

CADERNOS DE DEREITO ACTUAL

Nº 4 – 2016

ISSN 2340-860X

Cadernos de Dereito Actual

Nº 4 - 2016

EQUIPO EDITORIAL

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

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

Secretario Adjunto: Fábio da Silva Veiga. *Universidade de Vigo.*

COMITÉ CIENTÍFICO

Rubén Miranda Gonçalves, *Universidad de Santiago de Compostela*, **Fábio da Silva Veiga**, *Universidade de Vigo*, **Consuelo Ferreiro 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 Barczi**, *Pavol Jozef Šafárik University in Košice (Eslovaquia)*, **Francielle Vieira Oliveira**, *Universidade do Minho (Portugal)*, **Rodrigo Andrés Poyanco Bugueño**, *Universidad de los Andres (Chile)*, **Fernando Hernández Fradejas**, *Universidad de Bolonia (Italia)*, **Daniel Camilo Beltrán Castiblanco**, *Pontifícia Universidad Javierana de Bogotá (Colombia)*, **Érica Guerra da Silva**, *Universidade Federal Rural do Río de Janeiro (Brasil)*, **Antônio Pereira Gaio-Júnior**, *Universidade Federal Rural do Río 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, Universidad 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)

© 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

Protecting Europe beyond its Borders: The Agreements between Europol and Third States or International Organizations. Alessandro Rosanò	9
Breves apontamentos para a arbitragem na Administração Pública. Antônio Pereira Gaio Jr. & Wesllay C. Ribeiro	23
El Principio de Oportunidad en la doctrina procesal penal contemporánea. Nuevos escenarios y consecuentes desafíos para el proceso penal cubano. Rufina de la Caridad Hernández Rodríguez	37
¡Del romanticismo al realismo mágico! Contenido y principales postulados de la tesis neoconstitucional europea y latinoamericana. Johannes San Miguel & Víctor Granados Boza	69
The administration of employment in Slovakia. Dávid Barczi	83
Vaquejada: cultura o残酷. ¿Para qué lado debe pender la balanza? Heron J. Gordilho & Francisco J. Figueiredo	97
El urbanismo como forma de intervención administrativa. Especial referencia al caso gallego con la Ley 9/2013. Antía Pena Dorado	119
<i>Google Android after Microsoft:</i> Some Thoughts on the Proceedings Brought against Google for Abuse of a Dominant Position. Giulia Funghi & Alessandro Rosanò	131
La educación intercultural como principal modelo educativo para la integración social de los inmigrantes. Antonio Tirso Ester Sánchez	139
El plazo legal de espera en la mujer islámica. Salvador Alejandro Santana Talavera	153
O desempenho do extinto Tribunal da Função Pública da União Europeia e a defesa dos direitos. Dora Resende Alves	185

Comentarios jurisprudenciales

La retroactividad de la reclamación de alimentos en caso de determinación judicial de la filiación paterna.

Macarena Ruiz Marín 201

Nueva doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea acerca de la provisión de enlaces en internet

(Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 8 de septiembre de 2016, en el asunto C-160/15 [Caso GS Media]).

Javier Torres López 207

Recensiones

Review of the book *Derechos Humanos y Juventud*, Coordination of Miranda Gonçalves, Rubén, Santiago de Compostela, Xunta de Galicia, 2015, 470 pp.

Caíque Pereira Silva 217

Protecting Europe beyond its Borders: The Agreements between Europol and Third States or International Organizations

ALESSANDRO ROSANÒ*

University of Padova Law School

SUMMARY: 1. Introduction. 2. The role of Europol in the development of the external dimension of the AFSJ. 3. The operational agreements between Europol and third States. 4. The strategic agreements between Europol and third States. 5. The operational and strategic agreements between Europol and international organizations. 6. Conclusion.

ABSTRACT: Under Article 3(2) of the Treaty on the European Union, the Union shall offer its citizens an area of freedom, security, and justice without internal frontiers, in which the free movement of persons is ensured in conjunction with appropriate measures with respect to external border controls, asylum, immigration, and the prevention and combating of crime. The objective is paramount, especially as far as the fight against transnational crime is concerned. Over time, experts have stressed that the protection of the EU and the Member States must be guaranteed not only inside European borders but also outside Europe in order to be effective: Thus, forms of cooperation with non-European States and other international organizations are strongly needed. Then, the article focuses on one of these forms of cooperation: The operational and strategic agreements concluded by Europol with third countries and international organizations. An overview of the content of the agreements is provided and an assessment is made so as to understand whether these kinds of agreements actually enhance the role played by the European Union on the global stage while effectively protecting human rights at the same time.

KEY WORDS: Area of Freedom, Security, and Justice; External Dimension of the Area of Freedom, Security, and Justice; Europol; operational agreements; strategic agreements; protection of human rights.

1. Introduction

The economic realities that have favoured the overcoming of restrictions on economic and financial transactions and the expansion of global markets, globalization¹ and the

* Alessandro Rosanò, PhD, is Teaching Assistant of International Law and EU Law at the University of Padova Law School (Italy), a.rosano@hotmail.it.

1 For an introduction to globalization, see BECK, U. *Was ist Globalisierung? Irrtümer des Globalismus – Antworten auf Globalisierung*. Suhrkamp, 1997, BECK, U. *Der kosmopolitische Blick oder: Krieg ist Frieden*. Suhrkamp, 2004, SASSEN, S. *A Sociology of Globalization*. Norton, 2007. On the relation between globalization and law, see WIENER, J. *Globalization and the Harmonization of Law*. Pinter, 1999, DAVID, P.R. *Globalización, prevención del delito y justicia penal*. Zabalia, 2004, BOULLE, L. *The Law of Globalization. An Introduction*. Wolters Kluwer, 2009, CASSESE, S. *Il diritto globale. Giustizia e democrazia oltre lo Stato*. Einaudi, 2009, WOJTYCZEK, K. "La mondialisation et les mutations du droit constitutionnel", *European Review of Public Law*, 22, P.149. On the relation between globalization and

creation and development of the European internal market² have marked our recent history and led to some positive outcomes: In fact, they have improved the living conditions of people living in Western countries. However, there are some negative features which should be taken into account, too. As a matter of fact, the technological development they have been largely based upon - think for instance of forms of development regarding telecommunications, IT, or means of transportation, just to name a few - has also determined the rise of new criminal realities. It is no coincidence that the concept of transnational crime has come into existence³ and actually, the legal doctrine has acknowledged the existence of a fifth fundamental freedom in the European Union's (EU) political, economic, and social framework: Free movement of crime.⁴ That is what stands behind the creation of the area of freedom, security, and justice (AFSJ) as a key objective of the EU.⁵

Pursuant to Article 3(2) of the Treaty on the European Union (TEU), "the Union shall offer its citizens an area of freedom, security, and justice without internal frontiers, in which the free movement of persons is ensured in conjunction with appropriate measures with respect to external border controls, asylum, immigration, and the prevention and combating of crime."⁶ This objective is paramount, as one can easily understand by simply checking the

criminal law, see NOWAK, C. "European Union criminal law – a laboratory of internationalization of law". *Fight against EU fraud. Administrative and criminal law issues* (Ed.) Nowak, C. Lex, 2011, BERNARDI, A. "Il diritto penale tra globalizzazione e multiculturalismo", *Rivista italiana di diritto pubblico comunitario*, 12, P.485-534.

2 See *The Law of the Single Market: Unpacking the Premises* (Eds.) Barnard, C. and Scott, J. Hart Publishing, 2002, *Regulating the Internal Market* (Ed.) Nic Shuibhne, N. Edward Elgar, 2006, EGAN, M. "Single Market". *The Oxford Handbook of the European Union* (Eds.) Jones, E., Menon, A. and Weatherhill S. Oxford University Press, 2012, BARNARD, C. *The Substantive Law of the EU: The Four Freedom*. Oxford University Press, 2013.

3 Under Article 3(2) of the United Nations Convention against Transnational Organized Crime, an offence is transnational in nature if: a) it is committed in more than one State, b) it is committed in one State but a substantial part of its preparation, planning, direction or control takes place in another State, c) it is committed in one State but involves an organized criminal group that engages in criminal activities in more than one State, or d) it is committed in one State but has substantial effects in another State. On this topic, see *Transnational Organised Crime* (Eds.) Edwards, A. and Gill, P. Routledge, 2003, PECCIOLI, A. *Unione europea e criminalità transnazionale. Nuovi sviluppi*. G. Giappichelli editore, 2005, *Handbook of Transnational Crime and Justice* (Ed.) Reichel, P. Sage Publication, 2005.

4 One may find the phrase "fifth freedom" in SPENCER, J.R. "EU Criminal Law – the Present and the Future?". *A Constitutional Order of States? Essays in EU Law in Honour of Alan Dashwood* (Eds.) Arnall, A., Barnard, C., Dougan, M. and Spaventa, E. Hart Publishing, 2011, P.343. One should also consider that someone speaks of "free movement of prosecutions" and calls for "free movement of criminal justice": see PEERS, S. *EU Justice and Home Affairs Law*. Longman, 2000.

5 This has been an objective of the EU since the 1997 Treaty of Amsterdam. One could find references to it in the Preamble and under Articles K.1 and B of the former Treaty on the European Union, as well as under Article 73 I of the Treaty establishing the European Communities. For an introduction, see *Europe's Area of Freedom, Security and Justice* (Ed.) Walker, N. Oxford University Press, 2004, *Lo spazio di libertà, sicurezza e giustizia dell'Unione europea: principi fondamentali e tutela dei diritti* (Eds.) Draetta, U., Parisi, N. and Rinoldi, D. Editoriale Scientifica, 2007, *The Institutional Dimension of the European Union's Area of Freedom, Security and Justice* (Ed.) Monar, J. Peter Lang, 2010, ECKES, C. and KONSTADINIDES, T. *Crime within the Area of Freedom, Security and Justice: A European Public Order*. Cambridge University Press, 2011.

6 The specific provisions may be found under Title V of the Treaty on the Functioning of the European Union (Articles 67-89) which tackles issues such as border checks, asylum, and immigration (Chapter

wording of Article 3. The attainment of the AFSJ precedes the establishment of the internal market (paragraph 3) and the economic and monetary union (paragraph 4). Also, one should consider Article 67(3) of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), which states that "the Union shall endeavour to ensure a high level of security through measures to prevent and combat crime, racism, and xenophobia, and through measures for coordination and cooperation between police and judicial authorities and other competent authorities, as well as through the mutual recognition of judgments in criminal matters and, if necessary, through the approximation of criminal laws."

So, the EU aims at solving these issues by taking measures which are adequate to their gravity. However, over time, experts have become aware that the effective protection of the EU and the Member States cannot be guaranteed solely and exclusively in Europe: Forms of cooperation with non-European States and other international organizations are needed as they should be regarded not only as economic partners, but also and most importantly as allies in a global struggle. This has led to the identification of the so-called external dimension of the AFSJ,⁷ whose function is noteworthy - yet ancillary to the establishment of the internal AFSJ. In fact, the external dimension of the AFSJ should facilitate the promotion of the EU's democratic values and create a secure environment outside the European borders that the EU, the Member States, and third States could benefit from⁸

This topic has been of prime importance since the European Council which took place in Tampere in October 1999. On that occasion, the European Council underlined that all competences and instruments at the disposal of the EU, and in particular, in external relations, should be used in an integrated and consistent way to build the AFSJ, and expressed its support for regional co-operation with non-EU States (especially Baltic countries and Balkan countries) against organised crime⁹.

2), judicial cooperation in civil matters (Chapter 3), judicial cooperation in criminal matters (Chapter 4), and police cooperation (Chapter 5).

7 For an introduction, see *Sécurité et justice: Enjeu de la politique extérieure de l'Union européenne* (Eds.) de Kerchove, G. and Weyembergh, A. Éditions de l'Université libre de Bruxelles, 2003, PAWLAK, P. "The External Dimension of the Area of Freedom, Security and Justice: Hijacker or Hostage of Cross-pillarization?", *European Integration*, 31, P.25-44, MONAR, J. *The External Dimension of the EU's Area of Freedom, Security and Justice. Progress, Potential and Limitations After the Treaty of Lisbon*. Swedish Institute for European Policy Studies, 2012, MONAR, J. "The EU's Growing External Role in the AFSJ Domain: Factors, Framework and Forms of Action". *Supranational Governance of Europe's Area of Freedom, Security and Justice* (Eds.) Kaunert, C., Occhipinti, J.D. and Léonard, S. Routledge, 2015, P.109-128. For what concerns the fight against transnational crime, see MITSILEGAS, V. "The External Dimension of EU Action in Criminal Matters", *European Foreign Affairs Review*, 12, P.457-497 REES, W. "Inside Out: The External Face of EU Internal Security Policy" *Journal of European Integration*, 30, P.97-111, LAVENEX, S. and WICHMANN, N. "The external governance of EU internal security", *Journal of European Integration*, 31, P.83-102. With regard to the relation between the external dimension of the AFSJ and the Common Foreign and Security Policy, see CREMONA, M. *EU External Action in the JHA Domain: A Legal Perspective*. European University Institute, 2008. For an introduction to the EU external action, see VAN VOOREN, B. and WESSEL, R.A. *EU External Relations Law: Text, Cases and Materials*. Cambridge University Press, 2014.

8 Council of the European Union, "European Union priorities and policy objectives for external relations in the field of justice and home affairs", Document no. 7653/00 and "A Strategy for the External Dimension of JHA: Global Freedom, Security and Justice", Document no. 15446/05.

9 European Council, Conclusions of the Presidency of the European Council, Tampere, 15-16 October 1999, available on http://www.europarl.europa.eu/summits/tam_en.htm (accessed on 1 July 2016).

In the Hague Programme, the European Council defined the development of a coherent external dimension of the EU policy of freedom, security, and justice as a growing priority, especially with regard to the fight against terrorism¹⁰.

