humanos, democracia e desenvolvimento*. São Paulo: Cortez, 2013.

separadamente, é necessário buscar maior aproximação entre eles, porquanto correspondem aos principais desafios de nosso tempo, a afetarem em última análise os rumos e destinos do gênero humano”¹⁷.

Deste modo, o movimento de expansão do Direito Internacional afeto ao surgimento do direito humano ao meio ambiente, associa-se com à necessidade das nações de se organizarem tendo em vista tratar de situações que transcendem o próprio território e questões domésticas, e avançam para um interesse comum¹⁸.

Fato é que, os desafios transnacionais impostos à sociedade, em um panorama amplo, repercutem na criação de organizações regionais e globais, através da adoção de tratados e outros instrumentos internacionais que visam estabelecer uma espécie de governança mundial acerca de alguns problemas-chave. Nessa esteira, converte-se em assunto de interesse internacional o tratamento conferido por um Estado a seus cidadãos ou a todo e qualquer ser humano.¹⁹

No plano global, a preocupação com o meio ambiente começa a ser evidenciada, ainda que discretamente, a partir da referência indireta feita a este no art. 12²⁰ do Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, de 1966, ao associar o direito a saúde a um nível de vida adequado. Em que pese não haver uma referência expressa a proteção ambiental, ou ao direito ao meio ambiente, há de se destacar a importância em se conjugar a concepção de uma vida digna (a partir da ideia de saúde) perpassa por um meio ambiente equilibrado.²¹

Contudo, de forma mais clara, o direito humano ao meio ambiente passa a despontar a partir da Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, realizada em junho de 1972 (com a participação de 113 países, 250 organizações não-governamentais e organismos da ONU) onde restou aprovada a Declaração Sobre Meio Ambiente Humano, conhecida como Declaração de Estocolmo, dotada de 26 princípios voltados a nortear os processos decisórios de relevância para a questão ambiental.

A célebre Declaração de Estocolmo de 1972, já em seu primeiro princípio estabelece que: “O homem tem o direito fundamental à liberdade, igualdade e adequadas condições de vida, em um ambiente cuja qualidade permita uma vida de dignidade e bem-estar, e tem solene responsabilidade de proteger e melhorar o meio ambiente, para a presente e as futuras gerações (...)”.²²

¹⁷ CANÇADO TRINDADE, A.A. *Direitos Humanos e Meio Ambientes: paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: Fabris, 1993.

¹⁸ Não há como deixar de destacar que o Direito não se coloca alheio a sociedade e aos seus dilemas, ao contrário, surge como um mecanismo de regulação das relações humanas e de seus valores que vão se consolidando e modificando com o decorrer do tempo, isto é, “O Direito não é estático, e tampouco opera no vácuo. Não há como deixar de tomar em conta os valores que formam o *substratum* das normas jurídicas. O Direito Internacional superou o voluntarismo ao buscar a realização de valores comuns superiores, premido pelas necessidades da comunidade internacional.” (CANÇADO TRINDADE, A.A. *O direito internacional em um mundo em transformação (Ensaio, 1976-2001)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002., p. 1087).

¹⁹ TUPIASSU, L.V.C. “A ‘dinâmica ondulatória’ de positivação do Direito ao Meio Ambiente”. In: DEL OLMO, F.S.; GUIMARÃES, A.M.C.; CARDIN, V.S.G. (Org.). *Direito internacional dos direitos humanos*. 1ª ed. Florianópolis: CONPEDI - FUNJAB, 2013, v. I, p. 7-36.

²⁰ “ARTIGO 12

1. Os Estados Partes do presente Pacto reconhecem o direito de toda pessoa de desfrutar o mais elevado nível possível de saúde física e mental.

2. As medidas que os Estados Partes do presente Pacto deverão adotar com o fim de assegurar o pleno exercício desse direito incluirão as medidas que se façam necessárias para assegurar: a) A diminuição da mortalidade e da mortalidade infantil, bem como o desenvolvimento das crianças; b) A melhoria de todos os aspectos de higiene do trabalho e do meio ambiente; c) A prevenção e o tratamento das doenças epidêmicas, endêmicas, profissionais e outras, bem como a luta contra essas doenças; d) A criação de condições que assegurem a todos assistência médica e serviços médicos em caso de enfermidade.”

²¹ Neste sentido, consultar CANÇADO TRINDADE, A.A. *Direitos Humanos e Meio Ambientes: paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: Fabris, 1993, p. 84.

²² ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Declaração sobre o Meio Ambiente Humano*. Estocolmo, 1972.

Verifica-se, *prima facie*, pela Declaração de Estocolmo, que o direito humano ao meio ambiente extrapola a mera percepção de proteção de recursos, combate e controle da poluição e limitações ao desmatamento. Em verdade, enquanto direito humano coloca-se na condição de pedra de torque em relação aos demais direitos humanos²³, isto é, “abrange um universo amplo e complexo, que envolve e interliga todas as concepções de direitos humanos.”²⁴

O proeminente pioneirismo da Declaração de Estocolmo de 1972 em vincular direitos humanos à proteção ambiental²⁵, assim como a influência que exerceu no processo de construção de instrumentos jurídicos (globais, nacionais e regionais) incorporando o direito ao meio ambiente, são reconhecidos até mesmo por organismos internacionais, como a Organização dos Estados Americanos – OEA²⁶.

Contudo, a Declaração de Estocolmo de 1972 (assim como outras, tais como a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento de 1992, etc.) não possuem força jurídica cogente. Isto é, reconhece a importância universal da proteção do meio ambiente e o eleva ao status de direito, mas não se coloca propriamente enquanto uma norma jurídica cogente (com força obrigacional) no âmbito internacional. Correspondem ao que se convencionou chamar *soft law*.²⁷

Deste modo, faz-se pertinente analisar com mais vagar as normatizações que compõem o direito ambiental internacional, *hard law* e *soft law*, verificando em especial as implicações destas últimas; que alcançam a Declaração objeto do presente estudo.

²³ Esta percepção vai ao encontro da interpretação acerca dos direitos humanos consignada na Declaração de Direitos Humanos de Viena de 1993, que em seu §5º preceitua que: “5. Todos os direitos humanos são universais, indivisíveis interdependentes e interrelacionados. A comunidade internacional deve tratar os direitos humanos de forma global, justa e equitativa, em pé de igualdade e com a mesma ênfase (...)”. (Grifo nosso).

²⁴ MAZZUOLI, V.O.; TEIXEIRA, G.F.M. *O direito internacional do meio ambiente e o greening da Convenção Americana sobre direitos humanos*. Revista Direito GV, [S.l.], v. 9, n. 1, p. 199-241, jan. 2013. ISSN 2317-6172. Disponível em: <<http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/20905/19629>>. Acesso em: 26 Jul. 2017, p. 204.

²⁵ Válido salientar que além da Declaração de Estocolmo outros importantes documentos internacionais se prestam a consolidação do meio ambiente na esfera de direitos humanos, como por exemplo a Declaração do Rio sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, editada na Conferência das Nações Unidas sobre Meio Ambiente e Desenvolvimento, no Rio de Janeiro, de 3 a 14 de junho de 1992, que dentre as premissas trazidas reafirmava os termos da Declaração de Estocolmo de 1972, e, buscava avançar trazendo mecanismos capazes de viabilizar o desenvolvimento sustentável, consideração do fator ambiental na concepção desenvolvimentista. No entanto, dado o recorte metodológico promovido por este estudo, será analisado com maior profundidade a Declaração de Estocolmo e suas implicações, uma vez que, perfaz-se o marco histórico de propagação da ideia de direitos humanos associados a proteção ambiental.

²⁶ A OEA em seu relatório sobre o cumprimento da AG/RES. 1819 (XXXI-O/01), Direitos Humanos e Meio Ambiente, divulgado em 2002 assevera que: “O Princípio 1 da Declaração de Estocolmo, de 1972, pode ser a mais antiga declaração direta que vincula direitos humanos e proteção ambiental, ao afirmar o direito fundamental à liberdade, à igualdade e a condições de vida adequadas, num meio ambiente de qualidade tal que permita uma vida de dignidade e bem-estar. A Conferência das Nações Unidas sobre o Meio Ambiente Humano, de 1972, declarou que ‘o meio ambiente humano, o natural e o artificial, são essenciais para o bem-estar do homem e para o gozo dos direitos humanos fundamentais, inclusive o direito à própria vida’. Desde então um considerável número de instrumentos de direitos humanos, regionais, globais e nacionais, reconhecem de algum modo o direito a um meio ambiente que seja sadio. Também há um crescente corpo de jurisprudência no contexto dos direitos humanos, que reconhece o flagelo da degradação ambiental, na medida em que afeta o gozo dos direitos estabelecidos.” (ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Documento do Conselho Permanente. Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos. *Relatório da Secretaria-Geral sobre o Cumprimento da AG/Res. 1819 (XXXI-O/01), Direitos humanos e Meio Ambiente*, por Peter Quilter, Assessor do Secretário-Geral, Gabinete do Secretário-Geral. OEA/Ser. G, CP/CAJP-1898/02, 4 abril 2002.)

²⁷ MAZZUOLI, V.O. *A proteção internacional dos Direitos Humanos e o Direito Internacional do Meio Ambiente*. Argumenta Journal Law, Jacarezinho - PR, n. 9, p. 159-186, fev. 2013. ISSN 2317-3882.

3. A implicações das obrigações não cogentes (*Soft law*) para a estruturação do direito humano ao meio ambiente

A noção de *hard law*²⁸ em direito internacional, corresponde a uma categoria de normas dotadas de obrigatoriedade, isto é, que devem ser cumpridas sob pena de imputarem ao infrator uma sanção. Nesse sentido, são normas que apresentam contornos bem fundamentados e sanções estabelecidas para o caso de descumprimento.

A *hard law* por ser mais rígida em sua aplicação, revela-se dotada de menos flexibilidade e adaptabilidade, quanto ao legislador, quando apresentadas novas situações. Uma vantagem clara dessa modalidade normativa situa-se na segurança jurídica que confere, uma vez que a rigidez normativa atribui maior certeza quanto à abrangência e aplicabilidade da norma, repercutindo na eficácia que dela se espera²⁹.

No âmbito do Direito Internacional, tradicionalmente, admite-se uma gama de normatizações a serem empregadas entre os sujeitos internacionais³⁰, contudo dada a amplitude das questões ambientais, houve a necessidade de adaptação de instrumentos normativos utilizados para a tutela dos bens naturais, haja vista que a rigidez e burocracia da normatização até então aplicada era insuficiente para fazer frente a constante e crescente degradação ambiental, bem como aos riscos que a acompanham. Dessa forma, recorreu-se à normatização *soft law*.

Soft Law compreende normas bastante flexíveis que formam um conjunto de regras jurídicas de conduta dos Estados, cuja a inadimplência (descumprimento) é regida por um sistema diferenciado das sanções tradicionalmente aplicáveis, estando essas mais aproximadas à obrigações morais à que se comprometem os Estados³¹. Dada sua natureza a *soft law* permite modificações normativas de forma simplificada, ou a complementação posterior de seu conjunto normativo, o que lhe permite acompanhar de forma mais efetiva as mudanças e necessidades que o meio ambiente demanda.

O abrandamento do direito trazido pela *soft law* se justifica na medida em que pretende operar de modo eficaz em temas de extrema complexidade (especialmente no que toca a seara ambiental), onde para se evitar lacunas normativas, se criam normas mais flexíveis, que possam vir a ser complementadas ou até mesmo modificadas de forma mais célere.

Nesse sentido, o Direito Ambiental Internacional é marcado por uma normatização que conjuga simultaneamente a existência de normas cogentes (*hard law*) e normas desprovidas de coercitividade (*soft law*)³².

A ideia de normas jurídicas desprovidas de força coercitiva, isto é, obrigatórias, foge a convencional aceção da ciência do Direito³³, não se conformando com teorias como a

²⁸ As normas jurídicas internacionais que conduzem a uma ideia de força coercitiva (aplicação de sanções) para forçar o cumprimento associam-se a normatização *hard law*, como bem assevera Robert Pate: "International conventions are widely seen as the embodiment of the "hard law" approach, consisting of "bilateral and multilateral treaties or conventions which either require that a ratifying state implement them by adapting its domestic law accordingly, or which create for themselves uniform laws applicable to all contracting states." (PATE, R.A. *The Future of Harmonization: soft law instruments and the principled advance of international lawmaking*. Samford University. Disponível em: < http://works.bepress.com/robert_pate/1 >. Acesso em: 19 jul. 2017, p. 05)

²⁹ PATE, R.A. *The Future of Harmonization: soft law instruments and the principled advance of international lawmaking*. Samford University. Disponível em: < http://works.bepress.com/robert_pate/1 >. Acesso em: 19 jul. 2017.

³⁰ Tais como: Tratados, convenções, declarações, estatutos, protocolos, convênios, entre outros.

³¹ SOARES, G.F.S. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Atlas, 2002.

³² Inúmeras podem ser as razões determinantes à utilização da normatização *soft law*. Para detalhes, consultar VARELLA, M.D. *Direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 62-63.

³³ Nesse sentido, o *soft law* coloca-se como um paradoxo no âmbito do direito, fugindo a tradicional sistemática de operação do mesmo, tem-se que "*Soft*" law is a paradoxical term for defining an ambiguous phenomenon. Paradoxical because, from a general and classical point of view, the rule of law is usually considered "hard", i.e, compulsory, or it simply does not exist. Ambiguous because the reality thus designated, considering its legal effects as well as its manifestations, is often difficult to identify clearly" (DUPUY, P.M. *Soft law and the international law on the environment*. Michigan

de Hans Kelsen, que concebe que a obrigatoriedade é parte integrante da ideia de normatividade³⁴. Contudo, o Direito Internacional admite tal mecanismo de normatização, que repousa sobre um campo que está mais associado ao dever moral decorrente do compromisso assumido pelo Estado, que propriamente a uma sanção que estabelecida em razão do descumprimento ao pactuado.³⁵

No entanto, apesar da ausência de força obrigatória as Declarações Internacionais (e em especial para os fins de análise deste estudo a Declaração de Estocolmo) não são instrumentos desprovidos de efeito. Ao contrário, são dotadas de considerável alcance, haja vista que as declarações constituem vetores de interpretação, fornecendo motivação filosófica e jurídica para consagração de um direito humano ao meio ambiente. Introduzem assim, elementos essenciais que fornecem subsídio necessário ao desenvolvimento jurídico em matéria ambiental, tanto no plano internacional como também nacional, permeando as discussões envolvendo a relação firmada entre direitos humanos e meio ambiente.

A normatização *soft law* deve ser avaliada a partir de uma ótica que considere o conteúdo da previsão normativa, ponderando um espaço existente entre a inexistência de norma tutelando determinada matéria (por exemplo pela falta de contexto político, ou outras questões que levem a uma conduta negativa por parte dos Estados) e a existência de normas obrigatórias que condicionem padrões de condutas. Em outras palavras, tem-se que é melhor a aprovação de *soft law* quanto à determinado tema controverso, que a inexistência de qualquer normatização. A construção de *soft law*, nesse sentido não representa uma barreira quanto à evolução jurídica em determinada área ou tema específico, ao contrário, revela-se uma alternativa apta a viabilizar tal evolução.

A implementação da *soft law* resulta na fixação de um padrão de conduta considerado acertado (ou aceitável), de modo que acaba por estabelecer os contornos pelos quais se torna possível identificar a conduta que não se amolda aos padrões estabelecidos, construindo assim uma “presunção de ilegalidade”.³⁶

Percebe-se, então, que as normas de *soft law* encontram-se intimamente relacionadas com o Direito Ambiental Internacional, na medida em que representam os primeiros passos rumo a construção de *hard law*³⁷, detentor de força cogente capaz de vincular o Estado a condutas desejáveis ambientalmente.

Há, ainda, outra importante função atrelada à *soft law*, que está justamente associada ao potencial destas em influenciar a construção do ordenamento jurídico interno dos Estados.

Dessa forma, as declarações possuem a virtude de possibilitar que os princípios por ela enunciados alcancem, além da esfera internacional obviamente, a legislação interna de cada Estado. O que significa dizer que as legislações internas (constituições em especial) passarão a conter dispositivos correspondentes aos anseios formulados em âmbito internacional. Competindo, assim, aos Estados (ao internalizarem os enunciados estabelecidos pelas declarações) a função de inseri-las no universo jurídico cogente.

Há de se reconhecer, portanto, a “influência considerável exercida pelo texto internacional declaratório sobre o direito interno dos países, que o adaptam às

Journal of International Law, Michigan: University of Michigan Law School, v. 12, n. 2, p. 425-427, 1991. Disponível em: < http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/CG_MA_3966.pdf >. Acesso em: 27 jul. 2017, p. 420)

³⁴ Kelsen, H. Teoria pura do direito. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

³⁵ VARELLA, M.D. *Direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 61-62.

³⁶ Nesse sentido, destaca Pierre-Marie Dupuy: “when evaluating due diligence in the context of determining state responsibility under international law, one must consider the standards established by soft norms, although not (or not yet) compulsory in themselves. No single one of these standards by itself, it seems, should suffice in identifying illicit State activity in instances where it is ignored. Such a deficiency should, however, create a presumption of illegality and, in instances where a number of such norms are violated, constitute evidence of an illicit act.” (DUPUY, P.M. *Soft law and the international law on the environment*. Michigan Journal of International Law, Michigan: University of Michigan Law School, v. 12, n. 2, p. 425-427, 1991. Disponível em: < http://www.fd.unl.pt/docentes_docs/ma/CG_MA_3966.pdf >. Acesso em: 27 jul. 2017, p. 434.

³⁷ Para detalhes, consultar DUPUY, P.M. *Soft law and the international law on the environment*. Michigan Journal of International Law, Michigan: University of Michigan Law School, v. 12, n. 2, p. 425-427, 1991, p. 432 – 433.

especificidades de cada realidade”³⁸. Nesse sentido, passemos a avaliar a influência exercida pela Declaração de Estocolmo na atual conformação de instrumentos normativos no direito interno brasileiro.

4. Os reflexos da Declaração de Estocolmo na ordem jurídica interna brasileira

No Direito Internacional Ambiental, dada a dificuldade em se estabelecer normas cogentes em relação a temas sensíveis, recorre-se aos princípios³⁹. A Declaração de Estocolmo⁴⁰ ganha protagonismo especial nesse sentido, inaugurando a positivação de uma gama de princípios essenciais à seara ambiental, os quais, ainda que originados deste instrumento sem força cogente e com conteúdo impreciso, passam posteriormente a compor tratados, protocolos, convenções, e, também a serem incorporados no âmbito das legislações de direito interno.

Assim, conforme esclarece Tupiassu⁴¹, posteriormente ao processo de consolidação das normas de natureza *soft law* no plano internacional, são as “[...] constituições dos Estados e, em alguns casos, normas infraconstitucionais que introduzem, na ordem jurídica interna de cada nação, o direito humano ao meio ambiente”⁴².

Dessa forma, desponta a necessidade de se identificar qual o nível de influência é percebido na construção do sistema normativo interno de proteção ambiental a partir dessa Declaração, ao vincular os direitos humanos à proteção do meio ambiente.

No âmbito nacional, o Brasil abraçou a concepção do meio ambiente como um direito fundamental em sua Constituição Federal de 1988, o fazendo logo em seu primeiro artigo (art. 1º, III CF/88)⁴³, ao estabelecer enquanto fundamento da República Federativa do Brasil a dignidade da pessoa humana. Tal dispositivo está diretamente vinculado ao art.

³⁸ TUPIASSU, L.V.C. “A ‘dinâmica ondulatória’ de positivação do Direito ao Meio Ambiente”. In: DEL OLMO, F.S.; GUIMARÃES, A.M.C.; CARDIN, V.S.G. (Org.). *Direito internacional dos direitos humanos*. 1ª ed. Florianópolis: CONPEDI - FUNJAB, 2013, v. I, p. 7-36, p. 9.

³⁹ A importância do papel desempenhado pelos princípios no âmbito do direito internacional, especialmente pela introdução de um caminho rumo à construção de normas dotadas de força cogente, fica evidenciada nos dizeres de Charles-Albert Morand, ao asseverar que: “*Les droits nationaux de l’environnement sont articulés autour d’un certain nombre de grands principes qui forment les piliers sur lesquels leur construction repose. En droit international et dans une large mesure en droit communautaire, les principes constituent un instrument d’action privilégié. S’il est difficile de s’accorder au niveau international sur des règles fixes précises, il est en revanche beaucoup plus aisé de s’entendre sur l’énoncé de grands principes pas contraignants, qui pourront être concrétisés progressivement. La fuite dans la haute généralité, qui a pour contrepartie une faible impérativité, est l’un des modes d’adaptation de la société internationale peu hiérarchisée et ne disposant en général pas de pouvoir de contrainte sur les États. Les principes permettent d’introduire une dose homéopathique de subordination dans un droit qui, pour l’essentiel, reste de coordination. Si les principes contribuent de manière importante au développement de la soft Law en droit international, il est plus étonnant de constater que le phénomène prend une importance croissante en droit interne. (...)*” (MORAND, C. Vers um droit de l’environnement souple et flexible : le rôle et le fonctionnement des principes. In : OST, François. et GUTWIRTH, Serge. *Quel avenir pour le droit de l’environnement?* Bruxelles: VUB, 1996. p. 263).

⁴⁰ ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Documento do Conselho Permanente. Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos. *Relatório da Secretaria-Geral sobre o Cumprimento da AG/Res. 1819 (XXXI-O/01), Direitos humanos e Meio Ambiente, por Peter Quilter, Assessor do Secretário-Geral, Gabinete do Secretário-Geral*. OEA/Ser. G, CP/CAJP-1898/02, 4 abril 2002.

⁴¹ TUPIASSU, L.V.C. “A ‘dinâmica ondulatória’ de positivação do Direito ao Meio Ambiente”. In: DEL OLMO, F.S.; GUIMARÃES, A.M.C.; CARDIN, V.S.G. (Org.). *Direito internacional dos direitos humanos*. 1ª ed. Florianópolis: CONPEDI - FUNJAB, 2013, v. I, p. 7-36, p. 10.

⁴² No mesmo sentido, a influência das Declarações no processo de constitucionalização do direito ao meio ambiente é destacada por BENJAMIN, A.H.V. “Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira”. In: CANOTILHO, J.G.; LEITE, J.R.M. (org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 77-150. p. 81-82).

⁴³ “Art. 1º A República Federativa do Brasil, formada pela união indissolúvel dos Estados e Municípios e do Distrito Federal, constitui-se em Estado Democrático de Direito e tem como fundamentos: [...] III - a dignidade da pessoa humana;” (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado, 1998).

225 da CF/88⁴⁴, que assegura o direito de todos a um meio ambiente ecologicamente equilibrado, havendo responsabilidade comum na sua preservação para as presentes e futuras gerações.

Essa normatização feita pela Constituição brasileira no art. 225, caput, já dá indícios da inspiração do texto constitucional na Declaração de Estocolmo de 1972, que, em seu Princípio 1⁴⁵, enuncia o direito ao meio ambiente e a responsabilidade de todos em sua preservação para as presentes e futuras gerações.

Nessa linha, a Declaração de Estocolmo consignou expressamente que a proteção ambiental está associada à preservação dos recursos naturais, as presentes e futuras gerações⁴⁶. Nesse aspecto, começa a despontar a carga econômica que lastreia a Declaração, e que resultou por se expandir aos ordenamentos jurídicos de Estados soberanos, como o Brasil.

De fato, a proteção ao meio ambiente no cenário internacional pode ser analisada a partir de várias perspectivas, no entanto não há como se esquivar do propósito econômico a que ela também se presta a atender. É certo que a inúmeros acontecimentos ao longo do tempo, como a consolidação do sistema capitalista a nível global, contribuíram para a construção da lógica mercadológica e de consumo estabelecida até os dias de hoje, ocorre que o comprometimento do meio ambiente ameaça, além da continuidade de vida humana no planeta, o arranjo definido pelo sistema econômico global, que opera a partir da exploração dos recursos naturais.

Em verdade, há de se ter em mente que as declarações internacionais correspondem em sua origem a uma operação de propaganda e legitimação das Nações Unidas. Nos dizeres de Bartolomé Clavero, ao se referir a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948, a declaração *“No se trata de um invento improvisado. Se opera sobre la base firme de uma larga experiência colonial (...)”*⁴⁷, de modo que a formulação desses instrumentos normativos volta-se inevitavelmente ao atendimento das demandas e anseios das Nações Unidas.

Assim, um viés a ser considerado é que o próprio processo de construção e consolidação da ideia de direitos humanos (dentre eles, o direito humano ao meio ambiente) está atrelado a um discurso de dominação hegemônico sustentado pelas nações detentoras de poder econômico e que ocupam papel de destaque dentro do modelo econômico capitalista.⁴⁸

Nesse sentido, a perpetuação de um modelo econômico capaz de assegurar a hegemonia das nações dominantes coloca-se na pauta de interesses das Nações Unidas, sendo este transmitido através da Declaração de Estocolmo, que insere no cenário global uma nova percepção quanto ao meio ambiente e sua relação deste com o homem.

A perspectiva da finitude dos recursos naturais e da relação de tal fato com o processo de apropriação destes pelo homem faz com que seja uma demanda global a fixação de

⁴⁴ “Art. 225. Todos têm direito ao meio ambiente ecologicamente equilibrado, bem de uso comum do povo e essencial à sadia qualidade de vida, impondo-se ao Poder Público e à coletividade o dever de defendê-lo e preservá-lo para as presentes e futuras gerações.” (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado, 1998).

⁴⁵ “Princípio 1 - O homem tem o direito fundamental à liberdade, à igualdade e ao desfrute de condições de vida adequadas em um meio ambiente de qualidade tal que lhe permita levar uma vida digna e gozar de bem-estar, tendo a solene obrigação de proteger e melhorar o meio ambiente para as gerações presentes e futuras.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Declaração sobre o Meio Ambiente Humano*. Estocolmo, 1972.)

⁴⁶ “Princípio 2- Os recursos naturais da terra incluídos o ar, a água, a terra, a flora e a fauna e especialmente amostras representativas dos ecossistemas naturais devem ser preservados em benefício das gerações presentes e futuras, mediante uma cuidadosa planificação ou ordenamento.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Declaração sobre o Meio Ambiente Humano*. Estocolmo, 1972.)

⁴⁷ CLAVERO, Bartolomé. *Derecho global. Por una historia verosímil de los derechos humanos*. Madrid: Trotta, 2014, p. 80.

⁴⁸ Essa correlação da construção dos direitos humanos (atrelado naturalmente a ideia de dignidade da pessoa humana) a partir de um discurso de dominação hegemônico é bem evidenciado nas palavras de Boaventura de Sousa Santos e Marilena Chauí. Ver a respeito SANTOS, B.S.; CHAUI, M. *Direitos humanos, democracia e desenvolvimento*. São Paulo: Cortez, 2013, p. 48-49.

limites, tendo em vista que a própria existência humana, assim como a satisfação de suas necessidades, são operadas pela apropriação de recursos da natureza⁴⁹.

Dentre os princípios instituídos pela Declaração de Estocolmo parte se concentra na necessidade de proteção e adequada gestão dos recursos naturais, estando tal necessidade associada ao desenvolvimento econômico, de modo que o ajuste entre essas duas variáveis é colocado enquanto condição para que se assegure o direito humano ao meio ambiente.⁵⁰

Nesse sentido, percebe-se que o desenvolvimento econômico não é posto, pela Declaração de Estocolmo enquanto um adversário da proteção ambiental⁵¹, mas sim como uma das variáveis integrantes da ideia de desenvolvimento⁵², o qual deve ser manejado em cotejo com às demandas ambientais, tendo em vista garantir ao ser humano uma adequada qualidade de vida, conforme explanado em seu Princípio 1.

De fato, a concepção de oposição entre economia e proteção ambiental (por consequência entre os objetivos do direito econômico e do direito ambiental) “deixa de existir, plenamente, quando a política econômica adotada traz de volta o relacionamento da economia com a natureza de uma forma integrativa, e não por uma atuação de pilhagem”⁵³.

Tal relacionamento entre a economia e a natureza lido nas entrelinhas da Declaração de Estocolmo foi reproduzido no ordenamento constitucional brasileiro. Houve na Constituição de 1988 a preocupação em conjugar a realização de atividades econômicas à necessidade de preservação ambiental. O art. 3º, II da CF/88, ao instituir dentre os objetivos da República Federativa do Brasil⁵⁴ “garantir o desenvolvimento nacional”, ultrapassa a mera ideia de crescimento econômico⁵⁵. Da mesma forma, os princípios

⁴⁹ Neste sentido, consultar DERANI, C. *Direito Ambiental Econômico*. 3. ed. São Paulo: editora Saraiva, 2008, p. 63.

⁵⁰ Podemos destacar alguns princípios que evidenciam tal relação: “Princípio 4 - O homem tem a responsabilidade especial de preservar e administrar judiciosamente o patrimônio da flora e da fauna silvestres e seu habitat, que se encontram atualmente, em grave perigo, devido a uma combinação de fatores adversos. Consequentemente, ao planificar o desenvolvimento econômico deve-se atribuir importância à conservação da natureza, incluídas a flora e a fauna silvestres”; “Princípio 13 - Com o fim de se conseguir um ordenamento mais racional dos recursos e melhorar assim as condições ambientais, os Estados deveriam adotar um enfoque integrado e coordenado de planejamento de seu desenvolvimento, de modo a que fique assegurada a compatibilidade entre o desenvolvimento e a necessidade de proteger e melhorar o meio ambiente humano em benefício de sua população”. Não obstante a verificação de outros princípios na Declaração de Estocolmo que envolvem a proteção e gestão de recursos naturais, tais como: “Princípio 5 - Os recursos não renováveis da terra devem empregar-se de forma que se evite o perigo de seu futuro esgotamento e se assegure que toda a humanidade compartilhe dos benefícios de sua utilização.” e “Princípio 14 - O planejamento racional constitui um instrumento indispensável para conciliar às diferenças que possam surgir entre as exigências do desenvolvimento e a necessidade de proteger e melhorar o meio ambiente.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Declaração sobre o Meio Ambiente Humano*. Estocolmo, 1972.)

⁵¹ “Princípio 8 - O desenvolvimento econômico e social é indispensável para assegurar ao homem um ambiente de vida e trabalho favorável e para criar na terra as condições necessárias de melhoria da qualidade de vida.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Declaração sobre o Meio Ambiente Humano*. Estocolmo, 1972.)

⁵² A esse respeito, Amartya Sen menciona que: “Uma concepção adequada do desenvolvimento deve ir muito além da acumulação de riqueza e do crescimento do Produto Nacional Bruto e de outras variáveis relacionadas à renda. Sem desconsiderar a importância do crescimento econômico, precisamos enxergar muito além dele. [...] O desenvolvimento tem de estar relacionado sobretudo com a melhoria da vida que levamos e das liberdades que desfrutamos. Expandir as liberdades que temos razão para valorizar não só torna nossa vida mais rica e mais desimpedida, mas também permite que sejamos seres sociais mais completos, pondo em prática nossas volições, interagindo com o mundo em que vivemos e influenciando esse mundo.” (SEN, 2005, p. 29).

⁵³ DERANI, C. *Direito Ambiental Econômico*. 3. ed. São Paulo: editora Saraiva, 2008, p. 67.

⁵⁴ Tais objetivos fundamentais são princípios, que consubstanciam “normas-chave” do sistema jurídico, que conferem unidade de sentido a todo o sistema constitucional ao enumerar as principais opções político constitucionais. (BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 286-288).

⁵⁵ SEN, A. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.

constitucionais prescritos, sobretudo nos arts. 170⁵⁶ (princípios gerais da ordem econômica) e 225 (princípios ambientais) devem ser apreciados em cotejo, sendo rompida a ideia de setorização normativa, ao passo que políticas econômicas e ambientais se apresentam necessariamente conjugadas.

Dentro dessa perspectiva, a proteção ambiental abarca dentre outras facetas o cuidado em relação a poluição⁵⁷, de modo que este viés do direito humano ao meio ambiente foi também objeto da Declaração de Estocolmo, que perpassa pelo controle de emissão, isto é, pela necessidade de fixação de níveis “aceitáveis” de poluição.⁵⁸

A Constituição Federal brasileira de 1988 à medida em que elenca enquanto um direito fundamental o meio ambiente equilibrado (art. 225 e seguintes), insere na competência de todos os entes federativos (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) “proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas”, nos termos de seu art. 23, VI. Atribuindo ainda competência a União, Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente em defesa do meio ambiente e controle da poluição (art. 24, VI, CFRB/1988⁵⁹) podendo-se destacar nesse sentido a Lei federal 6.938/1981 que instituiu a Política Nacional do Meio Ambiente⁶⁰ e a Lei 12.305/2010 que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos.

As políticas ambientais implementadas no Brasil, são marcadas também pela influência decorrente do enunciado do Princípio 21 da Declaração de Estocolmo⁶¹, que faz referência a autorregulação dos Estados quanto a utilização dos recursos ambientais próprios, e a obrigação de não prejuízo ao meio ambiente de outros Estados (decorrente logicamente da emissão de poluentes).

Resta nítida, portanto, a absorção dos valores centrais instituídos na Declaração de Estocolmo pelo ordenamento jurídico pátrio, inclusive em relação à integração entre ambiente e economia.

⁵⁶ “Art. 170. A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios: I - soberania nacional; II - propriedade privada; III - função social da propriedade; IV - livre concorrência; V - defesa do consumidor; VI - defesa do meio ambiente, inclusive mediante tratamento diferenciado conforme o impacto ambiental dos produtos e serviços e de seus processos de elaboração e prestação; VII - redução das desigualdades regionais e sociais; VIII - busca do pleno emprego; IX - tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituídas sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no País.

Parágrafo único. É assegurado a todos o livre exercício de qualquer atividade econômica, independentemente de autorização de órgãos públicos, salvo nos casos previstos em lei.” (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado, 1998).

⁵⁷ Associada dentre outros fatores ao consumo humano decorrente da produção em mercado.

⁵⁸ Conforme é possível se aferir pelo enunciado do Princípio 6: “Princípio 6 - Deve-se por fim à descarga de substâncias tóxicas ou de outros materiais que liberam calor, em quantidades ou concentrações tais que o meio ambiente não possa neutralizá-los, para que não se causem danos graves e irreparáveis aos ecossistemas. Deve-se apoiar a justa luta dos povos de todos os países contra a poluição.”. Sendo que a preocupação com a poluição resta clara, ainda, ao se analisar o Princípio 7: “Os Estados deverão tomar todas as medidas possíveis para impedir a poluição dos mares por substâncias que possam por em perigo a saúde do homem, os recursos vivos e a vida marinha, menosprezar as possibilidades de derramamento ou impedir outras utilizações legítimas do mar.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Declaração sobre o Meio Ambiente Humano*. Estocolmo, 1972.)

⁵⁹ “Art. 24. Compete à União, aos Estados e ao Distrito Federal legislar concorrentemente sobre: [...] VI - florestas, caça, pesca, fauna, conservação da natureza, defesa do solo e dos recursos naturais, proteção do meio ambiente e controle da poluição;” (BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado, 1998).

⁶⁰ Válido salientar que o inciso I do art. 4 da Lei n. 6.938/81 afirma que a Política Nacional do Meio Ambiente visará à compatibilização do desenvolvimento econômico-social com a preservação da qualidade do meio ambiente e do equilíbrio ecológico. Ratificando nesse sentido a colocação da Constituição Federal quanto a conjugação de políticas econômicas e ambientais.

⁶¹ Princípio 21 - Em conformidade com a Carta das Nações Unidas e com os princípios de direito internacional, os Estados têm o direito soberano de explorar seus próprios recursos em aplicação de sua própria política ambiental e a obrigação de assegurar-se de que as atividades que se levem a cabo, dentro de sua jurisdição, ou sob seu controle, não prejudiquem o meio ambiente de outros Estados ou de zonas situadas fora de toda jurisdição nacional. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Declaração sobre o Meio Ambiente Humano*. Estocolmo, 1972.)

Inúmeros outros pontos poderiam ser levantados no intuito de demonstrar a influência da Declaração de Estocolmo na formação do sistema normativo de proteção ambiental brasileiro⁶², no entanto dadas as limitações de um artigo, os pontos de contato evidenciados demonstram que essa incorporação carrega consigo um teor de protecionismo ao sistema econômico vigente, que resultou no estabelecimento de um novo modelo de desenvolvimento a ser adotado pelas nações, que passa a prestigiar a variável ambiental.

A percepção do direito humano ao meio ambiente se desenvolve para o reconhecimento deste como condição para o alcance do desenvolvimento sustentável. O desenvolvimento sustentável não se limita a uma política econômica, nem à percepção da necessidade de salvaguardar os direitos das gerações futuras, mas exige a garantia dos direitos humanos, em especial o direito humano a um ambiente são.⁶³

A Declaração de Estocolmo foi, portanto, arquitetada visando prestigiar uma delicada e necessária adequação quanto ao movimento de apropriação dos recursos naturais pelo homem, fortemente marcado na sociedade moderna, a partir da lógica de consumo, com a necessidade de preservação dos recursos naturais (que envolve também o controle da poluição), ao passo que a permanência do homem e da natureza são possíveis a partir de uma sadia interação entre estes. Esta mesma sistemática foi delineada no ordenamento jurídico brasileiro que, permeado por tais valores, passou a conduzir a construção das bases de um desenvolvimento sustentável.

5. Considerações finais

O processo histórico de formação e consolidação dos direitos humanos é marcado de forma mais recente pela inserção da dimensão ambiental, isto, é pelo reconhecimento do direito humano ao meio ambiente, firmando-se a premissa que a dignidade da pessoa humana perpassa pelo aspecto ambiental, dada a relação necessária e indissociável do ser humano com a natureza.

Nesta concepção, a Declaração de Estocolmo, de 1972, foi um grande marco para a afirmação do direito ao meio ambiente como um direito humano, cuja proteção associa-se diretamente a consecução dos demais direitos (MOREIRA, 2010).

Ao longo do estudo se evidenciou que as Declarações, enquanto normas de natureza *soft law* não se apresentam destituídas de efeitos, ao contrário, são dotadas de considerável alcance, haja vista que constituem vetores de interpretação, fornecendo motivação filosófica e jurídica para consagração de um direito humano ao meio ambiente.

A Declaração de Estocolmo, enquanto norma *soft law* encontram-se intimamente relacionadas com o Direito Ambiental Internacional, na medida em que representam os primeiros passos rumo a construção de normas *hard law*, detentores de força cogente capaz de vincular o Estado a condutas desejáveis ambientalmente, por meio da influência que exerce na construção do ordenamento jurídico interno dos Estados. Como ocorreu no caso brasileiro, que na Constituição Federal de 1988 consignou expressamente o direito ao meio ambiente e expandiu para todo o ordenamento um sistema de proteção ambiental a ser conjugado com demais valores.

⁶² Como por exemplo a educação em questões ambientais (Princípio 19); a utilização da ciência e a tecnologia para descobrir, evitar e combater os riscos que ameaçam o meio ambiente (Princípio 18); o crescimento demográfico ou as concentrações excessivas de população prejudiquem o meio ambiente ou o desenvolvimento (Princípio 16); o papel a ser desempenhado pelas nações desenvolvidas e em desenvolvimento (Princípio 10), etc. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Declaração sobre o Meio Ambiente Humano*. Estocolmo, 1972.)

⁶³ MOREIRA, E. “A proteção do meio ambiente dentro da atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos”. In: DIAS, J.C.; FONSECA, L.C. (Org.). *Sustentabilidade - Ensaio Sobre Direito Ambiental*. 1ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 1, p. 75-110.

Nesse sentido, o processo de construção e consolidação do direito fundamental ao meio ambiente⁶⁴ no ordenamento jurídico brasileiro apresenta fortes marcas, que decorrem justamente dessa influência exercida pela Declaração de Estocolmo, de 1972.

Dentre as facetas que envolvem a consolidação do direito humano ao meio ambiente vale destacar o papel da necessária adaptação do sistema produtivo econômico com a finitude dos recursos naturais, de modo que, não há como desprezar a posição da Declaração de Estocolmo enquanto um documento estratégico que ao mesmo tempo em que prestigia a proteção ambiental (na perspectiva de benefício ao ser humano), o faz em prol da manutenção de um sistema econômico previamente estabelecido e hegemônico (SANTOS, CHAUI, 2013).

De fato, essa condição exigiu da Declaração de Estocolmo a fixação de princípios voltados a estabelecer um ajuste entre a necessidade de apropriação de recursos naturais pelo homem com a necessidade de proteger o meio ambiente (enquanto condição própria vida no planeta), inserindo-se assim na lógica desenvolvimentista uma nova variável a ser considerada além da econômica, a ambiental.

Contudo, restou evidenciado que este modelo de desenvolvimento trazido na Declaração de Estocolmo, e incorporado à Constituição brasileira (e por decorrência aplicado ao ordenamento jurídico pátrio como um todo), carrega consigo um teor de protecionismo ao sistema econômico vigente. Trata-se, em verdade de um arranjo definido pelo sistema econômico global (e consolidado por meio das Nações Unidas), que opera a partir da exploração dos recursos naturais, que resultou por estabelecer um novo modelo de desenvolvimento a ser adota pelas nações, que passa a prestigiar a variável ambiental.

Sendo essa medida adotada não necessariamente não está associado simplesmente a um processo natural de conscientização ambiental, mas sim como uma resposta necessária a manutenção de um sistema econômico que sem considerar tal variável estaria fadado ao colapso.

Nessa esteira, mesmo sem poder precisar ao certo se construção do sistema de proteção ambiental pelo ordenamento jurídico brasileiro é uma herança das revoluções modernas ou das ruínas dessas mesmas revoluções, fato é que traduz o reconhecimento do direito ao meio ambiente, e propõe a consolidação de um desenvolvimento sustentável.

O delineamento desse novo modelo de desenvolvimento, que passa a considerar a variável ambiental em cotejo as pretensões humanas relacionadas ao meio ambiente (desenvolvimento sustentável), e, seu correspondente reconhecimento e incorporação pelo ordenamento jurídico brasileiro perfaz-se, em verdade, apenas o início de um longo percurso em busca de uma verdadeira efetividade jurídica de concretização do direito humano ao meio ambiente.

6 REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- ALMEIDA, G.A. *Direitos humanos e não-violência*. São Paulo: Atlas, 2001.
- BENJAMIN, A.H.V. "Constitucionalização do ambiente e ecologização da Constituição brasileira". In: CANOTILHO, J.G.; LEITE, J.R.M. (org.). *Direito constitucional ambiental brasileiro*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2011. p. 77-150. Disponível em: < <http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/40520> >. Acesso em: 14 ago. 2017.
- BONAVIDES, P. *Curso de Direito Constitucional*. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.
- BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, DF, Senado, 1998.
- CAPPI, R. "A "teorização fundamentada nos dados": um método possível na pesquisa empírica em Direito". In: MACHADO, M.R. (Org.). *Pesquisar empiricamente o direito*. São Paulo: Rede de Estudos Empíricos em Direito, 2017.
- CANÇADO TRINDADE, A.A. *Direitos Humanos e Meio Ambientes: paralelo dos sistemas de proteção internacional*. Porto Alegre: Fabris, 1993.
- _____. *A proteção internacional dos direitos humanos e o Brasil (1948-1997): as primeiras cinco décadas*. 2. ed. Brasília: Universidade de Brasília, 2000.

⁶⁴ De fato, a constitucionalização (ou ainda, o tratamento por normas infraconstitucionais) não representa uma garantia absoluta de respeito ao direito humano ao meio ambiente, no entanto, confere instrumentos aptos a garantir a efetividade desse direito. (BENJAMIN, 2011, p. 81).

- _____. *O direito internacional em um mundo em transformação (Ensaio, 1976-2001)*. Rio de Janeiro: Renovar, 2002.
- CLAVERO, Bartolomé. *Derecho global. Por una historia verosímil de los derechos humanos*. Madrid: Trotta, 2014.
- COMPARATO, F.K. *A afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 7. ed. São Paulo: Saraiva. 2010.
- DERANI, C. *Direito Ambiental Econômico*. 3. ed. São Paulo: editora Saraiva, 2008.
- DUPUY, P.M. *Soft law and the international law on the environment*. Michigan Journal of International Law, Michigan: University of Michigan Law School, v. 12, n. 2, p. 425-427, 1991. Disponível em: < http://www.fdu.unl.pt/docentes_docs/ma/CG_MA_3966.pdf >. Acesso em: 27 jul. 2017.
- HELOU, I.; VIDAL, L. "Mondialisation et instruments économiques pour la protection de l'environnement". In: MORAND DEVILLER, Jacqueline; BÉNICHOT, Jean-Claude (org.). *La mondialisation des concepts en droit de l'environnement*. Edição de l'Institut de Recherche Juridique de la Sorbonne (IRJS) – André Tunc – *Université Paris 1 – Panthéon-Sorbonne, Bibliothèque de l'IRJS*, volume 22, 2010, pp. 221-256.
- KELSEN, H. *Teoria pura do direito*, 1ª versão. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2a ed., 2002 (1933).
- MAZZUOLI, V.O. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2006.
- _____. *A proteção internacional dos direitos humanos e o direito internacional do meio ambiente*. *Argumenta Journal Law*, Jacarezinho - PR, n. 9, p. 159-186, fev. 2013. ISSN 2317-3882. Disponível em: < <http://seer.uenp.edu.br/index.php/argumenta/article/view/117> >. Acesso em: 19 jul. 2017.
- MAZZUOLI, V.O.; TEIXEIRA, G.F.M. *O direito internacional do meio ambiente e o greening da Convenção Americana sobre direitos humanos*. *Revista Direito GV*, [S.l.], v. 9, n. 1, p. 199-241, jan. 2013. ISSN 2317-6172. Disponível em: < <http://bibliotecadigital.fgv.br/ojs/index.php/revdireitogv/article/view/20905/19629> >. Acesso em: 26 Jul. 2017.
- MORAND, C. *Vers um droit de l'environnement souple et flexible : le rôle et le fonctionnement des principes*. In : OST, François. et GUTWIRTH, Serge. *Quel avenir pour le droit de l'environnement?* Bruxelles: VUB, 1996. Disponível em: < https://books.google.com.br/books?id=z1CecJxEIUC&pg=PA261&lpg=PA261&dq=Vers+un+droit+de+l%27environnement+souple+et+flexible+:+le+r%C3%B4le+et+le+fonctionnement+des+principes.&source=bl&ots=c8hbaB7Wce&sig=epV7ddmzvSMY_LK7WPkqhJxmnYw&hl=pt-BR&sa=X&ved=0ahUKEwiPw5e3vc3VAhWFIpAKHbanDGEQ6AEILzAB#v=onepage&q=Vers%20un%20droit%20de%20l'environnement%20souple%20et%20flexible%20%3A%20le%20r%C3%B4le%20et%20le%20fonctionnement%20des%20principes.&f=false >. Acesso em: 26 Jul. 2017.
- MOREIRA, E. "A proteção do meio ambiente dentro da atuação da Comissão Interamericana de Direitos Humanos e da Corte Interamericana de Direitos Humanos". In: DIAS, J.C.; FONSECA, L.C. (Org.). *Sustentabilidade - Ensaio Sobre Direito Ambiental*. 1ed. Rio de Janeiro: Forense, 2010, v. 1, p. 75-110.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Declaração sobre o Meio Ambiente Humano*. Estocolmo, 1972.
- ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS – ONU. *Declaração universal dos direitos humanos*. Paris. 1948. Disponível em: < <http://www.onu.org.br/img/2014/09/DUDH.pdf> >. Acesso em: 20 jun. 2017.
- ORGANIZAÇÃO DOS ESTADOS AMERICANOS. Documento do Conselho Permanente. Comissão de Assuntos Jurídicos e Políticos. *Relatório da Secretaria-Geral sobre o Cumprimento da AG/Res. 1819 (XXXI-O/01), Direitos humanos e Meio Ambiente, por Peter Quilter, Assessor do Secretário-Geral, Gabinete do Secretário-Geral*. OEA/Ser. G, CP/CAJP-1898/02, 4 abril 2002.

- PATE, R.A. *The Future of Harmonization: soft law instruments and the principled advance of international lawmaking*. Samford University. Disponível em: < http://works.bepress.com/robert_pate/1 >. Acesso em: 19 jul. 2017.
- PIOVESAN, F. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 9. ed. São Paulo: Saraiva, 2008.
- SANTOS, B.S.; CHAUI, M. *Direitos humanos, democracia e desenvolvimento*. São Paulo: Cortez, 2013.
- SEN, A. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2005.
- SOARES, G.F.S. *Curso de Direito Internacional Público*. São Paulo: Atlas, 2002.
- TUPIASSU, L.V.C. "A 'dinâmica ondulatória' de positivação do Direito ao Meio Ambiente". In: DEL OLMO, F.S.; GUIMARÃES, A.M.C.; CARDIN, V.S.G. (Org.). *Direito internacional dos direitos humanos*. 1ª ed. Florianópolis: CONPEDI - FUNJAB, 2013, v. I, p. 7-36.
- TUPIASSU, L.V.C. "O meio ambiente na dinâmica histórico-econômica dos direitos humanos". In: DIAS, J.C.; FONSECA, L.C.. (Org.). *Sustentabilidade - Ensaio sobre Direito Ambiental*. São Paulo: Método, 2010, v. , p. 127-145.
- VARELLA, M.D. *Direito internacional público*. São Paulo: Saraiva, 2009.

CRÉDITOS

O presente trabalho foi realizado com apoio da CAPES, Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior – Brasil, no âmbito do Programa Capes/Cofecub.

O federalismo cooperativo aparente no Brasil para proteção ambiental

The apparent cooperative federalism in Brazil for environmental protection

Paulo Campanha Santana¹

Centro Universitário do Distrito Federal (UDF)

Márcia Dieguez Leuzinger²

Centro Universitário de Brasília (UnICEUB)

Letícia Rodrigues Da Silva³

Universidade Federal do Paraná (UFPR)

Sumário: Introdução. 1. Sistema Nacional do Meio Ambiente. 2. Instrumentos de Cooperação da Lei Complementar 140/2011. 3. Cooperação federativa. Conclusão. Referências bibliográficas.

Resumo: O objetivo do presente trabalho é pesquisar a cooperação federativa brasileira para proteção do meio ambiente, no âmbito da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios. Para tanto, fruto de uma pesquisa exploratória quantitativa, por meio da lei de acesso à informação, será apresentado o sistema nacional do meio ambiente e os instrumentos de cooperação previstos na Lei Complementar 140/2011, discorrendo sobre cada um deles. Por fim, será apresentado o resultado da pesquisa que permitiu identificar quais instrumentos foram celebrados no âmbito da federação, podendo-se concluir que, no Brasil, o federalismo cooperativo para proteção ambiental é irreal, diante da inexistência ou escassez em alguns casos.

Palavras-chave: Federação. Proteção Ambiental. Cooperação.

Abstract: The aim of the present paper is to investigate Brazilian federal cooperation for the protection of the environment, within the Union, States, Federal District and Municipalities. For this purpose, the national environmental system and the instruments of cooperation provided for in Supplementary Law 140/2011 will be presented, based on a quantitative exploratory research, by the transparency law, on each of them. Finally, the results of the research will be presented, which allowed us to identify which instruments were concluded within the federation. It can be concluded that, in Brazil, cooperative federalism for environmental protection is unrealistic, given the lack or scarcity in some cases.

¹ Doutorado em Direito. Mestrado em Direito e em Operações Militares. Coordenador do Curso de Direito e Líder do Grupo de Pesquisa Direito e Desenvolvimento Sustentável do Centro Universitário do Distrito Federal (UDF) e Coordenador do Grupo de Pesquisa Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável pelo Centro Universitário de Brasília (UnICEUB).