In the Stockholm Programme, the European Council stressed the need to engage with third countries to combat serious and organized crime, terrorism, drugs, trafficking of human beings, and smuggling of persons by primarily focusing the EU's counter-terrorism activities on prevention, protecting critical infrastructures, and exchanging information with third countries. Some key partners were singled out: They were candidate countries, countries with an EU membership perspective, European neighbourhood countries, European Economic Area/Schengen States, the United States of America, the Russian Federation, and other countries or regions of priority, as well as international organizations such as the United Nations and the Council of Europe.¹¹

In the Conclusions of the Ypres European Council, one can find further references to the EU's role as a global player that must cooperate with its partners to counteract transnational crimes.¹²

The Commission has intervened on the topic too, stressing that "societies based on common values such as good governance, democracy, the rule of law, and respect for human rights will be more effective in preventing domestic threats to their own security as well as more able and willing to cooperate against common international threats."¹³ In this regard, many policy instruments have been defined: *inter alia*, one should consider bilateral agreements,¹⁴ the enlargement and pre-accession process,¹⁵ European Neighbourhood Policy

10 European Council, "The Hague Programme: Strengthening Freedom, Security and Justice in the European Union", available on <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=OJ:C:2005:053:0001:0014:EN:PDF> (accessed on I July 2016).

11 European Council, "The Stockholm Programme: An Open and Secure Europe Serving and Protecting Citizens", available on [http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010XG0504\(01\)&from=EN](http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52010XG0504(01)&from=EN) (accessed on I July 2016).

12 European Council, Conclusions of the European Council, Ypres, 26-27 June 2014, available on <http://www.consilium.europa.eu/en/meetings/european-council/2014/06/26-27/> (accessed on I July 2016). Truth be told, some references to the external dimension of the AFSJ may be found in the TFEU too. For instance, under Article 78(2)(g), the European Parliament and the Council, acting in accordance with the ordinary legislative procedure, shall adopt measures for a common European asylum system comprising partnership and cooperation with third countries for the purpose of managing inflows of people applying for asylum or subsidiary or temporary protection. Under Article 79(3), the Union may conclude agreements with third countries for the readmission to their countries of origin or provenance of third-country nationals who do not or who no longer fulfil the conditions for entry, presence or residence in the territory of one of the Member States. In more general terms, pursuant to Articles 216 to 218, the EU may conclude agreements with third countries or international organizations where the Treaties so provide or where the conclusion of an agreement is necessary in order to achieve one of the objectives referred to in the Treaties or is provided for in a legally binding Union act or is likely to affect common rules or alter their scope.

13 European Commission, Communication: "A Strategy on the External Dimension of the Area of Freedom, Security and Justice", available on <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:52005DC0491&from=EN> (accessed on I July 2016).

14 Meaning association or partnership and cooperation agreements, readmission agreements, visa facilitation agreements, and mutual legal assistance and extradition agreements.

15 On the enlargement of the EU, see *The Enlargement of the European Union* (Ed.) Cremona, M. Oxford University Press, 2003, TATHAM, A.F. *Enlargement of the European Union*. Wolters Kluwer, 2009, SADURSKI, W. *Constitutionalism and the Enlargement of Europe*. Oxford University Press, 2012.

Action Plans,¹⁶ forms of regional cooperation,¹⁷ the development policy,¹⁸ external aid programmes,¹⁹ and forms of cooperation with other international organizations.²⁰

In addition to this, operational cooperation must be considered which is based on the development of agreements and working arrangements made by Europol, Eurojust, the European Police College, and the Borders Agency with counterparts in third countries.

This article analyses the cooperation agreements concluded by Europol in order to understand whether there is and what is the trend in this field, and how this affects the growth of the external dimension of the AFSJ, and the role of the EU as a global player in the fight against transnational crime and the protection of human rights.²¹ Therefore, after a swift overview of Europol's competences - especially as far as the external dimension of the AFSJ is concerned - it focuses on the operational and strategic agreements made by the agency with third countries and international organizations in order to assess their impact on this area of EU law and competences.²²

16 See *The European Neighbourhood Policy: Values and Principles* (Ed.) Poli, S. Routledge, 2016.

17 One may think of the Asia-Europe Meeting (ASEM, http://eeas.europa.eu/asem/index_en.htm) and the Euro-Mediterranean Partnership (EUROMED, http://eeas.europa.eu/euromed/index_en.htm) (both accessed on 1 July 2016).

18 See CARBONE, M. "La cooperazione allo sviluppo nell'allargamento dell'Unione europea: la dimensione dimenticata", *Rivista italiana di politiche pubbliche*, 2/3, P.233-252, BARTOLONI, E.M. "La cooperazione allo sviluppo dell'Unione europea con Paesi terzi: da politica contro la povertà a cooperazione globale?". *Diritti umani e diritto internazionale*, 8, P.663-668.

19 One may consider the Community Assistance for Reconstruction, Development, and Stabilisation programme (CARDS), which provides assistance to South-Eastern European countries with a view to their access to the EU, the Technical Aid to the Commonwealth of Independent States programme (TACIS), which promotes the transition to a market economy, democracy building, and the rule of law in Eastern Europe and Central Asia States, and the accompanying measures programme (MEDA), which supports third countries of the Mediterranean area in their economic and social reforms.

20 See CREMONA, M. "The Union as a Global Actor: Roles, Models and Identity", *Common Market Law Review*, 41, 2004, P.553-573, BRETHERTON, C. and VOGLER, J. *The European Union as a Global Actor*. Routledge, 2006.

21 However, the external dimension of the AFSJ is not limited to police and judicial cooperation in criminal matters. It also covers other issues, first of all the management of migration flows. On this topic, see RIJPMA, J.J. and CREMONA, M. *The Extra-Territorialisation of EU Migration Policies and the Rule of Law*. European University Institute, 2007, CREMONA, M. *Circular Migration: A Legal Perspective*. European University Institute, 2008, STERKX, S. "The External Dimension of EU Asylum and Migration Policy: Expanding Fortress Europe?". *Europe's Global Role: External Policies of the European Union* (Ed.) Orbis, J. Burlington, 2009, P. 117-139. With regard to the external dimension of the judicial cooperation in civil matters, see HIX, J.P. "Mixed Agreements in the Field of Judicial Cooperation in Civil Matters: Treaty-Making and Legal Effects". *Justice, Liberty, Security: New Challenges for EU External Relations* (Eds.) Martenczuk, B. and van Thiel, S. VUBPress, 2008, P.211-256, KUIJPER, P.J. "The Opinion on the Lugano Convention and the Implied External Relations Powers of the European Community". *Justice, Liberty, Security: New Challenges for EU External Relations* (Eds.) Martenczuk, B. and van Thiel, S. VUBPress, 2008, P.187-210, VAN LOON, H. and SCHULZ, A. "The European Community and the Hague Conference on Private International Law". *Justice, Liberty, Security: New Challenges for EU External Relations* (Eds.) Martenczuk, B. and van Thiel, S. VUBPress, 2008, P.257-299.

22 The difference between the two classes of agreements is that operational agreements provide a legal framework for the exchange of personal data while strategic agreements do not provide anything about it.

2. The role of Europol in the development of the external dimension of the AFSJ

The European Police Office, better known as Europol, was established as an intergovernmental body with legal personality in 1995 through a convention made between the EU Member States.²³ The convention aimed at improving the effectiveness of cooperation between national police departments in order to prevent and fight against serious forms of transnational crime. It was later replaced by Council Decision 2009/371/JHA and Europol was reformed, becoming an EU agency in 2010.²⁴ The Council Decision has been repealed by Regulation 2016/794²⁵ which has set up a legal framework consistent with Article 88 of the TFEU. In fact, the Treaty of Lisbon has had an impact on Europol, too: Pursuant to Article 88 of the TFEU, Europol shall support and strengthen action by the Member States' police authorities and other law enforcement services, as well as their mutual cooperation in preventing and combating serious crimes affecting two or more Member States, terrorism, and forms of crime which affect a common interest covered by a Union policy. In this regard, the European Parliament and the Council, by means of regulations adopted in accordance with the ordinary legislative procedure, shall determine Europol's structure, operation, field of action, and tasks, which include the collection, storage, processing, analysis, and exchange of information, in particular those forwarded by the authorities of the Member States or third countries or bodies and the coordination, organization, and implementation of investigative and operational action carried out jointly with the Member States' competent authorities or in the context of joint investigative teams.

23 See Council Act 95/C 316/01 of 26 July 1995 drawing up the Convention based on Article K.3 of the Treaty on European Union, on the establishment of a European Police Office (Europol Convention), O.J. C 316 of 27 November 1995, 1. The Convention came into force on 1 October 1998 but Europol was preceded by the Europol Drugs Unit which was a non-operational team for the exchange and analysis of data and information on illicit drug trafficking, trafficking in radioactive and nuclear substances, clandestine immigration networks, trafficking in human beings, illicit vehicle trafficking, and the criminal organizations involved in these kinds of behaviour and associated money-laundering activities. The Unit was replaced by Europol starting from 1 July 1999. In this regard, see Joint Action 95/73/JHA of 10 March 1995 adopted by the Council on the basis of Article K.3 of the Treaty on the European Union concerning the Europol Drugs Unit, O.J. L 62 of 20 March 1995, 1, and Joint Action 96/748/JHA of 16 December 1996 adopted by the Council on the basis of Article K.3 of the Treaty on the European Union extending the mandate given to the Europol Drugs Unit, O.J. L 342 of 31 December 1996, 4.

24 See Council Decision 2009/371/JHA of 6 April 2009 establishing the European Police Office (Europol), O.J. L 121 of 15 May 2009, 37. On Europol, see BOSCHI ORLANDINI, F. "Evoluzione e prospettive della cooperazione di polizia nell'Unione europea: la convenzione Europol". *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 3, P.1099-1120, MAROTTA, E. "Role and Action of Europol in Combating Organized Crime". *The European Union and the Challenge of Transnational Organized Crime. Towards a Common Police and Judicial Approach* (Ed.) Longo, F. Giuffrè editore, 2002, P.109, DI FABIO, R. "Il ruolo dell'Europol nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia", *La comunità internazionale*, 60, P.677-696, HEINE, G. "Changes in Criminal Law and Cooperation Through, in Particular, the Schengen Agreement and Europol: Possibilities, Problems and Influence in States Outside the European Union". *Harmonization of Criminal Law in Europe* (Eds.) HUSABØ, E.J. and STRANDBAKKEN, A. Intersentia, 2005, P.41-52, CHITI, E. "La riforma di Europol", *Rivista trimestrale di diritto pubblico*, 2009, P.857-859, MAROTTA, E. "Europol e la decisione del 2009". *La cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale nell'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona* (Ed.) RAFARACI, T. Giuffrè editore, 2011, P. 271-281.

25 Regulation (EU) 2016/794 of the European Parliament and of the Council of 11 May 2016 on the European Union Agency for Law Enforcement Cooperation (Europol) and replacing and repealing Council Decisions 2009/371/JHA, 2009/934/JHA, 2009/935/JHA, 2009/936/JHA and 2009/968/JHA, O.J. L 135 of 24 May 2016, 53.

Under the 2016 Regulation, among the criminal offences Europol's competence shall cover, there is terrorism, organized crime, unlawful drug trafficking, trafficking of human beings, illegal money-laundering activities, computer crime, corruption, illicit trafficking in arms, and environmental crime. The regulation provides that the Agency shall collect and exchange information and intelligence, notify the competent authorities of the Member States of information concerning them, and aid investigations in the Member States. It shall ask the competent authorities to initiate, conduct or coordinate investigations, and participate in the activities of joint investigation teams. It must be noted that Europol shall also act as the central office for combating euro counterfeiting.²⁶

Under Articles 23 and 25 of Regulation 2016/794, Europol may establish and maintain cooperative relations with third countries and international organizations, and conclude agreements with them which may concern the exchange of all information that may be relevant for the performance of Europol's task, including personal data.²⁷ Pursuant to Article 71(2), the new Regulation shall not affect the legal force of agreements concluded by Europol as established by Decision 2009/371 before 13 June 2016, or of agreements concluded by Europol as established by the Europol Convention before 1 January 2010.

In this regard, one may recall Decision 2000/C 106/1²⁸ which provided that the director of Europol could enter into agreements with third countries and international organizations, and the agreements could contain provisions concerning the receipt of data by the agency, the type of data to be transmitted, the purpose for which the data were to be transmitted or used, and confidentiality. The decision also identified the first group of States and organizations with which negotiations could be entered into. The list included the United States of America, Canada, the Russian Federation, Turkey, countries that would later become part of the EU (for instance, Estonia, Latvia, Lithuania, Poland, Czech Republic), and organizations such as Interpol. Other entities were added to the list later²⁹ and the original decision was replaced by Decision 2009/935.³⁰

26 See Council Decision 2005/511/JHA of 12 July 2005 on protecting the euro against counterfeiting, by designating Europol as the Central Office for combating euro counterfeiting, O.J. L 185 of 16 July 2005, 35.

27 Pursuant to Article 25(1)(a)(b)(c), Europol may transfer personal data to an authority of a third country or to an international organisation, insofar as such transfer is necessary for the performance of Europol's tasks, on the basis of a decision of the Commission adopted in accordance with Article 36 of Directive (EU) 2016/680, finding that the third country or a territory or a processing sector within that third country or the international organisation in question ensures an adequate level of protection ('adequacy decision'), an international agreement concluded between the Union and that third country or international organisation pursuant to Article 218 TFEU adducing adequate safeguards with respect to the protection of privacy and fundamental rights and freedoms of individuals or a cooperation agreement allowing for the exchange of personal data concluded, before 1 May 2017, between Europol and that third country or international organisation in accordance with Article 23 of Decision 2009/371/JHA. In this regard, see Articles 5 and 6 of Council Decision 2009/934/JHA of 30 November 2009 adopting the implementing rules governing Europol's relations with partners, including the exchange of personal data and classified information, O.J. L 325 of 11 December 2009, 6, which provided that the EU Council, acting by qualified majority after consulting the European Parliament and Europol's Management Board, shall determine a list of third countries and international organizations and adopt implementing rules governing the relations of Europol with them.

28 Council Decision 2000/C 106/1 authorising the Director of Europol to enter into negotiations on agreements with third States and non-EU-related bodies, O.J. C 106 of 13 April 2000, 1.

29 See Council Decision 2001/C 358/01 of 6 December 2001 amending the Council Decision of 27 March 2000 authorising the Director of Europol to enter into negotiations on agreements with third States and non-EU-related bodies, O.J. C 358 of 15 December 2001, 1 and Council Decision

3. The operational agreements between Europol and third States

Over time, Europol has concluded operational agreements with Albania, Australia, Canada, Colombia, Macedonia, Iceland, Moldova, Montenegro, Norway, Serbia, Switzerland, Liechtenstein, Monaco, and the United States of America.³¹

The purpose of these agreements is to establish cooperative relations between Europol and those States in order to support both the EU Member States and third countries in their fight against transnational crime. That is why the Parties agree to exchange specialist knowledge, general situation reports, results of strategic analysis, information on criminal investigation procedures, information on crime prevention methods, and to participate in training activities and provide advice and support in individual criminal investigations.

In the agreement with the United States of America the definitions of strategic information and technical information are provided. By strategic information the Parties mean enforcement actions that might be useful to suppress offences, new methods used in committing offences, trends and developments in the methods used to commit offences, observations and findings resulting from the successful application of new enforcement aids and techniques, routes and changes in routes used by smugglers or those involved in illicit trafficking offences covered by the agreement, prevention strategies and methods for management to select law enforcement priorities, and threat assessments and crime situation reports. By technical information the Parties mean means of strengthening administrative and enforcement structures in the fields covered by the agreement, forensic police methods and investigative procedures, methods of training the officials concerned, criminal intelligence analytical methods, and identification of law enforcement expertise.

Every State shall designate a national contact point,³² which shall keep the relations between Europol and competent authorities at a national level. This includes the obligation to regularly organize meetings between Europol and national authorities in order to discuss issues related to the agreement and cooperation in general, the obligation to regularly consult on issues of common interest, and the possibility of inviting a representative of the national contact point to attend the meetings of the Heads of Europol National Units – but this is something only the agreements with Albania, Moldova, Montenegro, Serbia, and Liechtenstein provide for. It is also agreed to implement forms of secondment of liaison officers.

2005/629/EC of 24 February 2005 amending the Decision of 27 March 2000 authorising the Director of Europol to enter into negotiations on agreements with third States and non-EU-related bodies, O.J. L 56 of 2 March 2005, 14.

30 See Council Decision 2009/935/JHA of 30 November 2009 determining the list of third States and organisations with which Europol shall conclude agreements, O.J. L 325 of 11 December 2009, 12 and Council Implementing Decision 2014/629/EU of 6 May 2014 amending Decision 2009/935/JHA as regards the list of third States and organisations with which Europol shall conclude agreements, O.J. L 138 of 13 May 2014, 104.

31 In light of its provisions, one may believe that the agreement with the United States of America is a strategic agreement rather than an operational agreement, but it should be considered that Europol and the United States have entered into a supplemental agreement on the exchange of personal data and linked information. The texts of all the agreements mentioned in this article are available on <https://www.europol.europa.eu/content/page/external-cooperation-31> (accessed on 1 July 2016).

32 For example, the Federal Police for Australia, the Commissioner of the Royal Mounted Police for Canada, the National police for Colombia.

Exchange of information is paramount: The Parties shall set up appropriate mechanisms in order to control and assess their sources and the reliability of the information obtained, as well as limit the use, storage, review, correction, and deletion of this information. Also, they shall ensure that the information is protected through technical and organizational measures and may establish confidential communication lines (in regards to the agreements with Albania, Moldova, Montenegro, Serbia, and Liechtenstein). Also, personal data relating to an identified natural person or a natural person which is identifiable by reference, *inter alia*, to an identification number or to factors specific to his physical, physiological, mental, economic, cultural, or social identity can be transmitted only where strictly necessary and provided that the relevant purpose be disclosed. The agreements with Australia, Canada, Colombia, Iceland, Macedonia, Monaco, Norway, and Switzerland provide that personal data - as defined in Article 6, first sentence, of the Council of Europe Convention of 28 January 1981 for the protection of individuals with regard to automatic processing of personal data³³ - shall only be supplied by Europol in absolutely necessary cases and in addition to other information.

For what concerns other forms of cooperation, the Parties may establish analysis groups - under the agreements with Albania, Colombia, Macedonia, Moldova, Montenegro, Serbia, Liechtenstein, and Monaco - and joint investigation teams - under the agreements with Albania, Moldova, Montenegro, Serbia, and Liechtenstein).

Pursuant to the agreement with Canada, a request for cooperation may be refused if it is not submitted in conformity with the provisions of the agreement, contrary to domestic law, inconsistent with constitutional requirements, prejudicial to national security, contrary to other government interests, or when compliance would entail extraordinary or excessive cost.

With regard to the exchange of classified information, the agreements with Colombia and Macedonia provide that the Parties shall have security organizations and security programmes and apply the *need to know* principle, meaning that access to and possession of information shall be restricted to those persons who by reason of their duties and obligations need to be acquainted with the information. They shall need security clearance and appropriate authorisation before they can access the information. Reproduction of the information shall be limited to what is strictly necessary and transmission shall be subject to strict requirements. When they are no longer needed, classified documents shall be destroyed in a manner sufficient to preclude recognition or reconstruction of the classified information. Where unauthorised persons have obtained classified information, the Parties shall notify each other without delay and carry on investigation activities.

Under the agreements with Albania and Liechtenstein, Europol has to comply with the Charter of Fundamental Rights of the EU while the States have to comply with international conventions on human rights, most of all the European Convention on Human Rights. The agreements with Moldova, Montenegro, and Serbia only refer to the obligations Europol has to comply with under the Charter.

Also, under the agreements with Albania, Liechtenstein, Moldova, Montenegro, and Norway, the Parties shall only supply information to each other which was collected, stored,

33 Meaning personal data revealing racial origin, political opinions, or religious or other beliefs, as well as personal data concerning health or sexual life.

and transmitted in accordance with their respective legal framework and has not been manifestly obtained in violation of human rights.

4. The strategic agreements between Europol and third States

To date, four strategic agreements with the Russian Federation, Turkey, Bosnia and Herzegovina, and Ukraine have been signed. These agreements provide that the Parties shall enhance their cooperation in order to prevent, detect, suppress, and investigate serious forms of transnational crime. That shall be done by exchanging strategic and technical information on forms, methods and means of committing offenses, new types of drugs, technologies and materials used to produce drugs, methods for the examination and identification of drugs, channels for transferring illegally acquired funds, new forms and methods of combating crime, forensic police and investigating methods, training methods and centres of excellence, and criteria for the evaluation of law enforcement activities. The agreement concluded with the Russian Federation expressly states that it does not include the exchange of personal data as that issue shall be tackled in a separate agreement.

Each State shall designate the national authorities responsible for the implementation of the agreement and for making contact with Europol.³⁴ The Parties shall assist each other and can set up the exchange of experts for training purposes. However, the agreement with the Russian Federation provides that a request for assistance may be denied completely or partially when its execution may damage the sovereignty, security, public order or other essential interests of the Federation, or contradict its legislation or international obligations, or when Europol considers that the execution of the request conflicts with its purposes and tasks.

The Parties are expected to keep the information exchanged confidential. In this regard, the most interesting agreement is the one concluded with Ukraine. In fact, in Annex I, one can find provisions concerning the exchange of classified information which resemble the ones of the operational agreements with Colombia and Macedonia.

5. The operational and strategic agreements between Europol and international organizations

At the time being, Europol has concluded one operational agreement with Interpol and two strategic agreements with the World Customs Organization and the United Nations Office on Drugs and Crime (UNODC). The purpose of these agreements is to establish and maintain cooperation in combating serious forms of transnational crime, but the means tend to change and be more specific in the case of the operational agreement, and more generic in the case of the strategic agreements.

Under the operational agreement, Europol and Interpol have agreed to exchange operational, strategic, and technical information, to coordinate their activities, including the development of common standards, action plans, training and scientific research, and the secondment of liaison officers.

³⁴ They are the Ministry of Internal Affairs of the Russian Federation, the Interpol Department at the Ministry of Interior of Turkey, the Ministry of Security of Bosnia and Herzegovina and the Ministry of Internal Affairs of Ukraine.

Pursuant to Article 5(2), neither Party may process information which has clearly been obtained in obvious violation of human rights. Under Article 7, interested subjects shall have the right to have access to data transmitted under the agreement, or to have such data checked. Pursuant to Article 9, the Parties shall set up and follow specific procedures in order to assess their sources and the reliability of the information obtained.

For what concerns the strategic agreements, they provide for mutual consultation, exchange of information, and reciprocal representation at meetings organized by the Parties. The agreement concluded with UNODC also provides for the establishment of specific forms of technical cooperation which will be mutually agreed upon on a case-by-case basis.

6. Conclusion

In a globalized world, where threats to the values and the very existence of European democracies come both from inside and outside Europe, the establishment of an external dimension of the AFSJ must be regarded as a positive result as it is necessary to complete the corresponding internal dimension. Therefore, one may say that the very idea of the external dimension of the AFSJ is consistent with the objectives of the EU, as it contributes to achieving them. Also, one cannot deny that the commitment shown by the EU in fighting against transnational crime enhances the role played by the EU itself on the international stage as a leading actor in this kind of matter.³⁵

Thus, one should have a positive opinion of the initiatives taken so far by Europol with regard to the conclusion of operational and strategic agreements, and with regard to the agreements that will be concluded in the future. In fact, one may consider, for instance, that on 12 April 2016 the European Parliament approved the draft Council implementing decision on the conclusion of a strategic cooperation agreement with the Federative Republic of Brazil:³⁶ So, the process of building a global network of allies against common threats goes on. Of course, for what concerns the countries listed in the 2009 decision, one should be aware that the agreements with China, Israel, and Morocco still lacks, but, in light of what has already been achieved especially in terms of exchange of information,³⁷ one might be optimistic.

However, there are some critical issues that should be highlighted. First, one should consider that a model agreement has been drawn up by Europol and the Europol Joint Supervisory Body³⁸ but that it tends not to be fully complied with because of the many needs which may be taken to the table during negotiations: So, one could not find two agreements similar to each other. Making use of a wording developed in other areas of EU

35 CREMONA, M. "The European Union as an International Actor: Issues of Flexibility and Linkage", *European Foreign Affairs Review*, 3, P.67-94, MONAR, J. "The EU as an International Actor in the Domain of Justice and Home Affairs", *European Foreign Affairs Review*, 9, P.395-415.

36 See European Parliament legislative resolution of 12 April 2016 on the draft Council implementing decision approving the conclusion by the European Police Office (Europol) of the Agreement on Strategic Cooperation between the Federative Republic of Brazil and Europol, available on <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2016-0098+0+DOC+XML+V0//EN&language=EN> (accessed on 1 July 2016).

37 In this regard, Europol has provided some data which are quite positive. See for instance <https://www.europol.europa.eu/content/page/siena-1849> (accessed on 1 July 2016).

38 This body's task is to supervise personal data protection and ensure that Europol complies with the relevant legal provisions. See <http://www.europoljsb.europa.eu/about.aspx> (accessed on 1 July 2016).

law, one may speak of a sort of variable-geometry collaboration that makes it difficult to identify a coherent system of cooperation between Europol and its partners. As a matter of fact, one would have better to acknowledge the existence of many systems, one for each partner. It is quite likely that this kind of problem is an unsolvable one since the agreements are based on mutual concessions. Therefore, if one has to choose between leaving the negotiation table empty-handed and leaving it with something, the latter option is surely the most preferable one.

Yet, there is another issue that must be taken into account: The role protection of human rights plays in the agreements. As it has already been underlined, under the agreements with Albania and Liechtenstein, on the one hand Europol has to comply with the Charter of Fundamental Rights of the EU, and on the other hand the States have to comply with international conventions on human rights; while the agreements with Moldova, Montenegro, and Serbia only refer to the obligations Europol has to comply with under the Charter. Also, under the agreements with Albania, Liechtenstein, Moldova, Montenegro, and Norway, the Parties cannot supply information which has been manifestly obtained in violation of human rights. For what concerns the strategic agreements, one can find an implicit reference to the protection of human rights in the agreements with Turkey and the Russian Federation.³⁹ With regard to the agreements with international organizations, the agreements concluded with Interpol refers to the preamble to the Universal Declaration of Human Rights while also prohibiting the processing of information obtained in obvious violations of human rights.

It is self-evident that that is not enough. Of course, from a strictly legal point of view, the consequences are not so serious. Regardless of the express reference to the Charter of Fundamental Rights, Europol still has to comply with its provisions pursuant to Article 51(1) of the Charter itself,⁴⁰ as the States have to protect the fundamental rights guaranteed by their constitutions, by international conventions to which they are party, and by *jus cogens*. Likewise, international organizations have to comply with the obligations arising from the *ius cogens* and their founding treaties. However, since exchange of information is paramount in all the agreements⁴¹ and the external dimension of the AFSJ should be regarded as a means to spread the values of the EU worldwide, it does not seem appropriate to omit such a reference. Actually, it should be seen - at least for what concerns Europol - as a reassertion of those values and the expression of a form of awareness: That, even when it come to the

39 The agreements provide that the Parties shall cooperate in accordance with the provisions of the agreements provided that Europol acts within its legal framework and the States observe their national legislation and international obligations.