² Pós-Doutorado em Direito Ambiental pela University of New England, Austrália. Mestrado em Direito e Estado e Doutora em Desenvolvimento Sustentável pela Universidade de Brasília - UnB. Líder do Grupo de Pesquisa Direito Ambiental e Desenvolvimento Sustentável.

³ Doutorado em Políticas Públicas pela Universidade Federal do Paraná (UFPR). Mestrado em Toxicologia aplicada à Vigilância Sanitária pela Universidade Estadual de Londrina (UEL). Graduada em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul.

Keywords: Federation. Environmental Protection. Cooperation.

INTRODUÇÃO

Indicadores apontam que o Brasil vivencia um federalismo cooperativo aparente, mas ficto, na área ambiental, considerando que o país possui 26 (vinte e seis) estados, 1 (um) Distrito Federal e 5.570 (cinco mil e quinhentos e setenta) municípios. Pesquisas realizadas no âmbito da União, de todos os estados e do Distrito Federal, e as realizadas pelo IBGE em todos os municípios do Brasil, corroboram a ficção, diante da inexistência ou escassez de instrumentos celebrados.

O parágrafo único do artigo 23 da Constituição Federal de 1988 estabelece que lei complementar fixará normas para a cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os municípios, no que se refere às competências comuns destes entes. Para dar cumprimento à cooperação em relação aos incisos III (proteger os documentos, as obras e outros bens de valor histórico artístico e cultural, os monumentos, as paisagens naturais notáveis e os sítios arqueológicos), VI (proteger o meio ambiente e combater a poluição em qualquer de suas formas) e VII (preservar as florestas, a fauna e a flora) deste artigo, entrou em vigor a Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011.

Esta Lei apresentou um rol não exaustivo de instrumentos de cooperação, que podem ser pactuados pelos diversos atores envolvidos. Entretanto, surge o questionamento: Há instrumentos de cooperação celebrados entre os entes da federação no país? Em consequência, há um federalismo cooperativo para proteção do meio ambiente no Brasil?

Para responder a estes questionamentos, foi realizada uma pesquisa no âmbito da União, dos Estados e do Distrito Federal, por meio da Lei de Acesso à Informação, no período de julho de 2017 a agosto de 2018, para analisar a celebração, ou não, desses instrumentos. Inicialmente, será apresentado um breve relato sobre o Sistema Nacional do Meio Ambiente, destacando sua organização e atribuições.

1. Sistema Nacional do Meio Ambiente

A descentralização administrativa ambiental no Brasil teve seu início com a edição da Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981, que dispõe sobre a Política Nacional do Meio Ambiente (PNMA), seus fins e mecanismos de formulação, que foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988. Ela também criou o Sisnama, que busca descentralizar as ações, dispondo sobre as atribuições de cada órgão.

O artigo 2º da PNMA dispõe que ela tem por objetivo preservar, melhorar e recuperar a qualidade ambiental propícia à vida. Ela define que alguns princípios devem ser atendidos, entre os quais, a ação governamental para manter o equilíbrio ecológico e o planejamento e fiscalização do uso dos recursos ambientais. O artigo 5º desta política prevê que as suas diretrizes serão formuladas em normas e planos, destinados a orientar a ação dos entes da federação. Elas estão relacionadas com a preservação da qualidade ambiental e a manutenção do equilíbrio ecológico.

Por ser “patrimônio da coletividade”, o meio ambiente deve ter sua preservação, administração e incremento em prol dos cidadãos. Com isso, é necessária a utilização de métodos, meios e recursos de gestão para alcançar este fim. Neste processo, poder público e sociedade são atores, cujas ações devem ser organizadas e eficazes. Logo, a gestão ambiental ensejará ações coordenadas com políticas apropriadas e responsabilidade compartilhada⁴.

A lei prevê que os órgãos e entidades da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Territórios e dos Municípios, bem como as fundações instituídas pelo Poder Público, responsáveis pela proteção e melhoria da qualidade ambiental, constituirão o Sisnama.

⁴ MILARÉ, E. *Direito do Ambiente*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 630 e 636.

Ele é estruturado em órgãos superior, consultivo e deliberativo, central, executor, seccional e local.

O Sisnama é formado por órgãos e instituições dos vários níveis do poder público e é o grande arcabouço institucional para gerir o meio ambiente no Brasil. O fato de ser um sistema indica que há várias entradas (intervenções) e saídas (efeitos) sobre esta gestão, que implicará processamentos. Essa administração exigirá o conhecimento e a avaliação do impacto das ações. Este sistema representa a atuação em rede dos órgãos ambientais existentes, nas esferas da Administração. Ao comparar esta rede com o corpo humano, a União é o sistema nervoso central, os Estados os feixes nervosos e os municípios as periferias mais distantes. Com isso, abstração e concretude estão presentes⁵.

O órgão superior é o Conselho de Governo, que tem como função assessorar o Presidente da República na formulação da política nacional e nas diretrizes governamentais para o meio ambiente e os recursos ambientais, conforme artigo 6º, inciso I, da PNMA. Ele integra a Presidência da República, como órgão de assessoramento imediato ao Presidente (Lei nº 13.502, de 2017. Art. 2º, § 1º, I), e tem dois níveis de atuação, são: Conselho de Governo e Câmaras do Conselho do Governo (Lei nº 13.502, de 2017. Art. 13, I e II). Com relação a este Conselho de Governo, a despeito da existência formal, ele não teve atuação concreta nas ações governamentais relacionadas ao meio ambiente⁶. Este papel tem sido desempenhado pelo Conselho Nacional do Meio Ambiente (Conama).

O órgão consultivo e deliberativo do Sisnama é o Conama, que tem a finalidade de assessorar, estudar e propor ao Conselho de Governo, diretrizes de políticas governamentais para o meio ambiente e os recursos naturais e deliberar, no âmbito de sua competência, sobre normas e padrões compatíveis com o meio ambiente ecologicamente equilibrado e essencial à sadia qualidade de vida (Artigo 6º, II, da PNMA). Ele é presidido pelo Ministro do Meio Ambiente e tem relevante papel neste sistema, tendo suas competências estabelecidas no artigo 8º da PNMA.

O inciso VII deste artigo 8º trata expressamente do papel regulador do Conama no sistema, ao dispor que compete a ele: “estabelecer normas, critérios e padrões relativos ao controle e à manutenção da qualidade do meio ambiente com vistas ao uso racional dos recursos ambientais, principalmente os hídricos”.

Por conseguinte, neste conselho, há divergência de posicionamento entre interesses públicos e privados, que muitas vezes não são conciliáveis⁷. Em pesquisa realizada com os conselheiros deste conselho, com 23 (vinte e três) perguntas, tratando de suas principais dificuldades, o maior percentual obtido, com 54% de respostas, foi “questões políticas alheias à agenda do conselho”. Era destinado um demasiado tempo em temas não pertinentes à atuação finalística, nas diversas instâncias do conselho.

Os percentuais seguintes foram: divergência nas opiniões dos conselheiros (36%); pauta e subsídios para discussão disponibilizados com pouca antecedência (28%); pouco tempo de discussão nas reuniões (24%); carência de estrutura (salas, espaço físico e equipamentos) (21%); baixa prioridade política por parte do Ministério do Meio Ambiente (21%); entre outros. Em contrapartida, as respostas espontâneas da pesquisa apontaram alguns pontos fortes: “o poder legal das resoluções; a legitimidade, participação e democracia; a articulação entre setores; a promoção do debate ambiental no país; e a representação dos diferentes setores da sociedade”⁸.

A pesquisa concluiu que a atuação do Conama tem cumprido seu papel técnico-normativo, havendo um desequilíbrio no que se refere ao papel político-estratégico.

⁵ Ibidem, p. 637 e 642.

⁶ Idem, p. 639.

⁷ MOURA, A.M.M. “Trajetória da política ambiental federal no Brasil”. In: *Governança ambiental no Brasil: instituições, atores e políticas públicas*. (org.) (Moura, A.M.M.M., org.). Brasília: IPEA, 2016, p. 37.

⁸ MOURA, A.M.M.; FONSECA, I.F. “Conselho Nacional de Meio Ambiente: Análise e recomendações de aperfeiçoamento”. In: *Governança ambiental no Brasil: instituições, atores e políticas públicas*. (Moura, A.M.M.M., org.). Brasília: IPEA, 2016, p. 64.

Todavia, a atuação neste último é necessária, para que possa cumprir integralmente seus objetivos e competências. Para exemplificar, 93% dos conselheiros acreditam que influenciam as políticas públicas de meio ambiente do MMA, mas exercem pouca influência na agenda do Congresso Nacional e nas políticas públicas de outros ministérios⁹.

O órgão central do Sisnama é o Ministério do Meio Ambiente (MMA), com a finalidade de planejar, coordenar, supervisionar e controlar, como órgão federal, a política nacional e as diretrizes governamentais fixadas para o meio ambiente (Art. 6º, III, da PNMA). Atualmente, a Lei nº 9.649, de 27 de maio de 1998, e suas alterações, dispõe sobre os assuntos de competência¹⁰.

Sobre os programas desenvolvidos pelo MMA, alguns dos que foram realizados no período de 2001 a 2009 foram pesquisados, cujo resultado constatou, de uma maneira geral, a “escassez de resultados”, com baixa eficácia. Os relatórios evidenciaram que não havia retroalimentação do processo. Com isso, problemas na área operacional e organizacional tendiam a continuar existindo, com baixa capacidade de absorção das recomendações realizadas. Ademais, constatou-se o decréscimo dos gastos orçamentários no período, e que mais de 70% dos valores estavam em programas administrativos, com grande destaque para pagamento de pessoal¹¹.

Cumprir destacar que, a despeito de ter sido criado em 1992, somente no ano de 2004 o MMA realizou o primeiro concurso público para servidores efetivos. Consequentemente, o ministério ainda se encontra com pouca estrutura para realizar planejamentos¹². Todavia, no ano de 2013, por meio de processo participativo, o MMA elaborou um importante planejamento estratégico, com lapso de tempo de 2014 a 2022. O órgão definiu seus grandes objetivos, utilizando como ferramenta o *Balanced Scorecard* (BSC). Nele, estão previstos o mapa estratégico, a missão, a visão, as perspectivas, os objetivos estratégicos, os valores e as diretrizes¹³.

Os órgãos executores do Sisnama são o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis (IBAMA) e o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade - Instituto Chico Mendes, com a finalidade de executar e fazer executar a política e as diretrizes governamentais fixadas para o meio ambiente, de acordo com as respectivas competências (Art. 6º, IV, da PNMA).

O IBAMA foi criado pela Lei nº 7.735, de 22 de fevereiro de 1989, que é autarquia federal dotada de personalidade jurídica de direito público, com autonomia administrativa e financeira. Ela é vinculada ao MMA e tem como uma de suas finalidades a execução do poder de polícia ambiental.

O órgão surge da fusão de 4 (quatro) órgãos existentes à época: 1) Superintendência da Borracha (SUDHEVEA); Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal (IBDF); Superintendência do Desenvolvimento da Pesca (SUDEPE); e Secretaria Especial do Meio Ambiente (SEMA)¹⁴.

⁹ Iodem, p. 86-7.

¹⁰ O inciso XII do artigo 14 da Lei nº 9.649, de 1998, dispõe sobre os assuntos de competência do MMA: a) política nacional do meio ambiente e dos recursos hídricos; b) política de preservação, conservação e utilização sustentável de ecossistemas, e biodiversidade e florestas; c) proposição de estratégias, mecanismos e instrumentos econômicos e sociais para a melhoria da qualidade ambiental e do uso sustentável dos recursos naturais; d) políticas para integração do meio ambiente e produção; e) políticas e programas ambientais para a Amazônia Legal; e f) zoneamento ecológico-econômico;

¹¹ MOURA, A.M.M. “Trajetória da política ambiental federal no Brasil”. In: *Governança ambiental no Brasil: instituições, atores e políticas públicas*. (org.) (Moura, A.M.M.M., org.). Brasília: IPEA, 2016, p. 34.

¹² Ibidem, p. 35.

¹³ BRASIL. Planejamento estratégico. Ministério do Meio Ambiente. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/governanca-ambiental/gestao-estrategica/planejamento-estrategico>>. Acesso em 6 fev. 2018.

¹⁴ O artigo 4º da Lei 7.735, de 1989, dispõe que o patrimônio, os recursos orçamentários, extra-orçamentários e financeiros, a competência, as atribuições, o pessoal, inclusive inativos e pensionistas, os cargos, funções e empregos da Superintendência da Borracha - SUDHEVEA e do Instituto Brasileiro de Desenvolvimento Florestal - IBDF, extintos pela [Lei nº 7.732, de 14 de](#)

Em 2007, a Lei nº 11.516, de 28 de agosto, por conversão da Medida Provisória nº 366, daquele ano, criou o Instituto Chico Mendes de Conservação da Biodiversidade (Instituto Chico Mendes), que também é autarquia federal dotada de personalidade jurídica de direito público, com autonomia administrativa e financeira. Ela também é vinculada ao MMA e passou a exercer o poder de polícia ambiental para a proteção das unidades de conservação instituídas pela União.

Os órgãos seccionais do Sisnama são os órgãos ou entidades estaduais responsáveis pela execução de programas, projetos e pelo controle e fiscalização de atividades capazes de provocar a degradação ambiental (Art. 6º, V, da PNMA). A PNMA estabelece que os Estados, na esfera de suas competências e nas áreas de sua jurisdição, elaborarão normas supletivas e complementares e padrões relacionados com o meio ambiente, observados os que forem estabelecidos pelo CONAMA (art. 6º, § 1º). Estes órgãos estaduais são o esteio do sistema, diante da extensão territorial do país e da complexa gestão ambiental que ele requer¹⁵.

Os órgãos Locais do Sisnama são os órgãos ou entidades municipais, responsáveis pelo controle e fiscalização dessas atividades, nas suas respectivas jurisdições (Art. 6º, VI, da PNMA). A própria PNMA estabelece que os municípios, observadas as normas e os padrões federais e estaduais, também poderão elaborar as normas supletivas e complementares.

Enfim, o Sisnama foi criado, mas, de fato, há posicionamento de que os órgãos ambientais atuam isolada e desarticuladamente. Não há sintonia entre eles, tornando este sistema uma falácia, pois não há homogeneidade na atuação de seus órgãos, nem integração. Questiona-se, inclusive, a sua obrigatoriedade, diante da autonomia dos entes da federação¹⁶.

A realidade é que a descentralização das políticas e instrumentos ambientais tem sofrido uma descontinuidade, tendo alguns fatores contribuído para isso, como: a falta de técnicos e de capacitação e treinamento dos existentes nos órgãos ambientais; a defasagem salarial entre o público e o privado; o despreparo para assunção de atividades ambientais; escassez de recursos financeiros e infraestrutura; a inexistência ou desatualização de instrumentos de gestão ambiental, entre outros¹⁷.

2. Instrumentos de cooperação da Lei Complementar 140/2011

A cada dia, os desafios da Administração Pública vêm se ampliando, diante de sua maior amplitude, complexidade e custo. Há situações que não basta a mudança na prestação do serviço, e sim a colaboração, de forma a permitir a sinergia de recursos técnicos e financeiros de vários entes e de particulares. Dessa forma, serviços de alto custo passam a ter possibilidade de execução, o que não seria possível em Administração com menos recursos¹⁸.

A viabilização de políticas ambientais ocorre por meio de cooperação intergovernamental. O enfrentamento de barreiras para atuação cooperada requer medidas de coordenação nos níveis elevados do Sisnama. Portanto, é fundamental o papel do Conselho de Governo e do Conama, com uma “revitalização” desses órgãos na

[fevereiro de 1989](#), bem assim os da Superintendência do Desenvolvimento da Pesca - SUDEPE e da Secretaria Especial do Meio Ambiente - SEMA são transferidos para o Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis, que os sucederá, ainda, nos direitos, créditos e obrigações, decorrentes de lei, ato administrativo ou contrato, inclusive nas respectivas receitas.

¹⁵ MILARÉ, E. op. cit., p. 641.

¹⁶ CABRAL, L.M.A. *Competências constitucionais dos municípios para legislar sobre meio ambiente: a efetividade das normas ambientais*. Curitiba: Letra da Lei, 2008, p. 92-3.

¹⁷ SCÁRDUA, F.P. *Governabilidade e descentralização da gestão ambiental no Brasil*. 2003. 234p. Tese (Doutorado em Desenvolvimento Sustentável). Centro de Desenvolvimento Sustentável. Universidade de Brasília, Brasília, 2003, p. 3.

¹⁸ MEIRELLES, H.L. *Direito Administrativo Brasileiro*. (Azevedo, E.A.A.; Aleixo, D.B. et Burle Filho, J.E., atualização). 36 ed. São Paulo: Malheiros editores, 2010. p. 396.

busca de estratégias convergentes, estimulando a atuação conjunta no trato do meio ambiente nos diversos níveis governamentais¹⁹.

A LC 140/2011 trata expressamente de ações de cooperação. O artigo 3º dispõe que, no exercício da competência comum a que ela se refere, constituem objetivos fundamentais da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios:

a. Proteger, defender e conservar o meio ambiente ecologicamente equilibrado, promovendo **gestão descentralizada**, democrática e eficiente (inciso I);

b. Garantir o equilíbrio do desenvolvimento socioeconômico com a proteção do meio ambiente, observando a dignidade da pessoa humana, a erradicação da pobreza e a redução das desigualdades sociais e regionais (inciso II);

c. Harmonizar as políticas e ações administrativas para **evitar a sobreposição de atuação entre os entes federativos**, de forma a evitar conflitos de atribuições e garantir uma atuação administrativa eficiente (inciso III); e

d. **Garantir a uniformidade da política ambiental** para todo o país, respeitadas as peculiaridades regionais e locais (inciso IV).

A norma prevê que as ações de cooperação entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios deverão ser desenvolvidas de modo a atingir estes objetivos, bem como garantir o desenvolvimento sustentável, harmonizando e integrando todas as políticas governamentais (art. 6º). Nesse alinhamento, a lei elenca diversas ações administrativas desses entes da federação. As da União estão previstas em vinte e cinco incisos do artigo 7º²⁰; as dos Estados em vinte e um incisos do artigo 8º²¹; e as dos Municípios estão dispostas em quinze incisos do artigo 9º²². Ao tratar do Distrito Federal, a lei estabelece que suas ações serão as previstas para os Estados e os municípios (art. 10).

Para esta atuação cooperativa, a LC 140/2011 dispõe que os entes federativos podem valer-se, entre outros, dos seguintes instrumentos de cooperação institucional:

a. Consórcios públicos, nos termos da legislação em vigor (inciso I);

b. Convênios, acordos de cooperação técnica e outros instrumentos similares com órgãos e entidades do Poder Público, respeitado o art. 241²³ da Constituição Federal (inciso II);

c. Comissão Tripartite Nacional, Comissões Tripartites Estaduais e Comissão Bipartite do Distrito Federal (inciso III);

d. Fundos públicos e privados e outros instrumentos econômicos (inciso IV);

¹⁹ MOURA, A.M.M. "Trajetória da política ambiental federal no Brasil". In: *Governança ambiental no Brasil: instituições, atores e políticas públicas* (Moura, A.M.M.M, org.). Brasília: IPEA, 2016, p. 38-9.

²⁰ O artigo 7º elenca diversas ações que, entre outras, podem ser citadas: formular, executar e fazer cumprir, em âmbito nacional, a PNMA (inciso I); promover ações relacionadas à PNMA nos âmbitos nacional e internacional (inciso III); promover a integração de programas e ações de órgãos e entidades da administração pública dos entes da federação, relacionados à proteção e à gestão ambiental (inciso IV); articular a cooperação técnica, científica e financeira, em apoio à PNMA (inciso V); e organizar e manter, com a colaboração dos órgãos e entidades dos entes da federação, o Sistema Nacional de Informação sobre Meio Ambiente (Sinima) (inciso VIII).

²¹ O artigo 8º elenca diversas ações que, entre outras, podem ser citadas: executar e fazer cumprir, em âmbito estadual, a PNMA e demais políticas nacionais que se referem à proteção ambiental (inciso I). Como a política é nacional, estes entes cumprem o que formulado pela União, cabendo formular a política estadual (inciso III); articular a cooperação técnica, científica e financeira, em apoio às políticas nacional e estadual do meio ambiente (inciso V); e organizar e manter, com a colaboração dos órgãos municipais, o Sistema Estadual de Informações sobre Meio Ambiente (inciso VII).

²² O artigo 9º elenca diversas ações que, entre outras, podem ser citadas: executar e fazer cumprir, em âmbito municipal, as políticas nacional e estadual do Meio Ambiente (inciso I); formular, executar e fazer cumprir a política municipal ambiental (inciso III); além da articulação da cooperação técnica, científica e financeira em apoio às políticas dos demais entes (inciso V).

²³ Artigo 241 da Constituição Federal: "A União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios disciplinarão por meio de lei os consórcios públicos e os convênios de cooperação entre os entes federados, autorizando a gestão associada de serviços públicos, bem como a transferência total ou parcial de encargos, serviços, pessoal e bens essenciais à continuidade dos serviços transferidos."

e. Delegação de atribuições de um ente federativo a outro, respeitados os requisitos previstos na própria lei complementar (inciso V);

f. Delegação da execução de ações administrativas de um ente federativo a outro, respeitados os requisitos previstos na própria Lei Complementar (inciso VI).

2.1 Consórcios públicos

Há duas modalidades de contratos. Uma, onde os interesses das partes são contrapostos, e outra, quando há uma finalidade comum. Nesta, enquadram-se os consórcios e os convênios²⁴. O consórcio público é disciplinado pela Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005, que dispõe sobre as regras gerais de contratação de consórcios públicos, e foi regulamentado pelo Decreto nº 6.107, de 17 de janeiro de 2007. Esta lei estabelece normas de contratação de consórcios para todos os entes da federação realizar objetivos de interesse comum.

O contrato que constituirá o consórcio dependerá de um protocolo de intenções prévio, que será subscrito pelos entes da federação envolvidos. A iniciativa para sua constituição é irrelevante, cabendo a cada um a ratificação por lei própria. Todavia, não estão obrigados a ratificá-los, mas se o fizerem, pode ser feita com reservas²⁵.

A participação da União nos consórcios somente ocorrerá se nele fizerem parte todos os Estados em cujos territórios estejam situados os municípios consorciados²⁶. Ele (consórcio público) constituirá associação pública ou pessoa jurídica de direito privado²⁷, cuja celebração dependerá da prévia subscrição de protocolo de intenções²⁸. Este deverá ser publicado na imprensa oficial, e será a ratificação, mediante lei, do contrato celebrado²⁹.

Todavia, cumpre destacar que o consórcio poderá ser contratado pela administração direta ou indireta dos entes consorciados, sendo dispensada a licitação³⁰.

2.2 Convênios, acordos de cooperação técnica e outros instrumentos similares com órgãos e entidades do Poder Público

O convênio não é modalidade de contrato, a despeito de, por meio dele, poder público e entidades públicas e privadas associarem-se. Ele é uma forma de ajuste entre eles, que buscam realizar objetivos de interesse comum, mediante mútua colaboração³¹.

O inciso VIII do artigo 2º do Decreto nº 6.017, de 2007, conceitua convênio de cooperação entre entes da federação, como sendo: “pacto firmado exclusivamente por entes da Federação, com o objetivo de autorizar a gestão associada de serviços públicos, desde que ratificado ou previamente disciplinado por lei editada por cada um deles”.

Para sua celebração, aplica-se, no que couber, a Lei nº 8.666, de 21 de junho de 1993, que institui normas para licitações e contratos da Administração Pública³². Portanto, esta possibilidade de aplicação da norma, evidencia a distinção entre os convênios e os contratos, pois, nestes últimos, toda a lei deve ser observada. Quanto ao limite temporal para sua celebração, o parágrafo primeiro do artigo 4º da LC 140/2011 prevê que os convênios de cooperação podem ser firmados por prazo indeterminado.

Cumpre ressaltar que a possibilidade da celebração de convênio já era decorrente do próprio artigo 23 da Constituição Federal, no que tange às atividades concorrentes. A

²⁴ MELLO, C.A.B. *Curso de Direito Administrativo*. 30 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 679.

²⁵ GASPARINI, D. *Direito Administrativo*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 407.

²⁶ Artigo 1º, § 2º, da Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005.

²⁷ Artigo 1º, § 1º, da Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005.

²⁸ Artigo 3º da Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005.

²⁹ Artigo 4º, § 5º, e artigo 5º da Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005.

³⁰ Artigo 2º, § 1º, III, da Lei nº 11.107, de 6 de abril de 2005.

³¹ DI PIETRO, M.S.Z. *Direito Administrativo*. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 349.

³² Artigo 116: “Aplicam-se as disposições desta Lei, no que couber, aos convênios, acordos, ajustes e outros instrumentos congêneres celebrados por órgãos e entidades da Administração.”

previsão expressa na Constituição passou a ser com a alteração da redação do artigo 241 da Carta Magna, pela Emenda Constitucional 19, de 1998³³. Para que uma entidade privada possa firmá-lo, ela deve ser sem fim lucrativo³⁴.

O convênio não pode ser meio de delegação de serviços públicos, de entidade pública para particular, pois estaria em oposição à natureza do ajuste. Quando há delegação, transfere-se a atividade para quem não a possui. No caso do ajuste, as competências dos envolvidos são comuns e há colaboração entre eles para atingir seus objetivos³⁵. Enfim, a mútua cooperação neste instrumento é presumida. Logo, ele existirá se seu objeto for objetivo comum das partes³⁶.

Além deste instrumento e outros similares, os entes da federação poderão celebrar acordo de cooperação técnica, que é formal e estabelece vínculo cooperativo. Eles podem ocorrer com conhecimento, equipamento e equipe. Todavia, é diferente das demais, pois não há repasse financeiro³⁷.

2.3 Comissão Tripartite Nacional, Comissões Tripartites Estaduais e Comissão Bipartite do Distrito Federal

A LC 140/2011 dispõe que a Comissão Tripartite Nacional (CTN) será formada, paritariamente, por representantes dos Poderes Executivos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, com o objetivo de fomentar a gestão ambiental compartilhada e descentralizada entre os entes federativos³⁸. Com relação às Comissões Tripartites Estaduais, esta lei menciona que elas serão formadas, paritariamente, por representantes dos Poderes Executivos da União, dos Estados e dos Municípios, com o objetivo de fomentar a gestão ambiental compartilhada e descentralizada entre os entes federativos³⁹.

Por sua vez, a Comissão Bipartite do Distrito Federal será formada, paritariamente, por representantes dos Poderes Executivos da União e do Distrito Federal, com o objetivo de fomentar a gestão ambiental compartilhada e descentralizada entre esses entes federativos⁴⁰. A lei dispõe, também, que as Comissões Tripartites e a Comissão Bipartite do Distrito Federal terão sua organização e funcionamento regidos pelos respectivos regimentos internos⁴¹.

As comissões técnicas tripartites possibilitam a integração entre os entes e propiciam o fortalecimento da Sistema. Em relação à CTN, antes da edição da LC/140/2011, no ano de 2001, o então Ministro de Estado do Meio Ambiente, José Sarney Filho, a instituiu, por meio da Portaria nº 189. Ela foi instituída por representações paritárias, e buscou a descentralização. No período de 2001-2007, ela propôs duas portarias, realizou treze reuniões, cinco seminários e constituiu cinco grupos de trabalho, entre os quais, o que tratou da regulamentação do artigo 23 da Constituição Federal⁴².

Após o ano de 2008, as reuniões da comissão passaram a contar com representantes de diversos órgãos. Em 2013, a então titular do MMA, por meio da Portaria nº 204, estabeleceu a sua composição e destacou a necessidade de reunião para

³³ DI PIETRO, M.S.Z. *Direito Administrativo*. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013, p. 351.

³⁴ MELLO, C.A.B. *Curso de Direito Administrativo*. 30 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013, p. 682.

³⁵ DI PIETRO, M.S.Z. op. cit., p. 351.

³⁶ FURTADO, L.R. *Curso de Direito Administrativo*. 4 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013. p. 271.

³⁷ Acordo de Cooperação Técnica. Disponível em: <<http://www.secretariadegoverno.gov.br/acesso-a-informacao/acoeseoprogramas/comissao-de-avaliacao-e-monitoramento-das-parcerias-cam/minutas/acordo-de-cooperacao-tecnica>>. Acesso em 18 fev. 2018.

³⁸ Art. 4º, § 2º, da LC 140/2011.

³⁹ Art. 4º, § 3º, da LC 140/2011.

⁴⁰ Art. 4º, § 4º, da LC 140/2011.

⁴¹ Art. 4º, § 5º, da LC 140/2011.

⁴² BRASIL. Comissão Tripartite Nacional. MMA. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/informma/item/7762-comiss%C3%A3o-t%C3%A9cnica-tripartite.html>>. Acesso em 25 set. 2018.

gestão compartilhada e para propor as tipologias relativas ao licenciamento da União, o que contribuiu parcialmente para edição do Decreto nº 8.437, de 22 de abril de 2015, que regulamentou o art. 7º, caput, inciso XIV, alínea "h", e parágrafo único, da LC 140/2011⁴³.

Em relação às Comissões Tripartites Estaduais e à Comissão Bi-Partite Distrital, em 2003, na I Conferência Nacional do Meio Ambiente deliberou-se que a sua criação fortaleceria o Sisnama, pois permitiria o apoio para articulação da gestão compartilhada e descentralizada⁴⁴.

Em 2004, a Portaria nº 131-MMA instituiu 14 Comissões Tripartites Estaduais (AC, AM, BA, ES, GO, MA, MS, MG, RS, RR, SC, SP, SE e TO); a portaria nº 289-MMA, mais 8 (AL, CE, MT, PB, PE, PI, RJ e RN); e a portaria nº 315-MMA, mais 2 (RO e PR). Em 2005, a portaria nº 173-MMA, instituiu mais 1 (AP); a portaria nº 287, mais 1 (PA); e a portaria nº 295, mais 1 (DF). A página eletrônica do MMA disponibiliza alguns atos dessas comissões, mas, em consulta, constata-se que não há qualquer documento após o ano de 2009, sendo que a maior parte são dos anos de 2004 a 2006⁴⁵, o que dá indícios de descontinuidade.

2.4 Fundos públicos e privados

A criação de fundos está prevista no inciso II do § 9º do artigo 165 da Constituição Federal de 1988, que dispõe que cabe à lei complementar "estabelecer normas de gestão financeira e patrimonial da administração direta e indireta bem como condições para a instituição e funcionamento de fundos".

Nesse sentido, o título VII da lei nº 4.320, de 17 de março de 1964, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal, nos seus quatro artigos (71 a 74), trata dos fundos especiais. O artigo 71 estabelece que o fundo especial é o produto de receitas previstas em lei, que se vinculam para realizar determinados objetivos e serviços⁴⁶. Esses dispositivos normativos tratam dos fundos públicos. Além desses, há também os fundos privados.

No país, há diversos fundos ambientais federais, tais como o Fundo de Defesa de Direitos Difusos (FDD), criado pelo artigo 13⁴⁷ da Lei nº 7.347, de 24 de julho de 1985, que disciplina a ação civil pública de responsabilidade por danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico e paisagístico (LACP).

Este fundo é regulamentado pelo Decreto nº 1.306, de 9 de novembro de 1994, e tem por finalidade a reparação dos danos causados ao meio ambiente, ao consumidor, a

⁴³ Até 2008, participavam das reuniões dirigentes do MMA, IBAMA, ABEMA, ANAMMA e da Confederação Comissão Tripartite Nacional. MMA. Após 2008, passaram a ser convidados permanentes representantes da ANA, ICMBio, Serviço Florestal Brasileiro (SFB) e Frente Nacional de BRASIL. Prefeitos. Comissão Tripartite Nacional. MMA. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/informma/item/7762-comiss%C3%A3o-t%C3%A9cnica-tripartite.html>>. Acesso em 25 set. 2018.

⁴⁴ BRASIL. Comissão Tripartite Nacional. MMA. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/informma/item/7762-comiss%C3%A3o-t%C3%A9cnica-tripartite.html>>. Acesso em 25 set. 2018.

⁴⁵ BRASIL. Comissões Tripartites Estaduais. MMA. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/clima/convencao-das-nacoes-unidas/item/10870-arquivos-comiss%C3%A3o-nordeste>>. Acesso em 26 set. 2018.

⁴⁶ Os artigos 71 a 81 do Decreto nº 93.872, de 23 de dezembro de 1986, que dispõe sobre a unificação dos recursos de caixa do Tesouro Nacional, atualiza e consolida a legislação pertinente, tratam especificamente dos fundos especiais.

⁴⁷ Artigo 13: "Havendo condenação em dinheiro, a indenização pelo dano causado reverterá a um fundo gerido por um Conselho Federal ou por Conselhos Estaduais de que participarão necessariamente o Ministério Público e representantes da comunidade, sendo seus recursos destinados à reconstituição dos bens lesados".

bens e direitos de valor artístico, estético, histórico, turístico, paisagístico, por infração à ordem econômica e a outros interesses difusos e coletivos (art. 1º).

Ele é gerido por um Conselho Federal Gestor do FDD (CFDD), órgão colegiado do Ministério da Justiça, com sede em Brasília (art. 3º), e tem como recursos os produtos das seguintes arrecadações (art. 2º):

- a. Condenações judiciais de que tratam os arts. 11 e 13 da LACP (inciso I);
- b. Multas e indenizações decorrentes da aplicação da Lei nº 7.853, de 24 de outubro de 1989 (esta norma dispõe sobre o apoio às pessoas portadoras de deficiência, sua integração social, institui a tutela jurisdicional de interesses coletivos ou difusos dessas pessoas, além de outras providências), desde que não destinadas à reparação de danos a interesses individuais (inciso II);
- c. Valores destinados à União em virtude da aplicação da multa prevista no art. 57 e seu parágrafo único e do produto de indenização prevista no parágrafo único do art. 100 do Código de Defesa do Consumidor (CDC) (inciso III);
- d. Condenações judiciais de que trata o parágrafo 2º do art. 2º da Lei nº 7.913, de 7 de dezembro de 1989 (esta norma dispõe sobre a ação civil pública de responsabilidade por danos causados aos investidores no mercado de valores mobiliários) (inciso IV);
- e. Multas referidas no art. 84 da Lei nº 8884, de 11 de junho de 1994 (esta norma foi revogada pela Lei nº 12.259, de 30 de novembro de 2011, que estrutura o Sistema Brasileiro de Defesa do Consumidor e dá outras providências) (inciso V);
- f. Rendimentos auferidos com a aplicação dos recursos do Fundo (inciso VI);
- g. Outras receitas que vierem a ser destinada ao Fundo (inciso VII);
- h. Doações de pessoas físicas ou jurídicas, nacionais ou estrangeiras (inciso VIII).

Em consulta ao Ministério da Justiça e Segurança Pública, a Secretaria Executiva do Conselho Federal do FDD informou o total do valor arrecadado, disponibilizado e executado, nos anos de 2013 a 2017, conforme quadro a seguir (Tabela 1). O órgão esclareceu que apenas a média 0,5% do que é arrecadado é disponibilizado, e que as razões dos contingenciamentos ocorridos são de competência dos órgãos fazendários e de planejamento.

Tabela 1: Valores do Fundo de Defesa de Direitos Difusos

ANO	Valor total arrecadado junto ao FDD (R\$)	Valor orçamentário disponibilizado ao CFDD (R\$)	Valores executados no ano (R\$)
2013	120.288.753,00	5.786.680,00	3.640.749,00
2014	192.354.824,00	6.432.035,00	6.321.472,00
2015	563.326.342,00	5.768.680,00	3.845.637,00
2016	775.042.663,00	4.856.504,00	2.402.207,00
2017	592.280.174,00	3.400.000,00	1.544.676,00

Fonte: Ministério da Justiça e Segurança Pública, pelo SIC/LAI

Além deste, há o Fundo Nacional do Meio Ambiente, criado pela Lei nº 7.797, de 10 de julho de 1989. Ele tem o objetivo de desenvolver os projetos que visem ao uso racional e sustentável de recursos naturais, incluindo a manutenção, melhoria ou recuperação da qualidade ambiental no sentido de elevar a qualidade de vida da população brasileira (art. 1º), sendo constituído pelos seguintes recursos (art. 2º):

- a. Dotações orçamentárias da União (inciso I);
- b. Recursos resultantes de doações, contribuições em dinheiro, valores, bens móveis e imóveis, que venha a receber de pessoas físicas e jurídicas (inciso II);
- c. Rendimentos de qualquer natureza, que venha a auferir como remuneração decorrente de aplicações do seu patrimônio (inciso III);
- d. Outros, destinados por lei.

Este fundo é gerido pelo Ministério do Meio Ambiente (MMA), conforme as orientações do Conselho de Governo, sem prejuízo das competências do CONAMA (art. 4º). Os recursos são aplicados por meio de órgãos públicos dos entes da federação. A lei

estabelece os projetos prioritários⁴⁸ de aplicação dos recursos financeiros, bem como a área prioritária de sua aplicação.

A redação original desta norma estabeleceu que, sem prejuízo das ações em âmbito nacional, seria dada prioridade aos projetos que tivessem sua área de atuação na Amazônia Legal. Entretanto, a Lei nº 13.156, de 4 de agosto de 2015, acrescentou como área de atuação o Pantanal Mato-Grossense (art. 5º, § 2º).

Segundo o MMA⁴⁹, ele é o mais antigo fundo ambiental da América Latina. O Ministério ressalta que “ao longo de sua história, foram 1.446 projetos socioambientais apoiados e recursos da ordem de R\$ 270 milhões voltados às iniciativas de conservação e de uso sustentável dos recursos naturais”.

Em consulta ao Ministério do Meio Ambiente informou que, a despeito da arrecadação existente, o Fundo não foi autorizado a prever na Lei Orçamentária Anual (LOA) mais do que o valor indicado. Ele sofreu severos limites de empenho destes recursos, cujos valores dos anos de 2013 a 2017, encontram-se conforme quadro a seguir, que apresenta o percentual executado do que foi arrecadado (Tabela 2).

Tabela 2: Valores do Fundo Nacional do Meio Ambiente

ANO	Arrecadação Multas (R\$)	Limite na LOA (R\$)	Executado (R\$)
2013	28.096.204,00	2.367.205,00	2.367.205,00 (8,4%)
2014	28.659.751,00	5.988.128,00	5.086.064,00 (17,74%)
2015	18.152.482,00	4.003.643,00	3.706.151,00 (20,41%)
2016	24.305.564,00	4.003.643,00	3.676.721,00 (15,13%)
2017	30.229.777,00	4.003.643,00	3.595.085,00 (11,90%)

Fonte: Ministério do Meio Ambiente, pelo SIC/LAI

Como exemplo de outros recursos destinado por lei, há os previstos na Lei nº 9.605, de 12 de fevereiro de 1996, que dispõe sobre as sanções penais e administrativas derivadas de condutas e atividades lesivas ao meio ambiente (LCA). O artigo 73 desta norma assim estabelece:

Art. 73. Os **valores arrecadados em pagamento de multas por infração ambiental serão revertidos** ao Fundo Nacional do Meio Ambiente, criado pela [Lei nº 7.797, de 10 de julho de 1989](#), Fundo Naval, criado pelo [Decreto nº 20.923, de 8 de janeiro de 1932](#), fundos estaduais ou municipais de meio ambiente, ou correlatos, conforme dispuser o órgão arrecadador. (sem grifo no original)

Há também o Fundo Amazônia, criado pelo Decreto nº 6.527, de 2008, onde o Banco Nacional de Desenvolvimento Econômico e Social (BNDES) fica autorizado a destinar o valor das doações recebidas em espécie, para a realização de aplicações não reembolsáveis em ações de prevenção, monitoramento e combate ao desmatamento e de promoção da conservação e do uso sustentável da Amazônia Legal (art. 1º).

Todavia, até vinte por cento dos seus recursos podem ser utilizados no desenvolvimento e controle do desmatamento em outros biomas e em outros países

⁴⁸ Artigo 5º: “Serão consideradas prioritárias as aplicações de recursos financeiros de que trata esta Lei, em projetos nas seguintes áreas: I - Unidade de Conservação; II - Pesquisa e Desenvolvimento Tecnológico; III - Educação Ambiental; IV - Manejo e Extensão Florestal; V - Desenvolvimento Institucional; VI - Controle Ambiental; VII – Aproveitamento Econômico Racional e Sustentável da Flora e Fauna Nativas.”

⁴⁹ BRASIL. Fundo Nacional do Meio Ambiente. Ministério do Meio Ambiente. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/fundo-nacional-do-meio-ambiente>>. Acesso em 28 jan. 2018.

tropicais (art. 1º, § 1º). Este Fundo já apoiou 103 projetos, no total de R\$ 1.868 milhões, já tendo sido desembolsado R\$ 1.066 milhões⁵⁰.

Este fundo conta com um comitê orientador (COFA), com representantes do governo federal, dos governos estaduais e da sociedade civil (art. 4º). Os valores contemplam as seguintes áreas (art. 1º):

- a. Gestão de florestas públicas e áreas protegidas (inciso I);
- b. Controle, monitoramento e fiscalização ambiental (inciso II);
- c. Manejo florestal sustentável (inciso III);
- d. Atividades econômicas desenvolvidas a partir do uso sustentável da vegetação (inciso IV);
- e. Zoneamento Ecológico e Econômico, ordenamento territorial e regularização fundiária (inciso V);
- f. Conservação e uso sustentável da biodiversidade (inciso VI); e
- g. Recuperação de áreas desmatadas (inciso VII).

No ano de 2017, este fundo lançou a Chamada Pública nº 02/2017, “Recuperação da Cobertura Vegetal”, com o objetivo de selecionar até cinco projetos para recuperar a cobertura vegetal. Ela visa aumentar a cobertura vegetal nativa da Amazônia Legal, bem como fortalecer a estrutura técnica e de gestão da cadeia produtiva do setor de recuperação da cobertura vegetal, que está inserido no processo de regularização ambiental de posses/propriedades rurais (Lei 12.651, de 2012)⁵¹.

Estes projetos devem estar enquadrados em uma das seguintes categorias⁵²:

- a. Unidade de Conservação da Natureza, de posse ou domínio público.
- b. Reserva Legal e Área de Preservação Permanente em Assentamentos de Reforma Agrária ou em Territórios Quilombolas.
- c. Terras Indígenas.
- d. Reserva Legal e Áreas de Preservação Permanente em pequenas propriedades ou posses rurais de até 4 (quatro) módulos fiscais.

Esta chamada somente admitirá como proponente as associações civis, as cooperativas e as fundações de direito privado, que devem ser apresentar suas propostas ao BNDES. Os recursos financeiros não reembolsáveis são de até R\$ 200.000.000,00 (duzentos milhões de reais), com prazo de execução máximo de 60 (sessenta) meses.

2.5 Instrumentos econômicos

O ordenamento jurídico pátrio prevê vários instrumentos econômicos. No ano de 2006, a Lei nº 11.284, de 2006, inseriu alguns deles na PNMA, exemplificando a concessão florestal, a servidão ambiental e o seguro ambiental, possibilitando a existência de outros (art. 9º, inciso XIII, da PNMA). Esta inserção coaduna-se com o que está previsto no princípio 16 da Declaração Rio-92, que assim dispõe: As autoridades nacionais devem procurar promover a internacionalização dos custos ambientais e o **uso de instrumentos econômicos**, tendo em vista a abordagem segundo a qual o poluidor deve, em princípio, arcar com o custo da poluição, com a devida atenção ao interesse público e sem provocar distorções no comércio e nos investimentos internacionais.

Portanto, tratando apenas desses três enumerados, a começar pela concessão florestal, ela é a delegação onerosa, feita pelo poder concedente, do direito de praticar manejo florestal sustentável para exploração de produtos e serviços numa unidade de manejo. Ela é mediante licitação, à pessoa jurídica, em consórcio ou não, que atenda às exigências do respectivo edital de licitação e demonstre capacidade para seu desempenho, por sua conta e risco e por prazo determinado (art. 3º, inciso VII, da Lei nº 11.284, de 2006).

⁵⁰ Fundo Amazônia. Projetos apoiados. Disponível em: <<http://www.fundoamazonia.gov.br/pt/home/>>. Acesso em 30 dez. 2018.

⁵¹ Chamada Pública de Projetos. Fundo da Amazônia. Disponível em: <http://www.fundoamazonia.gov.br/FundoAmazonia/export/sites/default/site_pt/Galerias/Arquivos/chamada_publica/Chamada_RCV_Edital.pdf>. Acesso em 18 fev. 2018.

⁵² Idem.

A servidão ambiental foi inserida na PNMA pela Lei nº 12.651, de 2012, conhecida como o novo Código Florestal. Ela estabelece que o proprietário ou o possuidor pode voluntariamente limitar o uso de toda sua propriedade ou parte dela, para preservar, conservar ou recuperar os recursos ambientais existentes, instituindo esta servidão (art. 9º-A da PNMA).

O seguro ambiental é um importante instrumento para reparação de eventual dano causado ao meio ambiente, pois garante os necessários recursos financeiros, ainda que o responsável pelo dano esteja insolvente. Ele atende Sobre este seguro, Milaré ressalta ele “guarda em si, de forma equilibrada, o atendimento das obrigações reparatórias e indenizatórias de parte do agente poluidor, e, ao mesmo tempo, possibilita, com as devidas correções, a continuidade da atividade empresarial”⁵³.

Este instrumento também está previsto na Lei nº 12.305, de 2 de agosto de 2010, que institui a Política Nacional de Resíduos Sólidos. No capítulo IV, que trata dos resíduos perigosos, o artigo 40 inova o ordenamento jurídico, ao facultar ao órgão do licenciador do Sisnama a exigência da contratação de seguro de responsabilidade civil.

2.6 Delegação de atribuições e de execução de ações administrativas

A LC 140/2011⁵⁴ dispõe que o ente federativo poderá delegar, mediante convênio, a execução de ações administrativas a ele atribuídas na própria Lei Complementar. Todavia, para que isto ocorra, a norma ressalta que o ente destinatário da delegação deve dispor de órgão ambiental capacitado a executar as ações administrativas a serem delegadas e de conselho de meio ambiente.

A norma destaca que se considera órgão ambiental capacitado aquele que possui técnicos próprios ou em consórcio, devidamente habilitados e em número compatível com a demanda das ações administrativas a serem delegadas⁵⁵.

Sobre esta delegação, a Resolução nº 237/1997 expressamente trata do tema em dois dispositivos, com relação ao licenciamento ambiental, assim dispondo:

a. Artigo 4º, § 2º: “O IBAMA, ressalvada sua competência supletiva, poderá delegar aos Estados o licenciamento de atividade com significativo impacto ambiental de âmbito regional, uniformizando, quando possível, as exigências.”

b. artigo 6º: “Compete ao órgão ambiental municipal, ouvidos os órgãos competentes da União, dos Estados e do Distrito Federal, quando couber, o licenciamento ambiental de empreendimentos e atividades de impacto ambiental local e daquelas que lhe forem delegadas pelo Estado por instrumento legal ou convênio.”

Com relação à fiscalização ambiental, a PNMA trata desta possibilidade, no artigo 17-Q, incluído pela Lei nº 10.165, de 27 de dezembro de 2000, que instituiu a Taxa de Controle e Fiscalização Ambiental (TCFA), passando a prever: “É o IBAMA autorizado a celebrar convênios com os Estados, os Municípios e o Distrito Federal para desempenharem atividades de fiscalização ambiental, podendo repassar-lhes parcela da receita obtida com a TCFA.”

3. Cooperação federativa

Para a obtenção de indicadores de como a cooperação tem ocorrido no âmbito da União, dos Estados e do Distrito Federal, foram realizados pedidos de informação, pelo Serviço de Informações ao Cidadão, ao MMA, ao IBAMA e ao Instituto Chico Mendes.

No questionamento apresentado, foram solicitadas as seguintes informações:

a. Instrumentos de cooperação previstos na LC 140, de 2011, celebrados por eles ou pelos seus órgãos subordinados ou vinculados.

⁵³ MILARÉ, E. *Direito do Ambiente*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013, p. 854.

⁵⁴ Art. 5º, *caput*, da LC 140/2011.

⁵⁵ Art. 5º, parágrafo único, da LC 140/2011.

b. Se algum outro instrumento foi celebrado com o objetivo previsto na mencionada lei.

c. Se a Comissão Tripartite Nacional havia sido formada, bem como seus integrantes, atribuições e o que já foi realizado.

No âmbito dos estados, as informações foram solicitadas nos órgãos ambientais de todos entes da federação. O pedido tratou das cooperações realizadas e se a Comissão Tripartite Estadual havia sido formada.

Os indicadores municipais foram obtidos do resultado das Pesquisas de Informações Básicas Municipais (Munic) realizadas pelo IBGE. No tópico 1.6, os dados serão das solicitações de informações no âmbito dos municípios afetados pelo desastre ocorrido no município de Mariana, no estado de Minas Gerais.

3.1 No âmbito da União

No âmbito do MMA, as informações solicitadas foram respondidas pelas seguintes secretarias:

a. Secretaria Executiva/Departamento do Fundo Nacional do Meio Ambiente – SECEX/DFNMA, que destacou que não tinha informações a prestar.

b. Secretaria de Articulação Institucional e Cidadania Ambiental – SAIC, cuja resposta foi dada por uma de suas Unidades, Departamento de Articulação Institucional (DAI), onde destacou que não havia qualquer instrumento de cooperação celebrado, previsto ou não na LC 140/2011.

Em relação à CTN, às Comissões Tripartites Estaduais e à Comissão Bi-Partite Distrital, a DAI ressaltou que elas antecedem a LC 140/2011. O órgão destacou que o MMA coordenou diversas tratativas com entidades representativas dos órgãos estaduais e municipais de meio ambiente, no sentido de atualizar a composição da CTN, para poder adequá-la, à luz da PNMA. Por conseguinte, a sua constituição (CTN) foi atualizada com a publicação da Portaria 240-MMA, de 13 de julho de 2017. DOU 14 JUL 2017, página 62, da Seção 1.

c. Secretaria de Biodiversidade – Sbio, respondido pela Divisão de Planejamento, Orçamento e Administração da Secretaria (DPOA/GAB/SBio), que apresentou uma tabela com convênios e termos de execução descentralizada, a partir da edição da LC 140/2011.

No caso dos convênios, foram celebrados apenas 13, sendo 9 no âmbito estadual (AM/3, BA/3, ES/2 e SP/1) e 4 no municipal, conforme se segue: 1) Rio Branco/AC, para fortalecer a política municipal de gestão de resíduos sólidos (R\$ 108.400,00/MMA); 2) Boa Esperança/ES, para aumentar cobertura florestal do município (R\$ 215.000,00/MMA); 3) Cabo Frio/RJ, para recuperar cobertura vegetal (R\$ 500.000,00/MMA); e 4) Bertioga/SP (R\$ 500.000,00/MMA).

Com relação aos termos de execução descentralizada, foram celebrados 11 termos, com valores variáveis de R\$ 80.000,00 a R\$ 27.300.000,00.

d. Secretaria de Mudança do Clima e Florestas – SMCF, que listou 3 (três) convênios celebrados com secretarias dos estados de Alagoas, Minas Gerais e Paraná; três termos de cooperação para descentralização de crédito celebrados com o Conselho Nacional de Desenvolvimento Científico e Tecnológico (CNPq) e com as universidades federais de Santa Catarina e de Santa Maria; e 3 (três) acordos de cooperação técnica com a Companhia de Recursos Minerais (CRPM), a Empresa Brasileira de Pesquisa Agropecuária (EMBRAPA)/Instituto Nacional de Pesquisa Espaciais (INPE) e Instituto de Metrologia, Qualidade e Tecnologia (INMETRO).

e. Secretaria de Recursos Hídricos e Qualidade Ambiental – SRHQ, que informou a vigência de termos de execução descentralizada, sendo 2 (dois) celebrados com as Universidades Federais do Rio Grande (R\$ 150.000,00) e de Santa Catarina (R\$ 254.767,46), e 2 (dois) com a Fundação da Universidade do Rio Grande, nos valores de RS 286.000,00 e R\$ 50.000,00.

f. Secretaria de Extrativismo e Desenvolvimento Rural Sustentável – SEDR, que informou a celebração de doze termos de execução descentralizada.