40 Under Article 51(1), the provisions of the Charter are addressed to the institutions and bodies of the Union with due regard for the principle of subsidiarity and to the Member States only when they are implementing Union law. They shall therefore respect the rights, observe the principles, and promote the application of the Charter in accordance with their respective powers. On the Charter of Fundamental Rights of the EU, see generally *Making the Charter of Fundamental Rights a Living Instrument* (Ed.) Palmisano, G. Brill Nijhoff, 2014, *The EU Charter of Fundamental Rights: A Commentary* (Eds.) Peers, S., Hervey, T., Kenner, J. and Ward, A. Hart Publishing, 2014, *The EU Charter of Fundamental Rights as a Binding Instrument: Five Years Old and Growing* (Eds.) de Vries, S., Bernitz, U. and Weatherill, S. Hart Publishing, 2015.

41 For an introduction, see *European Data Protection: Coming of Age* (Eds.) Gutwirth, S., Leenes, R., de Hert, P. and Pouillet, Y. Springer, 2014, *Reforming European Data Protection Law* (Eds.) Gutwirth, S., Leenes, R. and de Hert, P. Springer, 2015.

fight against terrorists or traffickers of human beings, drugs and arms, the EU is always driven by the very idea of protection of fundamental rights, rather than the fight itself.

Breves apontamentos para a arbitragem na Administração Pública

Brief Notes for arbitration in Public Administration

Antônio Pereira Gaio Júnior¹

Wesllay Carlos Ribeiro²

SUMÁRIO: 1. introdução. 2. A Arbitragem. 3. O Público e o Privado na Gestão Pública. 4. Antecedentes da Arbitragem no Brasil e sua aplicação na Administração Pública. 5. Lei 13.129 e os Novos Paradigmas da Arbitragem na Administração Pública. 6. Considerações Finais. 7. Referências bibliográficas.

RESUMO: Trata-se de artigo onde se procura investigar a possibilidade de aplicação do Instituto da Arbitragem nos conflitos que envolvem a Administração Pública no Brasil. Para isso, necessário será a análise do contexto histórico legislativo pelo qual se apresentam as bases legais da arbitragem em território brasileiro, avançando sobre a tendência de aproximação em parceria entre as gestões pública e privada para melhor eficiência dos serviços públicos oferecidos à população e daí, ensejando em caso de eventuais conflitos de interesses, a possibilidade de aplicação do instituto o da Arbitragem na solução dos mesmos, procurando assim, evitar o uso da própria jurisdição estatal, avolumada com milhares de ações judiciais.

PALAVRAS-CHAVES: Arbitragem, Administração Pública, Solução de Conflitos.

ABSTRACT: This is article which seeks to investigate the possibility of applying the Arbitration Institute in conflicts involving the public administration in Brazil. For this need will be the analysis of the legislative historical context by which to present the legal arbitration facilities in Brazil, advancing on the trend approach in partnership between the public and private managements to better efficiency of public services offered to the population and hence, occasioning in the event of possible conflicts of interest, the possibility of applying the Arbitration institute in solving them, thus seeking to avoid the use of their state jurisdiction, beehive with thousands of lawsuits.

KEYWORDS: Arbitration, Public Administration, Conflict Resolution.

1. INTRODUÇÃO

A situação de morosidade do Judiciário no Brasil se tornou comum. Dentre os muitos motivos que justificam esta lentidão, pode-se citar a quantidade de demandas relacionadas a atos do Poder Público. Neste sentido, dados do Conselho Nacional de Justiça referente ao ano de 2010 indicam que no Brasil 51% das ações judiciais se relacionam ao

¹Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Coimbra – PT. Pós-Doutor em Direito pelo *Ius Gentium Conimbrigae*. Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra-PT. Doutor em Direito pela Universidade Gama Filho. Mestre em Direito pela Universidade Gama Filho. Pós-Graduado em Direito Processual pela Universidade Gama Filho. Professor Adjunto da Universidade Federal Rural do Rio de Janeiro – UFRRJ. Advogado, Consultor Jurídico e Parecerista.

² Doutor em Direito pela Pontifícia Universidade Católica de Minas Gerais. Mestre em Direito pela Universidade Estácio de Sá. Professor Adjunto pela Universidade Federal de Alfenas - UNIFAL.

setor público, sendo deste total 38% relacionadas ao setor público federal, 8% ao setor público estadual e 5% com o setor público municipal.³

De fato a própria evolução cultural e jurídica da sociedade revela que a modernidade tardia no Brasil alcançada com a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, importou na adição de um grande número de direitos aos cidadãos sem, contudo incorporar igual número de condições orçamentárias, materiais e outras com que a administração pública pudesse se valer para que houvesse a efetivação de tais direitos. Tal situação levou a antagônica situação de garantia de direitos de um lado e ausência de sua efetivação do outro. Assim, como toda pretensão resistida busca amparo, o Judiciário se viu diante de diversas situações as quais ansiavam por resposta e proteção.

Tentativas de melhorar a relação da administração pública com os administrados têm sido buscadas e implementadas. A edição da Emenda Constitucional nº19/1988, com a inclusão da eficiência como princípio informador da Administração Pública, foi uma delas.

Por outro lado, também foram editadas legislações com o fito de promover a defesa de direitos difusos e coletivos como a da ação civil pública e a ação coletiva. Ainda merece destaque a implementação das Leis relativas aos Juizados Especiais Estaduais, Federais e da Fazenda Pública como tentativas esperançosas de equalizar tempo e efetividade na prestação da tutela jurisdicional, tendo os meios propícios à solução de conflitos, *ex vi* da Lei de Arbitragem, os mesmos desideratos.

2. A ARBITRAGEM

Regulada no Brasil pela Lei n.9.307/96 (LA), de 23.09.1996, recebendo esta, recentemente, modificações operadas pela Lei n.13.129, de 26.05.2015, trata-se a Arbitragem de meio propício à solução de conflitos sobre direitos patrimoniais disponíveis ou transacionáveis⁴, que, por meio de árbitro privado, escolhido pelas partes e destas recebendo poderes, decide a controvérsia, possuindo tal decisão a mesma força e efeitos jurídicos decorrentes daquelas sentenças proferidas pelos órgãos do Poder Judiciário.

Assim, temos que as partes, capazes, envolvidas em um conflito acerca de direitos patrimoniais disponíveis ou transacionáveis possuem a faculdade de escolher uma pessoa,

³ BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. 100 maiores litigantes. Brasília, 2011. Disponível em:<http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciais/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 08 de setembro de 2015.

⁴Cabe frisar aqui que, no caso, a ressalva feita acerca de direitos "transacionáveis", a despeito de o próprio texto legal indicar "direitos patrimoniais disponíveis" (art. 1º) como aqueles passíveis de solução pela arbitragem, possui razão de ser. Ainda que o direito possa ser indisponível, não significa que seja impossível de ser transacionado como v. g., os alimentos. Nisso, o direito de alimentos é, verdadeiramente, indisponível, no entanto, quanto ao *quantum* referente a ele, o mesmo não podemos sustentar idêntica indisponibilidade, dada a possibilidade de ser objeto de transação, disponível nestes termos.

No mesmo sentido, ver dentre outros, LA CHINA, Sérgio (*L'Arbitrato: Il Sistema e l'esperienza*. Milano: Giuffrè, 1999, p.27-28), para quem "il necessario rispetto di una certa disciplina non significa che la stessa sia adottata a tutela di diritti assoluti della persona o di status assimilabili a quelli familiari e coniugali (e troppo corripi si è oggi nel parlare di status e statuti del lavoratore, dell'impeditore,... senza rendersi conto delle pericolose implicazioni di um uso improprio del linguaggio)"; também CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem. Lei nº 9.307/96*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1997, p.13.

Nesta seara, merece ainda acostar apontamento de NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. (*Código de Processo Civil Comentado*.10 ed. São Paulo: RT, 2007, p.1393): "É disponível o direito sobre o qual as partes podem dispor, transigir, abrir mão. Em suma, todo direito que puder ser objeto de transação (CC 841; CC/16 1035) pode ser examinado e julgado por meio de juízo arbitral."

física ou jurídica para solucionar específica lide, deixando de lado a prestação jurisdicional estatal.

É fato que, conforme apontado alhures, com a percepção de que a atividade jurisdicional estatal tem sido deveras incipiente, isto em decorrência de uma série de fatores, quer de origens procedimentais, administrativas ou operacionais e até mesmo de quadros, vem crescendo a consciência de que fundamental é pacificar⁵, mesmo que esta não decorra de obra eminentemente estatal desde que seja por método eficiente e protetor das liberdades fundamentais do cidadão.⁶

Nesta toada, é válido afirmar ser a arbitragem, efetivamente, um foro privilegiado e princípio para a concretização do direito agredido, seja por meio de uma composição amigável ou mesmo através da convergência dos esforços dos litigantes no sentido de lograrem de maneira célere, sem atropelos às garantias essenciais do devido processo legal, da segurança jurídica e da justiça da decisão, a solução da controvérsia.

Por outro lado, dúvidas não restam ter a arbitragem, no tocante ao seu desenvolvimento como um método princípio à solução de litígios, natureza tipicamente processual, configurando-se, verdadeiramente, em instrumento hábil para tal satisfação do direito molestado.

Insta anotar que o Processo, em sua formação e realização, se coloca como instrumento apto à efetivação das garantias constitucionais, levando-se consigo toda uma

⁵ A política do consenso deve ser estimulada como tônica essencial na formação jurídica do operador do direito hodierno, sendo perceptível, sem exigir muitos esforços, o despreparo deste, sobretudo no campo prático, com as mais diversas modalidades instrumentais, fora do aparato jurisdicional estatal, v.g., conciliação, mediação e arbitragem.

Em feliz apontamento, estreitando laços com o assunto, assinala CAPPELLETTI: "Numa época em que se falou demasiadamente e com frequência sobre revoluções culturais, vale a pena sublinhar o caráter genuinamente revolucionário do movimento em prol do acesso à justiça, não somente no âmbito da ação prática, senão também quanto ao método de pensamento e mais particularmente do método de análise jurídica.

Se, na verdade, no terreno da ação, a mudança aportada e projetada foi radical, tendo-se dado um sentido novo e com conteúdo à ideia já por si mesma revolucionária, no plano do pensamento, em troca, foi tal, que se transformaram completamente os temas e modos de análise científica do jurista moderno". CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, Ideologias e Sociedade*. Vol. I. trad. e notas de Elicio de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008. p. 391.

⁶ O próprio Estado Brasileiro, em prática reiterada diante das Cortes Arbitrais Internacionais, reconhece a eficiência da Arbitragem como meio princípio à satisfação de contendas em uma diversidade de matérias, o que, certamente, deveria funcionar como política de incentivos à prática de tal via instrumental resolutiva de conflitos em território pátrio.

Disso, bem já noticiava Arnold Wald há bons anos, ratificando a aludida ideia incentivadora: "A exemplo dos últimos anos, o de 2007 representou uma fase de consolidação da arbitragem nacional e internacional no Brasil. O instituto tem sido cada vez mais utilizado por empresas brasileiras e recentes dados da Corte Internacional de Arbitragem da Câmara de Comércio Internacional (CCI) mostram que o Brasil se tornou o maior usuário da arbitragem na América Latina e já está em quarto lugar no ranking mundial da CCI, atrás apenas dos Estados Unidos, da França e da Alemanha" (WALD, Arnold. *Brasil lidera uso de arbitragem na América Latina*. In: *Revista Consultor Jurídico*, disponível em: <http://www.consultorjuridico.com.br>, acesso em 26 de novembro de 2015).

Para conhecimento mais amplo do instituto da Arbitragem como meio princípio à solução de conflitos em âmbito internacional, mais precisamente no que se refere a conflitos comerciais e resilição de controvérsias em blocos econômicos tais como Mercosul e União Europeia, ver, por todos, GAIO JÚNIOR. Antônio Pereira. *O Consumidor e Sua Proteção na União Europeia e Mercosul - Pesquisa Conjuntural como Contribuição à Política Desenvolvimentista de Proteção Consumerista nos Blocos*. Lisboa: Juruá Editorial, 2014; GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; MACHADO GOMES, J. M.. *Compêndio de Direito Econômico*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.

carga tipicamente comandada pela sua exata noção de que, mais do que um meio estatal característico para a tentativa de realização prática do justo, revela-se instrumento social e democrático eivado de direitos e garantias imperativas que devem ser respeitadas em sintonia com o estado democrático que se presencia em dado tempo e espaço.

Em firme e exata lição, Fazzallari, para quem "*il processo civile, nei vari tipi, è sempre coordinato all diritto sostanziale*", pondo à parte a teoria do processo como relação jurídica, afirma que o processo vale pelo próprio fato do processo, como técnica de composição de manifestações em conflito, conforme existe no processo judicial, mas não só nesse, visto também, v.g., nas negociações de pretensões laborativas, na construção de vontade em meio ao debate assemblear nas empresas ou na formação da vontade colegiada⁷, depreendendo-se aí, notadamente, a própria via arbitral como processo, encontrando-se, pois, na mesma, estrutura processual adequada⁸, propícia e, por isso, útil a instrumentalizar um conflito de interesses, tudo mediante as relações jurídicas que se desenvolvem em seu bojo entre os interessados por meio do respeito ao contraditório.

Atesta ainda o eminentíssimo professor:

A prescindere dagli ordinamenti statuali ingeneri, e non solo dal nostro, si colgono processi all'interno di gruppi per così dire transnazionali, a coesione più o meno spiccata: si pensi ai processi arbitrali, retti dalle varie leges mercatoriae che legano, al di sopra dei confini statuali, gli operatori economici in questo o quel settore.⁹

Não se pode sobejar neste compasso que, centrando-se em uma análise sob o ponto de vista eminentemente pragmático, é sabido que, sendo o processo instrumento pelo qual a jurisdição opera, está ele relacionado, em regra, ao conjunto de atividades

⁷ FA ZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. 7 ed. Padova: CEDAM, 1994, p. 12.

Fundamental asseverar aqui que o STF, em firme sintonia com a ideia do devido processo legal e sua aplicabilidade extensiva aos pleitos que envolvem, em um estado de direito, a proteção plena de quaisquer ameaças ou mesmo lesão aos direitos plenos do cidadão comum, assegurando uma proteção democrática dos interesses privados, expressou no RE, n. 201.819-8, que os direitos fundamentais devem ser respeitados nas relações privadas, pontuan-do, assim, que em todo processo que se desenvolva em associações e outras entidades privadas deve-se respeitar o direito à ampla defesa e ao contraditório. A apreciação dessa matéria foi concluída depois de meses de discussão na 2ª Turma do Supremo Tribunal Federal.

Reforçando o presente entendimento no julgado, o Ministro Celso de Mello expressou a ideia supra de maneira responsável, pautado, inclusive, em horizontes democráticos, ao afirmar que a tese de que o estatuto das liberdades públicas "não se restringe à esfera das relações verticais entre o Estado e o indivíduo, mas também incide sobre o domínio em que se processam as relações de caráter meramente privado, reconheceu que os direitos fundamentais projetam-se, por igual, numa perspectiva de ordem estritamente horizontal."

Em síntese, portanto, ainda que as relações jurídicas que se relacionam em processos administrativos, o direito das associações privadas não é absoluto e comporta restrições, que dão lugar ao prestígio dos direitos fundamentais assegurados pela Constituição Federal. No caso concreto, decidiu-se pela não concessão de recurso à União Brasileira de Compositores (UBC) que excluiu um de seus sócios do quadro da entidade sem o amplo direito à defesa.

A ideia do processo como entidade democrática e instrumento de perquirição pela busca do justo deve refletir como fundamento principal, seja em quaisquer ambientes em que se busque através do mesmo, a solução de pretensões relativas a direitos resistidos ou não.

⁸ "Dall'esperienza di diritto privato emergono, invece, i 'processi arbitrali' (in cui si realizza uma sorta di giustizia privata); ma, come rilevato, non può escludersi altro impiego della struttura processuale nell'ambito Ed ai fini dell'esercizio della autonomia privata". FA ZZALARI, Elio. Ob. cit. , p. 11-12.

⁹ Idem, p.13.

instrumentalizadas no sentido de se dar solução à lide, implementadas através de um encadeamento de atos – donde se depreende a palavra processo = *pro + cedere*: pender para frente, ir adiante, caminhar, progredir bem como das relações jurídicas desenvolvidas neste caminhar – relação jurídica processual. Neste passo, evidencia-se a própria via arbitral como composta de um procedimento do qual participam as partes interessadas, em posições antagônicas, tendo cada uma delas ônus, obrigações, direitos e deveres típicos da situação de instauração do conflito em sede arbitral, portanto, não se diferenciando, macroscopicamente, da via jurisdicional do processo.

No tocante ao desenvolvimento da arbitragem, cabe aqui, de passagem, apontar a existência das denominadas Arbitragem Institucional e Arbitragem *Ad Hoc*.

A primeira se dá quando as partes optam por escolher uma pessoa jurídica de direito privado constituída para esse fim, sendo, em regra, tal pessoa jurídica denominada de “câmara de arbitragem”.

A título organizacional, a câmara de arbitragem funciona como um pequeno juízo, possuindo regulamento próprio ao qual as partes estarão submetidas, constando também de secretaria, sistema de intimação, sala de audiências etc.

Já, no que se refere à segunda, arbitragem *ad hoc*, as partes podem escolher uma pessoa física como árbitro, acordando-se sobre todo o procedimento arbitral ao qual se submeterão.

3. O PÚBLICO E O PRIVADO NA GESTÃO PÚBLICA

A Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 representa o marco no processo de redemocratização do Brasil, pois que, notadamente, implementou importantes preceitos garantidores da liberdade dos indivíduos.

Todavia, para autores como Bresser Pereira¹⁰, embora inegáveis os avanços, a CRFB/88 manteve algumas diretrizes burocráticas que impedem maiores avanços, ficando aquém de uma esperada reforma administrativa que possa posicionar o país na vanguarda de outros modelos de administração pública, processo este que face à onda neoliberal vinha sendo implementado desde o início da década de 80 na Inglaterra e nos Estados Unidos, refletindo em diversos países do mundo. Esse processo de reforma somente tomou ares de efetiva adequação aos padrões brasileiros durante o governo do então presidente Fernando Henrique Cardoso. Nesta presidência foi elaborado pelo então Ministro de Administração Federal e Reforma do Estado, Luiz Carlos Bresser Pereira, o chamado Plano Diretor de Reforma do Aparelho do Estado - PDRAE, o qual foi devidamente aprovado pela Câmara da Reforma do Estado em 21 de setembro de 1995 e referendado pelo Presidente da República, sendo publicado em novembro do mesmo ano.

Um dos pontos centrais do PDRAE foi a modificação no aparelhamento do Estado para a prestação de serviços públicos, almejando um Estado menos executor e prestador de serviço, a fim de que possa assumir um papel de coordenador, regulador e provedor de serviços. Neste contexto, a desconcentração e a descentralização seriam a tônica na Administração Pública. A primeira redividindo a competência dentro de diferentes níveis da administração pública direta e a segunda pela promoção de parcerias entre o Estado e a sociedade.

¹⁰ BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Os primeiros passos da reforma gerencial do Estado de 1995. Revista Brasileira de Direito Público. Ano 6. n. 23. Out/dez. 2008, p. 145-186.

Neste processo de construção de parcerias entre Estado e Sociedade, o terceiro setor passa a ter papel relevante, sobretudo nas áreas de saúde, educação, cultura, ciência e tecnologia e meio ambiente.¹¹

Por outro lado, ainda como forma de descentralização, também ganha relevância as parcerias na administração pública via contratos com o setor privado, por meio dos quais a iniciativa privada passa a atuar como delegatária de serviços públicos. Neste interim, a prática da concessão e das Parcerias Público-Privadas ganha relevo.

Reflexo deste novo modelo de gestão pública, que embora não totalmente implementado, é a aproximação do Setor Público estatal, com o público não estatal e com o setor privado. A Administração Pública até então indiferente a processos e mecanismos de gestão privada, passa a buscar novas ferramentas, meios e métodos que possibilitem o alcance de novas diretrizes que inspiradas no princípio constitucional da eficiência, possibilitem uma gestão pública mais célere, eficaz, econômica e fulcrada no resultados e no atendimento das demandas e necessidades dos cidadãos.

Deu-se início a um processo de interação entre público e privado na gestão pública até então não experimentado no sistema jurídico e administrativo brasileiro. Essa onda de reforma traz possibilidades e desafios em diversas áreas e uma delas que tem relevante papel é no setor de serviços públicos. O serviço público, dada a imperatividade da manutenção da sua prestação em face de princípios como o da continuidade e da essencialidade faz necessário a existência de meios propícios e céleres para a resolução de conflitos, o que fez a arbitragem se tornar uma alternativa atraente.

4. ANTECEDENTES DA ARBITRAGEM NO BRASIL E SUA APLICAÇÃO NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

É bem verdade que o instituto da Arbitragem, muito antes do monopólio da Jurisdição estatal já se encontrava em prática no mundo.

Trata-se, por isso, de um instituto milenar, encontrando sua prática em todo o mundo.¹²

Destarte, no que se refere mais precisamente ao Brasil, tem-se notícia da Arbitragem já desde a Constituição do Império de 1824, cujo texto – art. 160 – indicava que nas causas cíveis, poderiam as partes eleger juízes árbitros, com decisões irrecorríveis, desde que convencionado pelas partes interessadas na solução da demanda.

Em 26 de julho de 1831, houve a previsão do uso da arbitragem nos litígios que envolviam seguro e ainda, com o advento da Lei n. 108, de 11 de outubro de 1837, nos dissídios referentes à locação de serviços.

Com o advento do Código Comercial Brasileiro, em 1850, foi instituído o juízo arbitral necessário para causas entre sócios de sociedades comerciais, locações, entre outras. O Regulamento n. 737, de 25 de novembro de 1850, de elevado significado para o Direito Comercial, contemplou sobre a matéria arbitral, distinguindo a arbitragem obrigatória daquela facultativa, vindo o sistema de arbitragem compulsória a ser revogado pela Lei n. 1.350, de 1866, permanecendo, no entanto, a arbitragem facultativa.

¹¹ COSTA, F. L. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. Revista de Administração Pública, v. 42, n. 5, 2008, p. 829-874.

¹² Sobre um estudo aprofundado das bases históricas às quais repousa o instituto da Arbitragem bem como a figura do Árbitro, ver, por todos, CLAY, Thomas. *L' Arbitre*. Paris: Dalloz, 2001.

Em 1894, a Lei n. 221 veio à regular o procedimento arbitral no âmbito da Justiça Federal, sendo que, posteriormente, com o Decreto n. 3.084 de 1898, regulamentou seu procedimento. Segundo estes dispositivos, as partes seriam livres para recorrer das decisões sem embargo de cláusula impeditiva inserta no compromisso.

Vale ressaltar que, com a Proclamação da República os estados federados foram autorizados a legislar sobre processo, logo, também, sobre arbitragem, tendo os Códigos Processuais de Minas Gerais, São Paulo e Bahia, regulado dispositivos acerca do instituto da arbitragem.

Com a Constituição Federal de 1934 e concentrada a competência legislativa relativa a processo civil aos auspícios da União, foi promulgado o Código de Processo Civil de 1939, este que facultou a composição de pendências judiciais e extrajudiciais, em qualquer tempo, através da via arbitral, quaisquer que fossem os valores envolvidos, condicionando, no entanto, que o conflito se relacionasse com direitos patrimoniais disponíveis.

No que toca ao Código Civil de 1916, este dedicou os arts. 1.037 a 1.048 ao compromisso arbitral, assim como à solução de pendências judiciais e extrajudiciais condicionadas à escolha de árbitros, expressando a irrecorribilidade dos julgamentos, salvo se pactuado pelas partes.

A Constituição Federal de 1937, em seu art. 18, alínea *d*, permitiu aos estados federados legislar sobre as organizações públicas, objetivando-se ainda a possibilidade de conciliação extrajudicial dos litígios ou mesmo decisão arbitral.¹³

Posteriormente, as Constituições que se seguiram – 1946, 1967 e EC de 1969 – não fizeram referência à arbitragem, o que não foi impedimento para que o Código de Processo Civil Brasileiro, instituído pela Lei n. 5.869, de 11 de janeiro de 1973, ratificasse o juízo arbitral, que veio regulamentado no Livro IV (Dos procedimentos especiais), Título I (Dos procedimentos especiais de jurisdição contenciosa), Capítulo XIV (Do juízo arbitral), atualmente revogado.

Ao contrário de Constituições anteriores, a Constituição Federal de 1988 veio ratificar, explicitamente, a arbitragem, ao fazer referência expressa à mesma nos §§ 1º e 2º do art. 114, possibilitando o exercício da via arbitral no que se refere aos dissídios coletivos do trabalho.¹⁴

¹³ "Art 18 – Independentemente de autorização, os Estados podem legislar, no caso de haver lei federal sobre a matéria, para suprir-lhes as deficiências ou atender às peculiaridades locais, desde que não dispensem ou diminuam as exigências da lei federal, ou, em não havendo lei federal e até que esta regule, sobre os seguintes assuntos:

(...)

d) organizações públicas, com o fim de conciliação extrajudiciária dos litígios ou sua decisão arbitral;(...)".

¹⁴ Vale ressaltar neste ínterim que "O Tribunal Superior do Trabalho (TST), por sua Quarta Turma, julgou recurso, em Agravo de Instrumento, no qual o objeto principal da discussão refere-se à aplicabilidade da Lei da Arbitragem nos dissídios individuais da Justiça do Trabalho e sua constitucionalidade (TST. AIRR.22761/2002-900-02-00.5. DJ 20.04.2007).

Nesta feita, o reclamante pretendia demonstrar a inaplicabilidade da Lei nº 9.306/97, sustentando que sua aplicação, no âmbito da Justiça do Trabalho, é constitucional, indicando violação do disposto nos artigos 7º, XXIX, a, e 5º, XXXV, da Constituição Federal, e que a indisponibilidade dos direitos trabalhistas não é compatível com o instituto da arbitragem.

ACORDARAM os Ministros, por unanimidade, negar provimento ao agravo de instrumento, por não haver, no caso em tela, nenhum óbice à aplicabilidade da Lei nº 9.307/96, e que os fatos e provas trazidos aos autos, não apresentaram nenhuma incompatibilidade com os princípios do Processo do Trabalho, e que nesse contexto, o prazo para o reclamante requerer a decretação de nulidade da

O panorama do juízo arbitral, no entanto, verdadeiramente tomou outro realce com o início dos estudos em torno do Anteprojeto de Lei objetivando a institucionalização da Arbitragem como meio propício e efetivo de solucionar conflitos, por meio de julgamento especializado e célere no âmbito do sistema jurídico pátrio, com atributos próprios, inclusive desvencilhando-se de qualquer necessidade homologatória perante o Poder Judiciário, do laudo arbitral expedido pelo juízo arbitral (hoje, denominado sentença arbitral pela própria lei).

Isto veio a lume quando, ao final de 1991, o Instituto Liberal de Pernambuco, através do que se denominou “Operação Arbiter”, juntamente com representantes de entidades de classe e juristas, avançou na discussão em torno da elaboração de um projeto de lei que possibilitasse a utilização da via arbitral de maneira mais efetiva, conforme já apontado em linhas anteriores. E mais, que guardasse respeito com os princípios constitucionais respaldados pela Carta Maior, tais como o da liberdade e igualdade no acesso à justiça.¹⁵

Em 1992, foi apresentado e discutido o anteprojeto de arbitragem brasileira no Seminário Nacional sobre Arbitragem Comercial, sendo aquele entregue ao então Senador da República, Marco Maciel, que apresentou o mesmo no Congresso Nacional, para a análise e votação, fazendo assim a defesa do que seria o Projeto de Lei n. 78.

Uma vez aprovado, foi sancionada pelo Presidente da República a Lei de Arbitragem – Lei n. 9.307/96 – esta publicada no Diário Oficial da União em 24 de setembro de 1996, com entrada em vigor sessenta dias após tal publicação.