Ao ser questionado sobre os mencionados instrumentos de cooperação, o IBAMA informou que celebrou acordos de cooperação técnica para gestão florestal compartilhada com os estados da federação e o Distrito Federal, totalizando 24 (vinte e quatro). Entretanto, Bahia, Rio de Janeiro e Santa Catarina não possuíam tais acordos na área florestal. O Instituto Chico Mendes informou que não celebrou instrumentos de cooperação, e que esta celebração é realizada pelo MMA.

Em resumo, no âmbito da União, há o seguinte quantitativo de instrumentos de cooperação celebrados: 1) MMA: 34 (trinta e quatro); e 2) IBAMA: 24 (vinte e quatro). Estes poucos instrumentos celebrados evidenciam a situação longe do ideal que se vivencia na proteção do meio ambiente, em termos de cooperação (Gráfico 3).

3.2 No âmbito dos Estados e do Distrito Federal

Os dados foram solicitados nas Secretarias de Meio Ambiente. Em alguns Estados, o pedido também foi realizado onde houve a criação de outros órgãos para a execução das políticas ambientais.

No questionamento apresentado, foram solicitadas as seguintes informações:

a. Instrumentos de cooperação previstos na LC 140, de 2011, celebrados por eles ou pelos seus órgãos subordinados ou vinculados.

b. Se algum outro instrumento foi celebrado com o objetivo previsto na mencionada lei.

c. Se a Comissão Tripartite Estadual havia sido formada, bem como seus integrantes, atribuições e o que já foi realizado.

3.2.1 Região Norte

Na região norte, a pesquisa foi realizada nos seguintes órgãos:

Acre: Secretaria de Estado de Meio Ambiente (SEMA/AC) e Instituto de Meio Ambiente do Acre (IMAC). A SEMA/AC apresentou 48 (quarenta e oito) termos de cooperação técnica celebrados, após a vigência da LC 140/2011. O IMAC não respondeu ao pedido de informação realizado pelo serviço de informação ao cidadão do estado. Quanto à constituição da Comissão Tripartite Estadual, a SEMA/AC não respondeu.

Amapá: Secretaria de Estado do Meio Ambiente (SEMA/AP) e Instituto do Meio Ambiente e de Ordenamento Territorial do Amapá (IMAP). A SEMA/AP apresentou apenas 1 (um) termo de cooperação técnica. Por sua vez, o IMAP informou que celebrou 1 (um) convênio entre a SEMA, IMAP, IEF, Polícia Militar e Polícia Civil; e 1 (um) acordo de cooperação técnica entre IMAP, IBAMA e SEMA. No âmbito daquele estado, a Comissão Tripartite Estadual não estava constituída.

Amazonas: Secretaria de Estado do Meio Ambiente (SEMA/AM) e Instituto de Proteção Ambiental do Amazonas (IPAAM). A SEMA/AM informou que já existiu um termo de cooperação IBAMA/IPAAM para o licenciamento da BR-317, que não foi renovado, bem como foram celebrados tais termos com as prefeituras de Tabatinga, Parintins, Presidente Figueiredo e Itacoatiara, mas que não se materializaram com a mudança dos prefeitos. Quanto à Comissão Tripartite Estadual, O órgão destacou que ela foi formada em 2013, mas que estava desarticulada. O IPAAM ressaltou a celebração de apenas um termo de cooperação técnica pactuado com o município de Manaus, por meio de sua Secretaria Municipal de Meio Ambiente e Sustentabilidade (SEMMAS).

Pará: Secretaria de Estado do Meio Ambiente e Sustentabilidade (SEMAS/PA), que informou 64 (sessenta e quatro) termos de cooperações técnicas, 3 (três) termos de cooperação, 27 (vinte e sete) acordos e convênios de delegação, 25 (vinte e cinco) acordos de cooperação técnica, 3 (três) convênios de cooperação técnica, 7 (sete) convênios financeiros, 3 (três) convênios técnicos financeiros e 1 (um) termo de cooperação técnico financeiro. O órgão destacou que não há a Comissão Tripartite Estadual naquele estado, e que as diretrizes são emanadas das resoluções do Conselho Estadual do Meio Ambiente.

Rondônia: Secretaria de Estado do Desenvolvimento Ambiental (SEDAM), que informou que, até o ano de 2014, a transferência de competência era realizada por termo

de cooperação técnica celebrado entre estado e municípios. Entretanto, a partir da Resolução do Conselho Estadual de Política Ambiental (CONSEPA) 07/2015, a descentralização passou a exigir critérios mínimos para aprovação. O órgão informou que estava análise na Procuradoria Geral do Estado (PGE/RO) os termos anteriormente firmados com municípios já descentralizados. Ademais, destacou que a Comissão Tripartite Estadual ainda não havia sido formada, mas que estava em discussão naquela secretaria.

Roraima: Fundação Estadual do Meio Ambiente e Recursos Hídricos (FEMARH), que informou que apenas 2 (dois) contratos sobre repasse de recurso, e que a Comissão Tripartite Estadual não foi formada.

Tocantins: Secretaria de Meio Ambiente e Recursos Hídricos (SEMARH) e Instituto Natureza de Tocantins (Naturatins). A SEMARH informou que não é de sua competência a celebração dos instrumentos de cooperação. O Naturatins destacou que foram pactuados 7 (sete) termos de cooperação técnica e que a Comissão Tripartite Estadual foi formada, desde 2004.

Pode-se constatar que há precariedade dos instrumentos de cooperação na região norte, tendo Estado que celebrou apenas um ou dois atos. Ademais, há também a não constituição ou a desarticulação da Comissão Tripartite Estadual, o que compromete frontalmente a proteção do meio ambiente, que impõe a atuação cooperativa.

3.2.2 Região Nordeste

Na região nordeste, a pesquisa foi realizada nos seguintes órgãos:

Alagoas: Secretaria do Meio Ambiente e dos Recursos Hídricos (SEMARH/AL) e Instituto do Meio Ambiente (IMA/AL). A SEMARH/AL celebrou 5 (cinco) termos de cooperação técnica com os municípios de Maceió, Jequiá da Praia, Arapiraca, Marechal Deodoro e Delmiro Gouveia, e que a Comissão Tripartite Estadual já foi formada. O IMA/AL destacou que pactuou 9 (nove) termos/acordos de cooperação técnica e convênios.

Bahia: Secretaria do Meio Ambiente (SEMA/BA) e Instituto do Meio Ambiente e Recursos Hídricos (INEMA). A SEMA/BA informou o pacto de 27 (vinte e sete) consórcios públicos organizados, e que, juntamente com o INEMA, firmou convênio com 8 (oito) consórcios. O órgão destacou que a Comissão Tripartite Estadual foi formada desde 2004, mas não se reúne desde 2014. Por sua vez, o INEMA ressaltou que celebrou apenas 1 (um) convênio com o município de Vitória da Conquista.

Ceará: Secretaria do Meio Ambiente (SEMA/CE) e Superintendência Estadual do Meio Ambiente (SEMACE). A SEMA/CE informou que apoia os municípios na elaboração dos planos de resíduos sólidos; nos planos municipais de educação ambiental com foco nos Resíduos Sólidos para os Consórcios COMARES – UL (12 municípios), COMARES Beberibe-Cascavel-Pindoretama e o Consórcio CGIRS/Sobral (13 municípios); elaboração do Projeto Orla e apoio às Campanhas Municipais (Semana da Árvores, Semana do Meio Ambiente), além de apoiar financeiramente os municípios através do Índice de Qualidade Municipal (IQM) e certificar os municípios através do “Selo Município Verde”. Além disso, apoia os municípios por meio da distribuição de mudas, capacitação em educação ambiental e gestão das Unidades de Conservação. O órgão destacou também que a Comissão Tripartite Estadual foi formada. O SEMACE destacou a celebração de 1 (um) termo de cooperação técnica.

Maranhão: Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Recursos Naturais (SEMA/MA), que informou que possuía firmado 34 (trinta e quatro) termos de cooperação com municípios, 1 (um) acordo de cooperação com a secretaria de segurança pública (executado pela polícia militar), além de termos de cooperação com 3 (três) municípios (Central do Maranhão, Cândido Mendes e Alcântara). O órgão deixou de informar os termos relativos aos anos de 2012 e 2013, mas disponibilizou para consulta local (MA). Ressaltou, também, que não detém a informação da Comissão Tripartite Estadual.

Paraíba: Secretaria Estadual de Recursos Hídricos, do Meio Ambiente e da Ciência e Tecnologia (SERHMACT) e Superintendência de Administração do Meio Ambiente

(SUDEMA). A SERHMACT sugeriu que o contato fosse feito com a SUDEMA, que respondeu que, na gestão faunística, foi celebrado um acordo de cooperação técnica, e que a Comissão Tripartite Estadual não foi formada.

Pernambuco: Secretaria de Meio Ambiente e Sustentabilidade (SEMAS/PE) e Agência Estadual do Meio Ambiente (CPRH). A SEMAS/PE indicou a página eletrônica⁵⁶ da Instituição para consulta, onde constam 3 (três) acordos de cooperação técnica celebrados. Ademais, o órgão informou que a Comissão Tripartite Estadual foi formada. A CPRH destacou a celebração de 2 (dois) acordos de cooperação técnica.

Piauí: Secretaria Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos (SEMAR/PI), que informou que, na gestão da fauna, firmou acordo de cooperação técnica com o IBAMA, e que, na gestão florestal, há um outro acordo desse tipo formalizado. Quanto à Comissão Tripartite Estadual, o órgão destacou que ainda não havia sido formada.

Rio Grande do Norte: Secretaria Estadual do Meio Ambiente e dos Recursos Hídricos (SEMARH/RN) e Instituto de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (IDEMA). A SEMARH/RN indicou o IDEMA como órgão competente para as políticas de descentralização, que, por sua vez, destacou que celebrou acordo de cooperação técnica e delegação de atribuições entre entes federativos. Ademais, informou que Comissão Tripartite Estadual foi formada em 2004.

Sergipe: Secretaria de Estado do Meio Ambiente e dos Recursos Hídricos (SEMARH/SE) e Administração Estadual do Meio Ambiente (ADEMA). A SEMARH/SE informou a celebração de 4 (quatro) consórcios, 3 (três) acordos de cooperação técnica com 3 (três) municípios e 1 (um) termo de cooperação técnica. O órgão destacou que a Comissão Tripartite Estadual foi formada.

Pode-se constatar que os instrumentos de cooperação na região nordeste são menos precários que os da região norte, mas ainda estão longe de ser uma situação ideal. Quanto à Comissão Tripartite Estadual, a maioria destacou que elas já foram constituídas, mas não informaram as ações realizadas, o que evidencia a desarticulação ou a falta de efetividade de tais comissões.

3.2.3 Região Centro-Oeste

Na região Centro-oeste, a pesquisa foi realizada nos seguintes órgãos:

Goiás: Secretaria de Meio Ambiente, Recursos Hídricos, Infraestrutura, Cidades e Assuntos Metropolitanos (SECIMA), que informou a celebração de 4 (quatro) convênios celebrados com municípios e outros 4 (quatro) em análise, tendo como objeto a autorização para manejo e supressão vegetal em imóveis rurais. Ademais, ressaltou a não constituição do Comissão Tripartite Estadual.

Além dos instrumentos previstos na LC 140/2011, o órgão destacou a atuação do Conselho Estadual de Saneamento, Meio Ambiente e Recursos Hídricos (CESMARH), que, desde 2006, utiliza uma espécie de credenciamento para habilitar município para emissão de licenças ambientais de obras, empreendimentos e atividades de impacto local. Não há a celebração de um instrumento, sendo um ato unilateral do Conselho, ou seja, um ato administrativo do Poder Executivo. Sobre este sistema de credenciamento estadual, a SECIMA registrou que tem se manifestado pela sua inconstitucionalidade, por entender que viola a autonomia municipal e usurpa a prerrogativa reservada ao Congresso Nacional, uma vez que o credenciamento criado pela Resolução é ato administrativo do Poder Executivo, e não instrumentos de cooperação por meio de lei.

Mato Grosso: Secretaria de Estado do Meio Ambiente (SEMA/MT), que não respondeu a qualquer questionamento.

⁵⁶ Documentos. SEMAS. Disponível em: <http://www.lai.pe.gov.br/web/semas/convenios?p_p_id=publicador_repositorio_documento&p_p_lifecycle=0&p_p_state=normal&p_p_mode=view&p_p_col_id=column-11&p_p_col_count=1&publicador_repositorio_documento_struts_action=%2Fpublicador_repositorio_documento%2Fview_pub&publicador_repositorio_documento_folderId=301653>. Acesso em 2 out. 2018.

Mato Grosso do Sul: Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Econômico (SEMADE), que encaminhou o pedido para o Instituto de Meio Ambiente de Mato Grosso do Sul (IMASUL). Este órgão destacou que celebrou acordos de cooperação técnica com o IBAMA, cujo objeto foi o Sistema de Cadastro Ambiental Rural (SiCAR), o Sistema Nacional de Controle de Origem dos Produtos Florestais (SINAFLO), o Sistema Nacional de Gestão de Fauna (SISFAUNA) e o Sistema de Cadastro de Passeriformes (SISPASS). Além desses, ressaltou-se que foram pactuados acordos de cooperação técnica com certos municípios para licenciar atividades de impacto local, que será tratado no capítulo seguinte. Quanto à Comissão Tripartite Estadual, o Instituto informou que ela não foi formalizada, mas que realiza o trabalho de descentralização ambiental.

Distrito Federal: Secretaria de Estado do Meio Ambiente (SEMA/DF) e Instituto do Meio Ambiente e Recursos Hídricos (IBRAM). A SEMA/DF informou que está em vigência, até o ano de 2019, Acordo de Cooperação Técnica celebrado com a União, para qualificação, finalização e implementação do Zoneamento Ecológico-Econômico do Distrito Federal - ZEE-DF; além da implementação do Sistema Distrital de Informações Ambientais (SISDIA), como a Infraestrutura de Dados Espaciais Temática Ambiental do DF, assim como o treinamento/capacitação dos servidores do Governo do DF usuários do Sistema, os quais constituem componentes do Acordo de Cooperação de Projeto para o Fundo Global para o Meio Ambiente (GEF)⁵⁷.

A Secretaria ressaltou que, em 11 de setembro de 2017, pactuou Acordo de Cooperação Técnica com o IBRAM, o Serviço Florestal Brasileiro e a Fundação Banco do Brasil, criando o Programa Piloto de Recuperação da Vegetação Nativa do Cerrado. Quanto à Comissão Bipartite do Distrito Federal, o órgão destacou que ela foi constituída anteriormente, mas, que estava aguardando orientações do MMA, em razão da publicação da Portaria nº 240, de 13 de julho de 2017, que constituiu a Comissão Tripartite Nacional.

Por sua vez, o IBRAM informou a celebração de 9 (nove) acordos de cooperação técnica e de um projeto de cooperação técnica internacional para qualificação da gestão ambiental com a Organização das Nações Unidas para a Educação, a Ciência e a Cultura (UNESCO).

Pode-se constatar também a precariedade dos instrumentos de cooperação na região centro-oeste, bem como a não constituição da Comissão Tripartite Estadual e da Bipartite Distrital, evidenciando a falta de atuação cooperativa na proteção do meio ambiente.

3.2.4 Região Sudeste

Na região sudeste, a pesquisa foi realizada nos seguintes órgãos:

Espírito Santo: Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Recursos Hídricos (SEAMA) e Instituto Estadual de Meio Ambiente e Recursos Hídricos (IEMA). A SEAMA informou que, no período de 2012 a 2016, celebrou 23 (vinte e três) convênios de delegação de competência com municípios do estado, e que, de 2013 a 2016, foram celebrados acordos de cooperação técnica entre IBAMA, SEAMA e IEMA. Ademais, o órgão destacou que a Comissão Tripartite Estadual foi formada, com previsão de reunião bimestral, conforme regimento interno, e que ela é um espaço de diálogo institucional e instâncias de articulação política entre as esferas de governo. A IEMA destacou que celebrou convênios para delegação de competência com municípios que realizam licenciamento ambiental.

Minas Gerais: Secretaria de Estado de Meio Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (SEMAD), que informou que a Lei Estadual nº 21.972, de 2016, dispõe sobre a possibilidade de o Estado delegar aos municípios competência para licenciamento e fiscalização, cujo regulamentação ocorreu pelo Decreto Estadual nº 46.937, de 2016,

⁵⁷ Por ocasião da resposta, este acordo estava em tratativa para celebração com o Programa das Nações Unidas para o Meio Ambiente (PNUMA), com vistas à execução do projeto "Promovendo Cidades Sustentáveis no Brasil por meio do Planejamento Urbano Integrado e Investimento em Tecnologias Inovadoras em Brasília".

com os consequentes convênios. O órgão destacou também a celebração de Termo de Cooperação Administrativa, Técnica e Operacional com vários órgãos estaduais sobre a temática de energia e gás natural; de convênio para tratar de regularização de aquicultores do Estado; e várias outras tratativas de cooperação sobre temas relacionadas ao aperfeiçoamento dos entes municipais no fomento da melhoria da destinação adequada de resíduos sólidos urbanos. Quanto à Comissão Tripartite Estadual, ela foi constituída, mas estava desarticulada.

Rio de Janeiro: Secretaria de Estado do Ambiente (SEA), que encaminhou para o Instituto Estadual do Ambiente (INEA), que informou que foram celebrados 8 (oito) consórcios públicos de gestão de resíduos sólidos, e que aguardava a constituição da Comissão Tripartite Nacional para alinhar o modelo da esfera federal para constituição da Comissão Tripartite Estadual.

São Paulo: Secretaria de Estado Meio Ambiente (SEMA/SP, que informou que existia um convênio com o Município de São Paulo, denominado Defesa das Águas, voltado para coordenação de ações de fiscalização, e que a Comissão Tripartite Estadual não foi constituída.

Pode-se constatar a precariedade da celebração de instrumentos de cooperação na região sudeste, diante do baixo número existente. Ademais, há também a não constituição ou a desarticulação da Comissão Tripartite Estadual, tendo apenas o Estado do Espírito Santo informado a sua constituição e previsão de reunião bimestral. Logo, pode-se concluir a quase inexistente atuação cooperativa na proteção do meio ambiente.

3.2.5 Região Sul

Na região sul, a pesquisa foi realizada nos seguintes órgãos:

Paraná: Secretaria do Meio Ambiente e Recursos Hídricos (SEMA/PR) e Instituto Ambiental do Paraná (IAP). A SEMA/PR informou que celebrou convênios e acordos de cooperação técnica com Prefeituras Municipais para treinamento, capacitação de gestores municipais. Além desses, a Secretaria destacou apoio a consórcios intermunicipais voltados à descentralização da gestão ambiental, onde exemplificou o Consórcio Intermunicipal para Conservação do Remanescente do Rio Paraná e Áreas de Influência (CORIPA), bem como delegação de atribuições do ente estadual ao municipal. Quanto à Comissão Tripartite Estadual, o órgão destacou que ela não foi formada. O IAP ressaltou que pactuou convênios individuais com alguns municípios do Estado do Paraná, com o IBAMA, Ministério Público e Batalhão da Polícia Militar.

Rio Grande do Sul: Secretaria do Ambiente e Desenvolvimento Sustentável (SEMA/RS) e Fundação Estadual de Proteção Ambiental (FEPAM). A SEMA/RS informou que, em consulta aos arquivos existentes, localizou acordo de cooperação técnica, que tem como objeto a gestão integrada de Cadastros Técnicos Federal e Estadual de Atividades Potencialmente Poluidoras ou Utilizadoras de Recursos Ambientais.

Entretanto, em termos de cooperação, a Secretaria destacou que, quando necessário, SEMA, Federação das Associações dos Municípios do Rio Grande do Sul (FAMURS) e IBAMA reúnem-se nos temas de atuação comum, como o licenciamento, a fiscalização, a fauna, o Cadastro Técnico de Atividades Potencialmente Poluidoras, a TCFA, entre outros. O órgão ressaltou, também, que a FEPAM celebrou convênios de delegação de competência com alguns municípios, para licenciar atividades, além das de impacto local. Na página da Fundação, constam doze convênios celebrados. Quanto à Comissão Tripartite Estadual, segundo a SEMA, ela não foi constituída.

Santa Catarina: Secretaria do Desenvolvimento Econômico Sustentável (SDS), que encaminhou para Fundação do Meio Ambiente (FATMA), que informou que havia celebrado termo de Delegação de Atribuições de Gestão Florestal Compartilhada, além de ter sido delegado a certos municípios o licenciamento ambiental de atividades de competência da FATMA por empreendimento específico. Quanto à Comissão Tripartite Estadual, o órgão destacou que desconhecia a sua constituição.

Pode-se constatar que a região sul também é precária com relação à celebração de instrumentos de cooperação. A não constituição ou desarticulação da Comissão

Tripartite Estadual corroboram esta situação, evidenciando o comprometimento da proteção do meio ambiente no âmbito dessa região do país.

3.3 No âmbito dos municípios

No ano de 1999, o IBGE divulgou a primeira edição dos resultados da Pesquisa de Informações Básicas Municipais – Munic, que se estendeu à totalidade dos municípios brasileiros. O objetivo foi consolidar dados estatísticos para proporcionar indicadores de avaliação institucional, com informações relativas às administrações locais. As edições seguintes ocorreram nos anos: 2001, 2002, 2004, 2005, 2006, 2008, 2009, 2011, 2012, 2013 e 2015. As que trataram das questões ambientais foram as dos anos de 2004, 2008, 2009, 2012 e 2013.

Em 2005, o IBGE, em parceria com a Secretaria de Políticas para o Desenvolvimento Sustentável do Ministério do Meio Ambiente, publicou os resultados do Suplemento de Meio Ambiente da Pesquisa de Informações Básicas Municipais – Munic 2002, sendo a primeira a tratar da questão ambiental no âmbito municipal.

A publicação abordou diversos temas, tais como a estrutura administrativa municipal, a disponibilidade de recursos financeiros, o andamento da implementação da Agenda 21, a existência de legislação ambiental, a articulação institucional municipal em meio ambiente, o estado do meio ambiente no município, na visão do gestor público, o convênio, a cooperação técnica ou outro tipo de parceria celebrado pelos municípios, entre outros.

A investigação ocorreu nos 5560 municípios que existiam até dezembro de 2001 e tratou de um conjunto amplo de informações inéditas, que contribui para o debate público e permite aos gestores ambientais e à sociedade em geral melhorar o planejamento e a formulação das políticas, visando à adoção de um novo padrão de desenvolvimento, que se quer sustentável.

Pois bem, antes de adentrar-se na questão da cooperação ambiental, impende apontar a estrutura administrativa encontrada nos municípios, para poder ter a visão geral de como encontram-se estruturados os Órgãos Municipais de Meio Ambiente (OMMAs) em todo o Brasil.

Em 2002, constatou-se que por volta de 6% dos municípios tinham secretarias que tratavam com exclusividade do meio ambiente. Em 26%, o tema era tratado em conjunto com outras secretarias, e, em 36% dos municípios, a questão fazia parte de uma organização interna, com unidades administrativas subordinadas e/ou associadas responsáveis pela pasta. Ao considerar os municípios com mais de 500.000 habitantes, 45% possuíam secretarias exclusivas, 24%, em conjunta com outras, e 31%, subordinado a outra secretaria. As pastas em que os OMMAs eram associados variaram entre a da agricultura, a de obras, a do turismo (particularmente na região do pantanal e na região norte) e a da pesca⁵⁸.

Em percentual, a região sul destacou-se, apresentando o maior percentual de OMMAs (secretaria, departamento, assessoria, setor ou órgão similar), com 82%. Em seguida, vem a região centro-oeste, com 79%; a norte, com 76%; a sudeste, com 63%; e a nordeste, com 60%. Dessas regiões, destacaram-se os estados do Rio de Janeiro, Espírito Santo e Pernambuco, todos com 94% com OMMAs, e o estado de Sergipe, com 84%. Por outro lado, alguns estados nordestinos apresentaram baixo percentual, com proporção próxima a apenas 40%, que foram os estados da Paraíba, Piauí e Rio Grande do Norte⁵⁹.

Em 2004, o quantitativo de municípios com estrutura formal para gerir o meio ambiente aumentou de 3.769 para 3.953. Com secretaria municipal exclusiva para o meio ambiente, o número saltou de 326 para 388; com secretaria associada à outra, foi

⁵⁸ BRASIL. Perfil de Informações Básicas Municipais. Perfil dos Municípios Brasileiros. Meio Ambiente. 2002. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Rio de Janeiro, IBGE, 2005, p. 22 a 24.

⁵⁹ BBRASIL. Perfil de Informações Básicas Municipais. Perfil dos Municípios Brasileiros. Meio Ambiente. 2002. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Rio de Janeiro, IBGE, 2005, p. 22-3.

de 1426 para 1487; e com órgão ambiental associado à outra área, o número foi de 2017 para 2078. Em relação à primeira pesquisa realizada (2002), pode-se constatar o acréscimo percentual de 3%, passando de 68% para 71% dos entes municipais com estas estruturas nas prefeituras. Entretanto, a precariedade é evidente, pois a pesquisa constatou que, dos 3338 municípios que tinham alguma estrutura em 2002 e manteve em 2004, mais da metade eram das regiões sul e sudeste⁶⁰.

Em 2008, houve mais um aumento significativo, passando para 4327 (77,8%) os municípios que possuíam alguma estrutura voltada para o meio ambiente. A faixa populacional continuou a evidenciar que, em grande contingente populacional, maior é o percentual de municípios estruturados. A faixa com mais de 500.000 habitantes apresentou 97,3%; a de 100.001 a 500.000, com 97,8%; a de 50.001 a 100.000, com 95,6%; chegando a 66,9% os entes municipais com até 5000 habitantes. Em 54,8% dos casos, houve um predomínio da secretaria municipal com atuação conjunta com outros órgãos⁶¹.

Em 2009, a pesquisa identificou que a estrutura ambiental teve um novo aumento, passando para 84,5% dos municípios com órgão para tratar da questão ambiental. O avanço ocorreu de forma geral, sem incidência pelo número de habitantes locais nem pela região no Brasil, até mesmo porque os com maior número populacional já tangenciavam os 100%. Deste total, 52,5% das secretarias atuavam em conjunto com outras pastas municipais⁶².

No ano de 2012, a pesquisa identificou que 88,5% dos municípios informaram que tinham algum órgão para tratar das questões ambientais. Em comparação ao ano de 2009, houve um acréscimo de 4%, mas em consideração aos dados da primeira pesquisa realizada (2002), o salto foi de 20,7%, pois, naquele ano, 67,8% diziam ter alguma estrutura ambiental. Para os municípios com mais de 100.000 habitantes, a totalidade (100%) informou ter estrutura na área do meio ambiente. O estado da Paraíba foi o que apresentou menor percentual de municípios estruturado nessa área, com 69,6%⁶³.

Em 2013, 90,0% passou a ser quantitativo de municípios com algum órgão voltado para o meio ambiente. No âmbito estadual, independentemente do quantitativo populacional, aqueles com poucos entes municipais apresentaram 100% com estrutura na área ambiental, que foram os estados do Acre (22), Amapá (16) e Espírito Santo (78). Essa pesquisa identificou que, entre os 638 municípios com mais de 50.000 habitantes, 99,1% tinham alguma estrutura ambiental⁶⁴.

Quanto à celebração de convênios, cooperação técnica e outros tipos de parceria, constatou-se que, em 2002, 45% dos entes municipais os firmaram, com o objetivo de desenvolver ações ambientais, tanto com entidades públicas quanto com privadas. Das parcerias celebradas, a pesquisa apontou que, nas regiões Norte (38%) e Nordeste (27%), os municípios celebraram menos parceria que a média nacional (45%). A variação das demais regiões ficou entre 52% e 56%. Dos entes que pactuaram qualquer tipo de parceria, 78% foi com órgãos públicos, sendo 36% no nível federal, 78% no estadual e 13% envolvendo outros municípios. No que se refere aos pactos com órgãos federais, as regiões Norte e Nordeste apresentaram maiores percentuais, sendo 54%, na

⁶⁰ BRASIL. Perfil de Informações Básicas Municipais. Perfil dos Municípios Brasileiros. Gestão Pública. 2004. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Rio de Janeiro, IBGE, 2005, p. 63-4.

⁶¹ BRASIL. Perfil de Informações Básicas Municipais. Perfil dos Municípios Brasileiros. 2008. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Rio de Janeiro, IBGE, 2008, p. 72-3.

⁶² BRASIL. Perfil de Informações Básicas Municipais. Perfil dos Municípios Brasileiros. 2009. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Rio de Janeiro, IBGE, 2010, p. 124-5.

⁶³ BRASIL. Perfil de Informações Básicas Municipais. Perfil dos Municípios Brasileiros. 2012. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Rio de Janeiro, IBGE, 2013, p. 141-2.

⁶⁴ BRASIL. Perfil de Informações Básicas Municipais. Perfil dos Municípios Brasileiros. 2013. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Rio de Janeiro, IBGE, 2014, p. 62-3.

região norte, e 58%, na região nordeste. As demais regiões evidenciaram percentual bem menor, sendo 30%, no Centro-Oeste, 27%, no Sudeste, e 15%, no Sul⁶⁵.

A pesquisa identificou que as parcerias também foram celebradas com instituições privadas, com a média geral de 17%; 4% com instituições internacionais; 16% com organizações não-governamentais, sendo que 48% delas ocorreram com municípios com mais de 500.000 habitantes e apenas 8% em municípios com menos de 5.000 habitantes; e 18% com universidades/instituições de pesquisa, sendo que elas foram mais presentes no âmbito municipal, na região sul, com 22%. Com relação especificamente aos convênios, em números absolutos, 2477 municípios os celebraram, sendo que 1922 foram com órgão público, 446 com universidade ou com órgão de pesquisa, 421 com empresa privada, 390 com ONG, 273 com empresa estatal, 96 com instituição internacional e 156 com outros⁶⁶.

No que se refere às parcerias com empresas estatais, elas variam por regiões e por faixa populacional. Em municípios com mais 500.000 habitantes, 26% realizaram parcerias; para aqueles com menos de 5.000 habitantes e os entre a faixa de 100.001 a 500.000, o percentual foi de 7%, em ambas as faixas; entre os com 5.001 a 100.000, o percentual foi de 12%. Em termos de região, a sul foi a que apresentou o maior percentual (14%), seguida do nordeste, com 12%, e o sudeste, com 11%⁶⁷.

Com relação aos consórcios intermunicipais, a pesquisa constatou que apenas 1094 celebraram algum, sendo 673 sobre disposição de lixo; 603, uso de recursos naturais; 492, recuperação de áreas degradadas; 396, qualidade de água; 337, tratamento de esgoto urbano; 317, captação e distribuição de água; 291, planos diretores; 221, presença de vetor de doenças; 201, zoneamento ecológico-econômico regional; 135, enchentes; e 113, deslizamento de encostas. Na região sul, dos municípios participantes de consórcio, 75% tratou de disposição de resíduos sólidos, e, na região sudeste, 64% teve como escopo o uso adequado dos recursos naturais. Os consórcios que tinham o objetivo de recuperar áreas degradadas, 61% foram nas regiões Centro-Oeste; 59% na região norte; e 54% na região sudeste, sendo que as demais regiões apresentaram o percentual de apenas 33%⁶⁸.

Em 2009, somente 17,5% tinham celebrado consórcio público intermunicipal, 8,9% com o estado, e 2,9%, em nível federal. Para este tipo de cooperação, o quantitativo populacional também indicou maior celebração, pois os que tinham mais 500.000 habitantes apresentaram os seguintes percentuais: 37,5%, intermunicipais; 8,9%, estaduais; e 2,9%, federais. A região sul foi a que teve o maior percentual no nível intermunicipal, com 21,8%, a despeito de o Rio de Janeiro ter 50% dos municípios nesse nível de consórcio; a região sudeste, no âmbito estadual, com 11,5%; e a região norte, nos federais, com 4,2%. Com relação às parcerias com o setor privado, somente 6,5% dos entes municipais celebraram este tipo de parceria⁶⁹.

Ao tratar de transferência de atribuições por parte dos estados para os municípios, os dados obtidos foram que apenas 22%, no ano de 2002, tiveram algum protocolo de transferência de atribuições com o órgão do meio ambiente. As regiões que mais se destacaram foram a região sul, com 36%, e a região Centro-Oeste, com 31%. Dessas transferências, o que mais se constatou foi o licenciamento ambiental, com 51%

⁶⁵ BRASIL. Perfil de Informações Básicas Municipais. Perfil dos Municípios Brasileiros. Meio Ambiente. 2002. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Rio de Janeiro, IBGE, 2005, p. 33-4.

⁶⁶ Idem.

⁶⁷ BRASIL. Perfil de Informações Básicas Municipais. Perfil dos Municípios Brasileiros. Meio Ambiente. 2002. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Rio de Janeiro, IBGE, 2005, p. 34-5.

⁶⁸ BRASIL. Perfil de Informações Básicas Municipais. Perfil dos Municípios Brasileiros. Meio Ambiente. 2002. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Rio de Janeiro, IBGE, 2005, p. 35-6.

⁶⁹ BRASIL. Perfil de Informações Básicas Municipais. Perfil dos Municípios Brasileiros. 2009. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Rio de Janeiro, IBGE, 2010, p. 141-2.

dos casos, seguidos da gestão dos recursos florestais, com 38%, e a gestão de recursos hídricos, com 33%⁷⁰.

Entre os instrumentos de cooperação, estão os fundos públicos e privados, conforme explanado anteriormente. No âmbito dos municípios, há o Fundo Municipal de Meio Ambiente (FMMA), que deve ser criada por lei, vinculando suas receitas à gestão ambiental. Nesse caso, quando uma multa municipal é paga, o que for arrecadado deve reverter para o respectivo fundo ou algo correlato, podendo ter também outras fontes de recursos. Se o fundo não existir, os valores serão transferidos para o Estado ou para União.

Em 2001, os dados evidenciaram a incipiência desse instrumento no âmbito municipal, pois somente 81 municípios declararam ter FMMA, tendo a região sul se destacado, com 3,7%. Dos que informaram ter instituído o fundo, eles representavam inexpressivos 1,5% do total do universo existente, e 8,2% declararam ter recebido recurso específico para o meio ambiente⁷¹.

Em 2004, 804 municípios passaram a ter este fundo. Deste total, a região sul foi a que continuou com maior quantidade, com 320 deles. Em seguida, vem a região sudeste, com 197; nordeste, com 144; centro-oeste, com 94; e norte, com 49. Do número apresentado, o estado do Rio Grande do Sul destaca-se com uma expressiva quantidade de municípios, 227, totalizando quase 30%. Em seguida, há Minas Gerais, com 116 ente municipais, quase 15% do total, ou seja, os dois estados tinham quase a metade de todo o Brasil com município com FMMA⁷².

No ano de 2008, houve um aumento de mais de 50% dos municípios com FMMA, passando para 1260, mas desses, apenas 461 (36,59%) financiaram ações e projetos na área ambiental nos 12 meses anteriores ao da pesquisa. A região sul saltou para 489, e a região sudeste para 329⁷³.

Em 2009, apenas um ano depois, houve mais um aumento, dessa vez de pouco mais de 30%, onde 1645 municípios passou a ter FMMA, representando quase 30% do total dos entes no Brasil. O quantitativo populacional ganhou destaque na pesquisa, pois, nos locais com mais de 500.000, 95% declararam ter o fundo. Ademais, nos entes municipais com mais de 50.000 habitantes, a maioria possuía o fundo, mas abaixo deste número, o percentual é de menos da metade. Quanto à aplicação dos recursos em projetos ambientais, em relação ao ano anterior, ficou similar, com 35,4% que o realizaram⁷⁴.

Em 2012, o acréscimo também foi significativo, passando para 2070 (37,2%) os municípios com FMMA. No âmbito dos Estados, os que mais se destacaram foi o Rio de Janeiro, com 97,9% dos entes municipais com este fundo, e o Rio Grande do Sul, com 90,8%. Por outro lado, o Estado do Piauí apresentou 8,1% e o da Paraíba, apenas 4%. A pesquisa constatou que, na região nordeste, dos 9 Estados, somente a Bahia, com 45,4%, teve resultado além da média nacional, que era de 37,2%. Em relação à aplicação dos recursos em ações e projetos ambientais, o aumento foi inexpressivo, passando a ser de 37,3%⁷⁵.

⁷⁰ BRASIL. Perfil de Informações Básicas Municipais. Perfil dos Municípios Brasileiros. Meio Ambiente. 2002. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Rio de Janeiro, IBGE, 2005, p. 36.

⁷¹ BRASIL. Perfil de Informações Básicas Municipais. Perfil dos Municípios Brasileiros. Meio Ambiente. 2002. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Rio de Janeiro, IBGE, 2005, p. 56.

⁷² BRASIL. Perfil de Informações Básicas Municipais. Perfil dos Municípios Brasileiros. Gestão Pública. 2004. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Rio de Janeiro, IBGE, 2005, p. 103.

⁷³ BRASIL. Perfil de Informações Básicas Municipais. Perfil dos Municípios Brasileiros. 2008. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Rio de Janeiro, IBGE, 2008, p. 217.

⁷⁴ BRASIL. Perfil de Informações Básicas Municipais. Perfil dos Municípios Brasileiros. 2009. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Rio de Janeiro, IBGE, 2010, p. 134-5.

⁷⁵ Perfil de Informações Básicas Municipais. Perfil dos Municípios Brasileiros. 2012. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Rio de Janeiro, IBGE, 2013, p. 175-6.

No ano de 2013, o crescimento continuou, pois 2386 (42,8%) municípios declararam ter FMMA. A região sul continuou na frente, com 59,5% dos entes, seguido da região centro-oeste, com 58,9%. A região sudeste apresentou um baixo resultado, em razão dos municípios de Minas Gerais, com apenas 29,5% com o fundo. O estado do Rio de Janeiro apresentou uma pequena retração, passando a ter 95,6%, mas o Rio Grande do Sul ampliou mais ainda seu quantitativo, tendo 95,2% com o fundo. O estado do Piauí não apresentou mudança significativa, com 8,5%, e a Paraíba, com apenas 4,5%. A pesquisa comprovou que, nos municípios menos populosos, a presença de um fundo é menor, sendo de 33,6% nos que possuíam até 20.000 habitantes⁷⁶.

Os dados comprovam a precariedade da estrutura voltada para o meio ambiente e da baixa implementação de um fundo ambiental nos municípios com menor população. Quanto aos instrumentos de cooperação voltados para o meio ambiente, constata-se que milhares sequer o celebraram. O quantitativo populacional mostrou-se um fator que contribuiu para uma melhor organização municipal voltada para gestão do meio ambiente, bem como de atuação cooperativa, a despeito de também não ser muito significativa, conforme corroboram os dados pesquisados no âmbito estadual e federal.

CONCLUSÃO

Em 1981, iniciou-se a descentralização administrativa ambiental no Brasil. A Lei nº 6.938 estabeleceu a PNMA, bem como criou o Sisnama. Com isso, diante da dimensão continental do país, a cooperação é o meio fundamental para preservar o meio ambiente. Ela dependerá da atuação sinérgica dos órgãos deste sistema, que terá sucesso ou fracasso, a depender de sua articulação.

Para tanto, a Lei Complementar nº 140, de 8 de dezembro de 2011, apresentou um rol não exaustivo de instrumentos de cooperação, que podem ser pactuados pelos diversos atores envolvidos. Infelizmente, em pesquisa realizada no âmbito dos entes da federação, constatou-se que os órgãos do Sisnama atuam desarticuladamente, comprometendo a atuação cooperativa na proteção ambiental.

Quanto aos instrumentos de cooperação, constata-se a inexistência ou a precariedade de sua celebração. A despeito da existência no âmbito da União, dos Estados e do Distrito Federal, diante do quantitativo dos entes federativos, pode-se inferir que ele é precário. No âmbito dos Municípios, a realidade é mais preocupante, pois em milhares dele, estes instrumentos sequer foram celebrados.

Por fim, constata-se que o Brasil vivencia um federalismo cooperativo aparente para proteção do meio ambiente, ou seja, não passa de uma ficção. Diante dessa realidade, é imperiosa a implementação de políticas públicas, por todos os entes federativos, no nível federal, estadual e municipal, para que a cooperação ambiental seja efetiva.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

- Acordo de Cooperação Técnica. Disponível em: <<http://www.secretariadegoverno.gov.br/aceso-a-informacao/acoeseprogramas/comissao-de-avaliacao-e-monitoramento-das-parcerias-cam/minutas/acordo-de-cooperacao-tecnica>>. Acesso em 18 fev. 2018.
- BRASIL. Comissão Tripartite Nacional. MMA. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/informma/item/7762-comiss%C3%A3o-t%C3%A9cnica-tripartite.html>>. Acesso em 25 set. 2018.
- _____. Comissões Tripartites Estaduais. MMA. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/clima/convencao-das-nacoes-unidas/item/10870-arquivos-comiss&#nordeste>>. Acesso em 26 set. 2018.

⁷⁶ Perfil de Informações Básicas Municipais. Perfil dos Municípios Brasileiros. 2013. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Rio de Janeiro, IBGE, 2014, p. 67-8.

- _____. Fundo Nacional do Meio Ambiente. Ministério do Meio Ambiente. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/fundo-nacional-do-meio-ambiente>>. Acesso em 28 jan. 2018.
- _____. Perfil de Informações Básicas Municipais. Perfil dos Municípios Brasileiros. Meio Ambiente. 2002. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Rio de Janeiro, IBGE, 2005.
- _____. Perfil de Informações Básicas Municipais. Perfil dos Municípios Brasileiros. 2008. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Rio de Janeiro, IBGE, 2008.
- _____. Perfil de Informações Básicas Municipais. Perfil dos Municípios Brasileiros. 2009. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Rio de Janeiro, IBGE, 2010.
- _____. Perfil de Informações Básicas Municipais. Perfil dos Municípios Brasileiros. 2012. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Rio de Janeiro, IBGE, 2013.
- _____. Perfil de Informações Básicas Municipais. Perfil dos Municípios Brasileiros. 2013. Instituto Brasileiro de Geografia e Estatística – IBGE. Rio de Janeiro, IBGE, 2014.
- _____. Planejamento estratégico. Ministério do Meio Ambiente. Disponível em: <<http://www.mma.gov.br/governanca-ambiental/gestao-estrategica/planejamento-estrategico>>. Acesso em 6 fev. 2018.
- CABRAL, L.M.A. *Competências constitucionais dos municípios para legislar sobre meio ambiente: a efetividade das normas ambientais*. Curitiba: Letra da Lei, 2008.
- Chamada Pública de Projetos. Fundo da Amazônia. Disponível em: <http://www.fundoamazonia.gov.br/FundoAmazonia/export/sites/default/site_pt/Galerias/Arquivos/chamada_publica/Chamada_RCV_Edital.pdf>. Acesso em 18 fev. 2018.
- DI PIETRO, M.S.Z. *Direito Administrativo*. 26 ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- Fundo Amazônia. Projetos apoiados. Disponível em: <<http://www.fundoamazonia.gov.br/pt/home/>>. Acesso em 30 dez. 2018.
- FURTADO, L.R. *Curso de Direito Administrativo*. 4 ed. rev. e atual. Belo Horizonte: Fórum, 2013.
- GASPARINI, D. *Direito Administrativo*. 17 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.
- MEIRELLES, H.L. *Direito Administrativo Brasileiro*. (Azevedo, E.A.A.; Mello, D.B.A. et urle Filho, J.E. 36 ed. São Paulo: Malheiros editores, 2010.
- MELLO, C.A.B. *Curso de Direito Administrativo*. 30 ed. São Paulo: Malheiros Editores, 2013.
- MILARÉ, E. *Direito do Ambiente*. 8. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2013.
- MOURA, A.M.M. “Trajetória da política ambiental federal no Brasil”. In: *Governança ambiental no Brasil: instituições, atores e políticas públicas*. (Moura, A.M.M., org). Brasília: IPEA, 2016.
- SCÁRDUA, F.P. *Governabilidade e descentralização da gestão ambiental no Brasil*. 2003. 234p. Tese (Doutorado em Desenvolvimento Sustentável). Centro de Desenvolvimento Sustentável. Universidade de Brasília, Brasília, 2003.

O equilíbrio em tempos pós-modernos e pós-positivistas

Balance in post-modern and post-positivist times

Lourenço de Miranda Freire Neto¹

Priscila Luciene Santos de Lima²

Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM)

Sumário: 1. Introdução; 2. Modernidade e Positivismo jurídico; 3. Pós-modernidade e Pós-positivismo jurídico; 4. O valor do equilíbrio; 5. Considerações Finais; 6. Referências bibliográficas.

Resumo: No ritmo da vida, de maneira geral, passa-se por momentos de determinação, de solidez, de certeza. Tais situações são marcas do que se conhece como modernidade, um tempo que se colocou como se fosse o “fim da história”. Por outro lado, tem-se, outrossim, momentos de abruptas mudanças, de liquidez, de transformações. Referidos aspectos são símbolos da pós-modernidade, vivenciada nestes “novos tempos” que suplantaram a estática moderna e são marcados por um dinamismo nunca antes visto. Da mesma forma, o direito, por estar ligado à realidade social, tem seus períodos estáticos e dinâmicos, desde o período jusnaturalista. O positivismo jurídico está ligado ao molde estático, nele ocorre a sacralização do direito posto e da manutenção da ordem jurídica; enquanto o pós-positivismo jurídico propõe uma dinamização das relações jurídicas e o questionamento da solidez estática das normas jurídicas. Neste período de transição, de repetidas e repentinas mudanças vistas no conflito entre tais modelos antagônicos, é preciso impor uma construção pautada pela equidade, com a necessária construção de um equilíbrio entre o passado estabelecido e o crescente clamor por mudanças, com foco no cuidado com a efetividade das normas e a construção de uma teoria jurídica mais pragmática, isto é, focada nos problemas de efetividade e em como os superar.

Palavras-chave: Modernidade, Pós-modernidade, Positivismo jurídico, Pós-positivismo jurídico, Equilíbrio, Efetividade.

Abstract: In the rhythm of life, in general, we go through moments of determination, solidity, certainty. Such situations are marks of what is known as modernity, a time that has become as if it were the “end of history”. On the other hand, there are also moments of abrupt changes, of liquidity, of transformations. These aspects are symbols of postmodernity, experienced in these “new times” that have supplanted modern static and are marked by a dynamism never seen before. In the same way, law, because it is linked to social reality, has its static and dynamic periods, since the naturalistic period. Legal positivism is linked to the static mold, in it occurs the sacralization of the right put and the maintenance of the legal order; while legal post-positivism proposes a dynamization of legal relations and the questioning of the static solidity of legal norms. In this transition period, of sudden and sudden changes seen in the conflict between such antagonistic

¹ Doutorando em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Mestre em Direito pela Universidade Católica de Pernambuco (UNICAP). Especialista em Direito Tributário pela Universidade Anhanguera-UNIDERP. Bacharel em Direito pela Universidade Federal da Paraíba (UFPB). Professor efetivo na Universidade Federal da Paraíba (UFPB).

² Doutoranda em Direito Político e Econômico pela Universidade Presbiteriana Mackenzie (UPM). Mestre em Direito Empresarial e Cidadania pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Especialista em Direito Material do Trabalho e Processo do Trabalho pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Bacharel em Direito pela Universidade Tuiuti do Paraná (UTP). Professora Universitária e Advogada.

models, it is necessary to impose a construction based on equity, with the necessary construction of a balance between the established past and the growing cry for change, with a focus on care with the effectiveness of norms and the construction of a more pragmatic legal theory, that is, focused on the problems of effectiveness and how to overcome them.

Keywords: Modernity, Postmodernity, Legal positivism, Post-legal positivism, Balance, Effectiveness.

1. INTRODUÇÃO

O direito nasce como algo intrínseco à organização social, assim, traz consigo características da vida. Desta forma, tem-se que o pressuposto da vida encontra-se presente em um elemento: a água, única substância que existe, em circunstâncias normais, nos três estados da matéria, a saber, sólido, líquido e gasoso. Sua coexistência em três estados resulta na mudança contínua de um para o outro, o chamado ciclo hidrológico, um eterno fenômeno garantidor da vida humana. Os valores da vida, desta forma, imitam seu próprio elemento mantenedor, em um movimento pendular, ora sólido, isto é, estático, ora líquido ou gasoso, ou seja, dinâmico.

Atualmente, vive-se em um tempo de intensa valorização do novo. As novas tecnologias tem encurtado distâncias e lapidado uma sociedade imbuída de um anseio por velocidade, dinamismo, mudança, liquidez. O capitalismo tende, cada vez mais, ante à avidez consumista, a tornar obsoletos os produtos adquiridos. Hodiernamente, tudo é descartável; desde o aparelho de celular, até os próprios relacionamentos humanos. O que se usa hoje, amanhã já não satisfaz.

Assim, trilhando o movimento evolutivo da sociedade, o direito começou a se dinamizar, a tratar de questões antes intangíveis. O referido momento merece ser analisado com cautela, para não comprometer, por completo, a utilidade da inércia, como quem retira algo já incorporado, sem oferecer nada em troca.

É deste inexorável fenômeno evolutivo que cuida o presente trabalho, ou seja, da análise da atual liquidez da vida, passando para a liquidez do direito, em um estudo que busque defender a necessidade do equilíbrio teórico e da efetividade das normas, em detrimento da mudança pela mudança ou da destruição do passado sem razão plausível, apenas por lhe atribuir uma pecha de obsoleto.

2. MODERNIDADE E POSITIVISMO JURÍDICO

As visões da modernidade são variadas, diferentes umas das outras; às vezes, até se conflitam totalmente³. Portanto, é necessário esclarecer o ponto de vista com que estamos falando deste período histórico. Tratamo-lo como propulsor dos ideais racionalistas e positivistas, isto é, como marco de uma forma sistematizada, de um modelo paradigmático, o qual se colocava com tamanha autoconfiança, que pretendia ser imutável, corresponder verdadeiramente ao "fim da história".

Ademais, procura-se, neste artigo, a colocação da modernidade não como um período histórico que seja, ao mesmo tempo, passado e presente, mas sim, posicioná-la no passado, deixando o presente, isto é, os últimos tempos, afeito a um momento dito pós-moderno.

O constitucionalista Luís Roberto Barroso⁴, ao tentar fazer uma síntese do início do processo civilizatório, bem pontuou: "No princípio era a força. Cada um por si. Depois vieram a família, as tribos, a sociedade primitiva. Os mitos e os deuses - múltiplos, ameaçadores, vingativos. Os líderes religiosos tornam-se chefes absolutos. Antiguidade profunda, pré-bíblica, época de sacrifícios humanos, guerras, perseguições, escravidão. Na noite dos tempos, acendem-se as primeiras luzes: surgem as leis, inicialmente morais, depois jurídicas. Regras de conduta que reprimem os instintos, a barbárie, disciplinam as

³ BAUMAN, Z. *Legisladores e intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais*, Zahar, 2010, p. 162.

⁴ BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, Saraiva, 2010, p. 3.

relações interpessoais e, claro, protegem a propriedade. Tem início o processo civilizatório. Uma aventura errante, longa, inacabada. Uma história sem fim."

Logo, ab initio, faz-se mister discorrer sobre o longo caminho trilhado pela humanidade no pretérito, tanto para podermos entender a ascensão e consolidação da modernidade, como para compreender sua decadência, ao lado do surgimento da pós-modernidade, a ser tratada no decorrer deste artigo.

Nesse diapasão, tem-se que a vida pré-moderna foi marcada por uma insegurança nas relações sociais, onde o predomínio da força, do poder, e a escassez de normas mantenedoras da paz social acabaram por constituir um momento de bruscas e constantes mudanças, onde eram incipientes os instrumentos capazes de dar certeza, coerência, solidez.

Apesar disso, surgiram alguns importantes centros de racionalidade que resultaram basilares para a era moderna. A Antiguidade Clássica foi importante promotora de ideais racionalistas, com Grécia e Roma tidas como propulsoras dos valores da civilização ocidental moderna.

Na cidade grega de Atenas, ocorreu a primeira notória construção de instrumentos hábeis a reduzir o poder político na condução da sociedade, com a edição e manutenção da supremacia das leis e a maciça participação dos cidadãos nos temas de interesse público. Com isso, Atenas é considerada o berço da nossa democracia, tendo sido uma cidade assaz estável e segura.

A República Romana foi outro importante paradigma de mitigação do poder e de tentativa de estabilização das relações sociais. Com instituições fortes e respeitadas, como o Senado, as Assembléias e os Cônsules, conseguiu-se um controle recíproco que acabou por trazer certa solidez. Apesar disso, em razão das inúmeras guerras vividas, os comandantes militares passaram a concentrar o poder, evadindo-se do controle efetivo das instituições políticas, o que gerou o fim de Roma.

Com a derrocada do Império Romano, o mundo passou por um momento de intenso dinamismo. O Período Feudal foi marcado pela existência de vários senhores de terra espalhados, exercendo o controle sobre suas propriedades e sobre seus vassalos.

A partir da Idade Média, houve uma tentativa de restabelecer-se a concentração de poder, em virtude da junção de aspectos como a aversão à insegurança gerada pela pluralidade de poderes e o ressurgimento de um forte comércio, o que, conforme Barroso⁵, "levaria à formação dos Estados nacionais como organização política superadora dos modelos muito amplos e difusos (papado, império) e dos muito reduzidos e paroquiais (tribos, feudos)".

Eis que surge a Idade Moderna. Trata-se de uma era, em que, conforme aduz Anthony Giddens⁶, "a ciência e, de modo mais geral, a 'razão' deveriam substituir os preceitos supostamente irrefletidos da tradição e do costume". Ou, como prefere definir Alain Touraine⁷, para quem a modernidade mostra-se como "a anti-tradição, a derrubada das convenções, dos costumes e das crenças, a saída dos particularismos e a entrada no universalismo, ou ainda, a saída do estado natural e a entrada na idade da razão."

Tem-se como palavra-chave a objetividade. A subjetividade é, como esclarece Touraine⁸, "apenas um momento necessário à aparição do espírito objetivo, depois do espírito absoluto". Com isso, o indivíduo e todo seu dinamismo perde relevância, servindo apenas de base para que o "espírito moderno" se estabeleça, de forma homogênea, absoluto na razão de todos, reinando de maneira estática.

É justamente por isso que Bauman⁹, citando Marx, descreve a modernidade como uma época resultante "de uma nova organização do esforço produtivo da humanidade -

⁵ BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, Saraiva, 2010, p. 9.

⁶ GIDDENS, A. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*, Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997, p. 86.

⁷ TOURAINE, A. *Crítica da modernidade*, Vozes, 2002, p. 216.

⁸ TOURAINE, A. *Crítica da modernidade*, Vozes, 2002, p. 86.

⁹ BAUMAN, Z. *Legisladores e intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais*, Zahar, 2010, p. 158-159.

em cujos termos as atividades dos indivíduos tinham sido ritmadas, rotinizadas, coordenadas, sujeitas a um propósito intencional", ou, inspirado por Freud, "uma época em que o 'princípio da realidade' tem predomínio sobre o 'princípio do prazer', em que as pessoas, por conseguinte, abrem mão de uma parte de sua liberdade (ou felicidade) em troca de um grau de segurança."

Na mesma linha, complementa Adrualdo de Lima Catão¹⁰: "No mundo moderno, antes mesmo da questão justiça, procurou-se preservar os valores certeza, segurança, ordem e previsibilidade."

Neste período histórico, se instala e se consolida o positivismo, que, conforme seu idealizador Augusto Comte¹¹, pretendia ser a etapa final e definitiva da evolução do pensamento humano, subordinando a imaginação à observação, com a investigação apenas do observável, do concreto.

Busca-se conhecer como os fenômenos ocorrem, procuram-se as leis positivas da natureza, não mais suas causas. Assim surge, também, no campo do direito, o positivismo jurídico, visto que, conforme Catão¹², "sua autoridade enquanto saber não poderia ficar de fora das amarras epistemológicas da modernidade."

O direito, outrossim, acompanhou todas as transformações sociais vivenciadas desde a antiguidade até a modernidade. O consagrado brocardo latino *ubi societas, ibi jus* há muito sintetiza o inexorável fenômeno social, o qual preconiza que onde houver um agrupamento de seres humanos, haverá a presença, ainda que incipiente, do direito.

Desta forma, antes de se adentrar no estudo do positivismo jurídico em si, mister expor, assim como feito anteriormente com a história geral da humanidade, os caminhos trilhados pelo direito, desde as priscas eras. No decurso da história, muito teorizou-se sobre estas, sobretudo, técnicas de soluções de conflitos e pacificação social.

Ao longo da Antiguidade Clássica, passando pela Idade Média, podemos dizer, genericamente, que houve o império do chamado "jusnaturalismo". Como esclarece Bobbio¹³, todas as doutrinas jusnaturalistas "pretendem difundir uma norma da constatação de que a natureza humana é feita deste ou daquele modo, de que o homem tem naturalmente pela sua natureza esta ou aquela inclinação".

Trata-se da ideia, ainda contemporânea, do chamado direito natural, ou seja, a teoria que defende a existência de um conjunto de princípios de conduta humana que não deriva de nenhuma norma jurídica emanada do Estado, mas independe do direito positivo; encontra-se firmado em uma ética superior, que deve nortear inclusive a ação normativa estatal. É um molde, uma forma, e como forma, segundo pontua Maffesoli¹⁴, "ao mesmo tempo acumula a longo prazo as informações da espécie humana e as faz reviver no presente", sendo, portanto, "arcaica e atual."

Com o advento da modernidade, o direito consolida-se levado pela corrente positivista. Buscando o status de ciência, o positivismo jurídico passa a ditar as bases do direito. Nas contundentes e críticas palavras de Herkenhoff¹⁵, o positivismo "reduz o Direito a um papel mantenedor da ordem. Sacraliza a lei. Coloca o jurista a serviço da defesa da lei e dos valores e interesses que ela guarda e legitima, numa fortaleza inexpugnável". Bobbio¹⁶, por sua vez, aduz o seguinte: "Se desejarmos tentar precisar a característica fundamental das definições positivistas, veremos que esta é representada pelo fato de que as mesmas procuram estabelecer o que é o direito prescindido de seu conteúdo, vale dizer, da matéria por este regulada; isto porque o conteúdo do direito é infinitamente variado."

¹⁰ CATÃO, A. L. "O alcance da lógica clássica no âmbito da decisão jurídica", em VV.AA. (Feitosa, E.; Freitas, L. coord.), *O direito como atividade judicial*, Bagaço, Recife, 2009, p. 233.

¹¹ COMTE, A. *Discurso preliminar sobre o espírito positivo*, Ed. Ridendo Castigat Mores, 2002, p. 37.

¹² CATÃO, A. L. "O alcance da lógica clássica no âmbito da decisão jurídica", em VV.AA. (Feitosa, E.; Freitas, L. coord.), *O direito como atividade judicial*, Bagaço, Recife, 2009, p. 231.

¹³ BOBBIO, N. *Locke e o direito natural*, Editora Universidade de Brasília, 1997, p. 63.

¹⁴ MAFFESOLI, M. *O ritmo da vida: variações sobre o imaginário pós-moderno*, Record, 2007, p. 62.

¹⁵ HERKENHOFF, J. B. *Para onde vai o direito?: reflexões sobre o papel do direito e do jurista*, Livraria do Advogado, 1997, p. 16.

¹⁶ BOBBIO, N. *O positivismo jurídico - Lições de filosofia do direito*, Ícone, 1995, p. 145.

A procura por uma objetividade de carácter científico afastou o Direito da moral e, por consequência, de valores transcendentais, valendo apenas a norma emanada do Estado, deixando de lado o subjetivismo de conceitos como o de justiça, que pode ser aplicado de forma dinâmica, de acordo com as peculiaridades do caso concreto. A despeito disso, buscou-se criar uma teoria do Direito, fundada em juízos de fato, e não de valor. Bobbio¹⁷ assim complementa: "Este modo de definir o direito pode ser chamado de formalismo jurídico; a concepção formal do direito define portanto o direito exclusivamente em função da sua estrutura formal, prescindindo completamente do seu conteúdo - isto é, considera somente como o direito se produz e não o que ele estabelece."

Desta forma, restringiu-se o ângulo de estudo do operador jurídico ao direito posto, isto é, ocorreu, como pontua Reale¹⁸, uma autolimitação do pensamento jurídico ao estudo da lei positiva e ao estabelecimento da tese da estatalidade do direito. Trata-se da construção do que conhecemos por Ciência Dogmática do Direito, que, conforme Tercio Sampaio Ferraz Junior¹⁹: "Explica que os juristas, em termos de um estudo estrito do direito, procurem sempre compreendê-lo e torná-lo aplicável dentro dos marcos da ordem vigente. Essa ordem que lhes aparece como um dado, que eles aceitam e não negam, é o ponto de partida inelutável de qualquer investigação. Ela constitui uma espécie de limitação, dentro da qual eles podem explorar as diferentes combinações para a determinação operacional de comportamentos juridicamente possíveis."

Tais fatos decorreram do ideário dominante, o qual buscava dar racionalidade e determinação para as relações jurídicas. Portanto, operou-se a limitação do poder, seja do governante, seja do próprio intérprete, com a supremacia do direito posto, objetivo, conhecido, respeitado e aplicado, em tese, por e para todos, como pressuposto de segurança.

3. PÓS-MODERNIDADE E PÓS-POSITIVISMO JURÍDICO

A despeito da tentativa moderna de se colocar como uma era perpétua, o discurso pós-moderno tratou de vislumbrar esse passado imediato como um episódio fechado e, em seguida, passou a colocar-se como um ideal substitutivo deste paradigma, agora, arcaico. Bauman²⁰ é preciso: "Essa parte da história, que agora chega ao fim, poderia ser chamada, na falta de nome melhor, de era do hardware, ou modernidade pesada".

Os diversos conceitos institucionalizados perderam força, gerando o esfacelamento do antigo discurso de solidez, ou seja, da tentativa de impor um modelo fixo, o moderno. Conforme expõe Anthony Giddens²¹: "A ideia de que as condutas humanas podem e devem colocar-se inteiramente no interior da racionalidade e de seu universalismo será contestada".

Posteriormente, arremata o sociólogo britânico: "A vida emocional da civilização moderna não estava inscrita na filosofia do Iluminismo, e ficou alheia àqueles esforços científicos e tecnológicos que foram tão fundamentais para os efeitos cintilantes da modernidade"²².

Logo, o subjetivismo passa a sobrepor o objetivismo, e com a valorização das ações humanas, conforme nos lembra Hannah Arendt²³, "desencadeiam-se processos de resultado imprevisível, de sorte que a incerteza, mais que a fragilidade, passa a ser o carácter decisivo dos assuntos humanos."

¹⁷ BOBBIO, N. *O positivismo jurídico - Lições de filosofia do direito*, Ícone, 1995, p. 145.

¹⁸ REALE, M. *Lições preliminares de direito*, Saraiva, 2001, p. 143.

¹⁹ FERRAZ JUNIOR, T. S. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, Atlas, 2011, p. 25.

²⁰ BAUMAN, Z. *Modernidade líquida*, Zahar, 2001, p. 132.

²¹ GIDDENS, A. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*, Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997, p. 67.

²² GIDDENS, A. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*, Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997, p. 86.

²³ ARENDT, H. *A condição humana*, Forense Universitária, 2010, p. 289.

Assim, surge o que convencionou-se chamar de pós-modernidade, ou, como prefere Bauman²⁴, uma "modernidade líquida", um tempo em que "a mudança em questão é a nova irrelevância do espaço, disfarçada de aniquilação do tempo".

Na dicotomia criada em sua obra, Bauman²⁵ retrata a modernidade em si, que convencionou chamar de "modernidade sólida" ou "pesada", como uma era em que, citando Durkheim, "ações que têm uma qualidade duradoura são dignas de nossa volição, apenas prazeres duradouros são dignos de nossos desejos".

Em sua metáfora com o ciclo hidrológico, vê-se uma liquefação do que antes era sólido, assim, de forma oposta ao que antes era estático, na pós-modernidade, isto é, na "modernidade líquida" ou "leve", segundo o sociólogo polonês, há o abandono do próprio Estado em promover valores como "certeza, segurança e garantias", criando um dinamismo de vida sem precedentes.

Vive-se em tempos voláteis, sem contornos definidos, sem conceitos prontos, sem determinações. Conforme define o sociólogo indiano Krishan Kumar²⁶: "Temos aqui o mundo pós-moderno: um mundo de presente eterno, sem origem ou destino, passado ou futuro; um mundo no qual é impossível achar um centro ou qualquer ponto ou perspectiva do qual seja possível olhá-lo firmemente e considerá-lo como um todo; um mundo em que tudo que se apresenta é temporário, mutável."

Luís Roberto Barroso²⁷ enumera, com precisão, algumas características destes "novos tempos": "Na Política, vive-se a ampliação do espaço privado e a desconstrução do Estado tradicional, pela privatização e pela desregulamentação. No Comportamento, consolidou-se o gosto pela imagem, pela análise condensada, a impressão superficial. A vitória do efêmero e do volátil sobre o permanente e o essencial... As coisas são novas por vinte e quatro horas."

Isso reflete o fato de que as pessoas estão inseridas em uma "vida líquida"; deve-se manter um caráter de liquidez, para se encaixar nas variadas formas que surgem, se desfazem, e ressurgem, com uma rapidez impressionante.

Nada mais se solidifica na sociedade, pois, segundo explica Bauman²⁸, "as condições sob as quais agem seus membros mudam num tempo mais curto do que aquele necessário para a consolidação, em hábitos e rotinas, das formas de agir."

Por fim, no âmbito deste momento de transição e incertezas pelo qual tem passado a humanidade, é necessário indagar, conforme fez Touraine²⁹: "Podemos conceber uma nova situação histórica, um novo tipo de sociedade onde a modernidade seja definida, não por um princípio único e totalizador, mas, ao contrário, por novas tensões entre a racionalização e a subjetivação?". Eis o mundo pós-moderno.

Hoje, portanto, no contexto da pós-modernidade, ocorre a consagração do hodierno momento do direito, a saber, sua fase pós-positivista. Tal movimento é muito mais uma fase de resgate da necessária conexão do direito com a moral, de tentativa de subjetivar a razão, que um rompimento total com o positivismo.

Pelo contrário, como aduz Calsamiglia³⁰, "la teoría jurídica actual se puede denominar postpositivista precisamente porque muchas de las enseñanzas del positivismo han sido aceptadas y hoy todos en un cierto sentido somos positivistas".

Desta forma, o sistema jurídico continua com uma forte presença do direito positivado, de regras aprovadas sob rigoroso processo legislativo, no entanto, tal sistema

²⁴ BAUMAN, Z. *Legisladores e intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais*, Zahar, 2010, p. 136.

²⁵ BAUMAN, Z. *Legisladores e intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais*, Zahar, 2010, p. 211.

²⁶ KUMAR, K. *Da sociedade pós-industrial à pós-moderna: novas teorias sobre o mundo contemporâneo*, Zahar, 1997, p. 152.

²⁷ BARROSO, L. R. "A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo", em VV.AA. *Temas de Direito Constitucional*, Renovar, Rio de Janeiro, 2001, p. 51.

²⁸ BAUMAN, Z. *Vida líquida*, Zahar, 2009, p. 7.

²⁹ TOURAINE, A. *Crítica da modernidade*, Vozes, 2002, p. 95.

³⁰ CALSAMIGLIA, A. "Postpositivismo", *Revista Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, 21-I, p. 209.

passa por uma fase de resgate dos valores éticos, da equidade, em detrimento da sacralização do direito posto. Barroso³¹ explica que há certa deferência ao ordenamento positivo, mas com a introdução de conceitos como justiça e legitimidade.

Como visto, o direito e a sociedade estão umbilicalmente ligados. Portanto, não é pertinente, sobretudo levando-se em consideração o atual estágio de dinamismo social em que a humanidade se encontra, querer manter uma ordem jurídica posta, estável, imutável.

Nessa esteira, Touraine³² expõe com sapiência e precisão os problemas do positivismo clássico: “A franqueza do positivismo vem do fato dele ser estranho às tradições culturais às quais ele se opõe. Ele se dedica inteiramente a resolver o problema do presente: como reintroduzir ordem no movimento? E a solução que ele propõe situa-se somente ao nível da sociedade concebida como um organismo que necessita ao mesmo tempo da diversidade de seus órgãos e da unidade da vida e da energia. Mas que resposta ele traz ao mais importante debate do pensamento dos séculos XVII e XVIII: a difícil conciliação entre o direito natural e o interesse individual, o universal e o particular, a razão e a sensação?”

Em razão disso, acredita-se não ser possível a aplicação coerente do direito, por meio de uma robotizada subsunção. Neste ponto, nota-se um grande afastamento da teoria positivista tradicional. Nas palavras de Luís Roberto Barroso³³: “Além de não ser neutro, o direito não tem a objetividade proclamada pelo raciocínio lógico-formal de subsunção dos fatos à norma. Ao revés, é a indeterminação dos conteúdos normativos uma marca do direito. Mesmo o emprego dos mecanismos do direito posto conduz a resultados conflitantes, diante das possibilidades abertas pelo texto, circunstância que se torna ainda mais ostensiva quando se trate de normas constitucionais.”

Desta feita, Nelson Nery³⁴ elenca como fatores estruturantes do pós-positivismo, em primeiro lugar, um novo paradigma de compreensão das relações entre direito, moral e política, bem como, em um segundo momento, uma crítica severa à concepção formalista do positivismo jurídico.

Neste contexto, eis que surge a era dos princípios, esses postulados abstratos que autorizam o intérprete a adequar a solução dos conflitos a valores maiores, mesmo que, a primeira vista, em detrimento das regras, por meio de mecanismos de ponderação.

Conforme explica Paulo Bonavides³⁵, a teoria dos princípios surge, na fase pós-positivista, tendo passado da especulação metafísica e abstrata para a seara do concreto e positivo, com a saída da ordem jusprivatista, ou seja, sua antiga inserção nos códigos, para a órbita juspublicística, isto é, seu ingresso nas Constituições.

Assim, operou-se a proclamação da normatividade principiológica. Tem-se, hoje, regras e princípios como espécies do mesmo gênero norma, apesar da natureza programática dos últimos. Para Ana Paula Barcellos³⁶, eles passaram a comportar-se como verdadeiras regras de aplicação, fato nuclear da construção do direito pós-positivo.

Além disso, viu-se, como corolário deste processo, o advento da hegemonia e preeminência dos princípios sobre as regras. A objetividade de outrora faria o choque das regras resultar em exclusão de uma, ao passo que, atualmente, no campo dos princípios, há a coexistência resolvida com variadas ponderações, diante dos inúmeros casos concretos.

Ademais, existirão, dentre outros, conflitos entre a letra literal da lei e os valores contidos nos princípios, norteadores da criação das próprias regras. Portanto, nesses

³¹ BARROSO, L. R. *A nova interpretação constitucional - Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, Renovar, 2003, p. 72.

³² TOURAINE, A. *Crítica da modernidade*, Vozes, 2002, p. 83-84.

³³ BARROSO, L. R. *Interpretação e aplicação da Constituição*, Saraiva, 1999, p. 268.

³⁴ NERY JUNIOR, N. *Princípios de processo civil na Constituição Federal*, Ed. Revista dos Tribunais, 2002, p. 30.

³⁵ BONAVIDES, P. *Direito constitucional*, Malheiros, 2001, p. 294.

³⁶ BARCELLOS, A. P. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*, Renovar, 2011, p. 63.

casos, como expõe Herkenhoff³⁷, a novel teoria prega que: "Se há um conflito entre a lei e a Justiça, prevaleça a Justiça, por fidelidade à própria lei, que não é um amuleto, mas deve ter como fim a Justiça, o bem comum, os valores oriundos da ética, o progresso, o avanço da sociedade em direção a maior Justiça, melhor distribuição dos bens, maior igualdade."

Há de se concluir, portanto, que o valor maior a ser preservado pelos ideais destes tempos é, sem dúvida, o da justiça, como verdadeira equidade, atingida mediante a ponderação dos postulados genéricos norteadores da criação das próprias regras.

Como pontua Heck (1998, 198-199)³⁸, "a palavra justiça sinaliza um nível superior, denominado suprapositivo", para depois concluir: "prevalecerão princípios de direito, com o resultado de que a mera admissão da diferença entre lei e direito revida a tese imputada ao direito positivo de que *lex est lex*".

Apesar do alumbramento que toda essa novel teoria pode gerar, "importa ressaltar, no entanto, que notáveis exceções confirmam a regra de que a euforia do novo terminou por acarretar alguns exageros e problemas teóricos que têm inibido a própria efetividade do ordenamento jurídico"³⁹.

Assim sendo, muito mais que, de maneira eufórica, querer enaltecer as belezas e conquistas pós-positivistas, ou mesmo crucificar o positivismo e criticar o atraso que o mesmo poderia ter trazido à teoria dos direitos humanos e fundamentais, buscaremos arrazoar sobre efetividade, considerando que a ascensão de conceitos abstratos de certo modo acabou por afastar o direito de sua concretude.

4. O VALOR DO EQUILÍBRIO

Na natureza, em determinada temperatura, a água possui um momento em que o sólido começa a se liquefazer, bem como o líquido começa a se solidificar. Assim, nota-se que, na seara da dicotomia entre a solidez e a liquidez, entre a estática e a dinâmica, reside, irremediavelmente, um ponto de intercessão, de fusão.

Desde a Antiguidade, Aristóteles⁴⁰ já defendia a ideia de justiça como verdadeira equidade; para ser justo, dever-se-ia trilhar o chamado "caminho do meio". Nas palavras do pensador clássico: "a respeito da justiça e da injustiça devemos examinar a que sorte de ações, de fato, se referem, que espécie de mediação é a justiça e de que extremos o justo é o meio."

Nessa esteira, acredita-se, reconhecendo a importância das posições mais extremistas, as quais tem a função de promover mudanças, de adequar o direito, o mais rápido possível, à realidade social, que o intérprete deve olhar para o passado buscando encontrar nuances positivas a serem aproveitadas, isto é, unidas aos novos conceitos, na construção de um paradigma hodierno.

Conforme afirma Humberto Ávila⁴¹, tratando do novel momento vivido pelo direito: "Importa ressaltar, no entanto, que notáveis exceções confirmam a regra de que a euforia do novo terminou por acarretar alguns exageros e problemas teóricos que têm inibido a própria efetividade do ordenamento jurídico". Logo, é salutar manter determinada cautela, quando estar-se diante de tempos líquidos, mutáveis, como o atual.

Bauman⁴² igualmente questiona este ideário tido como de libertação, da busca por uma mudança frenética e contínua: "A libertação é uma benção ou uma maldição? Uma maldição disfarçada de benção, ou uma benção temida como maldição?". E, ao tentar

³⁷ HERKENHOFF, J. B. *Para onde vai o direito?: reflexões sobre o papel do direito e do jurista*, Livraria do Advogado, 1997, p. 23.

³⁸ HECK, J. N. "Direito positivo e suprapositivo", em VV.AA. (FELIPE, S. T. coord.), *Justiça como equidade - Simpósio internacional sobre a justiça*, Insular, Florianópolis, 1998, p. 198-199.

³⁹ ÁVILA, H. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, Malheiros, 2008, p. 23.

⁴⁰ ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*, Editora Abril Cultural e Industrial S.A., 1973, p. 213.

⁴¹ ÁVILA, H. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, Malheiros, 2008, p. 23.

⁴² BAUMAN, Z. *Modernidade líquida*, Zahar, 2001, p. 26.

responder tais indagações, tende "a aceitar que os homens podem não estar inteiramente equivocados quando questionam os benefícios que as liberdades oferecidas podem lhes trazer."

Desta forma, como meio de evitar todos esses problemas que podem surgir em um contexto de abrupta mudança, atingindo-se um adequado equilíbrio, é mister que reflitamos antes de simplesmente suplantar o passado e cometer o grave equívoco de desenvolver uma teoria crítica muito mais niilista que construtivista, ou de enaltecer conceitos tão amplos e vagos como justiça, dignidade da pessoa humana, legando ao arbítrio de poucos a solução de problemas, a qual poderia estar previamente estabelecida e amplamente conhecida.

Conforme explicita Streck⁴³: "Dito de outro modo, o direito do Estado Democrático de Direito está sob constante ameaça. Isso porque, de um lado, corre o risco de perder a autonomia (duramente conquistada) em virtude dos ataques dos predadores externos (da política, do discurso corretivo advindo da moral e da análise econômica do direito) e, de outro, torna-se cada vez mais frágil em suas bases internas, em face da discricionariedade/arbitrariedade das decisões judiciais e do conseqüente decisionismo que disso exsurge inexoravelmente. (...) Por tudo isso, é preciso ter claro que o estabelecimento das bases para a construção de discursos críticos é uma tarefa extremamente complexa e que não se faz sem ranhuras."

A construção da teoria dos direitos humanos e fundamentais, desde o mero reconhecimento, até a defesa da afirmação dos aludidos direitos, é tema de relevo jurídico e social, sobretudo, como vimos, no atual momento dito neoconstitucional, pós-positivista.

A característica mais marcante dos Direitos Humanos e Fundamentais é a da historicidade. São garantias históricas e que acompanham a humanidade durante sua evolução social, seu progresso. Ademais, possuem como marco uma novel concepção de sociedade egressa da era moderna.⁴⁴

Desta forma, é mister tratar desses direitos basilares sob sua perspectiva evolutiva. Neste contexto, verificaremos a presença sempre de uma dicotomia entre o aspecto universal e o caráter local. Esta ambivalência serve como mote, inclusive, para diferenciar expressões utilizadas frequentemente como sinônimas.

Direitos do homem ou direitos humanos são direitos vistos sob o ponto de vista universal, ou seja, servíveis para os diversos povos, em diversos locais e épocas. Já os direitos fundamentais cuidam do ingresso desses direitos humanos em uma ordem local, ficando limitado pelo tempo e pelo espaço.⁴⁵ Começaremos a análise sob o ponto de vista geral, ou seja, pelo conceito direitos do homem. A tentativa de universalização de direitos inerentes a toda pessoa humana é antiga e remonta à teoria jusnaturalista.

É certo que o Direito Natural é um conceito vindo desde a época clássica, mantendo-se inabalado na Idade Média, sendo difundido, inclusive, durante a Idade Moderna.⁴⁶ No entanto, dentre outros fatores teóricos, em virtude da ascensão da ampla codificação trazida pelo positivismo jurídico, já estudado anteriormente, a ideia de Direito Natural foi sendo duramente criticada e dissolvida completamente.⁴⁷

Recentemente, com o fim da Segunda Guerra Mundial e a constatação global das atrocidades vividas no holocausto, o conceito de Direitos globais ganhou nova força, tendo por base um fundamento filosófico exposto no princípio da dignidade da pessoa humana⁴⁸.

Isso ocorre pois, em uma visão kantiana, verificamos no mundo social duas espécies de valores: o preço (preis) e a dignidade (Würden). Se, por um lado, o preço é a

⁴³ STRECK, L. L. "Aplicar a "letra da lei" é uma atitude positivista?", *Revista NEJ - Eletrônica*, 40 Vol. 15 - n. 1 - p. 158-173 / jan-abr 2010, p. 164/166.

⁴⁴ BOBBIO, N. *A era dos direitos*, Elsevier, 2004, p. 2.

⁴⁵ CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*, Almedina, 1998, p. 259.

⁴⁶ BOBBIO, N.; BOVERO, M. *Sociedade e estado na filosofia política moderna*, Brasiliense, 1996. p. 13.

⁴⁷ BOBBIO, N.; BOVERO, M. *Sociedade e estado na filosofia política moderna*, Brasiliense, 1996. p. 13.

⁴⁸ BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, Saraiva, 2010, p. 250-251.

manifestação de um valor exterior (de mercado) e cuida de interesses particulares; a dignidade reflete um valor interior (moral), sendo de interesse geral, razão pela qual se situa, como dito, na base filosófica dos direitos humanos. Já que, "as coisas têm preço; as pessoas, dignidade".⁴⁹

O documento marco desse momento foi a Declaração Universal dos Direitos do Homem, de 1948, que começa afirmando "que o reconhecimento da dignidade inerente a todos os membros da família humana e de seus direitos iguais e inalienáveis é o fundamento da liberdade, da justiça e da paz no mundo".

O contexto histórico aqui é de superação de um período anterior de intensa beligerância, com Guerra Mundial e crimes horrendos contra a humanidade, como o do genocídio. Da mesma forma, há que se suplantar a prática do totalitarismo, visto amplamente nos regimes nazifascistas.

Logo, falar de direitos humanos hoje é afirmar dois conceitos: democracia e paz. A efetivação da proteção dos mesmos passa pela construção da paz global. Além disso, a democracia é a base para surgimento de uma Constituição apta a positivizar localmente esses direitos, fazendo nascer, nos variados tempos e localidades, os direitos fundamentais.⁵⁰

A teoria dos direitos fundamentais tem se notabilizado gradualmente, sobretudo a partir da Revolução Francesa. Os ideais de liberdade, igualdade e fraternidade foram motes para a criação, basicamente, de três gerações de direitos fundamentais⁵¹.

Em um primeiro momento, sob a bandeira da liberdade, tivemos garantidas diversas prestações negativas, ou seja, deveres inerentes ao não fazer, como forma de proteção do homem, sobretudo, contra o arbítrio estatal. Assim, neste período inicial, foram garantidas as preservações da propriedade, da liberdade, da vida, tudo por meio de atos de abstenção, tanto do Poder Público, como dos particulares. Além disso, criaram-se mecanismos de participação popular ativa no processo decisório, político, do Estado, os chamados direitos políticos, consagrados no direito ao voto.⁵²

Em uma segunda etapa, sob o estandarte da igualdade, ingressaram nas Constituições deveres de atuação positiva, concreta, real, isto é, obrigações de fazer, a saber, o direito de ter garantido o acesso à saúde, à educação, ao trabalho, à previdência social etc. Há, neste ponto, uma imposição de ação, com vistas a obter uma igualdade material entre os cidadãos. Todos devem ter asseguradas as mesmas condições de satisfazer necessidades básicas, de forma universal, indistinta.⁵³

Em um terceiro ponto, a fraternidade surge como mote para "uma nova convergência de direitos, volvida à essência do ser humano, sua razão de existir, ao destino da humanidade, pensando o ser humano enquanto gênero e não adstrito ao indivíduo ou mesmo a uma coletividade determinada"⁵⁴. Assim, o direito a um meio ambiente equilibrado, bem como, todos os outros hodiernos direitos difusos, trasindividuais, metaindividuais, tiveram proteção assegurada como de natureza fundamental.

Toda essa realidade veio alicerçada em três mudanças de paradigma. Primeiramente, a força normativa da Constituição, a promoção "do caráter vinculativo e obrigatório de suas disposições. (...) sua inobservância há de deflagrar os mecanismos próprios de coação, de cumprimento forçado"⁵⁵. Em segundo lugar, na expansão da jurisdição constitucional. "A fórmula envolvia a constitucionalização dos direitos fundamentais, que ficavam imunizados contra a ação eventualmente danosa do processo

⁴⁹ MORAES, M. C. B. "O conceito da dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo", em VV.AA. (SARLET, I. W. coord.), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2006, p. 115.

⁵⁰ BOBBIO, N. *A era dos direitos*, Elsevier, 2004, p. 203.

⁵¹ FERREIRA FILHO, M. G. *Direitos humanos fundamentais*, Saraiva, 2005, p. 57.

⁵² FERREIRA FILHO, M. G. *Direitos humanos fundamentais*, Saraiva, 2005, p. 57.

⁵³ FERREIRA FILHO, M. G. *Direitos humanos fundamentais*, Saraiva, 2005, p. 57.

⁵⁴ ARAÚJO, L. A. D.; SERRANO JÚNIOR, V. *Curso de direito constitucional*, Saraiva, 2010, p. 139.

⁵⁵ BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, Saraiva, 2010, p. 262.

político majoritário: sua proteção passava a caber ao Judiciário”⁵⁶. Em terceiro lugar, a reelaboração da doutrina da interpretação constitucional, onde destacamos “a reabilitação da razão prática como fundamento da legitimação das decisões judiciais”⁵⁷.

Portanto, a pedra fundamental na construção dos direitos fundamentais são as Constituições Democráticas. Será no Estado Democrático de Direito que eles terão maior base teórica e maiores mecanismos de concretização social. Como, neste modelo de Estado, os direitos convergem para a pessoa humana, os valores estarão orientados pela dignidade.⁵⁸

Por outro lado, há toda uma evolução dos modelos estatais até o advento deste momento. O Estado Liberal Primitivo, fruto das primeiras revoluções liberais, seguido das primeiras Constituições escritas, dos Estados Unidos, em 1787, e da França, em 1791, nos trouxe o princípio da primazia da Constituição e a afirmação das primeiras liberdades individuais, públicas e políticas.⁵⁹

Posteriormente, O Estado Social, vivido pioneiramente com as Constituições mexicana, de 1917, e alemã, de 1919, aprofundou as garantias individuais, públicas e políticas, de maneira a expandi-las às camadas mais populares, criando uma série de direitos coletivos.⁶⁰

Por fim, como já dito, vimos o advento do chamado Estado Democrático de Direito, inaugurado nas Constituições da França (1946), Itália (1947) e Alemanha (1949). No Direito pátrio, este novo paradigma veio por meio da Constituição de 1988, a chamada “Constituição Cidadã”, promulgada no período da redemocratização, após o rompimento com a ordem ditatorial instalada no país, a partir de 1964.

A Carta Política de 1988, no que tange ao seu núcleo essencial relacionado aos direitos fundamentais, está no mesmo nível das mais modernas Constituições dos países de primeiro mundo. Seu catálogo de direitos manteve garantias clássicas importantes, como a dos direitos civis e políticos, trouxe o aprofundamento de diversas conquistas sociais, um enorme e benéfico fortalecimento de importantes instituições, além de ter garantido a consagração de novos direitos, sobretudo de diversos grupos de minorias.⁶¹

Em virtude disso, muitos críticos já se levantaram ironizando a imensidão de conquistas enumeradas no texto constitucional, pontuando que os constitucionalistas tentaram ser modernos e politicamente corretos ao extremo, esquecendo de calcular os custos e as possibilidades de efetivação das normas. Em síntese, olvidaram que, no campo das prestações positivas, não se deve prometer o que não se pode cumprir.⁶²

Nessa esteira, a despeito de toda a tentativa de construção e valoração dos direitos fundamentais, bem como, sua densa e vasta positivação local, com a edição da Carta Magna de 1988, a realidade social muito dista das conquistas teóricas.

Vivenciamos a edição de uma legislação tipicamente simbólica, isto é, construída para confirmar valores sociais e demonstrar a suposta ação estatal na formação do sistema jurídico-protetivo, ao passo que se posterga a solução dos conflitos⁶³. Desta feita, nossa Constituição é tida como texto alegórico justamente pela marca da “hipertrofia da dimensão simbólica em detrimento da realização jurídico-instrumental dos dispositivos constitucionais”⁶⁴.

⁵⁶ BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, Saraiva, 2010, p. 263.

⁵⁷ BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, Saraiva, 2010, p. 266.

⁵⁸ DELGADO, M. G. *Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*, LTr, 2013, p. 27.

⁵⁹ DELGADO, M. G. *Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*, LTr, 2013. 37-38.

⁶⁰ DELGADO, M. G. *Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*, LTr, 2013, p. 39-40.

⁶¹ MENDES, G. F. *Curso de direito constitucional*, Saraiva, 2009, p. 205.

⁶² MENDES, G. F. *Curso de direito constitucional*, Saraiva, 2009, p. 205.

⁶³ NEVES, M. *A constitucionalização simbólica*, Martins Fontes, 2007, p. 34.

⁶⁴ NEVES, M. *A constitucionalização simbólica*, Martins Fontes, 2007, p. 41.

Assim, mais de vinte e cinco anos após sua promulgação, as garantias, nem mesmo as mais basilares, chegaram no cotidiano de grande parte dos cidadãos brasileiros. Portanto, acreditamos que a construção deste equilíbrio passa pela atribuição de uma visão mais pragmática ao tema dos direitos fundamentais, em busca de solução prática e imediata para os problemas vivenciados.

Os embasamentos teóricos carregam consigo uma alcinha de corrente filosófica quase sempre finalizada com um “ismo”. Por sua vez, referidos termos são notadamente problemáticos, pois expressam diferentes pensamentos rotulados por um conceito único, muitas vezes incapaz de expressar com coerência todas aquelas teorias. O pragmatismo é um pouco mais simples de lidar, sobretudo quanto ao seu surgimento.⁶⁵

O termo pragmatismo foi cunhado, pela primeira vez na filosofia, por Charles Peirce, em 1878. Para ele, todas as nossas crenças seriam regras de ação. Assim, para se desenvolver qualquer pensamento coerente, deveríamos analisar se aquele questionamento suscitado possui alguma diferenciação quando aplicado na realidade, isto é, no plano dos fatos, e não apenas no das ideias.⁶⁶

A interpretação pragmática pressupõe analisar todos os conceitos trabalhados pensando nas suas respectivas consequências práticas. Pois, caso, diante de um diferencial teórico, não se verifique qualquer diferença prática, então aquelas teorias significam praticamente a mesma coisa.⁶⁷

O pensamento pragmático possui a vocação de capturar e nos mostrar a importância, a utilidade, das mais diversas fontes de conhecimento. Assim, no ponto de vista legal, ele analisa o direito de forma orientada pelo resultado, isto é, de maneira instrumental.⁶⁸

Já no que diz respeito ao específico ramo dos direitos sociais, ou melhor, à aplicação do Pragmatismo aos mesmos, temos que ela pressupõe um afastamento das grandes discussões éticas, acompanhado da valorização dos problemas enfrentados pelos titulares das garantias fundamentais na prática cotidiana. A abordagem passa a ser voltada a como esses atores entendem e desenvolvem suas ações, bem como, às consequências delas.⁶⁹

Assim, acreditamos que o tema dos direitos fundamentais, ou seja, como já exposto, a gama de direitos humanos presentes em determinado local e época, precisa ser vista com esse enfoque, sob pena do grande debate teórico vivido para sua afirmação e ingresso nas Constituições ter sido plenamente inútil, caso a população não possa gozar efetiva e diretamente dos direitos que foram assegurados formalmente.

No Brasil, este norte se torna ainda mais necessário, tendo em vista o grande abismo vivido entre nossos Diplomas Legais e sua efetividade. A constatação que, no plano interno, os direitos fundamentais tem sido tão somente “chancelas formais de estruturas que não lhe são próprias”⁷⁰, é notória.

Por outro lado, o completo abandono teórico não pode ser defendido nem propagado. Não pretendemos dissociar os problemas de ordem prática da teoria dos direitos fundamentais, mas sim, enxergar as duas realidades de forma complementar, conjunta.

A crítica que fazemos aqui é contra a adoção de uma teoria dos direitos fundamentais puramente teórica, como temos visto em diversas produções sobre o tema, sem atribuir a ele o necessário ponto de vista prático. Não pretendemos, no entanto, cair em uma visão maniqueísta de querer olvidar de tudo que seja teoria, mas pautar-se pela visão de concretização das normas constitucionais.

⁶⁵ BERNSTEIN, R. J. *The pragmatic turn*, Polity Press, 2013, p. 1-2.

⁶⁶ JAMES, W. *Pragmatism*, Dover Publications, 1995, p. 18.

⁶⁷ JAMES, W. *Pragmatism*, Dover Publications, 1995, p. 18.

⁶⁸ LUBAN, D. “What’s pragmatic about legal pragmatism?”, en VV.AA. (DICKSTEIN, M. coord.). *The revival of pragmatism: new essays on social thought, law, and culture*, Duke University Press, Durham, 1998, p. 275.

⁶⁹ HERING, J. *Medical law and ethics*, Oxford University Press Inc., 2008, p. 23-33.

⁷⁰ MASCARO, A. L. *Crítica da legalidade e do direito brasileiro*, Quartier Latin, 2008, p. 103.

Logo, ordenamento jurídico e realidade devem ser vistos em um contexto indissociado, pois: "A norma constitucional não tem existência autônoma em face da realidade. A sua essência reside na sua vigência, ou seja, a situação por ela regulada pretende ser concretizada na realidade. Essa pretensão de eficácia (*Geltungsanspruch*) não pode ser separada das condições históricas de sua realização, que estão, de diferentes formas, numa relação de interdependência, criando regras próprias que não podem ser desconsideradas."⁷¹

Assim, "a radical separação, no plano constitucional, entre realidade e norma, entre ser (*Sein*) e dever ser (*Sollen*) não leva a qualquer avanço"⁷². Portanto, urge uma mudança de foco na teoria dos direitos humanos, no contexto pós-positivista, para se desenvolver uma equilibrada abordagem científica dos problemas de efetividade e de como os superar.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Ao longo da história, a humanidade passou por variados momentos e maneiras de vislumbrar a vida. O período anterior à modernidade, foi marcado por insegurança nas relações sociais, as quais estavam submissas à força e ao poder.

No entanto, já na Antiguidade Clássica, verificou-se certos focos de promoção de ideais racionalistas (Grécia e Roma). Adiante, diante do anseio de concentração oposto à estrutura feudal, levantaram-se as bases para a construção do Estado Moderno, equilíbrio entre a ampla (império) e reduzida (feudos) concentração.

Desta forma, surgiu a Idade Moderna, levada por ideários racionalistas, de busca de objetividade, de sistematização. Intentou-se a promoção de paradigmas de certeza, segurança, ordem, concretude. Nasceu o positivismo clássico e, por conseguinte, o positivismo jurídico.

Acompanhando o mesmo ritmo de evolução social, o direito passou do momento jusnaturalista, o qual atribuía relevância para o aspecto subjetivo do indivíduo, que possuiria inclinações naturais de ordenação de condutas, para o tempo positivo, das leis postas, do ordenamento jurídico formalmente desenvolvido e delimitado, existente como um cânon. Qualquer situação só poderia ser analisada dentro dos limites já traçados.

Já a vida pós-moderna é uma vida marcada pela desconstrução dos paradigmas da modernidade, pelo advento das incertezas do subjetivismo que nos afastam da segurança e nos aproximam da liberdade. Vive-se em tempos líquidos, mutáveis, onde as formas se mantêm por períodos diminutos.

O direito mais uma vez acompanhou o momento social, com o pós-positivismo jurídico, o qual enxergou que o direito não tem a objetividade que se proclamara, sendo impossível atingir seus fins, como a justiça, por meio da mera subsunção dos fatos às normas.

Surgiu a teoria dos princípios, a qual elevou esses postulados genéricos, possíveis de adaptarem-se ao caso concreto de maneira mais justa, à categoria de normas, atribuindo-lhes ação normativa maior que a das próprias regras.

No entanto, a euforia do momento não pode servir de mote para liquefazer de vez as relações, sobretudo as jurídicas, devendo-se ter a devida cautela que esses tempos líquidos exigem e construir, com equilíbrio, uma teoria mais pragmática para os direitos fundamentais, tendo como norte sua efetividade.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ARENDET, H. *A condição humana*, Forense Universitária, 2010.

ARAÚJO, L. A. D.; SERRANO JÚNIOR, V. *Curso de direito constitucional*, Saraiva, 2010.

ARISTÓTELES. *Ética a Nicômacos*, Editora Abril Cultural e Industrial S.A., 1973.

⁷¹ HESSE, K. *A Força Normativa da Constituição (Die Normative Kraft der Verfassung)*, Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 14-15.

⁷² HESSE, K. *A Força Normativa da Constituição (Die Normative Kraft der Verfassung)*, Sérgio Antônio Fabris, 1991, p. 14-15.

- ÁVILA, H. *Teoria dos princípios: da definição à aplicação dos princípios jurídicos*, Malheiros, 2008.
- BARCELLOS, A. P. *A eficácia jurídica dos princípios constitucionais: O princípio da dignidade da pessoa humana*, Renovar, 2011.
- BARROSO, L. R. *A nova interpretação constitucional - Ponderação, direitos fundamentais e relações privadas*, Renovar, 2003.
- BARROSO, L. R. "A segurança jurídica na era da velocidade e do pragmatismo", em VV.AA. *Temas de Direito Constitucional*, Renovar, Rio de Janeiro, 2001.
- BARROSO, L. R. *Curso de direito constitucional contemporâneo: os conceitos fundamentais e a construção do novo modelo*, Saraiva, 2010.
- BARROSO, L. R. *Interpretação e aplicação da Constituição*, Saraiva, 1999.
- BAUMAN, Z. *Legisladores e intérpretes: sobre modernidade, pós-modernidade e intelectuais*, Zahar, 2010.
- BAUMAN, Z. *Modernidade líquida*, Zahar, 2001.
- BAUMAN, Z. *Vida líquida*, Zahar, 2009.
- BERNSTEIN, R. J. *The pragmatic turn*, Polity Press, 2013.
- BOBBIO, N. *A era dos direitos*, Elsevier, 2004.
- BOBBIO, N. *Locke e o direito natural*, Editora Universidade de Brasília, 1997.
- BOBBIO, N. *O positivismo jurídico - Lições de filosofia do direito*, Ícone, 1995.
- BOBBIO, N.; BOVERO, M. *Sociedade e estado na filosofia política moderna*, Brasiliense, 1996.
- BONAVIDES, P. *Direito constitucional*, Malheiros, 2001.
- CANOTILHO, J. J. G. *Direito constitucional e teoria da constituição*, Almedina, 1998.
- CALSAMIGLIA, A. "Postpositivismo", *Revista Doxa: Cuadernos de filosofía del derecho*, 21-I, Universidad Alicante, 1998.
- CATÃO, A. L. "O alcance da lógica clássica no âmbito da decisão jurídica", em VV.AA. (Feitosa, E.; Freitas, L. coord.), *O direito como atividade judicial*, Bagaço, Recife, 2009.
- COMTE, A. *Discurso preliminar sobre o espírito positivo*, Ed. Ridendo Castigat Mores, 2002.
- DELGADO, M. G. *Constituição da República e direitos fundamentais: dignidade da pessoa humana, justiça social e direito do trabalho*, LTr, 2013.
- FERREIRA FILHO, M. G. *Direitos humanos fundamentais*, Saraiva, 2005.
- FERRAZ JUNIOR, T. S. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*, Atlas, 2011.
- GIDDENS, A. *Modernização reflexiva: política, tradição e estética na ordem social moderna*, Editora da Universidade Estadual Paulista, 1997.
- HECK, J. N. "Direito positivo e suprapositivo", em VV.AA. (FELIPE, S. T. coord.), *Justiça como equidade - Simpósio internacional sobre a justiça*, Insular, Florianópolis, 1998.
- HERING, J. *Medical law and ethics*, Oxford University Press Inc., 2008.
- HERKENHOFF, J. B. *Para onde vai o direito?: reflexões sobre o papel do direito e do jurista*, Livraria do Advogado, 1997.
- HESSE, K. *A Força Normativa da Constituição (Die Normative Kraft der Verfassung)*, Sérgio Antônio Fabris, 1991.
- JAMES, W. *Pragmatism*, Dover Publications, 1995.
- KUMAR, K. *Da sociedade pós-industrial à pós-moderna: novas teorias sobre o mundo contemporâneo*, Zahar, 1997.
- LUBAN, D. "What's pragmatic about legal pragmatism?", em VV.AA. (DICKSTEIN, M. coord.). *The revival of pragmatism: new essays on social thought, law, and culture*, Duke University Press, Durham, 1998, p. 275.
- MAFFESOLI, M. *O ritmo da vida: variações sobre o imaginário pós-moderno*, Record, 2007.
- MASCARO, A. L. *Crítica da legalidade e do direito brasileiro*, Quartier Latin, 2008.
- MENDES, G. F. *Curso de direito constitucional*, Saraiva, 2009.
- MORAES, M. C. B. "O conceito da dignidade humana: substrato axiológico e conteúdo normativo", em VV.AA. (SARLET, I. W. coord.), *Constituição, direitos fundamentais e direito privado*, Livraria do Advogado, Porto Alegre, 2006.

- NERY JUNIOR, N. *Princípios de processo civil na Constituição Federal*, Ed. Revista dos Tribunais, 2002.
- NEVES, M. *A constitucionalização simbólica*, Martins Fontes, 2007.
- REALE, M. *Lições preliminares de direito*, Saraiva, 2001.
- STRECK, L. L. “Aplicar a “letra da lei” é uma atitude positivista?”, *Revista NEJ - Eletrônica*, 40 Vol. 15 - n. 1 - p. 158-173 / jan-abr 2010, p. 164/166.
- TOURAINÉ, A. *Crítica da modernidade*, Vozes, 2002, p. 216.

Consumo, educação e direito à sustentabilidade: uma reflexão sobre a educação ambiental em face da necessária revisão dos currículos escolares brasileiros.

Consumption, the education and the right to sustainability: a reflection on the national environmental education policy in view of the necessary revision of brazilian school curricula.

Elisa Tavares Goulart¹

Universidade de Caxias do Sul (Brasil)

Márcia Regina dos Santos²

Universidade do Estado de Santa Catarina (Brasil)

Cleide Calgaro³

Universidade de Caxias do Sul (Brasil)

Sumário: Introdução; 1. A educação e o desafio da sustentabilidade; 2. O desafio educacional do consumo consciente na busca da sustentabilidade; 3. Educação, consumo e sustentabilidade: por uma revisão nos currículos escolares no Brasil; Considerações Finais; Referências.

Resumo: A escola enquanto instituição e espaço de socialização humana é um direito de todos os cidadãos e um dever do Estado. Nesse cenário, o direito à

¹Mestra em Direito pela Universidade de Caxias do Sul (UCSRS). Membro da Comissão de Educação Jurídica da OAB/SC. Membro efetivo do Instituto dos Advogados de Santa Catarina (IASC). Advogada. E-mail: elisagtavares@gmail.com

²Mestra em Educação pelo Programa de Pós-Graduação da Universidade do Estado de Santa Catarina (PPGE-UDESC/BR) e doutoranda no Programa de Pós-Graduação em História da mesma instituição (PPGH-UDESC/BR). Linha de pesquisa Políticas de memória e narrativas históricas. Bolsista do Programa de Bolsas de Monitoria de Pós-Graduação (PROMOP/UDESC). E-mail: marcia0705@gmail.com

³Doutora em Ciências Sociais na Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Pós-Doutora em Filosofia e em Direito ambos pela Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul - PUCRS. Doutoranda em Filosofia pela PUCRS, na condição de taxista CAPES. Professora da Graduação e Pós-Graduação em Direito na Universidade de Caxias do Sul. É vice-líder do Grupo de Pesquisa "Metamorfose Jurídica" da Universidade de Caxias do Sul-UCS e do Grupo de Pesquisa "Filosofia do Direito e Pensamento Político" da Universidade Federal da Paraíba-UFPB. Atua como pesquisadora no Grupo de pesquisa "Regulação ambiental da atividade econômica sustentável (REGA)" da Escola Superior Dom Helder Câmara. Orcid: <https://orcid.org/0000-0002-1840-9598>. CV: <http://lattes.cnpq.br/8547639191475261>. E-mail: ccalgaro1@hotmail.com

educação básica de qualidade perpassa a ideia de um currículo formal taxativo mínimo em seu conteúdo, uma vez que há uma preocupação em não se desenvolver um conceito ou objeto metodológico propriamente dito, mas há uma inclinação no sentido de integrar todo conteúdo curricular, dando um novo fundamento, com saberes atualizados e transversais ao ensino. O objetivo deste estudo é demonstrar a importância da educação ambiental no cenário de colapso ecológico que vive o século XXI, com vistas a necessidade de inovação curricular sob o aspecto formal. O método utilizado para tal é o analítico através do estudo da legislação e de referências acerca do tema. A partir do exposto, a busca pela sustentabilidade, eixo da questão ambiental, será discutida sob o prisma do desafio educacional do consumo consciente como mecanismo ou proposta de incorporação aos currículos escolares.