Há de se realçar que a presente lei tratou não somente de substituir o ineficiente modelo de “juízo arbitral”, até então previsto em nossa legislação (arts. 1072 a 1.102 do

sentença arbitral não pode ser o previsto no artigo 7º, XXIX, da Constituição Federal, mas sim aquele previsto no artigo 33, § 1º, da Lei de Arbitragem, ou seja, no prazo de até 90 (noventa) dias após o recebimento da notificação da sentença arbitral ou de seu aditamento”.

Disponível em http://www.arbitrare.com.br/noticia_inteira.php?cod=18, acesso em 28.10.2015.

Mais recentemente, o TST, na mesma toada decidiu ser cabível o instituto da Arbitragem aos dissídios individuais do Trabalho, como se transcreve na ementa do AIRR n.1475/2000-193-05-00, publicado no DJ 17.10.2008, tendo como Relator o Min. Pedro Paulo Manus:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO EM RECURSO DE REVISTA. JUÍZO ARBITRAL. COISA JULGADA. LEI Nº 9.307/96. CONSTITUCIONALIDADE. O art. 5º, XXXV, da Constituição Federal dispõe sobre a garantia constitucional da universalidade da jurisdição, a qual, por definir que nenhuma lesão ou ameaça a direito pode ser excluída da apreciação do Poder Judiciário, não se incompatibiliza com o compromisso arbitral e os efeitos de coisa julgada de que trata a Lei nº 9.307/96. É que a arbitragem se caracteriza como forma alternativa de prevenção ou solução de conflitos à qual as partes aderem, por força de suas próprias vontades, e o inciso XXXV do art. 5º da Constituição Federal não impõe o direito à ação como um dever, no sentido de que todo e qualquer litígio deve ser submetido ao Poder Judiciário. Dessa forma, as partes, ao adotarem a arbitragem, tão-só por isso, não praticam ato de lesão ou ameaça à direito. Assim, reconhecido pela Corte Regional que a sentença arbitral foi proferida nos termos da lei e que não há vício na decisão proferida pelo juízo arbitral, não se há de falar em afronta ao mencionado dispositivo constitucional ou em inconstitucionalidade da Lei nº 9.307/96. Despicienda a discussão em torno dos arts. 940 do Código Civil e 477 da CLT ou de que o termo de arbitragem não é válido por falta de juntada de documentos, haja vista que reconhecido pelo Tribunal Regional que a sentença arbitral observou os termos da Lei nº 9.307/96 – a qual não exige a observação daqueles dispositivos legais e não tratou da necessidade de apresentação de documentos (aplicação das Súmulas nºs 126 e 422 do TST). Os arrestos apresentados para confronto de teses são inservíveis, a teor da alínea a do artigo 896 da CLT e da Súmula nº 296 desta Corte. Agravo de instrumento a que se nega provimento.”

¹⁵ Cf. CARMONA, Carlos Alberto. *Arbitragem e Processo: um comentário à Lei 9.307/96*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009, p.27-28.

Ordenamento Processual Civil), como também concedeu tratamento qualitativo dentro de padrões atuais a questões como, p. ex., a convenção de arbitragem e o prestígio à manifestação da vontade, logicamente, respeitando os bons costumes e a ordem pública (art. 2º, § 1º), adaptação aos textos legais conexos (arts. 41 e 42), publicidade do acesso ao Poder Judiciário para os eventualmente prejudicados por vícios decorrentes da sentença arbitral (art. 33), eficácia dos tratados internacionais na matéria em questão (art. 34), avançando, inclusive, em tema relativo à postura ética dos árbitros, equiparando-os no exercício de suas funções judicantes e, mesmo em razão delas, a um servidor público, para efeitos de legislação penal, *ex vi* do art. 17.

Por fim, ainda neste item, vale pontuar que o instituto da Arbitragem no sistema pátrio, foi objeto de Projeto de Lei n. 7108/14, cujo projeto original foi elaborado por uma comissão de juristas, presidida pelo ministro do Superior Tribunal de Justiça (STJ), Luis Felipe Salomão e que desembocou na aprovação da Lei n.13.129, de 26 de maio de 2015, esta que procura consolidar algumas das práticas já reconhecidas pelos tribunais brasileiros bem como questões outras de conteúdo polemizado, como *v.g.*, as regras para aplicabilidade da Arbitragem nos contratos da Administração Pública.

Em síntese apertada, o texto da novel Lei retro referida amplia o âmbito de aplicação da arbitragem e dispõe sobre a escolha dos árbitros quando as partes recorrem a órgão arbitral, a interrupção da prescrição pela instituição da arbitragem, a concessão de tutelas cautelares e de urgência nos casos de arbitragem, a carta arbitral e a sentença arbitral, e revoga dispositivos da Lei n. 9.307, de 23 de setembro de 1996.

Cabe ressaltar que, várias destas questões já eram enfrentadas pela doutrina e jurisprudência.

Por outro lado, vale frisar que o Instituto da Arbitragem recebeu atenção da Lei 13.105 de 16 de março de 2015 – o Novo Código de Processo Civil pátrio - com dispositivos reguladores de sua prática, sobretudo, diante de eventuais necessidades de participação do órgão judicante estatal.

Dentre tais disposições, destaca-se:

a) A extensão da denominada “Execução Itinerante” à prática na “Sentença Arbitral”, conforme ditada pelo art. 516, parágrafo único.

b) A regulação da denominada Carta Arbitral (art.237, IV).

Conforme expressa o inciso IV do art. 237, será expedida a carta:

IV – arbitral, para que órgão do Poder Judiciário pratique ou determine o cumprimento, na área de sua competência territorial, de ato objeto de pedido de cooperação judiciária formulado por juiz arbitral, inclusive os que importem efetivação de tutela provisória.

Com relação aos possíveis atos constantes de realização por carta arbitral, em rol não exaustivo, esclarece o §2º do art. 69, alguns deles:

§2º Os atos concertados entre os juízes cooperantes poderão consistir, além de outros, no estabelecimento de procedimento para:

I - a prática de citação, intimação ou notificação de ato;

II - a obtenção e apresentação de provas e a coleta de depoimentos;

III - a efetivação de tutela provisória;

IV - a efetivação de medidas e providências para recuperação e preservação de empresas;

V - a facilitação de habilitação de créditos na falência e na recuperação judicial;

VI - a centralização de processos repetitivos;

VII - a execução de decisão jurisdicional.

c) Preservação da “confidencialidade” da Arbitragem quando houver necessário apoio ao exercício de atos por parte do Poder Judiciário (Cooperação entre árbitros e juízes), conforme expressa o CPC, mais especificamente no art.188, IV e com a seguinte redação:

Art. 189. Os atos processuais são públicos. Tramitam, todavia, em segredo de justiça os processos:

(...)

IV – que versem sobre arbitragem, inclusive sobre cumprimento de carta arbitral, desde que a confidencialidade estipulada na arbitragem seja comprovada perante o juízo.

Quanto a utilização da Arbitragem pela Administração Pública, o instituto sempre se cercou de certa polêmica em razão da natureza jurídica dos direitos submetidos à Administração Pública. Não obstante tal questão, fato é que diversos normativos específicos admitem a participação da Administração Pública em arbitragens: Lei nº 5.662/71, art. 5º (BNDES); Decreto lei nº 1.312/74, art. 11 (empréstimos); Lei nº 8.693/93, art.1º, § 8º(transporte ferroviário); Lei nº8.987/95, art. 23-A (concessões – artigo este acrescido pela Lei nº 11.196/05); Lei nº9.472/97, art. 93, XV (telecomunicações); Lei nº 9.478/97, art. 43, X (petróleo); Lei nº10.848/04, art. 4º, § 6º (Comercialização de Energia Elétrica); Lei nº11.079/04, art. 11 (Parcerias Público-Privada).

Castro,¹⁶ citando Tibúrcio,¹⁷ demonstra esta divergência doutrinária ao apresentar três correntes diferentes sobre a matéria. A primeira, defendida por Adilson de Abreu Dallari, sustenta que a arbitragem seria legítima em qualquer contrato administrativo uma vez que o art. 54 da Lei nº 8666/93 prevê a aplicação subsidiária aos contratos administrativos dos princípios da teoria geral dos contratos. A segunda, sustentada por Caio Tácito, diz que a existência de leis que autorizam a Administração a submeter-se à arbitragem em determinadas situações autorizaria de forma generalizada a adoção da arbitragem em qualquer circunstância. A terceira sustenta o argumento de que a arbitragem estaria apenas autorizada de forma genérica para as sociedades de economia mista e empresas públicas exploradoras de atividade econômica, as quais, por força do art. 173, § 1º, da Constituição Federal de 1988, estão sujeitas ao regime jurídico de direito privado.

Fato é que, verdadeiramente, Arbitragem não se situa como conteúdo de Direito Administrativo, mas de Direito Civil e mesmo de Direito Processual Civil, conforme assentou o Supremo Tribunal Federal no AI 52.181, RTJ 68/382.

Entende-se, nesta toada, ser a questão da aplicação da Arbitragem em sede de conflitos envolvendo a Administração Pública, quer Direta como Indireta, de ordem objetivamente clara e permissiva, cabendo tão somente a própria Administração firmar respectiva cláusula compromissória para fins de valer o seu uso.

¹⁶ CASTRO, A. R. Fundamentos constitucionais da arbitragem no setor público. Monografia apresentada à Universidade Gama Filho em Brasília/DF. Disponível em: <http://portal2.tcu.gov.br/portal/pls/portal/pls/portal/docs/2054322.PDF>. Acesso em 30 de dezembro de 2013.

¹⁷ TIBÚRCIO, C. Arbitragem e administração pública. Disponível em: <http://cbar.org.br/site/blog/noticias/valor-economico-arbitragem-e-administracao-publica>. Acesso em 30 de dezembro de 2013.

Assim é que nos Contratos de Concessão de Obras e Serviços Públicos e nas Parcerias Público-Privadas (PPPs), tudo que diga respeito a direito patrimonial disponível, isto é, tudo que tenha reflexo econômico pode ser dirimido por arbitragem. Não está em discussão ato administrativo, mas cláusulas contratuais que regulam a equação econômico-financeira do contrato.¹⁸

Por tudo, independe de qualquer condição, senão da qualidade do direito em questão (sua disponibilidade), bem como da autoridade que terá competência para tanto no âmbito da própria Administração, cabendo levar em consideração a natureza do contrato a ser firmado, avaliando se abrigará ali o instituto da arbitragem como método de solução de conflitos oriundos daquele contrato, ou não.

Assim, sendo a Arbitragem instrumento hábil para a solução de uma contenda e tendo a Administração Pública optado por ele, firmando daí cláusula compromissória ou compromisso arbitral – atos voluntários - importante se fará atentar para a vedação do *venire contra factum proprium*, devendo ser respeitadas como de forma definitiva e irretratável.¹⁹

Em verdade, insta afirmar que a principal justificativa em se optar pela arbitragem nos contratos privados e públicos é fundamentalmente de ordem econômica. Aliás, A arbitragem, instrumento jurídico, é também ferramenta econômica.

Estudos demonstram que esta cláusula gera economia nos custos de transação, isto é, se o contratante privado tiver conhecimento que a Administração Pública optará pela solução de conflitos por arbitragem, o preço do serviço ou fornecimento de bem objeto do contrato será menor. Poderá gerar uma economia de até 58% nos custos do processo, se optar pela arbitragem em vez de demanda judicial.²⁰

5. LEI 13.129 E OS NOVOS PARADIGMAS DA ARBITRAGEM NA ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA

A edição da Lei 13.129, de 26 de maio de 2015 veio a alterar vários dos dispositivos das Leis n. 9.307/1996 (LA) e n. 6.404/1976, pondo termo a específicas questões que, em tese, atentavam contra a aplicação da arbitragem em sede de conflitos onde se encontrava presente a Administração Pública.

Digitada lei, portanto, amplia os espectros da LA, ao prever a aplicação da arbitragem no âmbito da administração pública direta e indireta, facultando a possibilidade do uso de dito instrumento de pacificação social para fins de dirimir conflitos relativos a direitos patrimoniais disponíveis²¹, *ex vi* do §1º do art.1º da LA.

Pois bem. Foi mais além a Lei n.13.129/15 ao promover modificações na LA, pode estabelecer agora, por meio do §2º do art. 1º, a autoridade competente para convencionar a Convenção de Arbitragem, nos seguintes termos:

“§ 2º A autoridade ou o órgão competente da administração pública direta para a celebração de convenção de arbitragem é a mesma para a realização de acordos ou transações.”

¹⁸ LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem na Administração Pública não precisa de regra posterior. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jan-05/arbitragem-administracao-publica-nao-regra-posterior>. Acesso em 30.06.2016.

¹⁹ No mesmo sentido, PEREIRA, Cesar A. Guimarães; TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e Poder Público: o esboço de um consenso e os novos desafios. In: PEREIRA, Cesar A. Guimarães; TALAMINI, Eduardo (Coords.). *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.11.

²⁰ Ibidem.

²¹ Sobre a extensão do significado dos ditos “direitos patrimoniais disponíveis”, confira o item I do presente trabalho.

Nota-se, portanto, que necessidade de vinculação da competência da autoridade administrativa para a validade da supracitada convenção, estabelecendo, conforme já dito em linhas atrás, requisito essencial para a correta instrumentalização de eventual arbitragem em sede de contrato administrativo.

Ainda avançando um pouco mais, acrescentado à LA foi o §3º ao art. 2º, onde reza que a arbitragem à qual envolva a administração pública será sempre de direito e, inegavelmente, respeitará o princípio da publicidade.

É que a própria LA reza em seu art. §2º, *caput* o seguinte:

"Art. 2º – A arbitragem poderá ser de direito ou de eqüidez, a critério das partes."