Palavras-chave: Currículo; Educação ambiental; Sustentabilidade; Consumo; Socioambientalismo.

Abstract: The school as institution and space of human socialization is a right of all citizens and a duty of the State. In this scenario, the right to basic quality education permeates the idea of a minimal formal curriculum in its content, since there is a concern not to develop a concept or methodological object per se, but there is a tendency to integrate everything curricular content, giving a new foundation, with updated knowledge and transversal to teaching. The objective of this study is to demonstrate the importance of environmental education in the scenario of ecological collapse in the 21st century, with a view to the need for formal curricular innovation. The method used for this is analytical through the study of legislation and references on the subject. From the foregoing, the search for sustainability, the axis of the environmental issue, will be discussed under the prism of the educational challenge of conscious consumption as a mechanism or proposal for incorporation into curricular grade.

Keywords: Curricular grade; Environmental education; Sustainability; Consumption; Socio-environmentalism.

Introdução

No presente trabalho tem-se por objetivo de se verificar como a educação pode ser um pilar minimizador dos problemas socioambientais advindos na sociedade moderna.

Para tal estudo utiliza-se o método analítico com estudos de referências acerca do tema proposto. Inicialmente se analisa a educação e o desafio de se atingir um patamar de sustentabilidade no século XXI a fim de se buscar uma estrutura de preservação socioambiental, ou seja, se preservar os seres humanos que compõem a sociedade para que tenha dignidade e cidadania e, em outra ponta se preservar os ciclos vitais da natureza através de preceitos que sejam sustentáveis. Aqui se faz importante salientar que a palavra homem estará no sinônimo de ser humano, onde não se faz diferenças de qualquer natureza.

Posteriormente, se vislumbra o desafio de como o ato de consumir deve ser um ato consciente a fim de preservar a natureza e se atingir patamares que sejam sustentáveis. Por fim, se estuda o tripé consumo, sustentabilidade e educação a fim de implementar nos currículos escolares uma educação que prime pelas bases de cidadania e consciência de todos os cidadãos e das grandes corporações.

Conclui-se que a educação e a conscientização são caminhos que permitem se chegar a sustentabilidade tanto social, como ambiental e econômica. É importante que se implemente a Política Nacional de Educação Ambiental a fim de melhorar os currículos escolares onde a educação ambiental pode ser trabalhada de forma transversal. Com isso, a partir da educação se pode implementar a cidadania

e a conscientização ambiental, mas também social. O desafio da modernidade está em preservar o meio ambiente e as pessoas que estão à margem de desigualdade social e pobreza, para isso a educação é fundamental.

1. A educação e o desafio da sustentabilidade

A temática da educação como desafio na busca da sustentabilidade tem por objetivo ampliar o olhar coletivo sobre o meio ambiente de forma a demonstrar a importância da interação entre homem/ser humano e natureza para fins do bom funcionamento da sociedade por meio de elementos educativos, com relações interdisciplinares no contexto meio ambiente e sociedade. Com esse objetivo se contribui para uma sociedade que esteja preocupada com as questões ambientais e que auxilia na proteção e preservação juntamente com as grandes corporações e com o poder econômico vigente.

Os ambientes da educação formal se constituem em importantes espaços para o aprimoramento e a conscientização sobre a relevância das referidas relações. Dessa forma, busca-se complementar com o aspecto jurídico e demonstrar o desafio em se aplicar a Política Nacional de Educação Ambiental (nº 9.795/1999) sem a pretensão de definir limites para o consumo, embora se faça necessário incluir nos debates acadêmicos a urgência em repensar o ciclo de produção e geração de riquezas e, conseqüente consumo/descarte na sociedade do século XXI. Esse debate é fundamental para a compreensão do papel de todos na sociedade, a fim de minimizar os problemas socioambientais existentes.

A partir de estudos produzidos acerca da tríade educação ambiental, sustentabilidade e consumo, o presente estudo buscou evidenciar as possibilidades emergentes a partir desses diálogos, no sentido de pensar o currículo escolar como instrumento facilitador na formação de um consumo consciente vislumbrando a sustentabilidade. Com o objetivo de contribuir para a construção de um pensar dialético que leva ao questionamento além dos por quês, buscou-se estimular o senso crítico por meio do fenômeno da reflexão e reação, destacando o elo entre os indivíduos, o grupo social ao qual pertencem e o impacto produzido pelos mesmos sobre o ambiente em que circulam.

A constituição da escola como um espaço formativo no qual são estimulados conhecimentos, competências e representações que contribuam na construção de sociedades éticas e igualitárias é, igualmente convergente a premissa de instruir para a cidadania consciente de seu impacto no ambiente. Nesse sentido, o currículo, como elemento organizativo de saberes e práticas empreendidas na escola, tem protagonismo nas reflexões acerca do aprimoramento do processo e atendimento das demandas sociais.

A escola não é apenas, com efeito, um local onde circulam fluxos humanos, onde se investem e se gerem riquezas materiais, onde se travam interações sociais e relações de poder, ela é também um local – o local por excelência nas sociedades modernas – de gestão e de transmissão de saberes e de símbolos⁴

A partir da reflexão de que os espaços escolares desenvolvem uma dinâmica própria, contextualizada pelas conjunturas que a permeiam, a organização dos saberes dos quais é veiculadora, passa pelos anseios e necessidades das sociedades onde se inscreve. Assim, o currículo escolar, depositário de tal organização, precisa estabelecer diálogos e identificações com a circulação dos debates em âmbitos local e global.

⁴FORQUIN, J-C. *Saberes escolares, imperativos didáticos e dinâmicas sociais*. Teoria & Educação, Porto Alegre, n. 5, p. 28-49, 1992.

Nessa perspectiva, a educação ambiental se apresenta como uma demanda das sociedades do século XXI e, como uma prioridade no que tange a reformulação das relações entre o homem/ser humano e a natureza. Repensar o currículo escolar é demanda urgente, partindo-se da premissa de que a noção de sobrevivência em nosso Planeta nos conduz a um pensar coletivo e universal, com o intuito de reunir um conhecimento essencial determinados saberes a serem ensinados de forma institucionalizada, como alternativa de enfrentamento aos problemas do mundo moderno.

Um fundamento novo e transversal dado ao currículo escolar, seria, portanto, o reconhecimento de um conteúdo vital necessário, e que não se torne algo meramente simbólico, dada a prioridade da educação ambiental ao desenvolvimento sustentável. Nesse viés, a educação enquanto fomentadora da ideia de desenvolvimento sustentável deve ser buscada e inserida nos novos currículos, principalmente sob a perspectiva de que há profunda necessidade de se ensinar acerca da gestão racional sobre tudo o que consumimos, sob pena de comprometer uma sadia qualidade de vida das atuais e futuras gerações.

Ainda que os saberes circulantes nos sistemas educacionais sejam o produto dos embates produzidos em esferas do político e do social, ou que existam, segundo Forquin⁵, “imperativos didáticos”, o desenvolvimento efetivo do processo educacional permanece afeito aos objetivos da aprendizagem e da instrumentalização para práticas que extrapolam o ambiente da escola.

A formação oferecida impacta sobremaneira a vida egressa de estudantes/cidadãos que ocuparão os diversos setores sociais. As representações construídas no período da escolarização orbitam entre as relações constituídas na tessitura social. Dessa forma a mobilização de saberes que sejam convergentes ao convívio saudável na sociedade e no planeta adquirem, em conjunto com outros, a conotação de uma cidadania plena e consciente. Como subsídio de autonomia para o ser humano, a educação formal passa por esse compromisso.

Por certo, é a interação entre o meio e o indivíduo que se molda o desenvolvimento humano, pois,

não nascemos prontos e também não ficaremos prontos de fora dentro, como se o ambiente fosse uma força tão poderosa que nos moldasse completamente. O que somos, o que pensamos, como pensamos o que sentimos, a forma como exercitamos nossa inteligência é construída através das trocas entre nós e meio⁶.

A interação que subjaz à construção das relações sociais e culturais, também se faz presente no ambiente formal de ensino e sinaliza para a necessidade de intensificação dos debates acerca do seu tratamento na configuração dos currículos. Segundo Moreira, o currículo deixou de ser apenas uma área técnica, podendo-se mesmo falar hoje de uma tradição crítica do currículo, orientada por discussões de caráter sociológico, jurídico, político e epistemológico⁷.

A grande questão orientadora da elaboração curricular passa não apenas em (re)definir uma disciplina propriamente dita, com único objeto, mas uma preocupação maior com o próprio conteúdo escolar. Dessa forma, colaborar com a inserção de subsídios que possibilitem a construção de saberes e competências convergentes à discussão ambiental no âmbito da educação formal.

Se a escola pode muito bem aparecer como o lugar e a matriz de saberes típicas e de formas típicas de atividades

⁵FORQUIN, J-C. *Saberes escolares, imperativos didáticos e dinâmicas sociais*. Teoria & Educação, Porto Alegre, n. 5, p. 28-49, 1992, p.5.

⁶FELIPE, J. *Aspectos Gerais do Desenvolvimento Infantil*. In: CRAIDY, C. M. O Educador de Todos os Dias: Convivendo com as crianças de 0 a 6 anos. 3. ed. Porto Alegre: Mediação, 2001, p. 8.

⁷MOREIRA, A. F. B.; SILVA, T. T. da. *Currículo, cultura e sociedade*. São Paulo: Cortez, 1994.

intelectuais, é preciso reconhecer que estes elementos originais não permanecem sempre encerrados nos limites do mundo escolar, mas são capazes também, por seu poder de modelagem de *habitus*, de influenciar o conjunto das práticas culturais e os modos de pensamento que têm curso num país num momento dado⁸.

Sob a perspectiva de Forquim⁹, a escola, como parte de um tecido social, estabelece diálogos com a construção cultural em que está imersa. É, ao mesmo passo, produzida e produtora do meio, portanto, assume uma condição relevante nas transformações dos discursos e das sensibilidades. Os saberes produzidos e compartilhados no ambiente da escola são, em certa medida, uma produção de sentidos assentada nas relações entre os indivíduos, o espaço físico e a proposta pedagógica.

Se a educação tem a particularidade de antecipar o futuro, somente se formos capazes de projetar e constituir desde agora uma educação justa, será possível uma sociedade justa no futuro. E só se constrói uma escola justa se formos capazes de oferecer a todos uma educação de boa qualidade, em que a adesão à justiça ambiental constitua um valor primordial.

O papel social e jurídico do Estado deve ser pensado no intuito de propiciar essa educação de qualidade a todos, sem distinção de qualquer natureza, visto que isso é um preceito estabelecido constitucionalmente. É através da educação que se prepara o sujeito para o trabalho, mas também para o exercício da cidadania e de formas de conscientização. Conscientização e educação convergem no intuito de proteção das pessoas e do meio ambiente.

2. O desafio educacional do consumo consciente na busca da sustentabilidade

Há necessidade de atentar para as especificidades que emergem das conjunturas sociais, políticas e culturais em movimento acelerado na sociedade do século XXI. É imperativo um diálogo mais afinado entre as instituições formais de educação e os contextos que as circunscrevem. A convergência de projetos e a aproximação de objetivos tem o potencial de produzir novos contornos educacionais adequados as problemáticas que assolam os mais diversos contextos sociais.

António Nóvoa¹⁰, em entrevista concedida à Revista Linhas, infere sobre o lugar ocupado pela escola nas sociedades ocidentais, alegando que “assumiu demasiadas funções, criou demasiadas expectativas, assumiu-se como uma espécie de salvação do mundo, da humanidade, da pátria, da economia e como sendo o caminho para o progresso e o desenvolvimento”. Uma expectativa inflacionada foi depositada sobre a educação formal como uma solução para os problemas sociais de modo geral, desencadeando demandas excessivas que prejudicaram a elaboração de projetos pedagógicos sensíveis aos contextos em transformação.

Sobre esse movimento, trata-se, principalmente, de estabelecer um diálogo questionador acerca do que define a vida humana e o poder do ser humano de criar e se reinventar continuamente. A preocupação em formar cidadãos preocupados com a sustentabilidade passa por um processo de conscientização, capaz de desencadear nos seres em formação a automotivação.

⁸FORQUIN, J-C. *Saberes escolares, imperativos didáticos e dinâmicas sociais*. Teoria & Educação, Porto Alegre, n. 5, p. 28-49, 1992, p.36.

⁹FORQUIN, J-C. *Saberes escolares, imperativos didáticos e dinâmicas sociais*. Teoria & Educação, Porto Alegre, n. 5, p. 28-49, 1992.

¹⁰ Entrevista com o Professor A. N. J. E. Franco – H. M. P. N. Dallabrida. “Para uma Nova História Comparada da Educação”. “Revista Linhas”, Florianópolis, v. 10, n. 01, p. 3 – 15, jan. / jun. 2009. Disponível em: <<http://www.revistas.udesc.br/index.php/linhas/issue/view/217/showToc>>. Acesso em: 29 maio. 2019.

A edificação de comportamentos e posturas que possibilitem uma autonomia de ação e pensamento tornou-se secundária perante uma estrutura educacional avaliada por dados quantitativos, tal qual os métodos pertinentes ao reaquecimento de produções em série. A mercantilização dos conhecimentos e da formação direcionada aos setores rentáveis das sociedades, conduziu a segundo plano as questões relativas às condições de existência das gerações futuras.

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 maximizou o tópico Educação, sendo este um direito de todos os brasileiros e um dever do Estado, com o triplice objetivo de garantir o pleno desenvolvimento da pessoa humana, seu preparo para o exercício da cidadania e qualificação para o trabalho.

Dessa forma, o esforço escolar neste cenário deve se dar nos três segmentos desenvolvimento-cidadania-trabalho, mostrando-se impossível e inaceitável privilegiar uma dimensão em detrimento de outra. As questões do consumo e da sustentabilidade não se limitam a nenhum dos segmentos, entretanto, têm o potencial de transversalizar todos os eixos.

Considerando as dificuldades presentes na configuração dos sistemas de ensino, Nóvoa¹¹ aponta os elementos fundamentais na construção das culturas escolares: o conhecimento, as aprendizagens e “o contributo que estas aprendizagens têm para o desenvolvimento e crescimento da pessoa” (2009, p. 10), entretanto, argumenta que, em diversos contextos, a escola assume projetos distanciados dos referidos fundamentos, transformando-se, assumidamente, em projetos sociais.

O autor indica a situação da escola brasileira como exemplo de tal situação, entretanto, não se pode desconsiderar que a entrevista foi concedida há oito anos passados. Ainda que, a legislação ofereça prescrições e garantias, as formas como se desenvolvem as ações no processo educacional são diversas e desiguais.

Os parâmetros da educação no país foram delineados a partir de bases comuns¹² que, inevitavelmente, deixam de contemplar as peculiaridades e demandas dos inúmeros contextos culturais brasileiros. Sob a letra da lei, cada região, cidade ou instituição permanece circunscrita a uma cultura escolar¹³ específica, a qual configura as práticas e norteia as significações do processo educacional.

Em um cenário diverso, no qual são reivindicadas atenções às diversas agendas deliberadas a partir de demandas físicas, materiais, de formação e de pessoal, os projetos pensados para uma educação ambiental se inscrevem nos

¹¹Entrevista com o Professor A. N. J. E. Franco – H. M. P. N. Dallabrida. “*Para uma Nova História Comparada da Educação*”. “*Revista Linhas*”, Florianópolis, v. 10, n. 01, p. 3 – 15, jan. / jun. 2009. Disponível em: <<http://www.revistas.udesc.br/index.php/linhas/issue/view/217/showToc>>. Acesso em: 29 maio. 2019.

¹²Referência à Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996, que estabelece as diretrizes e bases da educação nacional. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9394.htm>. Acesso em 10 mai. 2016.

¹³Termo entendido aqui como “espaço de movimentos no interior da escola, seleção e organização de informações” (VALDEMARIN, V. T.; SOUZA, R. F. de. Apresentação. In: “*Cultura Escolar: história, práticas e representações*”. “*Cadernos CEDES*”. n. 52. Campinas: Centro de Estudos de Educação e Sociedade, 2000, p. 5-10. Disponível em: <<http://www.cedes.unicamp.br/publicacoes/educacao/278>>. Acesso em: 15 ago. 2017. “interpretada como um arquitrato que visa (in)formar e (com)formar, nos planos axiológico, científico, pragmático e (pre)formativo, os públicos infantil e juvenil, com recurso a um complexo simbólico e tecnológico que articula as dimensões básicas do dizer, do fazer e do agir didático e pedagógico” (MAGALHÃES, J. P. de. “Escrita escolar e oficialização da escola portuguesa”. In: GÓMES, A. C.; BLAS, V. S. Mis primeros pasos. Alfabetización, escuela y usos cotidianos de la escritura (siglos XIX y XX). Madrid: Trea, 2008. p. 19-40) e como “processos que ocorrem no interior da escola onde se mesclam elementos estruturantes e elementos cambiantes” (VIDAL, D. G. “Culturas escolares e a pesquisa em História da Educação”. Florianópolis. 2013. Conferência no Programa de Pós-Graduação em Educação, UDESC em 16 abril, 2013).

debates suscitados a partir de acordos internacionais que impingem normas de acordo com a produção científica de relatórios e pesquisas que já constataram algum tipo de problemática.

Como as práticas escolares se inscrevem nas transformações que ocorrem na longa duração¹⁴, preservando e mantendo formas e métodos vigentes há séculos, as renovações curriculares são, comumente, matéria de disputas e embates, no sentido de instituir determinado projeto. Para Goodson “o currículo escrito é testemunho público e visível das racionalidades escolhidas e da retórica legitimadora das práticas escolares”¹⁵. Não raro, essas escolhas são feitas a partir de um olhar homogeneizante e pouco debatido. Situação que facilita mais a continuidade e menos a ruptura, perpetuando formas e modos idealizados em outros contextos.

Outrossim, os saberes selecionados são permeados por jogos de poderes, visando preponderância e legitimação. Um processo de pedagogia capaz de introduzir os ensinamentos de educação ambiental é desafio da moderna sociedade de consumo atual. Os aspectos pedagógicos e legais inter-relacionados na educação moderna são responsáveis pela promoção do desenvolvimento do ser humano, no sentido pleno da palavra. Assim, todo projeto pedagógico é também um projeto político por estar intrinsecamente relacionado ao compromisso sócio-político¹⁶.

No Brasil, desde 2011, se intensificaram os debates acerca de promover mudanças substanciais na matriz curricular do ensino médio. As avaliações realizadas pelo Programme for International Student Assessment (PISA)¹⁷, apontam consideráveis defasagens no desempenho de alunos que frequentam o ensino médio na rede pública de ensino. Os resultados corroboram ao estado de sucateamento presenciado em inúmeras instituições, desencadeando desinteresse e evasão do referido nível de ensino. A página virtual da Câmara dos Deputados, em seu noticiário de 29 de setembro de 2016, veiculou as seguintes informações:

De acordo com a Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios (Pnad) realizada pelo IBGE em 2011, 1,7 milhão de jovens de 15 a 17 anos estão fora da escola. Na justificativa da MP, o ministro da Educação, o deputado licenciado Mendonça Filho, informa que, dentre os 58% de adolescentes de 15 a 17 anos que estão no ensino médio, 75% estão abaixo do nível de proficiência esperado. O Índice de Desenvolvimento da Educação Básica (Ideb), criado para medir a qualidade do aprendizado, está estagnado desde 2011.¹⁸

As informações fizeram coro aos grupos políticos e sociais que formularam propostas de alteração da matriz curricular no ensino médio com a inclusão de disciplinas de caráter formativo, como, por exemplo, ética e cidadania. O resultado parcial desses debates culminou na edição da Medida Provisória (MP) nº 746, de

¹⁴Perspectiva desenvolvida por Fernand Braudel, historiador da segunda geração da Escola dos Annales (movimento de renovação na concepção da História e da historiografia, iniciado em 1929), sistematizada na sua tese de doutoramento, intitulada *La Méditerranée et le monde méditerranéen à l'époque de Philippe II*, publicada em 1949. Em seu estudo Braudel destaca como os fatores socioeconômicos em grande escala incidem sobre a pesquisa e escrita da História.

¹⁵GOODSON, I. F. *A construção social do currículo*. Lisboa: Educa, 1997, p.20.

¹⁶VEIGA, I. P. A. (Org.). *Projeto Político-Pedagógico da Escola*. Campinas: Papirus, 1995.

¹⁷BRASIL. INEP. Disponível em: <<http://portal.inep.gov.br/pisa>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

¹⁸BRASIL. Câmara de Deputados. Disponível em:

<<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/EDUCACAO-E-CULTURA/516918-PROBLEMAS-DO-ENSINO-MEDIO-INCLUEM-DESINTERESSE-DO-ALUNO,-BAIXA-QUALIDADE-E-FALTA-DE-PROFESSORES.html>>. Acesso em: 15 ago. 2017.

2016, a qual, criou o chamado “novo ensino médio”¹⁹, que previu a implantação, de forma gradual, do ensino médio em tempo integral e promoveu alterações na base curricular.

As mudanças propostas afirmam atender às demandas formativas de jovens estudantes, principalmente para o mercado de trabalho e, minimizam as demandas ambientais, internacionalmente debatidas e consideradas. Visto que os sistemas educacionais são parte da construção cultural de uma nação é possível pensar que há necessidade de intensificação do debate no intuito de mobilizar os diversos setores da sociedade. Juan Carlos Tedesco²⁰, do Instituto Internacional de Planejamento Educacional lembra que “não se trata tanto de especular acerca de como será o futuro, mas de propor como queremos que ele seja”. Os projetos educacionais, nesse sentido têm o potencial de conexões que possibilitem novos entendimentos sobre as problemáticas latentes, bem como, novas formas de cidadania.

O conceito de cidadania não deve, tampouco, ser banalizado pelo senso comum, pelo contrário, deve se libertar do vínculo exclusivamente estatal para que haja uma verdadeira transformação no âmbito de uma nova consciência ecológica²¹. Na ótica de Simioni e Pereira não existe um conceito universal e atemporal de cidadania, mas apresenta-se uma unidade local construída por uma unidade subjetiva tanto no âmbito municipal quanto federal. Para os autores:

(...) a cidadania não terá um conceito universal e atemporal; todavia apresentará uma unidade local construída pela unidade subjetiva, tanto em âmbito municipal quanto federal. Sendo assim, a própria participação dos indivíduos, para implementar um forma de pensar – Rawls nomeia essa forma de pensar de uma determinada população como razão pública -, já é um exercício de cidadania, assim como a participação na deliberação de interesses sociais, ou até mesmo a atuação, de acordo com a razão pública, ou seja, o próprio agir do cidadão, de acordo com o pensamento constituído democraticamente em sua sociedade, será considerado um exercício de cidadania²².

No âmbito da necessidade de reconhecer “o deslocamento dos cenários de exercício da cidadania, do povo para a sociedade civil, e reestruturação local, do nacional e do global, sendo que outros tipos culturais e o modo de exercê-las”²³.

Com isso, observa-se que a cidadania se instaurou a partir de diversos processos de lutas no decorrer dos tempos, sendo uma forma de incluir os cidadãos no seio social, onde os mesmos pudessem ser portadores de direitos e deveres para viver em coletividade. Segundo Mill:

¹⁹BRASIL. MEC. Disponível em:

<http://portal.mec.gov.br/component/content/article?id=40361#nem_05>. Acesso em: 15 ago. 2017.

²⁰TEDESCO, J. C.; BONAFÉ, J. M.; IMBERÓN, F. (Orgs.). *Pensando no futuro da educação: uma nova escola para o século XXII*. Tradução de J. dos S. Padilha. Porto Alegre: Penso, 2015.

²¹PORTILHO, F. *Sustentabilidade ambiental, consumo e cidadania*. São Paulo: Cortez, 2005.

²²SIMIONI, R. L.; PEREIRA, H. M. K. *Cidadania e a natureza humana: reflexões filosóficas para o empoderamento local*. In: SCORTEGAGNA, F.; COSTA, M.; HERMANY, R. Espaço Local, cidadania e políticas públicas. Santa Cruz do Sul: Editora IPR, 2010, p.249.

²³SPENGLER, F. M.; TRENTIN, S. S. *A cidadania diante do atual cenário de globalização: complexidades sociais*. In: SCORTEGAGNA, F.; COSTA, M.; HERMANY, R. Espaço Local, cidadania e políticas públicas. Santa Cruz do Sul: Editora IPR, 2010, p.220.

A cidadania instaurou-se a partir de diversos processos de lutas e ações proativas dos indivíduos, como se é imprescindível para a consolidação de um governo representativo como expõe John Stuart Mill que a postura ativa e de engajamento do cidadão beneficiam como um todo, a sociedade e o Estado²⁴.

Com o intuito de propiciar uma reflexão opta-se por trazer um conceito moderno de cidadania, onde a mesma vem a ser o resultado da participação social e, além disso, significa a realização da democracia na sociedade, onde preexista de forma plena e eficaz a dignidade social e acesso aos espaços públicos.

Por fim, a concretização eficaz da cidadania acaba sendo interrompida pelo acúmulo de egoísmo e estupidez dos seres humanos que encontram-se no poder, poder esse econômico, político, social, etc. Kieling aduz que,

a humanidade necessita consolidar um caminho viável, respeitador das pluralidades e mantenedor da dignidade do indivíduo e do acesso desse indivíduo aos avanços tecnológicos e científicos, para atingir o pleno desenvolvimento. A consolidação de tal caminho está momentaneamente interrompida devido ao acúmulo de egoísmo e estupidez de economistas frívolos e de homens que ocupam as posições de liderança no mundo. As atitudes desses tecnocratas e burocratas não diferem do homicídio que atacava sua presa, lambuzando-se de sangue que, ao jorrar em sua face, penetrava em suas narinas quase a ponto de afogá-las²⁵.

No âmbito da educação ambiental, os ensinamentos para um consumo consciente estão calcados também na ideia de que o consumo ostensivo e perdulário juntamente com o crescimento exponencial populacional e sua explosão demográfica culminou na escassez de recursos naturais e continua degradando o meio ambiente. Em outras palavras, a educação ambiental traz “a ecologia e o meio ambiente como pretexto para trabalhar a integridade humana. O simples fato de aprender a economizar, reciclar, compartilhar, complementar, preservar e aceitar a diferença pode representar uma revolução no contexto social”²⁶.

Nesse sentido, seria importante constar nos currículos – especialmente no do ensino médio, uma vez que, a integração no mercado de trabalho e a formação de hábitos de consumo estaria, em tese, mais próxima –, o ensino de conceitos que embasassem a configuração de práticas sustentáveis, bem como, atividades de integração dos estudantes ao meio, como forma de desenvolvimento de uma consciência integrada aos recursos naturais.

Assim, seria possível, verificar-se no papel da educação, um exemplo de políticas públicas voltadas para a discussão acerca de se atingir um consumo sustentável, com base no princípio da solidariedade inter/intrageracional e, inclusive, interespecies. Entretanto, as iniciativas nesse sentido ainda são escassas e produto da motivação individual de alguns profissionais sensíveis ao tema.

Infere Álvaro Melo Filho sobre os propósitos do ensino em busca de uma sociedade livre, justa e solidária:

²⁴MILL, J. S. *O governo representativo*. São Paulo: IBRASA, 1995, p.44.

²⁵KIELING, C. A. *Manifesto da cidadania*. Caxias do Sul: Maneco, 2001, p.48-49.

²⁶CATALÃO, V. L. *Desenvolvimento sustentável e educação ambiental no Brasil*. In: PÁDUA, J. A. (Org.). *Desenvolvimento, justiça e meio ambiente*. Belo Horizonte: Ed. da UFMG, 2009, p.258.

Nesse contexto, a absorção curricular de novos direitos, jungida à interdisciplinaridade, por certo devolverá a consciência de responsabilidade social e ao estudante a noção do papel que lhe caberá no contexto social, político, econômico e cultural. Além disso, a inclusão das demais matérias e novos direitos fará com que o direito vivo seja ensinado ao invés do 'direito morto', evitando que se imobilize e fossilize num arcabouço curricular arcaico e defasado diante do rápido processo de mudança social²⁷.

Assim, é indubitável que uma abordagem séria e comprometida com a causa ambiental servirá para programar uma nova fase na vida estatal nacional, em que o estudo assume a responsabilidade de atuar na transformação e na busca do desenvolvimento social. A mobilização das gerações mais jovens tem o potencial de acelerar as transformações. Vivenciar, nas palavras do autor, a "consciência de responsabilidade social" e o "direito vivo", constitui novos campos de ação cidadã, estimulando a preocupação com os projetos de futuro e fortalecendo as noções de pertencimento e identificação.

3. Educação, Consumo e Sustentabilidade: por uma revisão nos currículos escolares no Brasil

A edificação de novas culturas escolares, com base na interação dos homens com a natureza, circunscreve novas formas de cidadania, nas quais é possível vivenciar hábitos de consumo conscientes do seu impacto e promotores de uma harmonia social. Fato é que esse contexto aqui abordado gera consequências preocupantes ao se conceber o meio ambiente como palco de atuação dos atores do consumo. Por esse motivo a elaboração de novas sensibilidades pode abrir flancos para novas práticas. A transformação da cultura escolar instituída, requer atenção aos elementos destacados por Nóvoa²⁸: o conhecimento, as aprendizagens e a atuação dos mesmos sobre o indivíduo. A seleção dos conhecimentos se vincula a interesses e necessidades contextuais e, ocorre de forma conflituosa.

O currículo é um conjunto de saberes arbitrados, constituído de forma diversa, em que "todos os docentes e todas as escolas fazem seleções de um tipo ou de outro no interior da cultura"²⁹. O processo de pensar novas chaves de entendimento para o processo educacional amplia as possibilidades de adesão a outros saberes e práticas. No que tange a educação ambiental, essas escolhas precisam de embasamento teórico, bem como, conhecimento prático acerca dos entornos escolares, no sentido de pensar conhecimentos úteis e significativos. O fortalecimento do pertencimento pode aproximar os estudantes do ambiente e produzir formas de consciência ambiental, as quais se traduzem num tipo de cidadania conquistada.

Afinal, sobreviver não significa apenas transformar nosso Planeta via produção, isso é extremamente egoísta de se pensar. Vive-se em grupos, sendo seres coletivos por natureza, o dilema entre produzir e consumir deve ser rigorosamente freado e devidamente estruturado no âmbito de uma sociedade justa e solidária, que se preocupa com as futuras gerações. A escola e sua estrutura curricular podem oferecer esse espaço de debate e transição.

²⁷MELO FILHO, Á. *Inovações no Ensino Jurídico e no Exame de Ordem*. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996, p.38.

²⁸Entrevista com o Professor A. N. J. E. Franco – H. M. P. N. Dallabrida. "Para uma Nova História Comparada da Educação". "Revista Linhas", Florianópolis, v. 10, n. 01, p. 3 – 15, jan. / jun. 2009. Disponível em:

<<http://www.revistas.udesc.br/index.php/linhas/issue/view/217/showToc>>. Acesso em: 29 maio. 2019.

²⁹FORQUIN, J-C. *Saberes escolares, imperativos didáticos e dinâmicas sociais*. Teoria & Educação, Porto Alegre, n. 5, p. 28-49, 1992, p.31.

A lógica do consumo se dá com conflitos entre classes, originados pela participação desigual na estrutura produtiva, pela desigualdade na distribuição de rendas e a apropriação de bens. O modelo de consumo desencadeado pelos processos de globalização e desterritorialização cultural aponta para uma prática cada vez mais disseminada: o hiperconsumismo. O hiperconsumo acaba se caracterizando pelo consumo exagerado de produtos e serviços sem que haja a devida necessidade. O sujeito acaba através do hiperconsumo buscando um ideal que em inúmeras vezes não é o seu. O mesmo aparenta ser e ter o que não é não tem. A ótica desse hiperconsumo leva o sujeito a ser docilizado pela esfera econômica e mercantil.

Segundo Lipovetsky e Serroy, essa prática foi possível “por que a esfera mercantil se tornou uma esfera onipresente, tentacular, ilimitada”³⁰. A aceleração e diversificação da produção aumentam consideravelmente a oferta e criam, constantemente, novas necessidades de consumo. Aliadas a transformação dos fazeres, moldados pelo uso das tecnologias disponíveis em versões atualizadas a cada piscar de olhos, essas necessidades vão de encontro aos processos morosos de conscientização sobre o uso dos recursos naturais e o impacto humano sobre o ambiente.

A educação para o consumo consciente está diretamente ligada às noções de cidadania e coletividade e, nesses termos, enfrenta diariamente os sedutores argumentos de uma sociedade conectada com o suposto “novo” e hiperconsumista. Hoje o ato de consumir não significa apenas comprar para suprir uma necessidade ou até mesmo para o próprio bem-estar, mas principalmente para sustentar status, como também para ser aceito em determinado grupo.

Nesse ponto, a publicidade e propaganda, agressivas e ao mesmo tempo, por vezes, sutis, trabalham com o inconsciente e os impulsos humanos, visando um consumo dirigido para aquecer as vendas, desconsiderando os prejuízos que podem ocorrer. Essa lógica econômica de mercado, em que a máquina precisa ser abastecida constantemente e em crescimento ascendente que visa ao lucro sem importar as consequências, faz com que o ser humano seja posto em uma situação vulnerável pelo incentivo e construção de uma sociedade hiperconsumista.

Civilizar: essa é sem dúvida a palavra-chave a ser associada com a parte inédita de caos que um sistema desenfreado de consumo introduziu no mundo e que atinge as relações do homem com a própria Terra, como se ali onde ele passa, esse novo Átila, nada devesse crescer³¹.

Uma sociedade hiperconsumista consome e descarta o tempo todo, sem considerar os problemas ambientais gerados por isso, e neste cenário as políticas públicas que envolvem o tema ainda são poucas e pouco atuantes. A pouca preocupação com a ação humana não mobiliza políticas públicas incisivas e, tampouco, atua sobre a disseminação do conhecimento pela via da educação formal.

Educação ambiental e o hiperconsumismo permanecem em esferas opostas, sem encontrar pontos de diálogo que evitem embates ou radicalismos. Assim, é preponderante a ideia de que é preciso alcançar a felicidade para uma vida plena, e para isso o mercado oferece uma solução: compre, consuma, adquira este objeto que você se sentirá feliz. As consequências da lógica de consumo exacerbado se manifestam através de condições humanas indignas, e resultam em casos de

³⁰LIPOVETSKY, G.; SERROY, J. *A cultura-mundo: a resposta a uma sociedade desorientada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p.57.

³¹LIPOVETSKY, G.; SERROY, J. *A cultura-mundo: a resposta a uma sociedade desorientada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011, p.185.

depressão, por exemplo, com pessoas insatisfeitas pela tensão do desejo frustrado³².

Diante dessa realidade, o papel de educar é desafiador e deve compreender as novas dinâmicas da sociedade contemporânea, trazendo informação consciente e alinhada com o meio ambiente. Há linhas de entendimento que dizem já existir a consciência, mas falta o incentivo ou a política de educação para que haja de forma efetiva uma e não somente passiva da sociedade civil. Tomando como base as premissas da cultura escolar pensada por Nóvoa³³, os conhecimentos e as aprendizagens devem ser atuantes sobre os indivíduos e contribuir para o seu desenvolvimento e crescimento.

A transformação das subjetividades acerca da questão ambiental poderá ocorrer de forma consistente e duradoura se, para além do conhecimento de conceitos e teorias, ocorrer a apropriação interativa e a produção de outras práticas mais conscientes e engajadas com a questão. A Política Nacional de Educação Ambiental (Lei n. 9.795/99)³⁴ que dispõe sobre educação ambiental tem suas diretrizes nesse sentido e compreende as políticas públicas de educação ambiental voltadas à conservação do meio ambiente, bens de uso comum do povo, e essencial à sadia qualidade de vida e sua sustentabilidade. Assim, os objetivos da Educação Ambiental se coadunam com os princípios gerais da Educação contidos na Lei de Diretrizes Básicas da Educação (Lei n. 9.394)³⁵ que, em seu artigo 32, assevera que o ensino fundamental terá por objetivo a formação básica do cidadão mediante: (...) II – a compreensão do ambiental natural e social do sistema político, da tecnologia das artes e dos valores em que se fundamenta a sociedade.

Também, se observa a referência a educação na Constituição Federal de 1988, no art. 225, VI menciona a necessidade de se “promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente”³⁶.

A exigência de desenvolvimento de pensamento reflexivo contido na LDB constitui-se na maior preocupação metodológica. Afinal, o próprio conceito de cidadania é objeto de lutas políticas, a partir da possibilidade de ambientalização e politização das práticas de consumo, busca-se na educação o estímulo à causa ambiental nas atividades de consumo, pois assim poderemos definir uma construção justa de conhecimento que forme cidadãos conscientes com o próprio contexto ambiental, solidários e atuantes.

A sustentabilidade, na busca do equilíbrio entre os critérios econômico, político, social, cultural, ambiental e ecológico, refuta a ideia de se conceber a natureza de forma mecanicista ou cartesiana, ou como um bem de consumo exacerbado. O comportamento consumerista desenfreado gera a devastação dos recursos naturais, ou seja, o excesso de consumo é algo criado, ou melhor, é ensinado!

Dessa forma, a contrapartida também é matéria de ensino. Não é o caso de inserir modelos minimalistas de vivência, mas, de incitar as discussões, verticalizar

³²A expressão “tensão do desejo frustrado”, reiteradamente utilizada pelo sociólogo polonês Z. Bauman para responsabilizar a publicidade pela insatisfação humana. In: BAUMAN, Z. *Vida para consumo*. Rio de Janeiro: Zahar, 2008.

³³Entrevista com o Professor A. N. J. E. Franco – H. M. P. N. Dallabrida. “*Para uma Nova História Comparada da Educação*”. “*Revista Linhas*”, Florianópolis, v. 10, n. 01, p. 3 – 15, jan. / jun. 2009. Disponível em: <<http://www.revistas.udesc.br/index.php/linhas/issue/view/217/showToc>>. Acesso em: 29 maio. 2019.

³⁴BRASIL. *Lei no 9.795, DE 27 de Abril de 1999*. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9795.htm>. Acesso em: 29 maio 2019.

³⁵BRASIL. *Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996*. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm>. Acesso em: 29 maio 2019.

³⁶BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 29 maio 2019.

os conhecimentos, produzir outras lógicas possíveis para os diversos contextos existentes. Por meio de propostas curriculares abertas ao debate e conectadas às problemáticas globais, empreender em uma educação ambiental significativa, que represente as demandas e gere identificações com os contemporâneos.

A proposta educacional de consumo sustentável, bem como sua pretensão de política transformadora, tem o objetivo primeiro de conscientizar e alertar que a economia do desperdício pode gerar uma colisão, ou, no mínimo, diminuir drasticamente a qualidade de vida e os elementos constitutivos desta que embasam uma vida mínima, afetando o mínimo existencial para construção de dignidade. A escola, sob o escopo da formação do ser humano para a vida em sociedade, não está isenta da contribuição para construção de uma sociedade renovada.

Diferentemente da escola do século XX, a qual, segundo Nóvoa, “inflacionou-se de utopias e de missões”³⁷, há a necessidade de um projeto colaborativo, onde haja espaço para a ação do Estado por meio das políticas públicas, a remodelação das culturas escolares por meio da adaptação dos currículos e, para a transformação social, fator que incide sobre todos os outros. Uma forma justa do cidadão ser atuante, dentro de uma democracia participativa, requer subsídios no que se refere a educação, informação e conscientização, sendo um verdadeiro convite à luta pela justiça e seus ideais, contribuindo para o crescimento pessoal humano e ampliando os olhares sobre as presentes e futuras gerações.

Considerações Finais

No plano nacional, portanto, nossa Carta Magna de 1988, em consonância com as preocupações a nível global, consagrou em seu art. 225, caput e §1º, inciso VI, tanto o dever de solidariedade intergeracional de proteção ao meio ambiente, como o dever do Estado de “promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino e a conscientização pública para a preservação do meio ambiente”³⁸respectivamente.

A mobilização do espaço da educação formal como elemento incentivador de práticas de sustentabilidade e preservação se faz imprescindível na consecução da letra da lei. Estimular novos debates e promover novos olhares sobre o currículo escolar potencializa a produção de uma maior sensibilidade para o tema.

A temática da educação ambiental demanda urgência inescusável em unir esforços no sentido de formar consumidores-sujeitos-cidadãos conscientes de que nosso Planeta possui recursos finitos e que não poderá sustentar isto para sempre. A educação ambiental como instrumento em busca da sustentabilidade para o despertar ecológico, no sentido de construção de um novo senso coletivo de respeito dos bens comuns. Assim, a atenção voltada a educação ambiental como elemento norteador de um novo paradigma socioambiental, diante da realidade eivada pelo hiperconsumismo e pela geração de resíduos é tarefa primordial.

Não se pode admitir que o consumo permaneça ditando as regras da sociedade, é necessária a reconstrução dos valores sociais voltados ao consumo consciente, com a noção de que a coletividade se compreende com todos os cidadãos, e, portanto, se aquela estiver afetada, individualmente as pessoas estarão da mesma forma.

³⁷Entrevista com o Professor A. N. J. E. Franco – H. M. P. N. Dallabrida. “*Para uma Nova História Comparada da Educação*”. “*Revista Linhas*”, Florianópolis, v. 10, n. 01, p. 3 – 15, jan. / jun. 2009. Disponível em:

<<http://www.revistas.udesc.br/index.php/linhas/issue/view/217/showToc>>. Acesso em: 29 maio. 2019.

³⁸BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: 5 de outubro de 1988. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 29 maio 2019.

Por fim, entende-se que a educação, a cidadania e a conscientização são fatores que devem estar interligados a fim de proteger o meio ambiente e os cidadãos que compõem a sociedade, com o objetivo de que a dignidade e a preservação dos ciclos vitais da natureza sejam implementados e eficazes. As grandes corporações e o poder econômico também devem ter a finalidade precípua de proteção socioambiental, a fim de mudar a forma de progresso e crescimento econômico, onde o hiperconsumo venha a ceder lugar a preservação e respeito tanto ao meio ambiente como as pessoas que compõem a sociedade.

REFERÊNCIAS

- BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília: 5 de outubro de 1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicaocompilado.htm>. Acesso em: 29 maio 2019.
- BRASIL. INEP. Disponível em: <<http://portal.inep.gov.br/pisa>>. Acesso em: 15 ago. 2017.
- BRASIL. Câmara de Deputados. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/camaranoticias/noticias/EDUCACAO-E-CULTURA/516918-PROBLEMAS-DO-ENSINO-MEDIO-INCLUEM-DESINTERESSE-DO-ALUNO,-BAIXA-QUALIDADE-E-FALTA-DE-PROFESSORES.html>>. Acesso em: 15 ago. 2017.
- BRASIL. Lei nº 9.394, de 20 de dezembro de 1996. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9394.htm>. Acesso em: 29 maio 2019.
- BRASIL. Lei nº 9.795, DE 27 de Abril de 1999. Disponível: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l9795.htm>. Acesso em: 29 maio 2019.
- BRASIL. MEC. Disponível em: <http://portal.mec.gov.br/component/content/article?id=40361#nem_05>. Acesso em: 15 ago. 2017.
- CATALÃO, V. L. “Desenvolvimento sustentável e educação ambiental no Brasil”. In: PÁDUA, J. A. (Org.). *Desenvolvimento, justiça e meio ambiente*. Belo Horizonte: Ed. da UFMG, 2009.
- Entrevista com o Professor A. N. J. E. Franco – H. M. P. N. Dallabrida. “Para uma Nova História Comparada da Educação”. *Revista Linhas*, Florianópolis, v. 10, n. 01, p. 3 – 15, jan. / jun. 2009. Disponível em: <<http://www.revistas.udesc.br/index.php/linhas/issue/view/217/showToc>>. Acesso em: 29 maio. 2019.
- FELIPE, J. “Aspectos Gerais do Desenvolvimento Infantil”. In: CRAIDY, C. M. O *Educador de Todos os Dias: Convivendo com as crianças de 0 a 6 anos*. 3. ed. Porto Alegre: Mediação, 2001.
- FORQUIN, J.-C. “Saberes escolares, imperativos didáticos e dinâmicas sociais”. *Teoria & Educação*, Porto Alegre, n. 5, p. 28-49, 1992.
- GOODSON, I. F. *A construção social do currículo*. Lisboa: Educa, 1997.
- _____. *Tornando-se uma matéria acadêmica: padrões de explicação e evolução*. *Teoria & Educação*, Porto Alegre, n. 2, p. 230-254, 1990.
- KIELING, C. A. *Manifesto da cidadania*. Caxias do Sul: Maneco, 2001.
- LIPOVETSKY, G.; SERROY J. *A cultura-mundo: a resposta a uma sociedade desorientada*. São Paulo: Companhia das Letras, 2011.
- MAGALHÃES, J. P. *Escrita escolar e oficialização da escola portuguesa*. In: GÓMES, A. C.; BLAS, V. S. “*Mis primeros pasos. Alfabetización, escuela y usos cotidianos de la escritura (siglos XIX y XX)*”. Madrid: Trea, 2008. p. 19-40.
- MELO FILHO, Á. *Inovações no Ensino Jurídico e no Exame de Ordem*. 1ª ed. Belo Horizonte: Del Rey, 1996.
- MILL, J. S. *O governo representativo*. São Paulo: IBRASA, 1995.

- MOREIRA, A. F. B.; SILVA, T. T. *Currículo, cultura e sociedade*. São Paulo: Cortez, 1994.
- SPENGLER, F. M.; TRENTIN, S. S. *A cidadania diante do atual cenário de globalização: complexidades sociais*. In: SCORTEGAGNA, F.; COSTA, M.; HERMANY, R. "*Espaço Local, cidadania e políticas públicas*". Santa Cruz do Sul: Editora IPR, 2010.
- SIMIONI, R. L.; PEREIRA, H. M. K. *Cidadania e a natureza humana: reflexões filosóficas para o empoderamento local*. In: SCORTEGAGNA, F.; COSTA, M.; HERMANY, R. "*Espaço Local, cidadania e políticas. Públicas*". Santa Cruz do Sul: Editora IPR, 2010.
- PORTILHO, F. *Sustentabilidade ambiental, consumo e cidadania*. São Paulo: Cortez, 2005.
- TEDESCO, J. C.; BONAFÉ, J. M.; IMBERÓN, F. (Orgs.). *Pensando no futuro da educação: uma nova escola para o século XXII*. Tradução de J. dos S. Padilha. Porto Alegre: Penso, 2015.
- VALDEMARIN, V. T.; SOUZA, R. F. Apresentação. In: *Cultura Escolar: história, práticas e representações*. "*Cadernos CEDES*". n. 52. Campinas: Centro de Estudos de Educação e Sociedade, 2000, p. 5-10. Disponível em: <<http://www.cedes.unicamp.br/publicacoes/edicao/278>>. Acesso em: 15 ago. 2017.
- VEIGA, I. P. A. (Org.). *Projeto Político-Pedagógico da Escola*. Campinas: Papirus, 1995.
- VIDAL, D. G. *Culturas escolares e a pesquisa em História da Educação*. Florianópolis. 2013. Conferência no Programa de Pós-Graduação em Educação, UDESC em 16 abril, 2013.

A condição pós-moderna e a responsabilidade civil ambiental

The postmodern condition and environmental civil responsibility

Arthur Pinheiro Basan¹

Gabriel Oliveira de Aguiar Borges²

Universidade de Rio Verde, UNIRV, (Brasil)

Sumário: 1. Introdução; 2. A pós-modernidade; 3. Do Direito liberal ao Direito pós-moderno; 4. A responsabilidade civil na pós-modernidade; 5. Conclusão; 6. Referências bibliográficas.

Resumo: O presente trabalho visa analisar o contexto social denominado “pós-moderno” bem como as modificações decorrentes dessa mudança identificadas no sistema jurídico como um todo. Desse modo, pretende-se expor, de maneira mais específica, as alterações que os estudos de responsabilidade civil, em especial a ambiental, sofreram com as transformações sociais, levando em consideração, inclusive, a noção de sociedade do risco. Para o presente trabalho, o meio de pesquisa usado foi a bibliográfica qualitativa. Na escrita, utilizou-se o procedimento dedutivo.

Palavras-chave: Pós-modernidade. Sociedade do risco. Responsabilidade civil. Direito ambiental.

Abstract: The present work aims at analyzing the social context called "postmodern" as well as the changes resulting from this change identified in the legal system as a whole. In this way, it intends to expose, in a more specific way, the changes that the studies of civil responsibility, in particular the environmental studies, have undergone with the social transformations, taking into account even the notion of risk society. For the present study, the qualitative bibliographical method was used. In writing, the deductive procedure was used.

Keywords: Postmodernity. Risk society. Civil responsibility. Environmental law.

1. INTRODUÇÃO

Inicialmente é preciso evidenciar que a denominação “pós-moderna” gera diversas discussões entre os estudiosos, isto é, a expressão é polêmica, de modo que não há unanimidade tanto na denominação dada a esse período quanto das áreas e os efeitos que sofreram influência desse fenômeno.

Aliás, é interessante perceber que esse é um dos pontos característicos da própria pós-modernidade: a evidenciação da dúvida e das discussões, de modo a

¹ Doutorando em Direito pela UNISINOS (RS). Mestre em Direito pela UFU (MG). Professor adjunto da UNIRV (GO).

² Mestre em Direito pela UFU (MG). Professor do curso de Direito da Unifasc (GO) e na FacCidade (GO). Advogado.

incapacitar a existência de consensos, ou seja, a perda de credibilidade das metanarrativas.³

Neste sentido, é relevante o pensamento do professor Roberto Barroso segundo o qual:

A espirituosa inversão da lógica natural dá conta de uma das marcas dessa geração: a velocidade da transformação, a profusão de idéias, a multiplicação das novidades. Vivemos a perplexidade e a angústia da aceleração da vida. (...) (...) Na aflição dessa hora, imerso nos acontecimentos, não pode o intérprete beneficiar-se do distanciamento crítico em relação ao fenômeno que lhe cabe analisar. Ao contrário, precisa operar em meio à fumaça e à espuma. Talvez esta seja uma boa explicação para o recurso recorrente ao prefixo pós e neo: pós-modernidade, pós-positivismo, neoliberalismo, neconstitucionalismo. Sabe-se que veio depois e que tem uma pretensão de ser novo. Mas ainda não se sabe bem o que é. Tudo é ainda incerto. Pode ser avanço. Pode ser uma volta ao passado. Pode ser apenas um movimento circular, uma dessas guinadas de 360 graus.⁴

Assim, diante dessa confusão terminológica e, ainda mais, em razão dessa incerteza da existência ou não do período denominado “pós-moderno”, é relevante deixar claro que o presente texto, no intuito de manter a coerência metodológica necessária, pretende entender a “pós-modernidade” como existente e, em linhas gerais, como uma espécie de mudança, de vivência de um momento de sociedade globalizada, altamente informatizada através dos meios de comunicação em massa, causadora de riscos ambientais em nível global, num verdadeiro contexto de transformações.