Assim, sendo a arbitragem por equidade a opção desejada pelas partes como critério para a solução exitosa da demanda, o árbitro poderá distanciar-se das normas legais quando da apreciação do conflito, dado que nesta modalidade o julgamento orientar-se-á pela compreensão do que seja mais justo à luz do juiz arbitral, logicamente, observando ele determinados princípios sociais e morais em tudo análogos àqueles que inspiram o legislador quando da elaboração da norma legal.²²

De outro modo, em se tratando da arbitragem de direito, esta representada pela opção à qual os árbitros se orientam pela aplicação das normas jurídicas positivadas, facultando às partes escolher quais leis serão consideradas para o enfrentamento da questão conflitante, ficando limitados tão somente pela manutenção da ordem pública e dos bons costumes (art. 2º, §1º da LA). Sob esta modalidade, pode-se ainda convencionar que a arbitragem seja norteada pelos princípios gerais de Direito, nos usos e costumes locais, ou ainda em regras internacionais de comércio (art. 2º, § 2º da LA).

6. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Com a edição da Lei 13.129, de 26 de maio de 2015, tem início um novo estágio na resolução de conflitos envolvendo a Administração Pública, onde se permite legislativamente e de forma, agora abrangente, o que já vinha sendo colocado de forma pontual e esparsa por legislações específicas, além de debatido e defendido por diferentes correntes doutrinárias.

Outrossim, a autoridade ou o órgão da administração pública ao realizar algum acordo ou transação está autorizada a celebrar a convenção de arbitragem, caso o conflito envolva direitos patrimoniais disponíveis ou transacionáveis. A arbitragem ganha corpo como meio de resolução de conflitos envolvendo a administração pública.

Todavia, não é despiciendo comentar que a aplicação da arbitragem deverá levar em conta os princípios da Administração Pública, em especial, aqueles que tratam da coisa pública como o da indisponibilidade do interesse público, da publicidade, entre outros. Além disso, o âmbito da arbitragem na administração pública será sempre de direito.

A Lei 13.129/2015 se alinha a tendência principiada com a proposta de reforma do aparelho do Estado, buscando paramentar o Estado com instrumentos que possibilitem alcançar a eficiência que propôs como princípio constitucional trazido pela EC 19/98.

7. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ALVIM, J. E. Carreira. *Tratado Geral da Arbitragem Interno*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. 100 maiores litigantes. Brasília, 2011. Disponível em:<http://www.cnj.jus.br/images/pesquisas-judiciais/pesquisa_100_maiores_litigantes.pdf>. Acesso em: 08 de setembro de 2015.

²²No mesmo sentido, ver ALVIM, J. E. Carreira. *Tratado Geral da Arbitragem Interno*. Belo Horizonte: Mandamentos, 2000, p. 197.

- BRESSER-PEREIRA, Luiz Carlos. Os primeiros passos da reforma gerencial do Estado de 1995. *Revista Brasileira de Direito Público*. Ano 6. n. 23. Out/dez. 2008, p. 145-186.
- CÂMARA, Alexandre Freitas. *Arbitragem. Lei nº 9.307/96*. Rio de Janeiro: Lumen Júris, 1997.
- CAPPELLETTI, Mauro. *Processo, Ideologias e Sociedade*. Vol. I. trad. e notas de Elio de Cresci Sobrinho. Porto Alegre: Sergio Antônio Fabris Editor, 2008.
- CASTRO, A. R. Fundamentos constitucionais da arbitragem no setor público. Monografia apresentada à Universidade Gama Filho em Brasília/DF. Disponível em: <http://portal2.tcu.g ov.br/portal/pls/portal/docs/2054322.PDF>. Acesso em 30 de dezembro de 2013.
- CARMONA, C. A. *Arbitragem e processo: um comentário à lei nº 9.307/96*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2009.
- CLAY, Thomas. *L'Arbitre*. Paris: Dalloz, 2001.
- COSTA, F. L. Brasil: 200 anos de Estado; 200 anos de administração pública; 200 anos de reformas. *Revista de Administração Pública*, v. 42, n. 5, 2008, p. 829-874.
- FAZZALARI, Elio. *Istituzioni di Diritto Processuale*. 7 ed. Padova: CEDAM, 1994
- GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *O Consumidor e Sua Proteção na União Europeia e Mercosul - Pesquisa Conjuntural como Contribuição à Política Desenvolvimentista de Proteção Consumerista nos Blocos*. Lisboa: Juruá Editorial, 2014.
- GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira. *Teoria da Arbitragem*. São Paulo: Rideel, 2012.
- GAIO JÚNIOR, Antônio Pereira; MACHADO GOMES, J. M.. *Compêndio de Direito Econômico*. Rio de Janeiro: América Jurídica, 2005.
- LA CHINA, Sérgio. *L'Arbitrato: Il Sistema e l'esperienza*. Milano: Giuffrè, 1999
- LEMES, Selma Ferreira. Arbitragem na Administração Pública não precisa de regra posterior. Disponível em: <http://www.conjur.com.br/2015-jan-05/arbitragem-administracao-publica-nao-regra-posterior>. Acesso em 30.06.2016.
- NERY JÚNIOR, Nelson; ANDRADE NERY, Rosa Maria de. *Código de Processo Civil Comentado*. 10 ed. São Paulo: RT, 2007.
- NOHARA, I. P. *Direito administrativo*. 3 ed. São Paulo: Atlas, 2013.
- PACHECO, R. S. Instituições, bom estado e reforma da gestão pública. *Revista Eletrônica sobre a Reforma do Estado*, Salvador, Instituto de Direito Público da Bahia, n. 3, se setembro/outubro/novembro, 2005. Disponível em: <http://www.direitodoestado.com.br>. Acesso em 15 de maio de 2013.
- PACHECO, R. S. O modelo estrutural de gerência pública. In: *Revista de Administração Pública*, v. 42, n. 2, 2008, p. 391-410.
- PEREIRA, Cesar A. Guimarães; TALAMINI, Eduardo. Arbitragem e Poder Público: o esboço de um consenso e os novos desafios. In: PEREIRA, Cesar A. Guimarães; TALAMINI, Eduardo (Coords.). *Arbitragem e Poder Público*. São Paulo: Saraiva, 2010, p.11.
- PINO, J. A. G. de. Reforma do aparelho do estado: limites do gerencialismo frente ao patrimonialismo. *Revista O&S*, v.5, n. 12, 1998, p. 59-79.
- REQUIÃO, R. *Curso de direito comercial*, v. 1, 30 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.
- TIBÚCIO, C. *Arbitragem e administração pública*. Disponível em: <http://cbar.org.br/site/blog/noticias/valor-economico-arbitragem-e-administracao-publica>. Acesso em 30 de dezembro de 2013.
- WALD, Arnold. Brasil lidera uso de arbitragem na América Latina. In: *Revista Consultor Jurídico*. disponível em: <http://www.consultorjuridico.com.br> . Acesso em 26 de novembro de 2015.

El Principio de Oportunidad en la doctrina procesal penal contemporánea. Nuevos escenarios y conse-cuentes desafíos para el proceso penal cubano

The principle of opportunity in the contemporary criminal procedural doctrine. New Scenarios and Challenges para consequential Cuban Criminal Process

RUFINA DE LA CARIDAD HERNÁNDEZ RODRÍGUEZ¹

Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba

SUMARIO: 1. Fundamentos de política criminal que legitiman el principio de Oportunidad. 1.1 Surgimiento y Evolución Histórica. 2. El Principio de Oportunidad en el sistema Acusatorio. 3. Desde la Obligatoriedad en el Ejercicio de la acción penal y la discrecionalidad absoluta, hasta la discrecionalidad reglada del Principio de Oportunidad. 4. Relación del Principio de Oportunidad con otros principios procesales. 5. Argumentos a favor y en contra del Principio de Oportunidad. 6. Conclusiones. 7. Recomendaciones. 8. BIBLIOGRAFÍA

RESUMEN: El proceso penal cubano bajo las exigencias criminológicas de la contemporaneidad, ha sido poco estudiado, nos hemos quedado orientados en una concepción legalista y de obligatoriedad de la persecución estatal, frente a una realidad que necesita otras miradas.

Nos caracteriza una Legalidad absoluta, con atisbos de criterios de Oportunidad, una creciente criminalidad no convencional², lo que junto a la necesidad de dar un tratamiento más efectivo y económico³ al delito convencional de escasa envergadura, nos obliga a la búsqueda de mecanismos simplificadores del proceso penal, que lo hagan más pronto, eficiente y menos costoso.⁴

Se impone una reformas procesal que responda al nuevo escenario económico- social y delictivo del país, en correspondencia con la doctrina procesal más moderna, donde la solución al conflicto social, creado por el delito sea el eje central de todas las acciones que se instrumenten, despojado de formalidades innecesarias, con suficientes alternativas donde la vía judicial se prevea como la última a utilizar y un papel más activo de los sujetos procesales en el control de las garantías y derechos de los intervenientes.

1 Jueza del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba, Directora de Formación y Desarrollo del Tribunal Supremo Popular y Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana.

2 Según estadísticas oficiales del Tribunal Supremo Popular en los últimos años ha existido un aumento en la radicación de causas por tipologías delictivas no convencionales, con marcada tendencia a la organización y distribución de tareas entre los intervenientes en las cadenas delictivas.

3 Cuba no escapa de la tendencia mundial de la necesidad de reducir el costo económico en materia de la impartición de justicia, porque no hay duda que es un volumen importante el que demanda esta actividad, inquietud compartida por la máxima dirección del Tribunal Supremo Popular, que orientó estudios encaminados a conocer los costos de los distintos procesos judiciales, por materias y territorios.

4 Lo que se adecua perfectamente al momento histórico que vivimos y está en plena correspondencia con el llamado que se nos hace a todos los cubanos en los lineamientos económicos del VI congreso del PCC.

La implementación del principio de Oportunidad en el proceso penal cubano constituiría una herramienta eficaz de política criminal en el enfrentamiento efectivo al delito, teniendo en cuenta siempre, que se requiere de mecanismos eficaces de control y adecuados a nuestra realidad e idiosincrasia jurídica.

PALABRAS CLAVE: proceso penal, derecho procesal penal, principio de oportunidad.

ABSTRACT: The Cuban criminal proceedings under the criminological demands of contemporaneity, has been little studied, we have been oriented in a legalistic and mandatory state persecution conception, facing a reality that needs other eyes.

We characterized an absolute Legality, with hints of criteria Opportunity, a growing unconventional crime, which together with the need for more effective treatment and economic conventional crime of limited scope, forces us to search for simplifying process mechanisms criminal, do so sooner, efficient and less costly.

a procedural reforms to respond to the new social and criminal-economic scenario of the country, in line with the most modern procedural doctrine, where the solution to the social conflict created by the crime is the centerpiece of all actions are implemented is imposed, stripped of unnecessary formalities, sufficient alternatives where the courts is foreseen as the last to use and a more active procedural subjects in the control of the guarantees and rights of participants role.

The implementation of the principle of opportunity in the Cuban criminal proceedings would be an effective tool of criminal policy in the effective confrontation of crime, always taking into account that requires effective control mechanisms and adequate to our reality and legal idiosyncrasies.

KEY WORDS: criminal procedure, criminal procedural law, the principle of opportunity.

1. Fundamentos de política criminal que legitiman el principio de Oportunidad.

1.1 Surgimiento y Evolución Histórica

Con el fin de encontrar el origen social y hermenéutico del Principio de Oportunidad se hace necesario abordar las características fundamentales que identifican los sistemas puros de enjuiciar: Inquisitivo y Acusatorio.

Sistema Inquisitivo

Cuando la ofensa privada deja de ser la esencia del delito y se traslada a la sociedad, surge en ésta la necesidad de crear un sistema eficaz que le permita neutralizar el daño ocasionado con el delito, la identificación de los responsables para su juzgamiento y la sanción para la reparación de los perjuicios causados.

Este sistema, denominado inquisitivo o inquisitorio, implica los siguientes elementos.⁵

- a) Iniciación de la investigación de oficio, sin el requerimiento de acusación particular.
- b) La existencia de funcionarios e instituciones permanentes para adelantar las investigaciones. Carácter irrecusable de los juzgadores debido a que su legitimidad y autoridad dependen de la sociedad misma que los designa.
- c) Procedimiento escrito y sometido a la reserva e incluso al secreto aún para el procesado, con el fin de proteger la eficacia de la investigación y su protección de indebidas interferencias.
- d) Papel decididamente activo de los funcionarios en el proceso, que comprende tanto la iniciación como el impulso oficioso del mismo, para lo cual están dotados de amplias

5 Cardona Galeano, Juan Pablo. Manual de Derecho Procesal Civil. Tomo I. Ed. Leyer. Bogotá, Pa g 35, 2003

facultades para la adopción de todas las medidas que consideren conducentes para el éxito de su cometido, incluida la facultad para disponer de la libertad de las personas investigadas y para adoptar medidas cautelares y comisorias sobre sus bienes.

En este sistema el procesado ocupa una posición de inferioridad e inseguridad, sus posibilidades de defensa eran menguadas, casi nulas, frente a la desmesurada potestad de sus juzgadores; en efecto, el procesado llegó a verse incomunicado desde su captura e incluso aislado de asesoría legal, sometido a forzosas indagatorias bajo presión directa o indirecta, sin control ninguno sobre el decreto y práctica de las pruebas y, sobretodo, a merced de la valoración e interpretación de las pruebas determinadas por los mismos juzgadores que magnificaban los elementos incriminarios mientras desechaban los elementos exculpatorios para arribar a una decisión a la cual no podía tener acceso el procesado.

El nombre del sistema inquisitivo o inquisitorio tiene alguna relación con los procedimientos utilizados por la inquisición española a la cual diversas bulas pontificias autorizaron el uso del tormento como instrumento legal que permitiera obtener del procesado la confesión de su culpa que constituiría el factor determinante de su condena. En algunos países llegó a acentuarse el sistema inquisitivo hasta los extremos de ocultar la identidad de los testigos de cargo e incluso la identidad de los investigadores y de los jueces, colocando al procesado en la completa ignorancia sobre personajes sin rostro que estaban decidiendo sobre su inocencia y sobre la privación de su libertad.