Desse modo, como se nota, o presente trabalho almeja destacar algumas ideias que surgem no atual contexto, pós-moderno, que tem destacado as mudanças, sobretudo na dimensão cultural e, além disso, as influências que tais fatos acarretam no mundo jurídico. Não obstante, pretende o texto abordar as influências que essas modificações sociais geraram na responsabilidade civil ambiental, conforme se segue.

2. A PÓS-MODERNIDADE

Inicialmente, para análise da situação dita como pós-moderna, é imperioso fazer algumas reflexões a respeito do surgimento histórico desse termo. Neste sentido, Perry Anderson⁵, em livro clássico sobre o tema, ensina que o momento decisivo para a cristalização da ideia veio com o lançamento, em 1972, de uma publicação que trazia expressamente o subtítulo *Revista de Literatura e Cultura Pós-modernas*, como verdadeira expressão de contracultura literária.

Segundo Anderson, esta revista, de autoria de diversos autores, como Olson e Neruda, criticava o afastamento dos modernistas ao cenário político, isto é, o esvaziamento do engajamento social. Dessa forma, o pós-modernismo era considerado uma espécie de rejeição e de ataque por parte do formalismo estético e do conservadorismo político da modernidade literária.

Ensina Anderson que é na figura do pensador Ihab Hassan que o termo passa a ser analisado de fato. Hassan faz uma abordagem do termo tão somente analítica, porém, destacando que a noção de pós-modernismo radicalizava ou rejeitava as

³ LYOTARD, J. *A condição pós-moderna*. 14ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2011.

⁴ ROBERTO BARROSO, L. *Neconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito*. Disponível em: <http://www.georgemlima.xpg.com.br/barroso.pdf>. Acesso em 15 de mar. de 2019

⁵ PERRY, A. *As origens da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 1999.

principais características do modernismo, se estendendo às artes visuais, à música, à tecnologia e à sensibilidade em geral.

Com efeito, Anderson afirma que Hassan evidenciou que a unidade do ideal de pós-modernidade encontra-se em dois fatores, a saber, na anarquia do espírito (medo e insegurança) e no jogo poético entre indefinição e imanência. Entretanto, Hassan não se posicionou a respeito da questão de ser a pós-modernidade somente uma manifestação artística ou se era também uma expressão social.

Por sua vez, Anderson afirma que, em 1979, com a publicação de *A condição pós-moderna*, de Jean-François Lyotard, tem-se a primeira obra filosófica⁶ a adotar o termo. Em verdade, Lyotard afirma que:

Nossa hipótese de trabalho é a de que o saber muda de estatuto ao mesmo tempo que as sociedades entram na idade dita pós-industrial e as culturas na idade dita pós-moderna. Esta passagem começou desde pelo menos o final dos anos 50, marcando para a Europa o fim de sua reconstrução. [...] [...] O saber científico é uma espécie de discurso. Ora, pode-se dizer que há quarenta anos as ciências e as técnicas ditas de vanguarda versam sobre a linguagem: a fonologia e as teorias linguísticas, os problemas de memorização e os bancos de dados, a telemática e a instalação de terminais “inteligentes”, a paradoxologia: eis aí algumas provas evidentes, e a lista não é exaustiva.⁷

Sendo assim, para Lyotard, a chegada da pós-modernidade advém do surgimento de uma sociedade pós-industrial, em que o conhecimento (o saber) torna-se a principal força econômica de produção. Além disso, o autor afirma que o traço definitivo desse momento histórico é a perda de credibilidade das metanarrativas, isto é, o “grande relato perdeu sua credibilidade”.⁸ Diante disso, afirma Anderson, que a condição pós-moderna é a morte da grande narrativa.⁹

Com efeito, destacando as mudanças, o autor afirma que o expositor é um filósofo, e não um expert, ou seja, este sabe o que sabe e o que não sabe, aquele não. Dessa forma, enquanto um conclui, o outro interroga, de modo que são dois jogos de linguagem diversos. Já na pós-modernidade, esses raciocínios se encontram misturados, de modo que nenhum dos dois prevalece.¹⁰

Entretanto, é a crítica de Habermas e a tensão deste com as ideias mencionadas de Lyotard que gerou a cristalização do termo nas ciências humanas, conforme ensina Anderson:

Pela primeira vez desde a decolagem da ideia de pós-modernidade no final dos anos 70, ela recebia um tratamento abrasivo. Se o surgimento de uma área intelectual tipicamente requer um pólo negativo para sua tensão produtiva, foi Habermas quem o forneceu.¹¹

Para Habermas, criticando os teóricos do pós-modernismo, a modernidade ainda não acabou, uma vez que o projeto iluminista da modernidade como predomínio da razão, de livre comunicação entre os homens e do progresso ainda não foi realizado.

Desse modo, o autor divide a modernidade em dois momentos (unidos ao iluminismo e ao liberalismo), a saber, um primeiro momento de libertação da ciência, da moral e da arte (verdade, justiça e beleza, respectivamente) do dogma da sacralização, tornando essas áreas autônomas; e um segundo momento que

⁶ LYOTARD, J. *A condição pós-moderna*. 14^a ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2011. p. XVIII.

⁷ LYOTARD, J. *A condição pós-moderna*. 14^a ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2011. p. 3.

⁸ LYOTARD, J. *A condição pós-moderna*. 14^a ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2011. p. 69.

⁹ PERRY, A. *As origens da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 1999. p. 42.

¹⁰ LYOTARD, J. *A condição pós-moderna*. 14^a ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2011. p. XVIII.

¹¹ PERRY, A. *As origens da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 1999. 44.

permearia os homens dessas dimensões ou instituições. Segundo Habermas, é esse segundo aspecto que ainda está em andamento, pela ação comunicativa.

Importante frisar que mesmo diante disso, Anderson ainda afirma que há confusão quanto ao tema, inferindo que:

As intervenções coincidentes de Lyotard e Harbermas pela primeira vez deram ao campo o selo da autoridade filosófica. Mas suas próprias contribuições foram estranhamente indecisas. A formação original dos dois pensadores foi marxista, mas é espantoso o pouco que daí trouxeram para suas análises da pós-modernidade. Também não tentaram uma verdadeira interpretação histórica do pós-moderno que fosse capaz de defini-lo no tempo ou no espaço. Em vez disso, apresentaram significantes mais ou menos vazios ou flutuantes como marco de seu aparecimento [...]. Paradoxalmente, nos dois casos, falta o peso da temporalidade a um conceito por definição temporal.¹²

Ademais, Anderson, prosseguindo na descrição histórica do debate quanto à pós-modernidade, afirma que é em 1984, com as ideias de Frederic Jameson, que o arcabouço teórico pós-moderno é revelado. A esse respeito, Anderson explica:

[...] Jameson assinalou a explosão tecnológica da eletrônica moderna e seu papel como principal fonte de lucro e inovação; o predomínio empresarial das corporações multinacionais, deslocando as operações industriais para países distantes com salários baixos; o imenso crescimento da especulação internacional; e a ascensão dos conglomerados de comunicação com um poder sem precedentes sobre todo a mídia e ultrapassando fronteiras.¹³

Como se nota, para Jameson, a pós-modernidade é um sinal cultural de um novo estágio da história do modo capitalista de produção, um estágio de capitalismo hegemônico em escala global. Em outras palavras, a explosão tecnológica, o predomínio das corporações internacionais (capital transnacional) e o deslocamento das indústrias para países pequenos, conforme supramencionado, gerou alterações no contexto social, de modo que houve uma perda de expectativa de futuro, em adição ao surgimento de uma cultura populista extremamente massificada.

As observações de Jameson são de suma importância aos estudos sobre a pós-modernidade, uma vez que estabeleceu os termos do debate subsequente, isto é, as intervenções mais significativas após Jameson têm sido igualmente marxistas.

Nesta mesma linha de pensamento, David Harvey, em meados da década de 90, publicou a obra "condição pós-moderna", a qual destaca a ideia de pós-modernidade especialmente no âmbito econômico. A obra de Harvey é relevante por afirmar que o advento da pós-modernidade decorreu no começo dos anos 70, em razão da ruptura do modo capitalista pós-guerra. Sendo assim, afirma o autor que:

Aceito amplamente a visão de que o longo período de expansão de pós-guerra que se estendeu de 1945 a 1973, teve como base um conjunto de práticas de controle de trabalho, tecnologias, hábitos de consumo e configurações de poder político-econômico, e de que esse conjunto pode com razão ser

¹² PERRY, A. *As origens da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 1999. p. 52.

¹³ PERRY, A. *As origens da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 1999. p. 66.

chamado de fordista-keynesiano. O colapso desse sistema a partir de 1973 iniciou um período de rápida mudança, de fluidez e de incerteza [...] [...] os contrastes entre as práticas político-econômicas da atualidade e as do período de expansão do pós-guerra são suficientemente significativos para tornar a hipótese de uma passagem do fordismo para o que poderia ser chamado regime de acumulação “flexível” uma reveladora maneira de caracterizar a história recente.¹⁴

Como se nota, Harvey defende que a pós-modernidade advém dos anos 70, como uma verdadeira nova guinada do capitalismo, em consonância com o projeto neoliberal, tal qual exposto no “Consenso de Washington”. Diante de todo o mencionado, o professor Mario Schmidt infere que:

Pensadores como François Lyotard, Gilles Lipovetsky, Jean Baudrillard, Alvin Toffler, Daniel Bell, Christopher Lash, Jacques Derrida e outros contribuem para a ideia de que vivemos uma nova etapa na história: a era da pós-modernidade.¹⁵

Ainda assim, é pertinente a provocação do pensador Lemert, segundo a qual:

Quem odeia bestas, sapos, aberrações pós-modernas e outras coisas sombrias do tipo pode em algum momento ter exagerado, mas não está errado em se preocupar como se preocupou. O mundo moderno está passando por alguma espécie de mudança. Mesmo os que desejariam o contrário admitem isso.¹⁶

Dentro da intensa discussão a respeito da terminologia do atual contexto, vale lembrar que Bauman alerta que:

Anthony Giddens chama de ‘modernidade tardia’, Ulrich Beck de ‘modernidade reflexiva’, Georges Balandier de ‘supermodernidade’, e que eu tenho preferido (junto com muitos outros) chamar de ‘pós-moderna’: o tempo em que vivemos agora, na nossa parte do mundo (ou, antes, viver nessa época delimita o que vemos como a ‘nossa parte do mundo’).¹⁷

Pelos fatos expostos acima, é possível observar que apesar da polêmica a respeito do termo ideal para designar o atual contexto social, ou até mesmo a consideração do seu efetivo início, questão indiscutível é que a sociedade contemporânea, tida como “pós-moderna” se evidencia nas diversas mudanças e alterações sociais notáveis no atual contexto. Com efeito, o Direito, enquanto sistema jurídico necessário para garantir a ordem e a tutela das pessoas, também vem sofrendo diversas mudanças, visando adequar-se aos novos problemas que eclodem. Neste ponto, destaca-se que a responsabilidade civil, talvez um dos ramos do Direito que mais se flexibiliza pelas mudanças sociais, ganha destaque no que se refere aos novos enfrentamentos. Com efeito, têm-se pistas de que a responsabilidade civil ambiental ganha mais relevância, afinal, nada é possível na vida humana se não houver um meio ambiente ecologicamente equilibrado.

¹⁴ HARVEY, D. *Condição pós-moderna. Uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*. São Paulo: Edições Loyola. 1989. p. 119.

¹⁵ FURLEY SCHMIDT, M. *Nova histórica crítica: moderna e contemporânea*. São Paulo: Nova Geração, 2000, p. 334

¹⁶ LEMERT, C. *Pós-modernismo não é o que você pensa*. São Paulo: Loyola, 2000, p. 37.

¹⁷ BAUMAN, Z. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998, p.30.

3. DO DIREITO LIBERAL AO DIREITO PÓS-MODERNO

Primeiramente, é imperioso perceber que, enquanto ciência humana, o Direito é naturalmente influenciado pelas transformações políticas, sociais e culturais ocorridas em determinado contexto.

Em outras palavras, com apoio em Luhmann¹⁸, o Direito, enquanto subsistema do sistema (geral) social, apesar de se apresentar fechado do ponto de vista normativo, é aberto do ponto de vista epistemológico. Isso significa que o direito é fechado em seu subsistema do ponto de vista normativo, mas necessariamente se interage com os outros subsistemas, a saber, o político e o econômico, de modo a formar uma verdadeira “sociedade em rede”.

De forma mais clara, é possível perceber que não há como estudar o Direito desatrelado das mutações sociais, políticas, econômicas e culturais por que passa a sociedade no determinado momento em que se pretende o debate científico. É dizer, o Direito, sem o devido “contexto”, é mero “texto” normativo.

Neste sentido, relevante o pensamento de Bobbio, ao descrever a ideia do direito como “subsistema do sistema global da sociedade”, segundo o qual:

[...] se difundem, inclusive nos países de direito codificado, teorias realistas que voltam sua atenção mais à efetividade que à validade formal das normas jurídicas e põem o acento, mais que na auto-suficiência dos sistema jurídicos, nas inter-relações entre sistema jurídico e sistema econômico, entre sistema jurídico e sistema político, entre sistema jurídico e sistema social como um todo. O que distingue a situação presente são exatamente aquelas condições que consideramos particularmente favoráveis à formação de um direito antitradicionalista, que busca o próprio objeto, em última instância, não tanto nas regras do sistema dado, mas na análise do sistema e que, longe de se considerar, como por muito tempo foi, uma ciência autônoma e pura, busca, cada vez mais, a aliança com as ciências sociais, a ponto de considerar a si própria como um ramo da ciência geral da sociedade.¹⁹

Sendo assim, com base nos paradigmas, parte-se de uma breve análise histórica, iniciando nas influências do Estado Liberal ao campo jurídico, passando pelo contexto de Estado Social e, por fim, abordando vinculações pertinentes no presente contexto pós-moderno.

Ressalta-se que o termo “paradigma” tem seu apogeu nos estudos de Thomas Kuhn, o qual, em resumo, analisando o comportamento dos estudiosos, bem como a existência das revoluções científicas, descreveu “paradigma” como sendo padrões desenvolvidos e reconhecidos por uma comunidade científica, e que servem de modelos (bases) para outros estudos.²⁰

Assim, perpassando por esses contextos, é importante frisar o pensamento do professor Barroso quanto aos percursos histórico desses movimentos no Brasil. Para este autor:

A constatação inevitável, desconcertante, é que o Brasil chega à pós-modernidade sem ter conseguido ser liberal nem moderno. Herdeiros de uma tradição autoritária e populista, elitizada e

¹⁸ LUHMANN, N. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.

¹⁹ BOBBIO, N. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri : Manole, 2007, p. 46

²⁰ KUHN, T. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1991.

excludente, seletiva entre amigos e inimigos – e não entre certo e errado, justo ou injusto – mansa com os ricos e dura com os pobres, chegamos ao terceiro milênio atrasados e com pressa.²¹

Dessa forma, inicialmente, é possível perceber que, até aproximadamente a Primeira Grande Guerra Mundial, o paradigma que imperava no Direito era a razão baseada nas previsões legais. Na passagem para o Estado Liberal é que se tem a transição das monarquias absolutistas para as monarquias constitucionais, caracterizadas pela limitação do poder, principal elemento do constitucionalismo que se denominou moderno.²²

Em outras palavras, o Direito refletia os interesses do Estado Liberal, baseado no princípio essencial da legalidade, de modo a preocupar-se em manter a liberdade dos indivíduos e, ao mesmo tempo, conciliá-la com a disciplina e com a segurança almejadas pela sociedade.

Neste período, o Estado Liberal é legalmente contido e, por isso, também foi denominado “Estado de Direito”, em que suas características essenciais trazem em seu conteúdo os aspectos da limitação jurídica do arbítrio do poder público e a estabilidade jurídica das garantias individuais.

O juiz, como expoente do Poder Judiciário, era denominado o juiz “boca da lei”, isto é, sua função era a de um autômato, a quem cabia uma interpretação silogística, de modo que bastava verificar se havia ocorrido o fato previsto em lei e, se sim, impor as consequências jurídicas.

Apesar de no contexto do Estado Liberal ter havido uma relevante melhoria na posituação dos direitos humanos, tornando-os verdadeiros direitos fundamentais, as crises sociais demonstravam que essa espécie estatal já não era mais suficiente aos anseios da sociedade.

O crescimento da industrialização acentuava-se proporcionalmente à exploração do homem pelo homem e, em razão disso, os movimentos de crítica ao capitalismo liberal se intensificavam, tais como o marxismo, o socialismo utópico e a doutrina social da igreja.

Inclusive, a esse respeito, a Revolução Russa de 1917 teve papel relevante. Como se nota, o crescimento do modelo soviético, de apropriação coletiva dos meios de produção, induziu os países extremamente capitalistas como os Estados Unidos da América a promoverem a mudança do Estado Liberal ao Estado denominado “*Welfare State*”.²³

Se de um lado, durante o período liberal, o indivíduo obteve o ideal de liberdade em face do Estado (como concretização do “indivíduo”, o “indiviso”, afastado do mando do Estado), o que lhe garantia formalmente diversos direitos, em especial aqueles relativos aos direitos civis e políticos, por outro lado essa garantia se resumia ao campo meramente formal, de modo que as condições humanas de sobrevivência permaneciam extremamente precárias.

Com efeito, surgem as demandas por um novo grupo de direitos e garantias, que exigiam prestações estatais destinadas à garantia de condições mínimas de vida para às pessoas, tais como o direito à saúde e à previdência.

Neste sentido, ensina o professor Ingo Sarlet que:

O impacto da industrialização e os graves problemas sociais e econômicos que a acompanharam, as doutrinas socialistas e a constatação de que a consagração formal de liberdade e igualdade não gerava a garantia do seu efetivo gozo acabaram, já no decorrer do século XIX, gerando amplos movimentos reivindicatórios e o reconhecimento progressivo de direitos,

²¹ ROBERTO BARROSO, L. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro*. Rio de Janeiro: Renovar, 2001. p.8.

²² BONAVIDES, P. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6 edição, revista e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

²³ SARMENTO, D. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ed., 3.tir. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010.

atribuindo ao Estado comportamento ativo na realização da justiça social. A nota distintiva deste direitos é a sua dimensão positiva, uma vez que se cuida não mais de evitar a intervenção do Estado na esfera da liberdade individual, mas, sim, na lapidar formulação de C. Lafer, de propiciar um 'direito de participar do bem-estar social'²⁴.

Ainda assim, a liberdade total do mercado, regido tão somente pelas “mãos invisíveis”, dava pistas de permitir uma concentração imensurável de capital, de modo que o próprio mercado por si não conseguia controlar.

Assim, tornavam-se evidentes a formação de monopólios e oligopólios, prejudiciais à livre concorrência. Para própria preservação do capitalismo, era necessário que o Estado interviesse de alguma maneira, para disciplinar e impor limites a esse mercado.

Com isso, o apogeu da transição do Paradigma Liberal para o Paradigma Social se deu, em especial, com o advento do colapso da Bolsa de Nova Iorque em 1929. A grande depressão e o desemprego decorrentes evidenciou a necessidade do Estado intervir no mercado.

Com o passar da Segunda Guerra Mundial, as anomalias e violações aos diversos direitos humanos fizeram com que os juristas preocupassem com uma justiça mais efetiva. Isso significa que as decisões não podiam mais ser baseadas unicamente na lei, mais se aterem à função social do direito.²⁵

Neste sentido, passa a centralizar no estudo jurídico a figura do juiz, como representante do Estado, produtor de justiça. Desse modo, são introduzidos nos textos normativos expressões como “conceitos jurídicos indeterminados” e “cláusulas gerais”, que permitiam maior interpretação e participação do juiz, no momento da decisão. Passa-se a um agir com prudência.²⁶

Neste mesmo sentido, a racionalidade jurídica passa a ser a material, em busca da justiça, de modo que a natureza do direito positivo passa a ser também teleológica, inserida em um sistema funcionalista. Conforme se percebe, o ordenamento evolui da estrutura à função, isto é, nos dizeres de Bobbio:

O fenômeno do direito promocional revela a passagem do Estado que, quando intervém na esfera econômica, limita-se a proteger esta ou aquela atividade produtiva para si, ao Estado que se propõe também a dirigir a atividade econômica de um país em seu todo, em direção a este ou aquele objetivo – a passagem do Estado apenas protecionista para o Estado programático²⁷.

Superou-se o paradigma do positivismo jurídico clássico, de legalidade formal, para o paradigma do constitucionalismo, de modo que os direitos fundamentais passam a ser limites e vínculos à legislação positiva.

Ocorre que, dentro do Paradigma Social, foi possível perceber graves problemas operacionais. Em outras palavras, os direitos sociais estavam sujeitos às verbas públicas, e isso significa que não bastava a promessa constitucional, pois do papel à realidade concreta há muitas vezes uma distância de difícil transposição.

²⁴ WOLFGANG SARLET, I. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

²⁵ BOBBIO, N. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri : Manole, 2007, p.134.

²⁶ RICARDO LORENZETTI, L. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. Tradução: Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010.

²⁷ BOBBIO, N. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri : Manole, 2007, p. 71

Ainda assim, o surgimento de novos problemas relacionado à sociedade de massa, isto é, os direitos difusos e coletivos, bem como a propagação frenética de informações através de meios de comunicação cada vez mais rápidos e acessíveis às pessoas, dão sinais de que um novo paradigma encontra-se em evidência.

Assim, apesar de haver na doutrina uma polêmica discussão a respeito do início do período considerado “pós-moderno” e, ainda assim, da própria existência desse contexto, é possível perceber que, a partir da crise do petróleo na década de 70²⁸, o modelo de Estado denominado “*Welfare State*” passa a se tornar insustentável, principalmente pela incapacidade de encarregar-se das responsabilidades sociais que assumira.

Somado a isso, destaca-se a globalização, a qual se acelerou vertiginosamente com o apoio do avanço tecnológico da informática e das comunicações e, com isso, passou a relativizar o domínio do Estado no tocante às variáveis que incidem na economia.

Em outras palavras, com o fortalecimento da globalização, ampliaram-se os mercados, homogeneizaram-se costumes e, em razão disso, diminui-se a importância das fronteiras nacionais.²⁹

Neste sentido, emerge uma releitura do sistema liberal, denominado “neoliberal”, sendo relevante o pensamento do austríaco Hayek³⁰, segundo o qual a “ordem espontânea” das leis de mercado é superior às pretensões humanas de um Estado intervencionista, razão pela qual se deve instaurar um verdadeiro “Estado mínimo”.

Não obstante, essa sociedade pós-industrial³¹ revela que o poder e a riqueza já não se encontram mais na propriedade de “meios de produção”, mas sim, na posse de conhecimento e informação.

Em outras palavras, segundo a análise de Bauman³², a atual fase pós-moderna é a de uma sociedade de consumo, pela qual o trabalhador foi substituído pelo consumidor. Sendo assim, os projetos de vida das pessoas não giram mais em torno do trabalho, das capacidades profissionais ou da oferta de empregos; mas sim, da possibilidade real de consumo.

Entrando no âmbito jurídico, o pensador Bobbio revela que:

A luta pelos direitos teve como primeiro adversário o poder religioso; depois o poder político; e, por fim, o poder econômico. Hoje, as ameaças à vida, à liberdade e à segurança podem vir do poder sempre maior que as conquistas da ciência e das aplicações dela derivadas dão a quem está em condição de usá-las. Entramos na era que é chamada de pós-moderna e é caracterizada pelo enorme progresso, vertiginoso e irreversível, da transformação tecnológica e, conseqüentemente, também tecnocrática do mundo. Desde o dia em que Bacon disse que a ciência é poder, o homem percorreu um longo caminho! O crescimento do saber só fez aumentar a possibilidade do homem de dominar a natureza e os outros homens.³³

Pertinente também é a observação da professora Claudia Lima Marques, segundo a qual:

²⁸ HARVEY, D. *Condição pós-moderna. Uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*. São Paulo: Edições Loyola. 1989, p.99.

²⁹ GIDDENS, A. *O Mundo na Era da Globalização*, Lisboa: Editora Presença, 2000.

³⁰ A. VON HAYEK, F. *O caminho da servidão*. 4. ed. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura; Instituto Liberal, 1987, p. 112.

³¹ BELL, D. *O Advento da Sociedade Pós-Industrial*. São Paulo: Editora Cultrix, 1974.

³² BAUMAN, Z. *Globalização: as consequências humanas*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 1999, p. 87.

³³ BOBBIO, N. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Tradução de Daniela Beccaccia Versiani. Barueri : Manole, 2007, p. 229

Vive-se atualmente em uma sociedade pós-moderna, sociedade de consumo e de produção de massa, sociedade de serviços, sociedade da informação, altamente acelerada, globalizada e desmaterializada. Esta circunstância produz novas realidades e novas perguntas para o direito. Mas também oferece a oportunidade que se produzam novas respostas.³⁴

Diante de todas essas alterações ocorridas com o fenômeno da pós-modernidade é possível perceber que o Direito enfrenta diversas preocupações, principalmente por revelarem que o mundo encontra-se num momento de transição.

Nesse sentido, o professor Eduardo Bittar afirma que:

A pós-modernidade, não sendo apenas um movimento intelectual ou, muito menos, um conjunto de ideias críticas quanto à modernidade, vem sendo esculpida na realidade a partir da própria mudança de valores, dos costumes, dos hábitos sociais, das instituições, sendo que algumas conquistas e desestruturas sociais atestam o estado em que se vive em meio a uma transição.³⁵

Com isso, é possível perceber que há uma verdadeira alteração cultural, uma crise, no seu sentido original (*krísis*, gr. = *ruptura, quebra*), de modo que o Direito sofre diversas influências.

Assim, destaca-se no campo jurídico o predomínio do pluralismo, sendo a modalidade do direito evidenciada a do “*direito para*”, isto é, a preocupação do direito em se adequar ao setor pelo qual a norma foi produzida (como reflexo do pluralismo de fontes).

O pluralismo, seja de métodos, fontes, sentimentos, agentes econômicos ou instituições produtoras de normas, caracteriza o desafio do direito brasileiro atual. Neste sentido, afirma a professora Marques que:

Exige a participação ativa do intérprete, de sua sabedoria, na identificação dessa complexidade normativa e de sua conexão necessárias com os valores e normas constitucionais, que não substituem outras normas, mas condicional e iluminam sua aplicação em vista da finalidade de proteção e efetivação dos direitos fundamentais.³⁶

Tal fato se deve, especialmente, a ênfase que se dá à desregulação, por meio dos diversos códigos deontológicos (leis especiais, microssistemas), corolário ao valor em destaque, a saber, a manutenção dos grupos.³⁷

Sendo assim, é possível perceber que o direito passa a operar com uma racionalidade jurídica conjuntural, dando maior atenção ao caso concreto. De fato, a análise jurídica deve considerar a sociedade como hipercomplexa, em um verdadeiro sistema em rede, de modo que a interpretação jurídica deve ser setorial ou reflexiva, ou seja, atentar-se para a administração de conflitos do setor ou grupo em debate, nas especificidades contingentes do fato que se pretende analisar.

³⁴ LIMA MARQUES, C. e MIRAGEM, B. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2012. p. 18-19.

³⁵ CARLOS BIANCA BITTAR, E. *O direito na pós-modernidade*. Disponível em: http://www.cesage.com.br/ead/adm/shared/arquivos/texto_complementar_mod8_cie_soc_hu_m.pdf Acesso em 11 de mar. de 2019.

³⁶ LIMA MARQUES, C. e MIRAGEM, B. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2012, p. 105.

³⁷ EDUARDO FARIA, J. *O Direito na Economia Globalizada*. São Paulo: Malheiros Editores, 1999.

Neste sentido, é importante perceber a crescente preocupação como a proteção das pessoas consideradas juridicamente como “vulneráveis”, principalmente por meio das diversas legislações especiais, tais como o Estatuto do Idoso, o Estatuto da Criança e do Adolescente e o Código de Defesa do Consumidor.

Tudo isso encontra consonância com o pensamento do professor Erik Jayme, o qual afirma que uma das características mais relevantes da pós-modernidade é a valorização dos direitos humanos, como verdadeiro “fio condutor” do funcionamento do sistema jurídico.³⁸

Neste mesmo sentido, Bobbio defende que:

Desde seu primeiro aparecimento no pensamento político dos séculos XVII e XVIII, a doutrina dos direitos do homem já evoluiu muito, ainda que entre contradições, refutações, limitações. Embora a meta final de uma sociedade de livres e iguais, que reproduza na realidade o hipotético estado de natureza, precisamente por ser utópica, não tenha sido alcançada, foram percorridas várias etapas, das quais não se poderá facilmente voltar atrás.³⁹

Por todo o mencionado, é possível perceber que o grande destaque que o paradigma pós-moderno revela é a preocupação com os direitos fundamentais das pessoas. Não obstante, é cabível afirmar que os direitos fundamentais, junto com a democracia, são os fundamentos estruturantes do Estado Democrático de Direito, o Estado da pós-modernidade. Neste sentido, afirma o doutrinador Binjenbojm que:

[...] há certo consenso na atualidade sobre o papel central das noções de direitos fundamentais e democracia como fundamentos constitutivos do Estado democrático de direito, que irradiam sua influência por todas as instituições políticas e jurídicas [...]. [...] A Constituição é o instrumento por meio do qual os sistemas democrático e de direitos fundamentais se institucionalizam no âmbito do Estado. O processo por meio do qual tais sistemas espalham seus efeitos conformadores por toda a ordem jurídico-política, condicionando e influenciando os seus diversos institutos e estruturas, tem sido chamado de *constitucionalização do direito ou neoconstitucionalismo*⁴⁰.

Importante ressaltar que o mundo é um projeto inacabado, sendo a história o seu eixo de movimentação, em razão das inúmeras alterações sociais e jurídicas, muitas vezes com interferências recíprocas.

Neste ponto, há forte indícios de que o surgimento da sociedade considerada “pós-moderna” veio junto com a massificação das relações sociais, com a globalização e com o forte avanço da tecnologia. E notadamente todos esses fatores trazem consigo efeitos colaterais, dos quais ganha destaque os danos ambientais.

4. RESPONSABILIDADE CIVIL AMBIENTAL NA PÓS-MODERNIDADE

No que se refere ao aspecto jurídico, um dos mais importantes pontos da pós-modernidade é o incremento dos riscos socioambientais em razão do notável desenvolvimento industrial e tecnológico, gerando uma verdadeira vulnerabilidade socioambiental.⁴¹ Em verdade, a própria noção de sociedade do risco, isto é, a noção

³⁸ LIMA MARQUES, C. e MIRAGEM, B. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2012, p. 169

³⁹ BOBBIO, N. *A era dos direitos* – Nova ed. – Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. p.78

⁴⁰ BINENBOJM, G. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2ª ed. Revista e atualizada. Renovar: Rio de Janeiro, 2008. p. 61

⁴¹ R. M. VERCHICK, R. *(In)justiça dos desastres: a geografia da capacidade humana*, em VV.AA. (Farber, D., Winter de Carvalho, D. coords.), Estudos aprofundados em direito dos desastres: interfaces comparadas, Prismas, Curitiba, 2017.

de que a produção social da riqueza no atual contexto é acompanhada da produção social do risco, constituindo uma ameaça às pessoas e ao meio ambiente de uma maneira geral⁴² trouxe ao debate jurídico a necessidade de rediscutir a responsabilidade civil, em especial visitando a prevenção dos danos ambientais.

Em verdade, a expansão do modelo industrial após o século XIX e sua logística de produção em massa, impulsionada e adicionada pelas relações em rede, demonstrou que os efeitos colaterais dessa forma de atividade também seguia a mesma lógica, ou seja, os efeitos colaterais da produção são em massa. Com efeito, é inegável que um dos danos mais notáveis são os danos ambientais, ocasionados em razão do desenvolvimento tecnológico e da expansão industrial e consumista em massa.⁴³

5. CONCLUSÃO

Por todo o mencionado, é possível concluir que o contexto denominado pós-moderno é evidentemente um momento de mudanças sociais, ou, de outra forma, de alterações paradigmáticas. As diversas críticas e dúvidas que surgem, em especial como descrença na ciência moderna, alteram constantemente as concepções que buscam expor o contemporâneo contexto social.

Não obstante, diante dessa situação, o Direito também passa a ser estudado com enfoque na pós-modernidade e seus reflexos sociais. Assim, é preciso destacar o Direito como verdadeiro subsistema social, a fim de resolver situações que a globalização gerou, como os problemas coletivos e difusos e, ainda assim, manter o foco central na setorização, sempre iluminada e limitada pelos direitos fundamentais.

Concluindo, é possível afirmar que, o surreal na caracterização do atual contexto está propriamente no descompasso, ou na contradição, entre a ordem formal (irreal) e a ordem social (real). E é exatamente este ponto que conflita e desafia o direito o tempo todo, bem como a ciência do direito, de um modo geral, exigindo reflexões e, em última análise, um repensar dos próprios conceitos, práticas, valores e paradigmas jurídicos.

6. REFERÊNCIAS

- A. VON HAYEK, F. *O caminho da servidão*. 4. ed. Rio de Janeiro: Expressão e Cultura; Instituto Liberal, 1987.
- BAUMAN, Z. *Globalização: as consequências humanas*. Trad. Marcus Penchel. Rio de Janeiro: Jorge Zahar Ed. 1999.
- BAUMAN, Z. *Modernidade líquida*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.
- BAUMAN, Z. *O mal-estar da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Zahar, 1998.
- BECK, U. *Sociedade de Risco - Rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2011.
- BELL, D. *O Advento da Sociedade Pós-Industrial*. São Paulo: Editora Cultrix, 1974.
- BINENBOJM, G. *Uma teoria do direito administrativo: direitos fundamentais, democracia e constitucionalização*. 2ª ed. Revista e atualizada. Renovar: Rio de Janeiro, 2008.
- BOBBIO, N. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BOBBIO, N. *Da estrutura à função: novos estudos de teoria do direito*. Barueri: Manole, 2007.
- BONAVIDES, P. *Do Estado Liberal ao Estado Social*. 6 edição, revista e ampliada. São Paulo: Malheiros Editores, 1996.

⁴² BECK, U. *Sociedade de Risco - Rumo a uma outra modernidade*. São Paulo: Editora 34, 2011.

⁴³ WINTER DE CARVALHO, D. *Gestão Jurídica Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.

- CARLOS BIANCA BITTAR, E. *O direito na pós-modernidade*. Disponível em: http://www.cescage.com.br/ead/adm/shared/arquivos/texto_complementar_mod8_cie_soc_hum.pdf Acesso em 11 de mar. de 2019
- FURLEY SCHMIDT, M. *Nova histórica crítica: moderna e contemporânea*. São Paulo: Nova Geração, 2000.
- GIDDENS, A. *O Mundo na Era da Globalização*. Lisboa: Editora Presença, 2000.
- HARVEY, D. *Condição pós-moderna. Uma pesquisa sobre as origens da mudança cultural*. São Paulo: Edições Loyola. 1989.
- JUNQUEIRA AZEVEDO, A. *O direito pós-moderno*. Disponível em <http://www.usp.br/revistausp/42/08-antoniojunqueira.pdf>
- KELSEN, H. *Teoria pura do direito*; tradução João Baptista Machado. 7ª ed. - São Paulo : Martins Fontes, 2006.
- KUHN, T. *A estrutura das revoluções científicas*. São Paulo: Perspectiva, 1991.
- LEMERT, C. *Pós-modernismo não é o que você pensa*. São Paulo: Loyola, 2000. Liberal, 1987.
- LIMA MARQUES, C e MIRAGEM, B. *O novo direito privado e a proteção dos vulneráveis*. Editora Revista dos Tribunais: São Paulo, 2012.
- LUHMANN, N. *Sociologia do Direito I*. Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1983.
- LYOTARD, J. *A condição pós-moderna*. 14ª ed. Rio de Janeiro: José Olympio, 2011.
- PERRY, A. *As origens da pós-modernidade*. Rio de Janeiro: Jorge Zahar. 1999.
- RICARDO LORENZETTI, L. *Teoria da decisão judicial: fundamentos de direito*. Tradução: Bruno Miragem. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2010
- ROBERTO BARROSO, L. *Fundamentos teóricos e filosóficos do novo Direito Constitucional Brasileiro*. Revista de Direito Administrativo. Rio de Janeiro: Renovar, 2001.
- ROBERTO BARROSO, L. *Neconstitucionalismo e Constitucionalização do Direito*. Disponível em: <http://www.georgemlima.xpg.com.br/barroso.pdf>. Acesso em 15 de mar. de 2019
- SARMENTO, D. *Direitos Fundamentais e Relações Privadas*. 2ed., 3.tir. Rio de Janeiro: Lumens Juris, 2010.
- WINTER DE CARVALHO, D. *Gestão Jurídica Ambiental*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2017.
- WOLFGANG SARLET, I. *A eficácia dos direitos fundamentais: uma teoria geral dos direitos fundamentais na perspectiva constitucional*. 10. Ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2010.

Regulación del derecho de las víctimas de trata de personas a una indemnización, compensación y reparación

Regulation of the right of victims of human trafficking to compensation, reparation and restitution

María Cristina Aranda López ¹

Universidad Complutense de Madrid.

Sumario: 1. Introducción. 2. Derecho de las víctimas a conseguir una compensación, indemnización y reparación. 2.1. Normativa internacional. 2.2. Normativa de la Unión Europea. 2.2.1 Compensación en los procesos penales por parte del infractor. 2.2.2. Compensación en los procesos civiles por parte del infractor. 2.2.3 Compensación por parte de los Estados miembros. 3. La situación en España: Normativa y su aplicación práctica. 4. Conclusiones y recomendaciones. 5. Bibliografía.

Resumen: Distintos instrumentos jurídicos internacionales reconocen el derecho a una indemnización para víctimas de crímenes violentos, como es el caso del delito de trata de seres humanos. También la normativa comunitaria en materia de trata permite que la víctima pueda pedir una indemnización monetaria por el daño sufrido frente al infractor o tratante, y solicitar la compensación a los Estados miembros. En el caso de España se ha desarrollado la normativa europea e internacional fundamentalmente a través de la Ley de Estatuto de la víctima del delito, aunque subsisten problemas prácticos en su aplicación similares a los encontrados en otras jurisdicciones.

Palabras clave: fondo, indemnización, Unión Europea, víctima de trata de personas, tratante, daño sufrido.

Abstract: Various international legal instruments recognize the right to compensation for victims of violent crimes, such as trafficking in human beings. European Union legislation on trafficking also allows the victim to seek monetary compensation for the harm suffered from the offender or trafficker, and/or from Member States. In the case of Spain, European and international legislation has been developed mainly through the Law on the Statute of the Victim of Crime, although practical problems regarding its application persist, problems that are similar to those found in other jurisdictions.

Key-words: fund, compensation, European Unión, victim of human trafficking, slave-driver, damage suffered.

¹ Doctoranda en Derecho Penal sobre la trata de personas en la Universidad Complutense de Madrid (UCM). Máster de Acceso a la Abogacía en la Universidad Rey Juan Carlos (URJC). Doble Grado en Administración y Dirección de Empresas y Derecho en la Universidad Rey Juan Carlos (URJC)

1. INTRODUCCIÓN

La trata de personas es con frecuencia denominada la "nueva esclavitud del siglo XXI". Una realidad que, lamentablemente, existe en todas partes del mundo, incluido España. Este tipo delictivo atenta directamente contra diversos Derechos Humanos, como pueden ser la dignidad y la libertad de la persona.

La trata implica a organizaciones criminales tanto nacionales como transnacionales, que obtienen ingentes beneficios de la explotación de personas vulnerables. Sus fines son variados, y van desde la explotación sexual, laboral, mendicidad, matrimonios forzados, para delinquir, etc. Las víctimas de estas redes son captadas mediante engaño, aprovechando situaciones de vulnerabilidad, o mediante violencia, fuerza e intimidación.

El concepto de trata de seres humanos es muy amplio, y es abordado en diversos instrumentos jurídicos internacionales y nacionales. En el presente artículo se tomará como base la definición que se encuentra recogida en el Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños, que complementa la Convención de las Naciones Unidas contra la Delincuencia Organizada Transnacional, también conocido como Protocolo de Palermo en su artículo 3 apartado a): *Por "trata de personas" se entenderá la captación, el transporte, el traslado, la acogida o la recepción de personas, recurriendo a la amenaza o al uso de la fuerza u otras formas de coacción, al rapto, al fraude, al engaño, al abuso de poder o de una situación de vulnerabilidad o a la concesión o recepción de pagos o beneficios para obtener el consentimiento de una persona que tenga autoridad sobre otra, con fines de explotación. Esa explotación incluirá, como mínimo, la explotación de la prostitución ajena u otras formas de explotación sexual, los trabajos o servicios forzados, la esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, la servidumbre o la extracción de órganos;*

Esta definición de trata está consensuada internacionalmente², y pone de manifiesto el grave atentado que implica contra los derechos humanos. Similar consenso internacional existe en torno a la necesidad de incorporar la lucha contra la trata de personas en la agenda política de todos los países.

En las últimas décadas la trata ha ido adquiriendo mayores dimensiones como fenómeno criminal. Se trata de una forma rápida de obtener grandes beneficios, un mercado en el que el producto son las personas en lugar de las drogas o las armas. Las ganancias globales³ del mercado ilícito del comercio de personas giran alrededor de 1.3 billones de dólares, de los cuáles el 49% son generados en países industrializados, principales destinos de las víctimas.

De las distintas formas de trata, la que ha adquirido mayores dimensiones y visibilidad⁴ (siendo la que más preocupación genera en la opinión pública⁵) ha sido la trata con fines de explotación sexual, una de las más crueles y denigrantes⁶. Es en efecto la forma más detectada a nivel mundial, con un 79% (2009)⁷. El perfil de la víctima es el de una mujer joven que busca obtener dinero, ya que en su país de origen no tienen posibilidades de conseguir un trabajo y un salario adecuado para

² MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD. *Plan Integral de lucha contra la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual 2015-2018*, p. 4.

³ Informe de la Iniciativa Global de las Naciones Unidas para la Lucha contra la Trata de Personas UNGIFT.

⁴ LARA PALACIOS, M. "La trata de seres humanos con fines de explotación sexual. Análisis comparativo del marco jurídico internacional, nacional y local" *Revista Internacional de pensamiento político* *lépoca*, 9, 2014, p. 400.

⁵ CORDERO. N, CRUZ. P y SOLÓRZANO. N (2012). *Trata de personas, Dignidad y Derechos Humanos*, Sevilla, Arcibel, p. 19.

⁶ MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD. *Plan Integral ...* p. 3

⁷ Oficina de las naciones Unidas contra la Droga y el Delito. "Algunos datos relevantes sobre la Trata de Personas".

poder vivir. Se observa una profunda desigualdad entre hombres y mujeres en los países de origen, al igual que en los de tránsito y destino.

2. DERECHO DE LAS VÍCTIMAS A CONSEGUIR UNA COMPENSACION, INDEMNIZACION Y REPARACIÓN

Las víctimas de trata de personas tienen una serie de derechos recogidos y desarrollados en la normativa internacional. Tienen derecho a la verdad⁸, a la justicia y a la reparación. Lo que se persigue con el reconocimiento de estos derechos es que sean reparadas íntegramente por el daño sufrido a manos de las redes de trata, y que la sociedad participe en ese proceso de reparación, con la finalidad de que no se produzcan nuevas violaciones de derechos.

Por consiguiente, tienen una variedad de derechos específicamente reconocidos en atención a su condición de víctimas de trata: derecho a un proceso de identificación con plenas garantías, a la no devolución, a la asistencia integral ya sea médica, psicológica, social, legal, etc., al periodo de restablecimiento y reflexión (en el sistema jurídico europeo y español), a obtener permisos de residencia por circunstancias excepcionales, por situación personal o por colaboración, al acompañamiento en el proceso de retorno y aviso a país de origen, a la protección ya sea antes, durante y después del procedimiento penal, a la no detención, acusación o procesamiento, a una evaluación individualizada, a la traducción e interpretación, a la información, a la asistencia jurídica antes, durante los procesos penales, y al asesoramiento y asistencia jurídica gratuita, a la no discriminación, al asilo y protección internacional, y por último, a la compensación y reparación.

Este último derecho anteriormente expuesto es el que va a desarrollarse en este artículo. A continuación, se expondrá, así, el marco normativo internacional, europeo y español del derecho de las víctimas a obtener una compensación e indemnización.

2.1 Normativa internacional

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos identifica la trata como una forma de servidumbre y esclavitud, formas de explotación expresamente prohibidas por el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales en su artículo 4:

1.Nadie podrá ser sometido a esclavitud o servidumbre.

2.Nadie podrá ser constreñido a realizar un trabajo forzado u obligatorio.

Los Estados deben prevenir y castigar estos actos en cualquier de sus formas, además de proteger y reparar a las víctimas de esas atrocidades en atención al principio de diligencia debida.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos estableció, en este sentido, una serie de obligaciones positivas⁹ que obligan a todos los Estados, como son: garantizar la creación de un marco jurídico nacional que tenga como fin la protección efectiva y práctica de los derechos de todas las víctimas presentes y futuras, poner en práctica todas las medidas operativas necesarias para esa protección y, por último, llevar a cabo investigaciones de todas las situaciones de trata que lleguen a su conocimiento y castigar a los tratantes. Estas tres obligaciones se desprenden de la Sentencia¹⁰ del caso Rantsev c. Chripe y Rusia, de 7 de julio de 2010.

De igual modo, las víctimas que han sido objeto de explotación en alguna de sus formas tienen derecho a una compensación, indemnización y reparación integral, ya sea por de parte de los gobiernos o de las organizaciones criminales.

⁸ HENAO, I. M. "Manual de abordaje, orientación y asistencia a víctimas de trata de personas con enfoque de género y de derechos", *Ministerio de Interior- Organización Internacional para las Migraciones (OIM)*, Colombia, 2012, p.22

⁹ MARTÍNEZ DE CAREAGA GARCÍA, C., SÁEZ RODRIGUEZ, M., MARTÍNEZ TRISTAN, G., DÍAZ ABAD, N. (Coord.). *Guía de criterios de actuación judicial frente a la trata de seres humanos*, Consejo General del Poder Judicial, RALI, 1ª ed. 2018, Madrid, pp. 51.

¹⁰ Demanda número 25965/04, paras. 283-289 del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

La compensación tiene como principal función la restauración de los derechos de las víctimas, pero también cumple objetivos de prevención y punición en la lucha contra la trata. En este sentido, según las conclusiones del proyecto europeo *Justice at last*¹¹, es necesario facilitar a esas víctimas una indemnización y una compensación justa para poder ayudar y facilitar su proceso de recuperación integral, lo cual además tendrá un componente de castigo y disuasión hacia los tratantes.

Los instrumentos internacionales establecen la necesidad de que los Estados parte deban crear una legislación interna, prever mecanismos destinados a esa reparación integral e indemnización por los daños causados por parte de los autores del delito de trata de personas. Así, en el *Protocolo para prevenir, reprimir y sancionar la trata de personas, especialmente mujeres y niños*, que entró en vigor el 25 de diciembre de 2003 (Protocolo de Palermo), en materia de reparación del daño causado se establece en su artículo 6.6:

Cada Estado Parte velará por que su ordenamiento jurídico interno prevea medidas que brinden a las víctimas de la trata de personas la posibilidad de obtener indemnización por los daños sufridos.

Este artículo, del que se desprende la obligación que tienen los Estados Parte de que sus ordenamientos jurídicos prevean medidas de indemnización a las víctimas, desarrolla en el ámbito de la trata lo previsto en la *Convención de las Naciones Unidas contra la delincuencia organizada transnacional* en su artículo 25.2:

Cada Estado Parte establecerá procedimientos adecuados que permitan a las víctimas de los delitos comprendidos en la presente Convención obtener indemnización y restitución.

De lo que se desprende que las víctimas deben poder presentar su caso ante los juzgados y tribunales, pidiendo la acción civil para obtener una indemnización y restitución.

En el ámbito de la violencia contra la mujer, la *Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer* en su artículo 4. d) también dispone que se legisle sobre las formas de reparación, indemnización o resarcimiento:

Establecer, en la legislación nacional, sanciones penales, civiles, laborales y administrativas, para castigar y reparar los agravios infligidos a las mujeres que sean objeto de violencia; debe darse a éstas acceso a los mecanismos de la justicia y, con arreglo a lo dispuesto en la legislación nacional, a un resarcimiento justo y eficaz por el daño que hayan padecido; los Estados deben además informar a las mujeres de sus derechos a pedir reparación por medio de esos mecanismos;

En estos tres instrumentos jurídicos internacionales solo se hace una pequeña referencia a la necesidad de que las víctimas obtengan una indemnización, y a que los Estados hagan lo necesario para que obtengan ese resarcimiento a través de su normativa interna.

En la *Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso del poder*, adoptada por la Asamblea General en su

¹¹ Justice at last es un proyecto europeo con 10 países participantes que quiere impulsar la compensación para las víctimas de Trata. Está financiado por el Programa de Justicia de la Unión Europea (2014-2020). De esos 10 países europeos que intervienen son representados por distintas Organizaciones No Gubernamentales (ONGs): Asociación Animus (Bulgaria), La Strada (República Checa), KOK (Alemania), LEFÖ (Austria), FairWork (Países Bajos), MRCI (Irlanda), Adpare (Rumanía), Open Gate / La Strada (Macedonia), ASTRA (Serbia) y Proyecto ESPERANZA y SICAR cat de Adoratrices (España). Este proyecto tiene como objetivo fundamental la mejora del derecho a la indemnización contemplado en la Directiva Europea 2011/36/EU. A pesar de que este derecho al resarcimiento es clave para garantizar el acceso a la reparación y a la justicia de las víctimas, son muy pocas las beneficiadas. Algunos de sus objetivos son los siguientes: evaluar cuál es el alcance real del acceso al régimen de indemnización de las víctimas de trata y de otros delitos, mejorar el acceso a la compensación para las víctimas de trata y otros crímenes y así garantizar que la legislación de la UE sobre el derecho a la compensación se implemente correctamente a nivel nacional.

resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985 encontramos dos apartados importantes en materia de compensación, restitución e indemnización.

El primero es el relativo al "Resarcimiento" que engloba los artículos 8 al 11. De entre ellos nos interesan especialmente los artículos 8 y 9, que recogen la obligación de resarcir¹² de forma equitativa a las víctimas, a sus familiares o las personas a su cargo por parte de los delincuentes o terceros responsables de las conductas. El resarcimiento comprenderá la devolución de los bienes, el pago de los daños o pérdidas sufridas, el reembolso de los gastos realizados como consecuencia de la victimización, la prestación de servicios y la restitución de derechos. Por otra parte, de acuerdo al artículo 9, los gobiernos tendrán que revisar, reglamento y leyes con la finalidad de que se recoja ese resarcimiento como opción posible dentro de las sentencias penales.

El segundo apartado sería el de "Indemnización", que comprende los artículos 12 y 13. De acuerdo a lo establecido en los mismos, cuando no sea suficiente la indemnización procedente del delincuente o de otras fuentes serán los Estados los que procurarán indemnizarla. En estos casos, los Estados procurarán indemnizar:

"a) A las víctimas de delitos que hayan sufrido importantes lesiones corporales o menoscabo de su salud física o mental como consecuencia de delitos graves;

b) A la familia, en particular a las personas a cargo, de las víctimas que hayan muerto o hayan quedado física o mentalmente incapacitadas como consecuencia de la victimización."

El artículo 13, por su parte, prevé que se fomente el establecimiento, el reforzamiento y la ampliación de fondos nacionales para indemnizar a las víctimas. En muchas ocasiones las víctimas no consiguen reparación por parte de los delincuentes, ya sea porque se declaran insolventes, porque llevan a cabo operaciones de alzamiento de bienes, etc. En estos supuestos los Estados, en consonancia con lo anterior, pueden recurrir a un fondo estatal para resarcir a las víctimas. Respecto a la forma que ha de tomar el fondo estatal de resarcimiento, se pueden distinguir dos opciones¹³ igualmente válidas. La primera sería la de un fondo específico para las víctimas de delitos de trata de personas; la segunda, la de un solo fondo común para todas las víctimas de delitos graves¹⁴.

De manera similar, en el *Convenio del Consejo de Europa sobre la lucha contra la trata de seres humanos* de 2005 se establece en su artículo 15 la obligación de los Estados Parte de prever en su legislación interna el derecho de las víctimas a ser indemnizadas por los autores de los delitos. En los apartados tercero y cuarto se establece de manera general la obligación de prever en el ordenamiento nacional el derecho de las víctimas a ser indemnizadas por los infractores, "en las condiciones previstas en su derecho interno", a través, "por ejemplo" de un fondo para la indemnización de las víctimas, o de programas dirigidos a la asistencia y a la integración social de las mismas, que podrían financiarse con los activos procedentes de la aplicación de las sanciones o medidas como el decomiso.

El Convenio se refiere así no solo a la necesidad de la persecución del patrimonio¹⁵ de todos aquellos que estén relacionados con los infractores, sino también de la creación de un fondo estatal o establecimiento de programas de

¹² OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (UNODC). "Ley modelo contra la trata de personas", New York, 2010, pp. 70 – 71.

¹³ OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (UNODC). "Ley modelo ...", p. 73.

¹⁴ Este tipo de fondo común lo tiene regulado Suiza en su artículo 11 de la Ley de apoyo a las víctimas de 1991 que fue enmendada en 2005.

¹⁵ GARRIDO, L., VELOCCI, C., VALIÑO, V. (Coord.). *Análisis socio jurídico de la trata con fines de prostitución forzada: herramientas para una intervención desde una perspectiva de Derechos*, Studio Combi, 2011, p.165.

asistencia e integración, independientemente de la existencia de causa penal, o de la identificación y condena de los infractores.

Entre la normativa internacional emanada de Naciones Unidas cabe destacar también la *Resolución 60/147 sobre los Principios y directrices básicos sobre el derecho de las víctimas de violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos y de violaciones graves del derecho internacional humanitario a interponer recursos y obtener reparaciones*, que fue aprobada por la Asamblea General el 16 de diciembre de 2005.

En su apartado IX¹⁶ sobre la "Reparación de los daños sufridos" (artículos 15 al 23) se establece que "una reparación adecuada, efectiva y rápida tiene por finalidad promover la justicia, remediando las violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o las violaciones graves del derecho internacional humanitario", que la "la reparación ha de ser proporcional a la gravedad de las violaciones y al daño sufrido" y que "los Estados concederán reparación a las víctimas por las acciones u omisiones que puedan atribuirse al Estado y constituyan violaciones manifiestas de las normas internacionales de derechos humanos o violaciones graves del derecho internacional humanitario".

De igual modo, según el artículo 16, "los Estados han de procurar establecer programas nacionales de reparación y otra asistencia a las víctimas cuando el responsable de los daños sufridos no pueda o no quiera cumplir sus obligaciones."

2.2 Normativa de la Unión Europea.

El derecho a la indemnización de las víctimas de trata está regulado de manera diversa en los distintos ordenamientos nacionales de la Unión Europea. Algunos países miembros lo integran en procedimientos penales o civiles (como por ejemplo en Austria, Alemania, Suecia, Luxemburgo y Finlandia), mientras que otros lo hacen a través de procedimientos administrativos (Holanda y Dinamarca). Para establecer unos estándares comunes mínimos¹⁷, la Unión Europea ha desarrollado varios instrumentos de protección¹⁸, fundamentalmente la *Directiva 2011/99, sobre la Orden Europea de Protección*, el *Reglamento 606/2013, que prevé el reconocimiento mutuo de resoluciones administrativas o civiles*, y la *Decisión marco 2001/220/JAI relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal*. Esta última, en su artículo 9¹⁹, dispuso que los Estados miembros garantizaran a las víctimas una resolución sobre la indemnización por parte del infractor en el marco del proceso penal -salvo que la propia legislación del estado acuerde en qué casos se debe llevar por otra vía judicial-y todo ello en un plazo de tiempo razonable.

Posteriormente el Consejo de la Unión Europea aprobó la *Directiva 2004/80 sobre indemnización a las víctimas de los delitos*, en la que se establece un sistema de cooperación entre autoridades nacionales en los casos de demandas de compensación en situaciones transfronterizas.

La *Directiva 2011/36 relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de estas en su artículo 17* recoge la obligación de "indemnización a las víctimas" en los siguientes términos: *Los Estados miembros garantizarán que las víctimas de la trata de seres humanos tengan acceso a los regímenes existentes de indemnización a las víctimas de delitos violentos*

¹⁶ LÓPEZ MARTÍN, G. A. "Los derechos de las víctimas de violaciones manifiestas de Derechos Humanos en Derecho Internacional", *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLVII, 2014, pp. 139.

¹⁷ VIDAL FERNÁNDEZ, B. "Reparación de las víctimas del delito en la Unión Europea: Tutela por el Tribunal de Justicia de la UE del Derecho a la Indemnización", *Revista de Estudios Europeos*, 66, 2015, pp.2.

¹⁸ HOYAS SANCHO, M. "El reconocimiento mutuo de las medidas de protección penal y civil de las víctimas en la Unión Europea: la Directiva 2011/99, Reglamento 606/2013, y su respectiva incorporación a los ordenamientos español y alemán", *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, 38, 2015

¹⁹ COMISIÓN EUROPEA. "Los derechos de las víctimas de la trata de seres humanos en la Unión Europea", Oficina de Publicaciones de la Unión Europea, Bélgica, 2013, p.8.

cometidos intencionadamente. Se quiere garantizar así²⁰ que los estados de la Unión Europea den acceso a las víctimas de trata al régimen de indemnización de delitos violentos.

La normativa comunitaria más importante en materia de indemnización a las víctimas de trata de personas es la *Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos*, y por la que se sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo. En su artículo 16 establece el derecho de las víctimas a obtener una decisión relativa a la indemnización por parte del infractor, en el curso del proceso penal, así como la obligación de los Estados miembros de promover medidas para que las víctimas obtengan una indemnización satisfactoria del propio infractor.

Por lo general se entiende que a la hora de fijar esa indemnización satisfactoria se debe tener en cuenta el daño que se ha producido, y que la determinación de la cuantía con la que reparar se deja en manos de los propios estados miembros, tomando en cuenta como factores mínimos el daño patrimonial, físico, psicológico y moral. Organismos como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos han introducido además el "daño al proyecto de vida"²¹, que se asociaría a la frustración de la realización de un proyecto personal, al libre ejercicio de los derechos inherentes al ser humano, es decir, como una persona se desarrolla en la comunidad. La calidad de víctima de trata iría ligada a una merma de su posición y relaciones sociales²² que también serían reparable. En cuanto a la concepción de reparación e indemnización, diversos autores²³ consideran que el derecho más importante sería el de reparación, que incluiría que las víctimas sean resarcidas económicamente por el deterioro físico y psicológico, además de restituidas en sus bienes y derechos, e indemnizadas por los perjuicios sufridos²⁴.

Este artículo 16 aborda solamente la compensación por parte del infractor. Debe leerse conjuntamente con los artículos 4.1 e) y 9.1 a), que disponen que se aporte a la víctima la información necesaria sobre los diferentes caminos para poder solicitar la compensación e indemnización, poniendo de relieve el importante papel que tienen las autoridades en este ámbito.

La directiva obliga a los estados a garantizar una decisión judicial sobre la indemnización por parte del infractor, pero no recoge la responsabilidad subsidiaria de los Estados.

La Comisión Europea²⁵ ha desarrollado algunas directrices sobre cómo debe ser interpretada la directiva en esta materia. Algunas de sus conclusiones han sido que:

- Los Estados miembros deben aunar los diferentes modos de acceder a la compensación en uno sólo.
- La compensación es un factor clave para el proceso de recuperación de la propia víctima, por tanto, debe estar disponible de la manera más rápida posible. Esto lleva a que los procesos tanto legales como administrativos se lleven a cabo en un tiempo razonable.

²⁰ COMISIÓN EUROPEA. *op.cit.*, p.8.

²¹ VIDAL FERNÁNDEZ, B. *op.cit.*, p. 4.

²² CRUZ, L.M. "El derecho de reparación a las víctimas en el Derecho Internacional. Un estudio comparativo entre el Derecho Internacional de responsabilidad estatal y los principios básicos de reparación de víctimas de derechos humanos", *Revista de Derecho Público UNED*, 77, 2010, pp. 206.

²³ VIDAL FERNÁNDEZ, B. *op.cit.*, p. 6

²⁴ GÓMEZ COLOMER, J.L. "Los aspectos esenciales del proyectado estatuto jurídico de la víctima", *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, 37, 2015.

²⁵ EUROPEAN COMMISSION. "DG Justice Guidance Document related to the transposition and implementation of Directive 2012/29/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime, and replacing Council Framework Decision 2001/220/JHA", *European Commission*, December 2013, p. 37.

- Deben establecerse incentivos legales para que los infractores paguen la compensación a la víctima. Por ejemplo, tomándolo en cuenta como un elemento positivo en su reducción de condena, en el momento de antes del juicio, etc.

A partir del análisis realizado hasta ahora, vamos a abordar ahora las diferentes vías existentes para que la víctima de trata pueda conseguir esa compensación, indemnización y reparación, clave para su proceso de recuperación tanto física como psicológica.

2.2.1 Compensación en los procesos penales por parte del infractor

Según algunos análisis, la mayor parte de las reclamaciones de reparación se sustancian como indemnizaciones civiles en procesos penales²⁶, aunque existe un porcentaje considerable de reclamaciones realizadas por vía civil, particularmente en casos de explotación laboral.

La compensación debe cubrir tanto los daños materiales como los no materiales²⁷. Debe establecerse la naturaleza del daño sufrido y aportarse las pruebas que apoyen la producción de esos daños. A partir de todo ello, se debe realizar un informe con la compensación más adecuada para la víctima.

En relación con las pruebas que se deben presentar en causas penales es importante que la fiscalía tenga conocimiento especializado sobre la materia de trata de seres humanos y la medida del daño que produce en las víctimas. Como ya hemos dicho anteriormente, el juez tiene además un papel fundamental a la hora de establecer la cantidad, pero también es importante que los abogados que representen a víctimas trabajen con trabajadores sociales, psicólogos, y todas aquellas personas que pueden cumplir una función esencial a la hora de que la víctima testifique en los tribunales. Las ONGs, en este sentido, tienen un papel fundamental no solo durante el proceso, sino también antes y después del mismo. Las pruebas²⁸ que habitualmente se podrán aportar en este tipo de casos son los informes policiales, el testimonio de las víctimas, informes médicos o psicológicos, el testimonio de testigos como amigos, familiares, etc.

En los casos de explotación sexual, conseguir este tipo de pruebas puede ser particularmente difícil. También en los casos de explotación laboral, en los que la prueba de circunstancias como el tiempo que se estuvo realizando el trabajo dependerá de la declaración de testigos que suelen tener miedo de perder sus trabajos. Las dificultades probatorias aumentan aún más en casos en los que un gran número de personas fueron explotadas en diferentes momentos del tiempo, con diferentes medios. Un gran número de víctimas de explotación laboral trabajan como empleadas domésticas, un ámbito en el que es común la imputación de delitos de coacciones, detención ilegal, etc.

A la hora del cálculo monetario²⁹ de la indemnización adecuada al daño, se debe distinguir los daños materiales y los no materiales. En los daños morales, los factores que se suelen tener en cuenta son varios:

- Informe médico consecuencia de un daño físico y/o psicológico.
- Informe de un experto sobre la condición psicológica de la víctima.
- Informe de un experto sobre los riesgos de que siga continuando ejerciendo la prostitución.
- La duración de la explotación.

²⁶La Strada International, Justice at Last Policy Paper. "Documento de Análisis e incidencia política", Ámsterdam, noviembre de 2018, p. 4.

²⁷ La Oficina de Naciones Unidas contra la Droga y el Delito creo una tabla explicando que se consideran como daños materiales y no materiales (2009).

Algunos de esos daños materiales pueden ser el coste médico, físico, psicológico, tratamiento psicológico o psiquiátrico, la terapia ocupacional o la rehabilitación que sea requerida, etc. Sobre los daños no materiales son los llamados daños morales, pueden ser una lesión física o psicológica, dolor y sufrimiento que padeció, etc.

²⁸La Strada International, Legal assessment: "compensation practices", Amsterdam, October, 2018, pp. 20-22.

²⁹ La Strada International, Legal assessment: *op.cit.*, pp. 23-24.

- La edad de la víctima.
- El uso de violencia, amenazas, restricción de la libertad u otras circunstancias.
- El historial de la víctima y las circunstancias de la explotación.
- Indicadores del dolor y sufrimiento padecido.
- Principio de no enriquecimiento injusto por la indemnización de daños morales
- Tipo de explotación.

En el caso de los daños materiales, el tribunal o el juez suele tener en cuenta factores tales como:

- Cálculo de salarios impagados basado en el salario mínimo o el convenio de ese sector.
- El periodo del empleo, a través del cálculo del número de días trabajados, horas por día y las vacaciones.
- La pérdida de ingresos.
- El daño a la propiedad.
- El coste de tratamientos médicos.
- El coste de la terapia ocupacional o la rehabilitación.
- Los costes por ser parte en un procedimiento penal.

Con frecuencia las pruebas que han sido presentadas en el procedimiento son insuficientes³⁰ para poder determinar el daño sufrido, lo cual prolonga los procesos penales.

2.2.2. Compensación en los procesos civiles por parte del infractor.

Esta ruta para conseguir una indemnización monetaria puede darse cuando no se sustancia un proceso penal, cuando la víctima no fue identificada como víctima de trata de seres humanos o de crimen violento, o cuando se llevan a cabo los dos procesos en paralelo para aumentar las probabilidades de conseguir una compensación.

Según las conclusiones del proyecto *Justice at last* las compensaciones a través de los procesos civiles generalmente tienen una duración entre tres y seis años. Muchas víctimas tienen en cuenta la duración de ambos procedimientos a la hora de elegir a qué vía acudir.

En estos casos la víctima tiene que ser la parte demandante y suele enfrentarse a su traficante sin medidas de protección, como existen en los procesos penales (testigo protegido). Esta sería una de las grandes barreras que se puede encontrar a la vía civil, unida al cuestionamiento de sus declaraciones durante el procedimiento, la habitual circunstancia de residencia o empleo irregular, los altos costes de los procesos judiciales, etc. Para que la víctima pueda acceder a esta vía, se deben establecer mecanismos de asistencia jurídica³¹ para que todas aquellas víctimas de trata de seres humanos tengan pleno acceso al sistema judicial, sin necesidad de que esa labor recaiga sobre ONGs.

2.2.3 Compensación por parte de los Estados miembros

La *Convención Europea en Compensación sobre Víctimas de Crímenes Violentos*³² aborda la indemnización por parte de los Estados miembros. Esta forma de indemnización está recogida también por la *Directiva 2012/29/EU del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre de 2012 y la Directiva*

³⁰ Explanatory Report to the Council of Europe Convention against trafficking in Human Beings notes that: "If in proceedings against traffickers, the criminal courts are not empowered to determine civil liability towards victims, it must be possible for victims to submit their claims to civil courts with jurisdiction in the matter and Powers to award damages with interest".

³¹ En España, las víctimas de trata de seres humanos pueden acceder a la Asistencia Jurídica Gratuita, esta está regulada en la Ley 1/1996, de 10 de enero, de asistencia jurídica gratuita, entró en vigor el 12 de julio de 1996.

³² La Strada International, Legal assessment: *op.cit.*, p. 35.

2004/80/EC. Pese a ello, los distintos países miembros mantienen regímenes distintos de acceso a la compensación. Ese acceso se hace depender, habitualmente, de si la víctima ha sido identificada como víctima de trata de personas, o de delitos violentos (lo cual excluye los casos de explotación sin violencia). En muchos casos algunas formas de trata, como la explotación laboral o la mendicidad forzada, no tienen derecho a una compensación por parte de los estados.

En muchos casos, además, las víctimas no tienen residencia regular³³, siendo lo más frecuente que se trate de personas provenientes de terceros países³⁴ para ser explotadas dentro de las fronteras de la Unión Europea. Esta situación administrativa de irregularidad o su nacionalidad no debería ser en abstracto un obstáculo para compensación por parte de los Estados miembros, pero sin duda lo es, y muy serio, en la práctica.

La OSCE/ODIHR³⁵ ha elaborado una tabla con algunos de los criterios más comunes que los gobiernos tienen en cuenta para el acceso a esta modalidad de compensación. Esos criterios suelen diferenciar el tipo de delito que se haya cometido y el perfil de las víctimas. Algunos de ellos son los siguientes:

- Que sean crímenes violentos.
- Que se hayan producido daños corporales graves a la víctima
- Que se trate de un delito de violación, o un delito contra la libertad e indemnidad sexual.
- Que se trate de ciudadanos nacionales, de extranjeros con residencia legal en el país, o ciudadanos comunitarios.

Finalmente, según el estudio³⁶ realizado por *Justice at Last*, de los 60 casos que analizaron a nivel europeo, solo el 18% logro algún tipo de compensación. La diversidad de criterios de indemnización quedaba de manifiesto en la existencia de extremos, verificándose tanto indemnizaciones de cierta cuantía como otras claramente exiguas.

3. LA SITUACIÓN EN ESPAÑA: Normativa y su aplicación práctica.

Según diversos estudios³⁷, las víctimas de trata de personas que se encuentran en territorio nacional español son mayoritariamente mujeres. España cuenta con diferentes disposiciones legales para garantizar que esas víctimas de trata que se encuentran en territorio nacional puedan ejercitar su derecho a reclamar una indemnización, compensación o reparación por los daños que han sufrido.

Algunas de las normas que avanzaron en primer lugar en el reconocimiento de estos derechos fueron la *Ley 35/1995, de 11 de diciembre, de Ayuda y Asistencia a las Víctimas de delitos violentos y contra la libertad sexual*, desarrollada por el *Real Decreto 738/1997, de 23 de mayo*; la *Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor*; así como la *Ley Orgánica 1/2004, de 28 de diciembre, de Medidas de Protección Integral contra la Violencia*

³³ *Idem.* pp. 36-37.

³⁴ Grupo de Expertos contra el Tráfico de Seres Humanos del Consejo de Europa (GRETA) responsable de supervisar la aplicación del Convenio del Consejo de Europa sobre la Lucha contra la Trata de Seres Humanos por los Estados Parte. Realiza informes de evaluación de las medidas adoptadas por las Partes y cuales no respeten plenamente las medidas del Convenio.

³⁵ Organización para la Seguridad y la Cooperación en Europa (OSCE), tiene como objetivo mediar entre los estados miembros sobre la prevención y gestión de conflictos. Dentro de ella su principal institución es *The Office for Democratic Institutions and Human Rights* (ODIHR)

³⁶ PROYECTO ESPERANZA Y SICAR CAT. "Indemnización a víctimas de Trata, un derecho a conquistar", Madrid, 10 diciembre 2018.

³⁷ CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. "Estudio de investigación en materia de trata de seres humanos, que se presenta a la comisión de igualdad del Consejo General del Poder Judicial", febrero 2016, pp. 33.

de Género. Posteriormente, Con la finalidad de cumplir plenamente con la normativa comunitaria de la Directiva 2012/29/UE, se aprobó la *Ley 4/2015, de 27 de abril, del Estatuto de la víctima del delito*, que entró en vigor el 28 de octubre de 2015. Esta ley reconoce el derecho a la información, el derecho a la restitución, a la reparación y a la indemnización³⁸ de las víctimas. Se recogen las dos vías para obtener la indemnización, ya sea frente al delincuente o frente al Estado, y se establece la obligación de los fiscales de solicitar una indemnización a la víctima por parte del acusado.

La *Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo*³⁹ del Código Penal, delimitó el concepto de vulnerabilidad de las víctimas de trata teniendo, siguiendo lo dispuesto en la Directiva 2012/29/UE. La mayoría de las víctimas de trata de personas son mujeres extranjeras, por tanto, entra también en juego la *Ley Orgánica 4/2000, de 11 de enero, sobre derechos y libertades de los extranjeros en España* y su integración social. En el artículo 59 bis de esta Ley se reconoce el derecho de las víctimas de trata de seres humanos a la asistencia integral, independientemente de su situación administrativa, concediéndoles un periodo de restablecimiento y reflexión.

En la *Ley del Estatuto de la Víctima* podemos destacar, en primer lugar, el artículo 5.1.e) que establece el derecho a ser informado sobre las indemnizaciones a las que se tiene derecho y sobre qué procedimiento habría que seguir para poder obtenerlas. En segundo lugar, el artículo 14 sobre el reembolso de los gastos necesarios para el ejercicio de sus derechos y las costas procesales. En tercer lugar, el artículo 16, sobre el procedimiento para obtener justicia gratuita. En cuarto lugar, el artículo 17, donde se garantiza a las víctimas de delitos cometidos en otros Estados miembros de la Unión Europea el derecho a presentar las denuncias ante las autoridades españolas. Por último, el artículo 18, sobre el derecho a la devolución de bienes que son propiedad de la víctima. La Disposición Final Primera modificó la Ley de Enjuiciamiento Criminal⁴⁰ en sus artículos 109, 109 bis y 110, a efectos de la transposición de algunas de las disposiciones contenidas en la Directiva 2012/29/UE.

Pese a esta positivación del derecho, en la práctica, como se ha comentado anteriormente, las víctimas se enfrentan a muchas barreras y obstáculos para poder acceder a ese derecho, ya sea por no conseguir la información necesaria, o por no tener los medios para reclamar. Además, como se refleja en estudio del Consejo General del Poder Judicial sobre la Trata de personas, solamente es posible una indemnización por responsabilidad civil cuando existe una sentencia condenatoria. En caso de que en primera instancia ⁴¹ se produzca esa condena penal y una indemnización civil, pero luego en apelación se absuelva, quedaría además sin efecto la indemnización que en primera instancia haya establecido. En muchos casos las víctimas deciden no reclamar una indemnización civil, porque han vuelto a sus países de origen, están desaparecidas, sienten temor a posibles represalias por parte de las organizaciones criminales.

Según el informe del Consejo General del Poder Judicial a la hora de calcular las indemnizaciones se debe tener en cuenta el daño moral causado, teniendo que realizarse un análisis caso por caso, y elementos como el tiempo transcurrido de explotación, la edad de la víctima, las circunstancias personales de la propia víctima y de los explotadores, etc. Un ejemplo de determinación judicial de la compensación lo tenemos en la doctrina del Tribunal Supremo a la hora de fijar la

³⁸VIDAL FERNÁNDEZ, B. "Reparación de las víctimas ... p.8.

³⁹VARONA MARTÍNEZ, G. "El impacto de la política victimal de la Unión Europea en el sistema penal español: estudio particular de los efectos reales de la Directiva 2012/29/UE sobre derechos de las víctimas de delitos" en VV.AA. (Mata Barranco N. J. coord.), *Adaptación del derecho penal español a la política criminal de la Unión Europea*, Aranzadi, Pamplona, 2017, p. 557.

⁴⁰GARRIDO, L., VELOCCI, C., VALIÑO, C. *op.cit.*, p. 155

⁴¹SAP ZA 301/2011.

cuantía de la indemnización y parte del principio de plena indemnidad o reparación integral de los daños y perjuicios causados para realizar la determinación del quantum indemnizatorio. Sobre la indemnización de los daños morales se deja el arbitrio judicial en primera instancia. Se debe abarcar, en este sentido, los daños y perjuicios materiales y morales junto a su interés legal. Con frecuencia, como baremo para evaluar el daño se utiliza el establecido para los accidentes de circulación⁴².

En España, se garantiza formalmente a las víctimas de trata de personas el estatus de testigos protegidos⁴³, pero en la práctica los derechos procesales que ostentan como tales no siempre se respetan, provocando una segunda victimización. A esto hay que añadir que muchas de las infraestructuras de los juzgados y tribunales no tienen entradas separadas y salas de espera para evitar cualquier contacto con sus tratantes y su familia y amigos.

4. CONCLUSIONES.

En primer lugar, cuando desde el mismo momento de la identificación como potenciales víctimas se les debe informar sobre cómo acceder y ejercitar sus derechos. Las ONGs y lo profesionales que están en contacto directo con las víctimas, cumplen funciones esenciales para la eficacia de los procesos de reclamación e indemnización.

En segundo lugar, habría que reducir las barreras y obstáculos que en la práctica dificultan la eficacia de las indemnizaciones, compensaciones y reparaciones, no solo a nivel estatal, sino también comunitario. Los Estados deben proporcionar las herramientas necesarias para el acceso efectivo a este derecho.

En tercer lugar, se debería desarrollar más ampliamente normativa internacional sobre compensaciones, para armonizar la legislación interna. La Unión Europea debería elaborar una directiva específicamente sobre el derecho a la compensación, indemnización y reparación a las víctimas de trata, estableciendo unos mínimos comunes a la hora de desarrollar su legislación.

En cuarto lugar, resulta imprescindible establecer unos criterios comunes dentro de la Unión Europea en cuanto a la determinación de la compensación. El cálculo de los daños materiales como morales debe llevarse a cabo de forma objetiva, justa y adecuada. A nivel nacional, España debería seguir también unos baremos específicos o desarrollar aquellos que establezca la normativa de la Unión.

Por último, sería aconsejable la creación un fondo estatal de compensación para las víctimas de trata, así como un fondo europeo para casos transfronterizos, responsable subsidiariamente cuando un estado no pudiera hacerse cargo. Este fondo debe nutrirse con las sanciones impuestas y bienes decomisados en casos de trata.

5. BIBLIOGRAFIA

- ÁGUILA LARA PALACIOS, M. "La trata de seres humanos con fines de explotación sexual. análisis comparativo del marco jurídico internacional, nacional y local", *Revista Internacional de Pensamiento Político*, vol. 9, 2014.
- COMISIÓN EUROPEA. "Los derechos de las víctimas de la trata de seres humanos en la Unión Europea", *Oficina de Publicaciones de la Unión Europea*, Bélgica, 2013, pp.8.
- CONSEJO GENERAL DEL PODER JUDICIAL. "Estudio de investigación en materia de trata de seres humanos, que se presenta a la comisión de igualdad del Consejo General del Poder Judicial", febrero 2016.
- CORDERO. N, CRUZ. P y SOLÓRZANO.N. *Trata de personas, Dignidad y Derechos Humanos*, Sevilla, Arcibel, 2012.

⁴² SAP PO 1305/2015 y SAP CA 1563/2013.

⁴³ La Strada International, Legal assessment: *op.cit.*, p. 17.

- CRUZ, L.M. "El derecho de reparación a las víctimas en el Derecho Internacional. Un estudio comparativo entre el Derecho Internacional de responsabilidad estatal y los principios básicos de reparación de víctimas de derechos humanos", *Revista de Derecho Público UNED*, 77, 2010.
- EUROPEAN COMMISSION. DG Justice Guidance Document related to the transposition and implementation of Directive 2012/29/EU of the European Parliament and of the Council of 25 October 2012 establishing minimum standards on the rights, support and protection of victims of crime, and replacing Council Framework Decision 2001/220/JHA, 2013.
- GARRIDO, L., VELOCCI, C. Y VALIÑO, V. (Coord.) *Análisis socio jurídico de la trata con fines de prostitución forzada: herramientas para una intervención desde una perspectiva de Derechos*, Studio Combi, 2011.
- GÓMEZ COLOMER, J.L. "Los aspectos esenciales del proyectado estatuto jurídico de la víctima", *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, 37, 2015.
- HENAO, I.M. "Manual de abordaje, orientación y asistencia a víctimas de trata de personas con enfoque de género y de derechos", *Ministerio de Interior-Organización Internacional para las Migraciones (OIM)*, Colombia, 2012.
- HOYAS SANCHO, M. "El reconocimiento mutuo de las medidas de protección penal y civil de las víctimas en la Unión Europea: la Directiva 2011/99, Reglamento 606/2013, y su respectiva incorporación a los ordenamientos español y alemán", *Revista Aranzadi de Derecho y Proceso Penal*, 38, 2015.
- Informe de la Iniciativa Global contra la Trata de Personas UNGIFT. <https://www.unodc.org/lpo-brazil/es/trafico-de-pessoas/ungift.html>
- La Strada International, Justice at Last Policy Paper. "Documento de Análisis e incidencia política", Ámsterdam, noviembre de 2018.
- La Strada International, Legal assessment: "Compensation practices", Amsterdam, October, 2018.
- LÓPEZ MARTÍN, G.A. "Los derechos de las víctimas de violaciones manifiestas de Derechos Humanos en Derecho Internacional", *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLVII, 2014.
- MARTÍNEZ DE CAREAGA GARCÍA, C., SÁEZ RODRÍGUEZ, C.M., MARTÍNEZ TRISTAN, G. Y DÍAZ ABAD, N. (Coord.) *Guía de criterios de actuación judicial frente a la trata de seres humanos*, Consejo General del Poder Judicial, RALI, 1ª ed. 2018, Madrid.
- MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD. *Plan Integral de lucha contra la trata de mujeres y niñas con fines de explotación sexual 2015-2018*.
- OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO (UNODC). "Ley modelo contra la trata de personas", New York, 2010.
- PROYECTO ESPERANZA Y SICAR CAT. "Indemnización a víctimas de Trata, un derecho a conquistar", Madrid, 10 diciembre 2018. <https://www.proyectoesperanza.org/indemnizaci%C3%B3n-a-v%C3%ADctimas-de-trata-un-derecho-a-conquistar-2/>
- UNODC: Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, "Algunos datos relevantes sobre la trata de personas". <https://www.unodc.org/documents/lpo-brazil/sobre-unodc/Fact Sheet Datos Trafico de Pessoas geral ESP.pdf>
- VARONA MARTÍNEZ, G. "El impacto de la política victimal de la Unión Europea en el sistema penal español: estudio particular de los efectos reales de la Directiva 2012/29/UE sobre derechos de las víctimas de delitos" en VV.AA. (Mata Barranco N. J. coord.), *Adaptación del derecho penal español a la política criminal de la Unión Europea*, Aranzadi, Pamplona, 2017, p. 557.
- VIDAL FERNÁNDEZ, B. "Reparación de las víctimas del delito en la Unión Europea: Tutela por el Tribunal de Justicia de la UE del Derecho a la Indemnización", *Revista de Estudios Europeos*, 66, 2015.

A população indígena e seus reflexos no direito internacional contemporâneo

Indigenous Population and Their Reflections on Contemporary International Law

Isabela Moreira do N. Domingos¹

Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR), Brasil.

Sumário: Introdução. 1. Dominação e colonialismo e suas implicações no cenário internacional. 1.2. Os estudos das *twail* no pós-colonialismo. 2. O direito internacional e a autodeterminação dos povos indígenas. 2.1. Importantes marcos legislativos para a defesa dos povos indígenas. 3. Os povos da Amazônia. 3.1 Constitucionalismo e direitos dos povos indígenas. 4. Considerações finais. Referências.

Resumo: A presente pesquisa visa abordar a colonização da América Latina, em especial o processo histórico de dominação sobre o solo brasileiro e suas implicações para a comunidade indígena. A partir do estudo promovido pelas *TWAIL*, é possível identificar que as relações de subordinação do passado ainda interferem na composição do direito internacional contemporâneo, prevalecendo a hegemonia de países tidos como desenvolvidos em detrimento do Terceiro Mundo. A metodologia desenvolvida foi a hipotética dedutiva, através da análise bibliográfica, legislativa, com o uso de reportagens acerca do tema. Assim, a pesquisa busca as raízes do movimento de negação e violência em face dos direitos humanos dos povos da Floresta Amazônica.

Palavras-chave: Sustentabilidade, Colonialismo, Direitos Humanos, Direito Internacional, Ecocídio.

Abstract: The present research aims to address the colonization of Latin America, especially the historical process of domination over Brazilian soil and its implications for the indigenous community. From the study promoted by the *TWAIL*, it is possible to identify that the relations of subordination of the past still interfere in the composition of contemporary international law, prevailing the hegemony of countries considered as developed to the detriment of the Third World. The methodology developed was the hypothetical-deductive, through the bibliographical, legislative analysis, with the use of reports about the theme. Thus, the research looks for the roots of the movement of denial and violence against human rights of the peoples of the Amazon Forest.

¹ Mestranda (Bolsista CAPES) em Direito Econômico e Sustentabilidade pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUCPR). Pós-Graduada em Direito Penal Econômico pela Fundação Escola do Ministério Público do Estado do Paraná (FEMPAR). Graduada em Direito pelo Centro Universitário Curitiba (UNICURITIBA). Membro do Núcleo de Pesquisas em Políticas Públicas e Desenvolvimento Humano (NUPED/PUCPR). Integrante do Observatório sobre Direito à Saúde e Cidadania (UNICURITIBA|CNPq). Advogada. E-mail: isabela.mdomingos@gmail.com

Key words: Sustainability, Colonialism, Human Rights, International Law, Ecocide.

INTRODUÇÃO

O direito internacional sofreu diversas influências dos processos hegemônicos de exploração econômica de países tidos como não civilizados. No presente, a denominação terminológica foi alterada para nações “desenvolvidas” e “subdesenvolvidas”, esta última carrega as cicatrizes do domínio colonial e imperial.

Os indivíduos mais afetados por essa assimetria nas relações de poder do mundo globalizado, são os que habitam em países de Terceiro Mundo, seja pela ineficiência da gestão governamental na promoção de direitos básicos como saúde, educação, moradia e emprego, como na proliferação de multinacionais que atuam na exploração de recursos naturais.

Nesse sentido, o Brasil para alcançar índices globais de desenvolvimento tem apostado na presença de multinacionais para a exploração de suas riquezas, se distanciando gradativamente da ética e do desenvolvimento sustentável, o que afeta diretamente as comunidades ribeirinhas, população indígena, quilombola e habitantes das cidades onde as empresas atuam.

O problema tem chamado atenção das organizações internacionais para a proteção dos direitos humanos, sobretudo, das comunidades indígenas que estão sendo aniquiladas por meio do processo de colonização.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH), com sede em San José, na Costa Rica, é o órgão responsável por decidir acerca dos direitos indígenas na perspectiva internacional.

Segundo os pesquisadores da *TWAIL*², a interpretação tradicional do direito internacional é limitada, é preciso ampliá-la, dando voz ao constitucionalismo Latino-Americano³, que se desvincula da imposição hegemônica de costumes eurocêntricos, partindo do pressuposto de uma nova identidade cultural.

Diante do exposto, a pesquisa visa analisar as peculiaridades da população indígena na Floresta Amazônica e os desafios para interpretação dos direitos humanos⁴ em consonância com o ordenamento constitucional vigente, a partir da metodologia hipotético-dedutiva para a confirmação das hipóteses ora apresentadas.

1. DOMINAÇÃO E COLONIALISMO E SUAS IMPLICAÇÕES NO CENÁRIO INTERNACIONAL

Os direitos humanos podem ser reconhecidos como princípios para a humanidade do século XXI. Nesse período, ocorre a reformulação das concepções econômicas, políticas e jurídicas pela via da globalização da racionalidade capitalista, o que se verifica é a busca pelo poder, riqueza e competitividade⁵. Os bens naturais

² As *Twail* buscam descrever um conjunto de fenômenos sociais inerentes ao direito internacional, justiça, ordem e instituições, cuja proposta é difundir o compromisso ético com o Terceiro Mundo, o seu método consiste na remodelação dos direitos humanos e crítica à concepção individualista de leis e instituições internacionais que trabalham para a manutenção da ordem global desigual. (OKAFOR, O. C. “Critical Third World Approaches to International Law (TWAIL): Theory, Methodology, or Both?”. *International Community Law Review*, n. 10, 2008, p. 371-378.).

³ AFONSO, H. W.; MAGALHÃES, J. L. Q. “Para contar as outras histórias: direito internacional e resistência contra-hegemônica no terceiro mundo”. *Rev. Fac. Dir. Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 29, n. 1: 155-182, jan./jun. 2013.

⁴ A construção do sistema jurídico não deve ser fruto ideológico dos grupos hegemônicos do corpo social. (SOUZA-LIMA, J. E. de; MACIEL-LIMA, S. M. de. “Contours of The Legal Knowledge: The Scientific Validity of The Field”. *Revista Jurídica*, vol, 02, n. 47, Curitiba, 2017, p. 433-467.).

⁵ O modelo de produção capitalista ampliou a desigualdade e impulsionou a exploração econômica sobre o meio ambiente, afetando as comunidades que necessitam dos recursos naturais para a sua subsistência. (DOMINGOS, I. M. N. ; GUARAGNI, F. A. . “Programas de Compliance para prevenção de riscos ambientais”. (LEITE, F. P. A.; SANTOS, J. P. Orgs.).

vêm sendo reduzidos paulatinamente, ao passo que as necessidades humanas de uns prevalecem sobre grupos minoritários e em situação de vulnerabilidade social, econômica e ambiental.

Essa desigualdade advém do sistema de conferências e das regulações sobre a guerra, o comércio e o uso de rotas marítimas que legitimaram o domínio europeu em desfavor da periferia colonial. A desigualdade possui herança da subordinação imposta aos países de Terceiro Mundo através do colonialismo e neocolonialismo. O passado colonial acabou refletindo na dependência com os antigos e novos centros imperiais⁶.

Não se deve negar as interferências do passado imperial sobre os efeitos estruturais do direito internacional contemporâneo⁷. Nessa ótica, o colonialismo é visto como um projeto imperialista que utilizou da conquista e da administração colonial para assentar terras e controlar a população marginalizada⁸.

Verifica-se que o imperialismo oportunizou a expansão dos poderes coloniais com o objetivo de usurpar as riquezas e recursos dos países explorados. A partir disso, é possível que as grandes potências realizem o controle da vida social e política dos territórios estrangeiros considerados como atrasados no ramo social, econômico e tecnológico, o que justificaria a interferência, camuflada de auxílio, para o alcance de padrões aceitáveis de “civilização” e desenvolvimento⁹.

A descolonização se torna um meio de soberania jurídica das nações europeias, desencadeando mecanismo de exclusão sobre aqueles considerados incivilizados (atualmente denominado de países subdesenvolvidos).

Sobre isso, Meneses afirma que o colonialismo surge como um processo de segregação entre os povos, diferenciando as civilizações modernas do ocidente civilizado e o resto do mundo como selvagem e bárbaro¹⁰.

Esse padrão de civilização foi capaz de permitir a extensão do Ocidente cristão, além de servir como base para a expansão imperial e colonial, referente a segunda metade do século XIX na África, Ásia e Oceania¹¹. Os povos civilizados traçaram como objetivo o compromisso de desbravar e domesticar o mundo, nos moldes do direito internacional europeu¹².

O tratado de Paz de Vestfália (1648) contribuiu para a modificação do direito internacional¹³, pois fez cessar parte significativa das guerras religiosas na Europa. Com a reforma protestante desempenhada por Martinho Lutero (no séc. XVI), é desenvolvido o sistema de soberania dos Estados, para estabelecer os princípios da liberdade de religião, igualdade jurídica entre as Nações, respeito a territorialidade e a noção de não intervenção.

Direito e sustentabilidade I [Recurso eletrônico on-line]. 1ed. Florianópolis: CONPEDI, 2017, v. 1, p. 170-185.).

⁶ ANGHIE, A.; KOSKENNIEMI, M.; OXFORD, A. *Imperialismo y Derecho Internacional: Historia y Legado*. Estúdio premilinar: ESLAVA, L.; OBREGÓN, L.; URUEÑA, R. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana. 2016, p. 21.

⁷ Ibidem., p. 18-19.

⁸ De acordo com Hannah Arendt, o imperialismo é considerado uma dominação totalitária de grupos hegemônicos sobre as camadas sociais exploradas, considerando como um dos primeiros passos do domínio político burguês. (ARENDT, H. *The Origins of Totalitarianism*. New York: Harcourt Brace Jovanovich, 1973, 150-151.).

⁹ ANGHIE, A.; KOSKENNIEMI, M.; OXFORD, A. *Imperialismo y Derecho Internacional: Historia y Legado*. Estúdio premilinar: ESLAVA, L.; OBREGÓN, L.; URUEÑA, R. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana. 2016, p. 20-21.

¹⁰ MENESES, M. P. G. "O 'indígena' africano e o colono 'europeu': a construção da diferença por processos legais", *e-cadernos ces* [Online], 07 | 2010, colocado online no dia 01 março 2010, consultado a 15 janeiro 2019. URL: <http://journals.openedition.org/eces/403>; DOI: 10.4000/eces.40.

¹¹ REMIRO BROTONS, A. et al. *Derecho Internacional: curso geral*. Valência: Tirant lo Blanch, 2010, p. 48.

¹² Ibidem, p. 126-128.

¹³ ANGHIE, A. *Imperialism, Sovereignty and The Making of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007, p. 12-30.

O direito internacional se torna regulado, a fim de garantir a soberania entre os Estados-nação. O tratado de Vestfália foi importante para a construção da ordem jurídica internacional, pois despertou a sensibilidade entre os pesquisadores do direito internacional, com fins de progresso social, previu a responsabilidade dos Estados, bem como mediou os conflitos entre o individual e o coletivo, a especulação abstrata e ação política¹⁴.

Em 1919, o Tratado de Versalhes deu termo à Primeira Guerra Mundial e criou a Liga das Nações, composta por Secretariado, Assembleia Geral e Conselho Executivo, cuja sede era localizada em Genebra, na Suíça¹⁵. A Liga das Nações não foi capaz de evitar a Segunda Guerra Mundial (1939 a 1945), sendo posteriormente extinta e dando lugar a Organização das Nações Unidas (ONU), que foi solidificada no cenário internacional com a Declaração Universal dos Direitos Humanos de 1948.

A proteção dos direitos aos povos indígenas começa ser integrada no ordenamento jurídico nacional e internacional, com o intuito de estabelecer o direito à igualdade e a proibição de discriminação dos silvícolas.

1.2. Os estudos das *TWAIL* no pós-colonialismo

O período pós-colonial foi integrado na pauta dos direitos humanos e no ordenamento constitucional, contudo, a base do sistema jurídico internacional precisa ser aperfeiçoada, para o efetivo respeito à soberania dos países periféricos.

Nessa linha de pensamento, os pesquisadores da *TWAIL* e os juristas nacionais necessitam tecer um olhar crítico sobre a formação do direito internacional, isto significa lidar com posições no campo da ética, possibilitando a reflexão acerca da influência do passado no mundo contemporâneo¹⁶.

Percebe-se, que é por intermédio da globalização da informação, que ocorre a expansão da economia de livre mercado¹⁷, haja vista que são instaladas novas estruturas jurídicas que dão vasão para o direito internacional contemporâneo.

A abordagem do Terceiro Mundo se relaciona com o movimento intelectual do *Third World Approach to International Law – TWAIL*, por entender a limitação dos direitos humanos e a urgência de efetivar as demandas sociais, visando a emancipação de grupos marginalizados, de tal forma, que não é possível permitir a replicação da violência colonial¹⁸.

Os pesquisadores da *TWAIL* não buscam renegar a história do direito internacional, mas justamente visam admitir que as relações atuais ainda encontram

¹⁴ KOSKENNIEMI, M. *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001, p. 17-19.

¹⁵ RANIERI, N. *Teoria do Estado: Do Estado de Direito ao Democrático de Direito*. 2. Ed. Barueri: Manoele, 2019. p. 190.

¹⁶ Trata-se da ética de responsabilidade do historiador do direito internacional, acerca da interferência do domínio colonial e das ideias hegemônicas, que afetaram a construção da ordem internacional. É preciso não apenas replicar o conhecimento, mas produzir críticas às doutrinas imperialistas, a fim de construir alternativas para a solução dos problemas presentes. (GALINDO, G. R. B. "Para que serve a história do internacional?", *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 1, p. 338-354, 2015.).

¹⁷ A ordem econômica do Brasil é fundada na valorização do trabalho e na livre iniciativa, envolve a autorregulação do mercado, observada a função social da propriedade (art. 186 da CRFB/88) e responsabilidade social corporativa, em relação aos impactos (externalidade negativas de sua atividade) no meio ambiente e na saúde da população.

¹⁸ O movimento intelectual *TWAIL* nasceu de uma conferência acadêmica junto a Harvard Law School, no ano de 1997, contudo, Ramina aduz que esse pensamento teve como ponto de partida o ano de 1955, por meio da conferência de Solidariedade Afro-Asiática de Bandung, cuja proposta era engajar o Movimento de Países Não Alinhados - MNA, realizado na Conferência seguinte, em Belgrado, antiga capital da Iugoslávia. (RAMINA, L. "TWAIL – Third World Approaches to International Law and human rights: some considerations", *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 261-272, jan./abr. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i1.54595.).

uma estrutura colonial de desigualdade e subordinação. Para avançar sobre esse tema, é preciso reconhecer a soberania de países apontados como subdesenvolvidos ou em desenvolvimento¹⁹, ainda que a sua economia não seja relevante no espaço internacional, não se pode negar a pluralidade étnica e cultural e a biodiversidade dessas nações.

Historicamente, os pesquisadores da *TWAIL* têm se preocupado com os povos africanos e asiáticos, entretanto, também se verifica a discussão voltada para a região latino-americana, em razão da desigualdade alarmante sofrida nesses países²⁰. Problema presente nos centros urbanos e periferia, como também nas dificuldades vivenciadas pelos povos indígenas e quilombolas. Infelizmente esses grupos étnicos vêm perdendo espaço para o agronegócio e pela exploração irracional dos biomas.

Por meio dessa abordagem, é possível verificar que os povos indígenas eclodiram novas reflexões para o direito internacional.

No entanto, apesar do movimento *TWAIL* considerar que o colonialismo do passado ainda interfere no desenvolvimento dos territórios do terceiro mundo, pouco se fala sobre os grupos indígenas tradicionais.

Essa limitação na teoria *TWAIL* se deu pela forte desculturalização e pela carência de uma doutrina própria, ou seja, construída pelos pensadores que habitam em países de Terceiro Mundo²¹.

Insta salientar que o uso do termo países de Terceiro Mundo ao invés de países subdesenvolvidos, se justifica pelo contato com as pesquisas *TWAIL* acerca da construção do ordenamento jurídico internacional²².

Portanto, é possível identificar que o termo “Terceiro Mundo” está desprendido da ideia tradicional de nações atrasadas pelo simples fracasso social e econômico, mas, para assimilar as externalidades negativas da pobreza, como reflexo da opressão e exploração hegemônica das grandes potências sobre países periféricos²³.

Essa perspectiva crítica em face da concepção clássica do direito internacional, requer que os países historicamente excluídos, sejam protagonistas na elaboração e aplicação do direito internacional, pois de nada adianta o Terceiro Mundo ser dotado de soberania e independência, se ainda sofre com a falta de

¹⁹ A participação do Terceiro Mundo na construção democrática do direito internacional contemporâneo possibilita o “giro descolonial”, na medida que ressignifica a interpretação do próprio direito para inclusão de grupos historicamente excluídos, na formação dos atos decisórios da comunidade internacional. (DAL RI JUNIOR, A.; BIAZI, C. A. S. M.; ZIMMERMANN, T. S. “O direito internacional e as abordagens do “terceiro mundo”: contribuições da teoria crítica do direito”, *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, v. 62, n. 1, jan./abr. 2017, p. 61 – 81. ISSN 2236-7284. Disponível em: < <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/47216>>. Acesso em: 10 fev. 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v62i1.47216>).

²⁰ FRANCO, F. C. de O. “Oportunidades e desafios das *TWAIL* no contexto latino-americano a partir de perspectivas dos povos indígenas ao direito internacional”. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, 2015, p. 226-244.

²¹ A população indígena enfrenta um *plus* de opressão vivenciado pelo Terceiro Mundo, haja vista o domínio territorial em larga escala de madeireiras, empreiteiras e o agronegócio, além da sofisticação de armas de destruição em massa (armas nucleares, químicas e biológicas). (PHILLIPS, V. “Indigenous Peoples and the Role of the Nation-State”, *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, Vol. 101, mar. 28-31, 2007, p. 319-323.).

²² Diante do exposto, verifica-se a ordem hierárquica da comunidade internacional e a importância de pesquisas que visam transpor uma nova hermenêutica do direito internacional, sob o viés emancipatório do Terceiro Mundo. (FRANCO, F. C. de O. “Oportunidades e desafios das *TWAIL* no contexto latino-americano a partir de perspectivas dos povos indígenas ao direito internacional”. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, 2015, p. 226-244.

²³ MUTUA, M. “What is *TWAIL*?”. *Proceedings of the Annual Meeting*, 94, 2000, p. 31-38. p. 31-39.

autonomia e embargos econômicos gerados pelas grandes potências²⁴, tornando-se alvo do domínio de mercado, o que dificulta o crescimento das empresas locais.

Os Estados devem participar de forma mais igualitária e solidária, para que os países do Terceiro Mundo possam se emancipar da supremacia das grandes potências.

Dessa forma, as nações que foram enriquecidas por políticas colonialistas, aplicaram a reorganização da produção em alta escala, promovendo, assim, a desregulação e privatização, além da redução de direitos trabalhistas. Nota-se que são políticas de cunho neoliberal que afrontam os direitos humanos, menosprezando lutas sociais e as normas de proteção ambiental²⁵.

A conturbada formação social da América Latina serviu de óbice para a solidificação de direitos humanos. Nessa sequência, Herrera Flores propõe a superação da forma tradicional (liberal) da aplicação de direitos humanos, por considerar a interpretação tradicional homogênea e hierarquizada, ao mesmo tempo, o autor alerta para o movimento de sobreposição de direitos individuais em detrimento dos direitos coletivos²⁶.

Para desconstruir a imposição colonial, é necessário ressignificar conceitos, disponibilizar espaços de luta pela dignidade e solidariedade entre povos, dar voz aos oprimidos, superando a perspectiva tradicional do direito internacional, abrindo portas para uma relação mais equilibrada e democrática entre as elites nacionais e os países de Terceiro Mundo.

Manifesta-se, nesse contexto, a diferença hierárquica na dominação colonial no Brasil. O passado vem à tona para demonstrar que os índios foram tratados como inferiores, ou seja, eram vistos por determinadas elites, como espécie humana tida como atrasada, que necessitava da salvação de alma pela doutrinação cristã.

Apesar dos avanços legislativos, a visão eurocêntrica de imposição de valores e práticas em face de comunidades indígenas tem sido fortemente reiterada. Situação que pode vincular a atuação dos organismos internacionais, se ficar caracterizado ofensa aos direitos humanos e genocídio.

Quanto a negação da cultura dos povos tradicionais, percebe-se que a conexão do indígena com a sua terra, é diferente da relação de propriedade do homem branco, pois para o primeiro, o vínculo é materno e espiritual,²⁷ enaltecendo a mãe terra e deuses da floresta como forma de ligação com os seus antepassados.

A perspectiva cultural do indígena foi extirpada do processo legislativo internacional, colocando o índio em situação excluída, para o benefício das atividades de exploração ambiental.

Atualmente, a violência persiste, há conflitos de interesses acerca da remarcação das terras indígenas. De tal modo, a legislação dos Estados se torna

²⁴ DAL RI JUNIOR, A.; BIAZI, C. A. S. M.; ZIMMERMANN, T. S. "O direito internacional e as abordagens do "terceiro mundo": contribuições da teoria crítica do direito", *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, v. 62, n. 1, jan./abr. 2017, p. 61 – 81. ISSN 2236-7284. Disponível em: < <https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/47216>>. Acesso em: 10 fev. 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v62i1.47216>.

²⁵ Como se observa, a colonialidade contemporânea é vista sobre três prismas, no domínio do: a) *poder*, no qual abrange o controle político e econômico; b) *saber* (domínio intelectual como padrão hegemônico de ensino, desconsiderando a história dos países de Terceiro Mundo); c) *ser*, este se refere a subjetividade, padronização de papéis sociais, sem levar em conta a cultura e costumes de outros povos. (MIGNOLO, W; MALDONADO-TORRES, N.; SHIWY, F. Orgs.), (*Des*) *Colonialidade del ser y del saber. Videos indígenas y los límites coloniales de la Izquierda en Bolivia*. Buenos Aires: Del Signo 2006. p. 11-16.).

²⁶ FLORES, J. H. "Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência", *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, p. 9-30, jan. 2002, p. 33-35.

²⁷ MARTINS, T. A. U. *Direito ao pão novo: O princípio da dignidade humana e a efetivação do direito indígena*. São Paulo: Pillares, 2005, p. 137.

insuficiente para a proteção dessas comunidades, abrindo espaços para o funcionamento de hidroelétricas, petroleiras e mineradoras²⁸.

Apesar de se tratar de uma atividade aprovada pelo trâmite da licença ambiental, há empresas que não atuam de forma responsável, causando dano à fauna e flora e escassez dos recursos naturais, sobre a justificativa de desenvolvimento econômico regional.

Como já noticiado, os animais acabam evadindo o local pela poluição e morte dos rios e pelo constante desmatamento da floresta por garimpeiros. Tal situação reflete no abandono da terra indígena, em busca de uma melhor oportunidade de vida na cidade, deixando a floresta livre para exploração ilícita.

Portanto, somente com o respeito à vida, soberania e integridade territorial das nações, é possível que o direito internacional contemporâneo rompa a tradição violenta contra grupos étnicos marginalizados e consiga implementar novas alternativas para a organização jurídica internacional, em consonância com os fundamentos da dignidade humana e a proteção ambiental.

2. O DIREITO INTERNACIONAL E A AUTODETERMINAÇÃO DOS POVOS INDÍGENAS

No que diz respeito a colonização espanhola nas terras da América, foi realizada durante os séculos XV e XVI, o período foi marcado pelo afrontamento, imposição cultural e jurídica. Os nativos foram rotulados de selvagens e brutos, sendo retirados os direitos de propriedade, liberdade e religiosidade.

O massacre contra os índios consistiu na catequização forçada, escravidão, guerras entre as tribos (pela briga entre espaço) e na difusão de doenças do não-índio, como varíola, sarampo e gripe, resultando no extermínio de sociedades indígenas inteiras.

Posto isto, os espanhóis foram conhecidos pela sua crueldade contra grupos étnicos, com a morte de mais de 70 milhões de ameríndios, época em que a ganância pelo ouro e especiarias foram camufladas pela catequização, a violência não poupava mulheres e nem crianças²⁹.

Na defesa das minorias, ressalta-se a importância do teólogo Francisco de Vitória (1483-1546), fundador da Escola de Salamanca, pois foi um dos primeiros pensadores do século XV e XVI que elencou a natureza dos povos indígenas como sujeitos livres, dotados de direito de propriedade³⁰.

Desse modo, os índios são considerados como legítimos detentores de suas terras, práticas culturais, linguagem e crenças antes da chegada da Igreja, dos Espanhóis e da própria noção de Estado soberano.

Francisco de Vitória também foi considerado um dos fundadores do direito internacional, vez que elencou a primeira noção de soberania, questionando a legitimidade da conquista dos Europeus em face das suas colônias³¹.

²⁸ No Brasil, após o rompimento das barragens de minério nas cidades de Mariana (2015) e Brumadinho (2019), ambas catástrofes ocorridas no Estado de Minas Gerais, é provável que os órgãos competentes decidam pela não remarcação das terras indígenas, por considerar os riscos de atividades econômicas sobre às terras situadas em áreas de preservação, evitando assim, consequências ambientais e o extermínio da população silvícola, quilombola e ribeirinha, que depende dos recursos naturais para a sua sobrevivência.

²⁹ CARVALHO, L. d. **Direito e barbárie na conquista da América indígena**. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/download/7024/5000>>. Acesso em 05 jan. 2019.

³⁰ Francisco de Vitória refutou a argumentação do Rei e do Papa, aduzindo que o Monarca e a Igreja não eram detentores do poder de legislar em prejuízo dos povos indígenas (SILVA, P. O. e. "Causa dos índios e direitos dos povos. Significado do contributo de Francisco Vitória para a filosofia do Direito", *Mediævalia*. Textos e estudos, 30, p. 139-162, 2011.).

³¹ Vitória percebe a cultura do índio como diferente da europeia, que posteriormente, será subjugada no âmbito jurídico e teológico. (SILVA JUNIOR, A. R. da. "Representações dos Povos Indígenas em Francisco de Vitória e as Origens Etnocêntricas do Direito Internacional Moderno.". *Seqüência* (Florianópolis), n. 80, p. 151-178, dez. 2018.).

O autor teceu críticas ao sistema de domínio dos espanhóis sobre as Américas, pois ainda que o índio tivesse *status de bárbaro* não-civilizado, era necessário reconhecer a sua humanidade³².

Em linha similar, Bartolomé de Las Casas (1474-1566) lutou pelo fim da evangelização dos povos indígenas, desconstruindo a teoria de superioridade do homem branco-europeu e o da incapacidade dos povos indígenas³³.

Contrariando a visão aristotélica de servidão natural, Las Casas buscou comprovar de todas as formas que os índios não eram animais e muito menos bárbaros, mas seres humanos de valor, dotados de uma cultura diferente da europeia. Para o autor, não eram legítimos os castigos, os trabalhos forçados e a imposição do cristianismo europeu sobre os povos indígenas.

Contudo, somente em 1512, contrariando o rei da época, foi elaborado a Lei de Burgos³⁴, composta por trinta e cinco artigos que previam direitos aos índios, referente a liberdade de trabalhar e habitar em suas propriedades, para que o Estado espanhol cumprisse os direitos trabalhistas e de personalidade, garantindo-lhes o direito à educação, para os filhos dos caciques de até 13 anos de idade, sob a responsabilidade e assistência dos padres franciscanos³⁵.

Destarte, Las Casas desenvolveu a *Ley Nuevas* (Lei Novas de 1543) para a proteção das minorias à época (crianças, índios e mulheres). O elemento importante da referida lei, consistiu no reconhecimento da liberdade dos índios, ainda que fossem considerados como súditos livres do rei espanhol e ainda, recebessem instrução religiosa, jamais poderiam ser vistos como escravos ou denominados de inferiores³⁶.

Os princípios referentes aos direitos da pessoa contribuíram para que o rei da Espanha (Felipe II) proibisse a escravidão que ocorria durante o século XVI, firmando o tratado de Paz de *Acobamba* (1569)³⁷, objetivando a igualdade de soberania entre o povo espanhol e o povo indígena.

2.1. Importantes marcos legislativos para a defesa dos povos Indígenas

A instrumentalização dos direitos dos povos indígenas no cenário internacional ganhou força a partir da Declaração Universal dos Direitos Humanos (1948), que posteriormente, desencadeou novos ordenamentos jurídicos de

³² Idem.

³³ LIMA, G. L. da S. P. *Bartolomé de Las Casas e a gênese dos direitos humanos na ocupação da América Latina*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=14b7500e05709662>>. Acesso em: 05 jan. 2019.

³⁴ A Lei de Burgos foi reconhecida como o primeiro ordenamento jurídico que previu obrigações dos colonos espanhóis na América, atuando em favor das comunidades indígenas (CARVALHO, L. B. de. "Direito e barbárie na conquista da América indígena". *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, PR, Brasil, p. 1-17. dez. 2005.).

³⁵ LIMA, G. L. da S. P. *Bartolomé de Las Casas e a gênese dos direitos humanos na ocupação da América Latina*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=14b7500e05709662>>. Acesso em: 05 jan. 2019.

³⁶ Las Casas reconhece o primeiro esboço da dignidade do trabalho humano, que deve ser suportável, isto é, com a previsão de descanso durante o dia e no decorrer do ano, mediante ao devido pagamento de salário. A Lei Novas previu a convivência harmônica entre índios e colonos, não sendo negado casa e bens próprios ao povo nativo (LEMBO, C. *A pessoa: seus direitos*. Barueri, SP: Manole, 2007. p. 79.).

³⁷ Dentre os pontos do Tratado de Paz *Acobamba*, destacam-se: a) o reconhecimento da soberania dos povos indígenas, partindo da hipótese de igualdade entre índios e espanhóis; b) legitimidade da vontade do índio; c) aceitação da governabilidade do índio pelos seus legítimos senhores; c) aceitação da subordinação do índio ao Rei espanhol. Veja-se que a subordinação deixa de ser cultural e passa a ser reproduzida no âmbito jurídico. (RUIZ, Rafael. *Francisco de Vitória e os direitos dos índios americanos: a evolução da legislação indígena espanhola no século XVI*. Porto Alegre: PUCPR, 2002. p. 177-178.).

proteção: i) Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (1966)³⁸; ii) Convenção Americana de Direitos Humanos (1969)³⁹; iii) Convenção 169 da OIT sobre Povos Indígenas e Tribais de 1989⁴⁰, visando garantir o direito à diversidade cultural, o equilíbrio ecológico, além da harmonia social, cooperação e compreensão internacional; iv) Convenção sobre a Diversidade Biológica (1992); v) Convenção sobre a proteção e promoção da diversidade das expressões culturais (2005)⁴¹.

Em 2007, a ONU aprovou a Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas, com o lapso temporal de 22 anos para ser aprovada, obtendo quatro votos desfavoráveis (Austrália, Canadá, Estados Unidos e Nova Zelândia) e 143 votos a favor⁴².

A Declaração serve como *guideline* para elaboração de outros instrumentos internacionais e leis nacionais para a promoção da igualdade de direitos, autodeterminação dos povos indígenas e a proibição de discriminação.

O que se pretende com a Declaração é o efetivo consentimento entre os povos indígenas e o Estado nas deliberações que afetem o seu território, fazendo valer as reivindicações e demais necessidades dos índios⁴³.

Com isso, os povos indígenas conquistam mais autodeterminação no manejo de suas terras, com intuito de elaborar as prioridades e estratégias que visem o desenvolvimento ou a utilização dos recursos minerais e hídricos (art. 33).

Diante da referida Declaração, fica estabelecido entre as Nações pactuantes, o dever de consulta e a cooperação de boa-fé com os povos indígenas antes de qualquer aprovação de projetos que interfiram em seus ou bens naturais (art. 32.2).

Quanto aos aspectos tradicionais da cultura nativa, a Declaração dos Direitos dos Povos Indígenas prevê a preservação da cultura para que não ocorra a

³⁸ O Pacto Internacional de Direitos Econômicos, Sociais e Culturais previu que todo povo de uma nação possui o direito de se autogovernar, realizando a suas escolhas e preservando a cultura tradicional sem a intervenção externa. Em virtude desse direito, os povos indígenas determinam livremente seu estatuto político e social e asseguram livremente seu desenvolvimento econômico, social e cultural. (BRASIL. *Decreto n. 591/1992*. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em 05 jan. 2019.).

³⁹ O Pacto de São José da Costa Rica é dividido em: a) Deveres dos Estados e Direitos Protegidos; b) Meios da Proteção; c) Disposições Gerais e Transitórias. Os Estados-Partes ficam condicionados aos direitos e liberdades reconhecidas pela Convenção, para garantir a liberdade dos indivíduos, sem qualquer tipo de discriminação, por motivo de raça, cor, sexo, idioma, religião, ideologia política ou de qualquer outra natureza, origem nacional ou social, aspecto econômico, nascimento ou outra condição social (relacionado ao princípio *pro homine*, ou seja, em conflito entre normas, há primazia da norma mais favorável à dignidade da pessoa humana).

⁴⁰ Um dos documentos mais importantes para a proteção dos povos indígenas foi a Convenção OIT n. 169, em especial, no tocante à previsão de proibição de discriminação e o reconhecimento do modo de vida e desenvolvimento diferenciado das comunidades, com base nos seus costumes e crenças milenares. Ressalta-se o direito de não ser colonizado e do respeito a sua cultura e tradição indígena, além do direito sobre a terra e recursos naturais. (BRASIL. *Decreto n. 5.051/2004*. Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. Acesso em 23 jan. 2019.).

⁴¹ FRANCO, F. C. de O. “Oportunidades e desafios das TWAIL no contexto latino-americano a partir de perspectivas dos povos indígenas ao direito internacional”. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, 2015, p. 226-244.

⁴² Vide in: BBC. *ONU aprova declaração de direitos indígenas*. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/reporterbbc/story/2007/09/070913_onu_nativos_dg.shtm>. Acesso em 13 abr. 2018.

⁴³ O princípio da autodeterminação é baseado na ética global do direito à diferença, trazendo também a ideia de nacionalismo, limites territoriais, espaço político e sobretudo, o direito à existência. (RODRIGUES, S. T. “Interculturalidade, autodeterminação e cidadania dos povos indígenas”, *Joaçaba*, v. 16, n. 1, p. 41-64, jan./jun., 2015.).

desculturação, ou seja, a assimilação forçada de costumes não-indígenas, referente a “doutrinação” de outras culturas, bem como o direito de não ser submetido a nenhum ato de genocídio ou violência, com a imposição de contato a outros povos indígenas ou comunidade nacional.

É possível que o índio se mantenha isolado, conforme as suas tradições e costumes, como também o direito de ser integrado a comunidade e obter cidadania dos Estados em que vivem, se assim o desejar (art. 33.1)⁴⁴.

Caso ocorra algum impacto ambiental em terras indígenas, o Estado deve oferecer as ferramentas adequadas para a reparação justa e equitativa, com a finalidade de mitigar as consequências nocivas de ordem social, ambiental, espiritual, cultural e econômica (art. 32.3).

É factível notar o avanço da Declaração sobre conquistas e garantias para a população indígena, inclusive atendendo necessidades especiais de pessoa com deficiência, idosos, mulheres, crianças jovens (art. 22).

Em 2016, a Organização dos Estados Americanos - OEA aprovou a Declaração Americana sobre os direitos dos povos indígenas. O instrumento é destinado à proteção específica dos índios que vivem na América do Sul, América Central, América do Norte, Caribe e México.

Além de ser um documento atual, é reconhecido mundialmente por intensificar a proteção dos povos que vivem em isolamento voluntário e aqueles que buscam refúgio, para se proteger dos conflitos provocados por madeireiros e garimpeiros nos territórios indígenas⁴⁵.

Contudo, muitos direitos essenciais têm sido negligenciados pelos governantes, principalmente, no que consiste a demarcação de terras, acesso aos direitos sociais (educação e saúde de qualidade) e a preservação das tradições indígenas.

Além disso, o preconceito quanto as comunidades indígenas que querem se integrar a sociedade nacional ainda é um desafio para o Poder Público. A Comissão Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) publicou um relatório⁴⁶ que denuncia a discriminação das mulheres indígenas para conseguir emprego, acesso à justiça e amparo social.

A pressão em face da mulher aumenta quando é mãe solteira ou possui filho com alguma deficiência, tornando impossível ou prejudicada a convivência da família com a aldeia.

Em certos casos, as mulheres indígenas não apenas assumem as responsabilidades domésticas, elas também são submetidas a situações humilhantes e coerção no ceio familiar, devido à desigualdade de gênero na tribo.

É necessário ressaltar, que a mulher indígena sofre sem procurar pela justiça, tem medo de retaliação na sua comunidade. Assim, o sistema Interamericano de Direitos Humanos deve trabalhar para se tornar mais acessível para todos e não apenas para aqueles que conhecem e demandam sobre os seus direitos.

⁴⁴ USP. *Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas – 2007*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-dos-Povos-Ind%C3%ADgenas/declaracao-das-nacoes-unidas-sobre-os-direitos-dos-povos-indigenas.html>>. Acesso em: 14 jan. 2019.

⁴⁵ A comunidade internacional tem chamado a atenção para a necessidade de proteção especial dos povos indígenas, principalmente quanto ao gerenciamento dos recursos naturais, para garantir a qualidade dos leitos dos rios e coibir o desmatamento. (OAS. *Rights of Indigenous peoples*. Disponível em: <<http://www.oas.org/en/iachr/indigenous/>>. Acesso em 15 jan. 2018.).

⁴⁶ IACHR. *Indigenous Women and their human rights in the Americas*. Espan: IWGIA, 2017. Disponível em: <<https://www.iwgia.org/images/documents/popular-publications/indigenous-women-americas.pdf>>. Acesso em 19 jan. 2019.

3. OS POVOS DA AMAZÔNIA

A comunidade amazônica é composta por uma pluralidade de grupos e etnias desde a Pré-História, que foram se sofisticando para a elaboração do artesanato, cultivo da agricultura e ferramentas de caça. Dessa forma, com a conquista da região amazônica pela Europa, foi estabelecido um novo modelo de estrutura social que se contrapõe aos movimentos étnicos da população nativa, pela dicotomia entre o civilizado e não civilizado, este processo histórico foi responsável por dizimar parte significativa dos silvícolas da região⁴⁷.

Após o período áureo da extração da borracha (1979-1920), a Floresta Amazônica ficou miscigenada (resultado da colonização de franceses, espanhóis, portugueses, holandeses e ingleses). A presença de ribeirinhos e agricultores aos redores dos rios, resultou no *cunhadismo*⁴⁸, casamento do povo mestiço não europeu com mulheres indígenas.

Em consideração ao avanço econômico na floresta, constata-se, portanto, que a matriz Amazônica é reconhecida por suas riquezas e diversidade biológica. Em contrapartida, importa assinalar que o Brasil é líder em exploração de recursos naturais, que implica na atração de responsabilidade pela violação de direitos humanos e do meio ambiente.

À vista disso, a fauna e flora serviu de cobiça para as empresas nacionais e multinacionais que atuam na exploração de minérios, gás, pedras, contrabando de animais e biopirataria⁴⁹.

Atualmente, a disputa pelo território indígena na Floresta Amazônica tem ganhado pauta no campo internacional, por causa da exploração irresponsável dos recursos naturais⁵⁰, erroneamente definidos como produto mercantilizável, mas de essencial importância para a manutenção do planeta e das comunidades indígenas e tradicionais da Amazônia.

A primeira Constituição que tratou dos povos indígenas foi a de 1934, pois reconheceu a posse dos indígenas nas terras que tradicionalmente ocupam, no mesmo contexto, foi seguida pelas Constituições de 1937 e 1967.

Entretanto, foi a partir da promulgação da Constituição Federal de 1988, que foi implementado no ordenamento jurídico brasileiro, um capítulo específico para os direitos originários dos povos indígenas. É de responsabilidade da União a

⁴⁷ O contato forçado do índio com o homem branco fez com que as comunidades indígenas perdessem a sua identidade específica, ocorrendo a fusão de culturas e gerações daqueles que sobreviveram ao massacre do período colonial. (SOUZA, M. *Breve História da Amazônia*. 2. Ed. Revisada e ampliada. Rio de Janeiro: 2001, p 17-20.).

⁴⁸ O encontro do homem miscigenado com mulheres índias renovou a relação étnica na Amazônia, o caboclo fala português e tupi, apesar de não ser considerado índio, tinha traços e costumes da cultura nativa (FUJIHARA, A. M. "Composição social da Amazônia: um misto de povos e culturas", *Presença Revista de Educação, Cultura e Meio Ambiente*, Mai.-Nº30, Vol. IX, Rondônia, p. 1-10, 2005.).

⁴⁹ Visando mudar essa realidade, a construção nacional para o direito dos povos indígenas foi aperfeiçoada ao longo dos séculos, com base nos seguintes instrumentos jurídicos: a) Alvará Régio de 1º de abril de 1680 (primeiro reconhecimento do Estado Português, da autonomia dos povos indígenas, resguardado o direito às terras); b) da Lei de Terras de 1850 (Lei n. 601, de 18 de setembro de 1850); c) Lei de Terras dos Índios de 1928 (Decreto n. 5.484, de 27 de junho de 1928, responsável pela regulação dos índios nascidos no território nacional; d) Estatuto do Índio (Lei n. 6.001/1973)⁴⁹; e) Constituição da República Federativa do Brasil de 1988; f) Conselho Nacional de Política Indigenista – CNPI – Decreto n. 8.593 de 17 de dezembro de 2015.

⁵⁰ O Município de Barcarena, no Estado do Pará, sofreu no dia 17 de fevereiro de 2018, um grave acidente que contaminou os rios e igarapés com produtos nocivos contendo chumbo, ferro, mercúrio e urânio da empresa Hydro Alunorte, que com base na investigação do Ministério Público Federal e Estadual, identificou que os resíduos estavam sendo despejados diretamente nos rios, causando dano ambiental na região. (MPF. *Apuração de denúncias de contaminação em Barcarena por resíduos da Hydro Alunorte*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pa/sala-de-imprensa/documentos/2018/caso_hydro_alunorte_2018_resumo_ate_10-04-18.pdf> . Acesso em: 27 mar. 2019.).

demarcação das terras indígenas, também possui o escopo de proteger e fazer respeitar todos os seus bens, com base no art. 231 da CFRB/1988.

A Fundação Nacional do Índio – FUNAI é o órgão indigenista oficial do Estado Brasileiro (Lei n. 5371/1967)⁵¹, cuja missão é de tutelar os direitos dos povos indígenas, além de promover estudos de identificação e delimitação, demarcação, regularização da propriedade das comunidades indígenas, colaborando com o monitoramento e fiscalização para evitar interferências externas.

Com a criação da FUNAI, foi possível desvincular o predomínio hegemônico da igreja católica no trabalho de assistência e catequização das comunidades indígenas, para uma política de Estado mais voltada ao reconhecimento da pluralidade étnica.

3.1 Constitucionalismo e dos povos indígenas

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 é reconhecida mundialmente pelo avanço na proteção do povo indígena⁵², foi responsável por modificar o tratamento do governo quanto a “integração do índio” junto a sociedade.

O legislador constituinte elenca a população indígena como dotada de cultura, tradições e modo de produção próprio, vez que deve ser preservada da intervenção externa, sem impedir que o índio em isolamento voluntário busque maior integração com a comunidade local.

Os direitos dos povos indígenas devem ser reconhecidos em todo o território nacional e internacional, por isso a importância de tratados e declarações internacionais que visam a tutela do meio ambiente e proteção dos direitos humanos.

Com base no art. 232, a Constituição Federal garante o direito de ingressar em juízo para a defesa dos direitos e interesses da população indígena. Também é possível a atuação do Ministério Público Federal art. 129, V) para a defesa dos indígenas, como também o auxílio da Defensoria Pública Federal.

A União possui competência exclusiva para legislar sobre as populações indígenas (art. 22, inciso XIV), bem como o Estado possui o dever de proteger as manifestações das culturas populares, indígenas, afrodescendentes dentre outras (art. 215), bem como o respeito ao uso da língua materna e os processos próprios de aprendizagem (art. 210).

Sobre o direito à educação, tanto a Constituição Federal como a Lei de Diretrizes e Bases da Educação Nacional, preveem a integração do índio ao ensino por intermédio da interculturalidade. O ensino deve ser multilíngue para não descaracterizar as origens dos educandos indígenas, preservando a língua nativa da sua comunidade.

Quanto ao acesso à saúde, além do direito ao Sistema Único de Saúde - SUS (Lei n. 8.080/90), os índios contam com a Lei n. 9.836/99 referente ao Subsistema de Atenção à saúde dos povos indígenas⁵³, no qual caberá a União por meio de seus recursos próprios, ofertar financiamento a este subsistema, com o auxílio dos Estados, Municípios e demais instituições governamentais e não governamentais

⁵¹ FUNAI. *Política Indigenista*. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/nossas-acoes/politica-indigenista>>. Acesso em: 24 jan. 2019.

⁵² Até a Constituição Federal de 1988, os Índios eram denominados como integrados e não integrados pelo processo colonizador. Com a ratificação da Convenção 189 da OIT e demais documentos internacionais que influenciaram o legislador constituinte, vigorou o a impossibilidade de uma cultura sobrepor a outra, os aspectos fundamentais da cultura indígena são tidos como patrimônio da história do Brasil. Há proibição de qualquer discriminação que sirva de óbice para manifestações populares da cultura indígena, afrodescendentes e demais grupos étnicos reconhecidos no território nacional.

⁵³ O direito dos índios à saúde comporta dois direitos basilares: o primeiro relacionado a cultura e manutenção de práticas tradicionais e por conseguinte, o direito relacionado ao provimento da saúde pelo Poder Público, de forma gratuita e universal, oferecida aos cidadãos brasileiros (SOUZA FILHO, C. F. M. de. “A saúde como Cultura, a Cultura como Direito”. *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 9. n. 3, p. 109-114, nov. 2007/Fev. 2009.).

(regulada pela portaria n. 70/04), para o custeio e execução das ações em favor da saúde.

Sobre isto, o Decreto 3156/99 determina a transferência das ações de saúde da FUNAI, estabelecendo a sua organização conforme os distritos sanitários. Apesar dos avanços, a FUNAI é afetada pelo *deficit* no repasse de recursos, além das unidades de saúde não contarem com especialistas e medicamentos suficientes.

Quanto aos dados do IBGE (censo 2010), salienta-se que o Brasil possui mais de 896,9 mil indígenas, que representam 305 etnias, com aproximadamente 274 línguas.⁵⁴

Só na região Amazônica vivem mais 341 mil índios. A Funai confirmou a existência de povos isolados nos Estados do Acre, Amazonas, Roraima, Pará, Mato Grosso e Maranhão. Após o registro de grupos de índios isolados, a Funai determina a estratégia que será adotada para a tutela dos silvícolas. Em certos casos, a Funai desconsidera o contato direto, para não interferir no livre arbítrio de grupos indígenas que preferem viver em isolamento⁵⁵.

Na fronteira Brasil-Peru, a FUNAI identificou cerca de sete grupos de índios que vivem em isolamento voluntário⁵⁶. Os grupos isolados evitam contatos com outros grupos de não-índios, para reduzir o contágio de diversas doenças letais (gripe, sarampo, rubéola, dentre outras), outro fator, é a própria cultura mais reservada do índio, que foi moldada pelas experiências negativas, advindas do contato com o homem branco, no período do Brasil Colônia.

Veja-se, que por causa da tomada ilegal e discriminada das florestas brasileiras, a população indígena tem sido alvo de violência e disputas de terras para o garimpo, fato que reflete na redução massiva dos grupos de índios isolados nos últimos 50 anos.

Pode-se afirmar que o extermínio ocorrido contra os povos indígenas no Brasil é considerado um *genocídio cultural*⁵⁷ e ainda *ecocídio* pela devastação ambiental que afeta toda a humanidade.

A degradação ambiental em larga escala reflete na qualidade de vida e dignidade dos povos. O reconhecimento do *ecocídio* pelo Tribunal Penal Internacional (TPI) significa um avanço em favor da proteção ao ecossistema e populações nativas, partindo do pressuposto que os desastres ambientais são irreparáveis, ressaltando a responsabilidade dos Estados, empresas e sociedades sobre os ilícitos praticados contra o meio ambiente⁵⁸.

Sobre esse prisma, a revisão na demarcação das terras indígenas para a exploração de minérios, madeira e agropecuária pode reduzir os alimentos e animais na região, o que torna os índios mais suscetíveis ao contágio e infecções, dada a sua baixa imunidade contra gripe, rubéola, sarampo e tuberculose.

⁵⁴ IBGE. *Censo 2010*. <Disponível em: <https://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo?busca=1&id=3&idnoticia=2194&t=censo-2010-poblacao-indigena-896-9-mil-tem-305-etnias-fala-274&view=noticia>>. Acesso em 14 jan. 2019.

⁵⁵ FUNAI. *Povos indígenas Isolados e Recente Contato*. Disponível: <<http://www.funai.gov.br/index.php/nossas-acoas/povos-indigenas-isolados-e-de-recente-contato>>. Acesso em 10 fev. 2019.

⁵⁶ SURVIVAL INTERNATIONAL. *Índios isolados do Brasil*. Disponível em: <<https://www.survivalbrasil.org/povos/indios-isolados-brasil>>. Acesso em 10 fev. 2019.

⁵⁷ O *etnocídio* é reconhecido pela Unesco como genocídio cultural que viola bens jurídicos fundamentais, em razão da atuação nefasta do capitalismo e racismo em face dos povos indígenas ou afrodescendentes, no processo histórico do colonialismo, inviabilizando a possibilidade de existência do grupo nativo. Ver em: (VIEIRA, G. J. "Breves notas sobre a concepção de etnocídio e seu contexto como violação de direitos humanos", *Lex Humana*, v. 3, n. 1, 2011, p. 36-49.).

⁵⁸ O Tribunal Penal Internacional (TPI) declarou o *ecocídio* como um crime contra humanidade. Conforme pontua Polly Higgins, os Estados devem desenvolver um modelo de governança pautado por deveres e responsabilidades para coibir impactos da atividade econômica na natureza. Ver em: ERADICATINGECOCIDE. *About Polly Higgins*. Disponível em: <https://eradicatingecocide.com/about-polly/>. Acesso em 10 fev. 2019

A falta de políticas de segurança mais efetivas para a prisão dos invasores no território indígena, faz com que os nativos abandonem as suas malocas, para viver em busca de locais mais seguros, fato que inibe a construção de novos laços familiares, reduzindo a natalidade dessa população. É fundamental que a Floresta Amazônica permaneça intacta para a sobrevivência dos povos indígenas no território brasileiro.

A tribo Awá na Região do Maranhão, reconhecida como caçadora, coletora e de hábitos nômades, está em situação delicada, pois o seu território tem sido ocupado e desmatado por madeireiras irregulares e invasão de posseiros⁵⁹.

A título de exemplo, a tribo *Piripkura* foi praticamente exterminada pela falta de proteção do governo, sobraram apenas dois homens (tio e sobrinho) e uma mulher da mesma família (batizada de Rita), que atualmente vive na base de pesquisa da FUNAI.

Os índios *Pakyi* e *Tamadua* da tribo *Piripkura* permanecem isolados voluntariamente na área protegida da Floresta Amazônica, no Noroeste do Mato Grosso, região cercada por fazendas e madeireiros. Os índios foram submetidos ao tratamento médico e logo após a cura, decidiram regressar a mata e continuar mantendo pouco ou nenhum contato com os pesquisadores. Como ressalta a FUNAI⁶⁰, é preciso respeitar o modo de vida da população indígena.

Nas palavras de Oliveira, os índios estabeleceram a sua existência em equilíbrio com a natureza. Isso é traduzido pelo uso tradicional das plantas medicinais, sendo inegável a sabedoria milenar no cultivo das plantas e no respeito com os animais, práticas que contribuem para a conservação ambiental⁶¹.

Em consideração ao isolamento voluntário, o Grupo *Enauenê Nauê* situado no Mato Grosso, mantém rico a sua cultura e tradição. O pouco contato com humanos preservou a tribo de doenças contagiosas-, com base nas informações do IBGE, a sua população é de 627 índios, divididos em clãs⁶².

Apesar dos esforços da FUNAI para o cuidado e tutela da população indigenista, o que se verifica é a falta de concretização dos direitos e garantias fundamentais, como o acesso à educação, ao trabalho e direito às terras. As comunidades indígenas ficam à mercê de ataques e da invasão de posseiros, madeireiras e de empresas que atuam na exploração de recursos naturais.

Em vista da atual situação, é cada vez mais frequente a tentativa de contato de índios isolados com a comunidade local. Os índios tentam se comunicar para denunciar a violência sofrida e invasão das suas terras.

Quanto a proteção territorial e etnoambiental, o Ministério Público brasileiro possui o escopo de promover inquérito civil e Ação Civil Pública (Lei n. 7.347/1985), para a defesa do meio ambiente e de outros direitos difusos e coletivos. O *parquet*

⁵⁹ A pressão para que os índios tenham às suas terras reduzidas, é uma questão econômica de histórico colonial, que pode novamente aniquilar povos inteiros, sobretudo, aqueles que se mantêm isolados na floresta. Essa ameaça faz com que os próprios índios mantenham ligação com a sociedade nacional para denunciar a perseguição e ameaças contra a sua tribo. (FUNAI. Awá Guajá. Fundação Nacional do Índio. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/informativos/1453-awa-guaja-2>>. Acesso em 10 fev. 2019.).

⁶⁰ FUNAI. *Funai continua estudo sobre índios isolados em Mato Grosso*. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/comunicacao/noticias/2228-funai-continua-estudo-sobre-indios-isolados-em-mato-grosso?highlight=WyJwaXJpcGt1cmEiXQ==>>. Acesso em 15 jan. 2019.

⁶¹ OLIVEIRA, P. C.. "Os povos indígenas e o direito internacional dos direitos humanos". (PIOVESAN, F. Org.). *Direitos Humanos*. 1ed.: Juruá Editora, 2006, v. I, p. 139-146.

⁶² Para o grupo indígena *Enauenê Nauê*, a terra é vista como sagrada e carrega as lembranças dos seus ancestrais, por isso lutam para que o Estado nacional não permita a construção de hidroelétricas em suas terras, há risco das barragens poluírem os rios, fato que pode causar redução drástica de peixes e vegetação nativa. (IBGE. *Estudos Especiais*. Disponível em: <<https://indigenas.ibge.gov.br/estudos-especiais-3/o-brasil-indigena/povos-etnias.html>>. Acesso em 27 de jan. 2018.).

atua em favor do bem-estar e do desenvolvimento integral dos povos indígenas, exigindo das autoridades públicas, sociedade e empresas, o devido respeito às terras e comunidades tradicionais.

Com efeito, o Ministério Público Federal considera impossível rever os atos jurídicos que envolvem demarcação de terras indígenas no Brasil, exceto em casos excepcionais que forem verificadas nulidades⁶³, a Constituição de 1988 não prevê a regressão de terras indígenas que já foram demarcadas.

Do mesmo modo, a Defensoria Pública possui um papel fundamental para a ordem e defesa das minorias étnicas e pessoas em situação de vulnerabilidade e hipossuficiência (art. 5^a, LXXIV, da CRFB de 1988), com legitimidade para propor Ação Civil Pública (art. 129, § 1º, da Constituição de 1988) atuando na proteção de pessoas idosas, indígenas, quilombolas, crianças e grupos minoritários que habitam em áreas de risco.

Segundo Cerqueira, a demarcação de terras indígenas consiste em cinco etapas: a) identificação e delimitação, com base no Relatório Circunstanciado de Identificação e Delimitação (RCID), que devem constar o resumo, o mapa da área e o memorial descritivo publicado nos diários oficiais da União e do Estado; b) assinatura da portaria declaratória pelo Ministro de Estado da Justiça, após o decurso do prazo para o contraditório; c) demarcação física; d) homologação pelo Presidente da República; e) registro na Secretaria do Patrimônio da União (SPU), devidamente registrado no cartório imobiliário da comarca em que a terra indígena está situada⁶⁴.

Após a assinatura do Ministro, o processo é remetido para a Comissão Permanente de Avaliação de Benfeitorias (CPAB), sob a responsabilidade do diretor de Proteção Territorial da FUNAI, cujo objetivo é apurar possíveis ocupações não indígenas de boa-fé, que são passíveis de indenização.

O processo é moroso e desesperador, em especial para os povos indígenas que mantêm o sentimento sagrado pelas terras, de todo modo, muitas vezes se sem frustrados e negligenciados pela precariedade da FUNAI.

Sobre essa questão, o STF julgou o caso da reserva Raposa Serra do Sol (Pet 3.888/RR), situada no Estado de Rondônia. A decisão foi contrária aos interesses econômicos de grupos de fazendeiros, que com o apoio do governo do Estado de Roraima, pretendiam remarcar as terras indígenas, não considerando como uma faixa única⁶⁵.

O Supremo entendeu que o critério adotado pela União na demarcação foi constitucional, porém adicionou 19 condicionais institucionais para que as terras indígenas não se tornassem impenetráveis.

Neste ponto, a decisão do Supremo é questionável, pois consolida a ideia do marco temporal da ocupação indígena, nos casos em que a área se encontrasse

⁶³ Com a proposta da nova Presidência da República para a revisão da demarcação das terras indígenas, quilombolas e a desapropriação de terras para reforma agrária, o Supremo Tribunal Federal (STF), ainda está analisando a questão, considerando que a revisão não pode ser ato do Executivo, pois trata-se de direito constitucional originário, vez que cabe à União demarcar as terras indígenas. Portanto, a revisão da demarcação somente é possível em caso de falha grave ou fraude. (EBC. MPF: É um impossível jurídico rever demarcações de terras indígenas. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2019-01/mpf-e-um-impossivel-juridico-rever-remarcacoes-de-terras-indigenas>). Acesso em 28 jan. 2019.).

⁶⁴ CERQUEIRA, B. da S. A. de. "A demarcação territorial indígena e o problema do "marco temporal": O Supremo Tribunal Federal e o indigenato do Ministro João Mendes de Almeida Junior (1856-1923)". (ALCÂNTRA, G. K.; TINOCO, L. N.; MAIA, L. M. Orgs.). *Índios, Direitos Originários e Territorialidade*. Brasília: ANPR, 2018. p. 217-218.).

⁶⁵ Dentre essas condicionantes, destaca-se as que foram alvos de controvérsias: a n. 5 "o usufruto dos índios não se sobrepõe ao interesse da Política de Defesa Nacional", para o controle das fronteiras; n. 11 "Deve ser admitido o ingresso, o trânsito, a permanência de não-índios no restante da área da terra indígena, observadas as condições estabelecidas pela FUNAI"; n. 17 "é vedada a ampliação da terra indígena já demarcada". (STF. *STF impõe 19 condições para demarcação de terras indígenas*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/porta/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=105036>>. Acesso em: 25 jan. 2018.).

tradicionalmente ocupada na data da promulgação da Constituição (5 de outubro de 1988) ou nos casos que resultaram na expulsão da comunidade indígena, com a devida reivindicação do seu retorno⁶⁶.

Neste cenário, a exploração do poder econômico sem controle efetivo do governo e órgãos técnicos ambientais, representam graves ameaças às tribos isoladas.

Destarte, o desrespeito e violência sofrida pelos povos indígenas não é de interesse meramente nacional, pois incorre em afronta aos direitos humanos, com o sequestro da identidade do índio e de seu território, de tal forma que pode atrair a interferência da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH) e do Tribunal Penal Internacional (TPI), quando comprovadas situações de violação do princípio da dignidade da pessoa humana, genocídio cultural e *ecocídio*.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Sem o objetivo de esgotar o tema, nota-se que a pesquisa desenvolvida pelas *TWAIL* possibilita a compreensão normativa que originou o direito internacional. Nesse sentido, contempla em sua finalidade, não apenas criticar as relações de dominação entre países hegemônicos em face de países subdesenvolvidos, mas para dar vozes as minorias vitimizadas, da África, Ásia e América Latina, além de outras localidades onde é perceptível as injustiças sociais.

No contexto da América Latina, ainda se verifica as cicatrizes da dominação colonial, é necessário oferecer ferramentas para salvaguardar a soberania dos povos indígenas, essas comunidades têm vivenciado à opressão pela replicação de interesses imperialistas perpetuados pela economia e política atual.

A Corte Interamericana de Direitos Humanos possui o desafio em analisar as violações deflagradas nas comunidades indígenas, atuando na mediação entre os interesses dos povos tradicionais e o Estado nacional. O progresso não pode destoar dos interesses da periferia marginalizada. É preciso encontrar um equilíbrio que permita a conservação da Floresta Amazônica e a manutenção das terras demarcadas.

Este cenário revela a urgência do tema, sendo imperioso mais fiscalização e assistência por parte do Estado nacional, que precisa monitorar as empresas que atuam no manejo dos recursos naturais, com o escopo de evitar desastres, como o ocorrido com o rompimento da barragem de fundão em 2015, na cidade de Mariana e em 2019, referente ao rompimento da barragem de minérios, na cidade de Brumadinho, ambas localizadas no Estado de Minas Gerais.

Por conseguinte, o Brasil por ser signatário de tratados internacionais, pode ser submetido à jurisdição da Corte Interamericana de Direitos Humanos (CIDH). O Estado é responsável pela violação do direito à propriedade coletiva, bem como o direito à proteção judicial, disposto no art. 25 e 21 da Convenção Americana sobre Direitos Humanos de 1969, também conhecida como Pacto de San José da Costa Rica.

REFERÊNCIAS

- AFONSO, H. W.; MAGALHÃES, J. L. Q. "Para contar as outras histórias: direito internacional e resistência contra-hegemônica no terceiro mundo". *Rev. Fac. Dir. Sul de Minas*, Pouso Alegre, v. 29, n. 1: 155-182, jan./jun. 2013.
- ANGHIE, A. *Imperialism, Sovereignty and The Making of International Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.

⁶⁶ Além disso, é possível afirmar que o posicionamento adotado pelo Supremo Tribunal Federal se contrapõe com o direito internacional dos direitos humanos, no que concerne a pluriethnicidade e autodeterminação dos povos indígenas, direitos que são anteriores a consciência e noção do próprio Estado.

- ANGHIE, A.; KOSKENNIEMI, M.; OXFORD, A. *Imperialismo y Derecho Internacional: Historia y Legado*. Estúdio preliminar: ESLAVA, L.; OBREGÓN, L.; URUEÑA, R. Bogotá: Siglo del Hombre Editores, Universidad de los Andes, Pontificia Universidad Javeriana. 2016.
- ARENDT, H. *The Origins of Totalitarianism*. New York: Harcourt Brace Jovanovich, 1973.
- BBC. *ONU aprova declaração de direitos indígenas*. Disponível em: <https://www.bbc.com/portuguese/reporterbbc/story/2007/09/070913_onu_n_ativos_dg.shtml>. Acesso em 13 abr. 2018.
- BRASIL. *Decreto n. 591/1992*. Atos Internacionais. Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0591.htm>. Acesso em 05 jan. 2019.
- BRASIL. *Decreto n. 5.051/2004*. Convenção n. 169 da Organização Internacional do Trabalho – OIT sobre Povos Indígenas e Tribais. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2004/decreto/d5051.htm>. Acesso em 23 jan. 2019.
- CARVALHO, L. B. de. “Direito e barbárie na conquista da América indígena”. *Revista da Faculdade de Direito UFPR*, Curitiba, PR, Brasil, p. 1-17. dez. 2005.
- CERQUEIRA, B. da S. A. de. “A demarcação territorial indígena e o problema do “marco temporal”: O Supremo Tribunal Federal e o indigenato do Ministro João Mendes de Almeida Junior (1856-1923)”. (ALCÂNTRA, G. K.; TINÔCO, L. N.; MAIA, L. M. Orgs.). *Índios, Direitos Originários e Territorialidade*. Brasília: ANPR, 2018. p. 217-218.
- DAL RI JUNIOR, A.; BIAZI, C. A. S. M.; ZIMMERMANN, T. S. “O direito internacional e as abordagens do “terceiro mundo”: contribuições da teoria crítica do direito”, *Revista da Faculdade de Direito – UFPR*, Curitiba, v. 62, n. 1, jan./abr. 2017, p. 61 – 81. ISSN 2236-7284. Disponível em: <<https://revistas.ufpr.br/direito/article/view/47216>>. Acesso em: 10 fev. 2017. DOI: <http://dx.doi.org/10.5380/rfdufpr.v62i1.47216>.
- DOMINGOS, I. M. N. ; GUARAGNI, F. A. . “Programas de Compliance para prevenção de riscos ambientais”. (LEITE, F. P. A.; SANTOS, J. P. Orgs.). *Direito e sustentabilidade I* [Recurso eletrônico on-line]. 1ed. Florianópolis: CONPEDI, 2017, v. 1, p. 170-185.
- EBC. *MPF: É um impossível jurídico rever demarcações de terras indígenas*. Disponível em: <http://agenciabrasil.ebc.com.br/justica/noticia/2019-01/mpf-e-um-impossivel-juridico-rever-remarcacoes-de-terras-indigenas>). Acesso em 28 jan. 2019.
- ERADICATINGECOCIDE. *About Polly Higgins*. Disponível em: <https://eradicatingecocide.com/about-polly/>. Acesso em 10 fev. 2019.
- FLORES, J. H. “Direitos humanos, interculturalidade e racionalidade de resistência”, *Seqüência: Estudos Jurídicos e Políticos*, Florianópolis, p. 9-30, jan. 2002.
- FRANCO, F. C. de O. “Oportunidades e desafios das TWAIL no contexto latino-americano a partir de perspectivas dos povos indígenas ao direito internacional”. *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 2, 2015, p. 226-244.
- FUJIHARA, A. M. “Composição social da Amazônia: um misto de povos e culturas”, *Presença Revista de Educação, Cultura e Meio Ambiente*, Mai.-Nº30, Vol. IX, Rondônia, p. 1-10, 2005.
- FUNAI. *Awá Guajá*. Fundação Nacional do Índio. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/informativos/1453-awa-guaja-2>>. Acesso em 10 fev. 2019.
- FUNAI. *Funai continua estudo sobre índios isolados em Mato Grosso*. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/comunicacao/noticias/2228-funai-continua-estudo-sobre-indios-isolados-em-mato-grosso?highlight=WjJwaXJpcGt1cmEiXQ==>>. Acesso em 15 jan. 2019.

- FUNAI. *Política Indigenista*. Disponível em: <<http://www.funai.gov.br/index.php/nossas-acoes/politica-indigenista>>. Acesso em: 24 jan. 2019.
- FUNAI. *Povos indígenas Isolados e Recente Contato*. Disponível: <<http://www.funai.gov.br/index.php/nossas-acoes/povos-indigenas-isolados-e-de-recente-contato>>. Acesso em 10 fev. 2019.
- GALINDO, G. R. B. “Para que serve a história do internacional?”, *Revista de Direito Internacional*, Brasília, v. 12, n. 1, p. 338-354, 2015.
- IACHR. *Indigenous Women and their human rights in the Americas*. Espan: IWGIA, 2017. Disponível em: <<https://www.iwgia.org/images/documents/popular-publications/indigenous-women-americas.pdf>>. Acesso em 19 jan. 2019.
- IBGE. *Censo 2010*. <Disponível em: <https://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo?busca=1&id=3&idnoticia=2194&t=censo-2010-poblacao-indigena-896-9-mil-tem-305-etnias-fala-274&view=noticia>>. Acesso em 14 jan. 2019.
- IBGE. *Estudos Especiais*. Disponível em: < <https://indigenas.ibge.gov.br/estudos-especiais/3/o-brasil-indigena/povos-etnias.html>>. Acesso em 27 de jan. 2018.
- KOSKENNIEMI, M. *The Gentle Civilizer of Nations: The Rise and Fall of International Law 1870-1960*. Cambridge: Cambridge University Press, 2001.
- LEMBO, C. *A pessoa: seus direitos*. Barueri, SP: Manole, 2007.
- LIMA, G. L. da S. P. *Bartolomé de Las Casas e a gênese dos direitos humanos na ocupação da américa latina*. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=14b7500e05709662>>. Acesso em: 05 jan. 2019.
- MARTINS, T. A. U. *Direito ao pão novo: O princípio da dignidade humana e a efetivação do direito indígena*. São Paulo: Pillares, 2005.
- MENESES, M. P. G. “O ‘indígena’ africano e o colono ‘europeu’: a construção da diferença por processos legais”, *e-cadernos ces* [Online], 07 | 2010, colocado online no dia 01 março 2010, consultado a 15 janeiro 2019. URL: <http://journals.openedition.org/eces/403>; DOI: 10.4000/eces.40.
- MIGNOLO, W.; “El desprendimiento: pensamiento crítico y giro descolonial”. (MIGNOLO, W; MALDONADO-TORRES, N.; SHIWY, F. Orgs.), *(Des) Colonialidad del ser y del saber. Videos indígenas y los limites coloniales de la Izquierda en Bolivia*. Buenos Aires: Del Signo 2006.
- MPF. *Apuração de denúncias de contaminação em Barcarena por resíduos da Hydro Alunorte*. Disponível em: <http://www.mpf.mp.br/pa/sala-de-imprensa/documentos/2018/caso_hydro_alunorte_2018_resumo_ate_10-04-18.pdf>. Acesso em: 27 mar. 2019.
- MUTUA, M. “What it TWAIL?”. *Proceedings of the Annual Meeting*, 94, 2000, p. 31-38.
- OAS. *Rights of Indigenous peoples*. Disponível em: <<http://www.oas.org/en/iachr/indigenous/>>. Acesso em 15 jan. 2018.
- OKAFOR, O. C. “Critical Third World Approaches to International Law (TWAIL): Theory, Methodology, or Both?”. *International Community Law Review*, n. 10, 2008, p. 371-378.
- OLIVEIRA, P. C.. “Os povos indígenas e o direito internacional dos direitos humanos”. (PIOVESAN, F. Org.). *Direitos Humanos*. 1ed.: Juruá Editora, 2006.
- PHILLIPS, V. “Indigenous Peoples and the Role of the Nation-State”, *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*, Vol. 101, mar. 28-31, 2007, p. 319-323.
- RAMINA, L. “TWAIL – Third World Approaches to International Law and human rights: some considerations”, *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, vol. 5, n. 1, p. 261-272, jan./abr. 2018. DOI: 10.5380/rinc.v5i1.54595.
- RANIERI, N. *Teoria do Estado: Do Estado de Direito ao Democrático de Direito*. 2. Ed. Barueri: Manoele, 2019.
- REMIRO BROTONS, A. et al. *Derecho Internacional: curso geral*. Valência: Tirant lo Blanch, 2010.

- RODRIGUES, S. T. "Interculturalidade, autodeterminação e cidadania dos povos indígenas", *Joaçaba*, v. 16, n. 1, p. 41-64, jan./jun., 2015.
- RUIZ, Rafael. *Francisco de Vitória e os direitos dos índios americanos: a evolução da legislação indígena espanhola no século XVI*. Porto Alegre: PUCPR, 2002.
- SILVA, P. O. e. "Causa dos índios e direitos dos povos. Significado do contributo de Francisco Vitória para a filosofia do Direito", *Mediaevalia*. Textos e estudos, 30, p. 139-162, 2011.
- SILVA JUNIOR, A. R. da. "Representações dos Povos Indígenas em Francisco de Vitória e as Origens Etnocêntricas do Direito Internacional Moderno.". *Seqüência* (Florianópolis), n. 80, p. 151-178, dez. 2018.
- SOUZA, M. *Breve História da Amazônia*. 2. Ed. Revisada e ampliada. Rio de Janeiro: 2001.
- SOUZA FILHO, C. F. M. de. "A saúde como Cultura, a Cultura como Direito". *Revista de Direito Sanitário*, São Paulo, v. 9. n. 3, p. 109-114, nov. 2007/Fev. 2009.
- SOUZA-LIMA, J. E. de; MACIEL-LIMA, S. M. de. "Contours of The Legal Knowledge: The Scientific Validity of The Field". *Revista Jurídica*, vol, 02, n.º. 47, Curitiba, 2017, p. 433-467.
- STF. *STF impõe 19 condições para demarcação de terras indígenas*. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=105036>>. Acesso em: 25 jan. 2018.
- SURVIVAL INTERNATIONAL. *Índios isolados do Brasil*. Disponível em: <<https://www.survivalbrasil.org/povos/indios-isolados-brasil>>. Acesso em 10 fev. 2019.
- USP. *Declaração das Nações Unidas sobre os direitos dos povos indígenas – 2007*. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-dos-Povos-Ind%C3%ADgenas/declaracao-das-nacoes-unidas-sobre-os-direitos-dos-povos-indigenas.html>>. Acesso em: 14 jan. 2019.
- VIEIRA, G. J. "Breves notas sobre a concepção de etnocídio e seu contexto como violação de direitos humanos", *Lex Humana*, v. 3, n. 1, 2011, p. 36-49.