Las primeras etapas de la actuación iban convirtiéndose en la base de las etapas subsiguientes, de tal manera que los funcionarios intervenientes posteriores se apoyaban en las actuaciones de los primeros legitimándose unos a otros desde el inicio hasta el fin de la actuación procesal, de tal manera que la intervención de los funcionarios de Policía se convertía en la base de la instrucción fiscal y esta última en la pre-redacción de la sentencia; en estas condiciones la pluralidad de sucesivas etapas del proceso era sólo aparente y formal, pues a la luz del carácter inquisitivo del proceso pareciera que todo procesado debía ser necesariamente condenado para satisfacer la defensa de los intereses sociales encomendada a sus instituciones judiciales.

Se llegó en algunas épocas a la situación de que el mismo funcionario que calificaba el mérito del sumario adelantaba la etapa del juicio y dictaba sentencia sobre la acusación por él mismo formulada. Este sistema llevado al extremo ha terminado por consagrar excesos en detrimento de los procesados a tal punto que llevó a Beccaria a sostener que "el juez se convierte en enemigo del reo" y que "no busca la verdad del hecho, sino que busca en el preso el delito".⁶

En la mayoría de los países se buscó controlar estos excesos mediante la adopción de mecanismos de control y medidas que garantizaran que se adelantara el proceso con una mayor imparcialidad. Fue así como se introdujeron reformas en lo referente a la regulación de la prueba y su fuente legal; el establecimiento de causales de nulidad para el proceso cuando se vulneren de manera notoria las garantías procesales; y finalmente, la existencia de un proceso en dos instancias, de tal manera que los errores en que pueda incurrir el fallador de primera instancia puedan ser corregidos por el superior.

Surge entonces el sistema procesal mixto, sin los rigores del sistema inquisitivo puro, en éste, el fiscal tiene funciones de investigación e instrucción del proceso, las cuales culminan en resolución de preclusión o de acusación. En este último caso, el proceso continúa con la etapa del juicio que se ventila ante el juez y donde el fiscal es un sujeto procesal.

Durante la etapa de investigación e instrucción del proceso el fiscal no solamente recopila la prueba sino que la valora y califica para decidir si acusa o no, con lo cual ejerce frente al material probatorio un doble papel de fiscal y juez. Igualmente, frente al

6 Beccaría, Cesare. De los delitos y de las penas. Ed. Alianza Editorial. Madrid, pag 87, 1998

procesado, el fiscal ejerce en alguna forma el papel de juez al disponer directamente acerca de, allanamientos, capturas y medidas cautelares sobre él y sus bienes. Esta confluencia en la figura del fiscal de las facultades arriba anotadas es lo que diferencia al sistema mixto del sistema acusatorio, este último con una nítida separación entre las funciones del fiscal que investiga y acusa y la función decisoria que corresponde exclusivamente al juez.

Sistema Acusatorio

El principio acusatorio, donde se separadas radicalmente la función de acusar y la función de juzgar es el rasgo que lo identifica y se comporta en dos vertientes fundamentales:

- a) Corresponde al fiscal una labor previa de investigación caracterizada por la recopilación de los elementos que le permitan formular una acusación cuando considere que el investigado ha incurrido en una infracción a la ley penal. Si el trabajo investigativo no arroja la prueba necesaria para formular acusación, el fiscal se abstendrá de hacerlo y, en consecuencia, no se llevará a cabo un juicio penal. Para tomar su decisión de acusar o no acusar, el fiscal elaborará un raciocinio propio que no es equivalente a la valoración de la prueba que realiza un fiscal en el sistema procesal mixto con tendencia inquisitiva para dictar una resolución de preclusión o una resolución de acusación. Por ello, se reitera, la función fiscal está definitivamente diferenciada de la función judicial. En efecto, en el sistema procesal penal mixto con tendencia inquisitiva, el fiscal decreta y practica pruebas que tienen el carácter legal de tales y que él mismo valora en las resoluciones que dicta. En cambio en el sistema penal acusatorio, la única prueba legalmente válida es la decretada por el juez y practicada en desarrollo del juicio y, como tal, únicamente puede ser valorada como prueba por el juez para dictar sentencia.
- b) Y por otro lado, en el sistema acusatorio el fiscal no tiene facultad legal para adoptar por sí mismo medidas relativas a la persona investigada o a sus bienes, facultad que es exclusiva del juez. En consecuencia, el fiscal no está facultado para allanamientos, detenciones o medidas cautelares, pues cualquier medida de esta índole se requiere autorización judicial.

Existen otras características del sistema acusatorio, pero complementarias del principio acusatorio y en ningún caso lo reemplazan ni ocupan un lugar jerárquicamente superior al mismo:

- a) *Oralidad*: Que implica no solamente el uso del lenguaje oral sino fundamentalmente la contraposición de argumentos entre el acusador y el acusado en presencia del juez que debe decidir quién tiene la razón. Si bien es cierto que la oralidad no es esencial al sistema acusatorio, también puede afirmarse que la oralidad facilita de mejor manera la inmediación del juez con respecto a la prueba, con la natural ventaja que de ella se deriva para la convicción del juez, ya que el debate oral tiende a crear en el juzgador una directa certeza acerca de la culpabilidad o no del procesado, con lo cual se acrecienta la posibilidad de acierto en la sentencia de primera instancia mientras decrece la necesidad de la segunda.
- b) *Publicidad*: el acusador se ve obligado a presentar públicamente su acusación, la cual es ventilada en un juicio público en donde la comunidad puede percibir directamente el desenvolvimiento del proceso y la defensa encuentra en ese mismo escenario público una mejor posibilidad de que sean igualmente conocidos los argumentos aducidos para desvirtuar las pruebas presentadas por el acusador.
- c) *Contradicción*: El fiscal acusador y el procesado se encuentran en un mismo nivel frente al juez. Esta constituye una mejor manera de confrontación en la que puede darse una real dicción y una real contra-dicción a la manera auténticamente dialéctica, por la libertad que este sistema brinda al debate en el juicio, la que debe ser garantizada por el juez que lo dirige imparcialmente.

- d) *Celeridad*: Es una garantía complementaria para la defensa del procesado, al coincidir con una gran valoración de la libertad de los procesados, de tal manera que se trata de evitar en lo posible la privación de la libertad del acusado antes de que sobre él recaiga la sentencia. Y que el proceso discorra dentro del menor término posible
- e) *Inmediación*: Todas las pruebas deberán realizarse a los ojos mismos del juzgador de forma que él pueda con su presencia garantizar el rigor de su recaudo y elaborar sus conclusiones valorativas por sí mismo. En ningún caso se tratará de repetir las pruebas practicadas por el funcionario investigador, sino que se les negará a éstas el carácter de prueba real que sólo podrá predicarse de las pruebas practicadas en el curso de la audiencia de juzgamiento.
- f) *Concentración*: El sistema acusatorio pretende la reconstrucción probatoria de los hechos en la audiencia de juzgamiento, efectuada con tal exactitud cuantitativa y cualitativa que en un solo golpe de aprehensión permita al juez la elaboración de su certeza sobre la culpabilidad o no del procesado, producida la cual se pretende una sentencia que deje satisfechas a las partes
- g) *Identidad del juzgador*: Se realiza de manera concentrada y con debate contradictorio en presencia del juez, favorece la adopción de un veredicto inmediato en el juicio con jurados de conciencia o de una sentencia inmediata en el caso de un juez togado, con lo que se garantiza el acierto de la misma. Esta característica que acompaña al sistema acusatorio, se ve acrecentada con la obligación que se impone al juez togado de anunciar al final de la audiencia de juzgamiento cuál será el sentido de su decisión final aun cuando ella deba requerir algunos días para la redacción de su texto escrito.

En resumen los trámites del proceso acusatorio comporta dos funciones claramente definidas: la del fiscal que acusa y la del juez que juzga. Ello implica que corresponde al fiscal tomar la decisión de formular o no acusación contra el ciudadano sobre el cual ha adelantado la actividad investigativa.

La facultad de elección puede ser absolutamente discrecional como en el sistema anglosajón puro, o reglada como la que opera en el continente europeo y que es conocida con el nombre de Principio de Oportunidad, figura a la cual nos referiremos a continuación.

2. El Principio de Oportunidad en el sistema Acusatorio.

Para hablar del sistema procesal acusatorio tenemos que hacer referencia obligada a los dos más importantes países de cultura anglosajona en los cuales éste tiene plena vigencia: El Reino Unido, conformado por Inglaterra y el país de Gales, ya que Escocia se apartó de los lineamientos del sistema inglés, y los Estados Unidos de América. Pues en ellos funciona de maneras diferente.

En Inglaterra y el país de Gales el ejercicio de la acción penal es ejercida a título privado por los particulares que tienen interés en acudir ante el juez para que juzgue sobre una conducta que ellos consideran lesiva para sus intereses. No existe pues ni el carácter público de la acción penal ni tampoco existe el monopolio del ejercicio de la acción penal en cabeza del Estado. La única manera de que la acción penal se ponga en marcha consiste en la denuncia presentada por una persona particular, aun cuando esa persona particular sea un funcionario de la policía. Instaurada la denuncia ante el juez, éste adelantará el juicio y concluirá en una decisión de carácter obligatorio para las partes. Significa esto que el ejercicio de la acción penal carece en absoluto de obligatoriedad, caracterizándose por una discrecionalidad ni limitaciones.

Si un funcionario policial tiene conocimiento de una acción delictuosa, decide libremente si lleva a juicio a su autor o no. En un gran número de ocasiones el funcionario utiliza su criterio amonestando al infractor para que revise su comportamiento, dejándole claro que la benevolencia con la cual se le trata en esta ocasión quizás no se repita en el futuro. Puede también dicho funcionario conversar con el infractor para convencerlo de aceptar ser conducido ante el juez bajo una acusación mitigada que pueda significarle una fórmula de juicio expedita y una sentencia significativamente más benigna que la que le

sería impuesta en el caso de resistirse al arreglo y ser llevado a un juzgamiento por un cargo de mayor gravedad que el que podría acordarse voluntariamente.

Las razones de tipo histórico y socio-cultural que tendríamos que emplear para explicar porque funciona este modelo en Inglaterra y el País de Gales, se alejan de las pretensiones de este trabajo pero lo cierto es que a ellos le funciona y ha servido de modelo para quienes desean modificar otros sistemas.

En el sistema procesal acusatorio de los Estados Unidos de América el ejercicio de la acción penal por el conocimiento de una conducta delictuosa constituye un monopolio del pueblo, que actúa a través de los fiscales estatales o federales, según se trate de un delito estatal o federal. En consecuencia, existe un sistema penal acusatorio caracterizado por la acción pública ejercida de manera monopolística por los fiscales, lo que excluye la acción penal privada. Pero al igual que en Inglaterra y el País de Gales, el fiscal cuenta con la más absoluta discrecionalidad para decidir si su investigación culmina o no en la acusación ante una corte judicial estatal o federal, ya que los fiscales deciden por sí y ante sí mismos a cuáles de las personas investigadas llevan a juicio y a cuáles no, y en los casos afirmativos deciden los fiscales bajo qué cargos más leves o más graves formulan la acusación, de tal manera que para un particular investigado existe la favorable situación de escoger su juicio y conocer de antemano aproximadamente el monto de su condena.

Los fiscales federales y estatales gozan de esta autonomía discrecional debido a que ellos, independientemente de que sean elegidos popularmente o designados por el ejecutivo con el beneplácito de los entes legislativos federales o estatales, no representan a ninguna institución de los tres poderes políticos tradicionales, sino que representan exclusivamente al pueblo de los Estados Unidos de América a quien únicamente rinden cuentas, con una sanción por excelencia política pues dichos cargos son considerados obligatorio punto de paso para quienes aspiren a ostentar las altas dignidades del poder político.

En los Estados Unidos cuando el delito investigado se presume ha sido cometido por un funcionario público, bien sea en materia relacionada con el ejercicio de sus funciones o con actividades ajenas a las mismas, la investigación es adelantada por un fiscal especial ad hoc.

El fiscal norteamericano o el particular inglés hayan decidido ejercer la acción penal contra un presunto infractor, deberán concurrir ante la corte judicial correspondiente para formular allí la acusación. La Corte recibirá en sesión al acusador y al acusado en pie de igualdad y rituará con ellos un juicio en el que se decretará y practicará la prueba de cargo y ésta será valorada con la exigencia de que produzca en el ánimo del juzgador (jurado de conciencia o magistrado según sea el caso) la certeza o no de la culpabilidad del procesado, ya que éste nada tendrá que probar en su favor al encontrarse amparado por la presunción de su inocencia sin sujeción a prueba de la misma, pues éste es el fundamento sin el cual no podría funcionar de ninguna manera el sistema penal acusatorio.

Los argumentos anteriores son la base fundamental para asegurar que en los países donde se originó el sistema penal acusatorio (Estados Unidos de América, Inglaterra y el País de Gales) no se menciona siquiera la expresión "principio de oportunidad", pues en ellos la discrecionalidad para la formulación de la acusación es absoluta. La mencionada denominación tuvo su origen en los países del continente europeo con régimen penal mixto con tendencia inquisitiva que, dentro de la dinámica del acontecer social, se vieron abocados a cuestionar la aplicación rígida y automática del principio de la obligatoriedad de formular la acusación en el ejercicio de la acción penal debido al inmenso número de procesos frente a las limitaciones del aparato judicial. Este cuestionamiento los condujo a plantear salidas estratégicas para descartar la acusación obligatoria en un número limitado de causas que ellos justificaron por razones de conveniencia o de oportunidad social. Pero debe llamarse la atención sobre el hecho de que a raíz de esta salida procesal por razones de conveniencia o de oportunidad, nació a la vida del derecho procesal europeo la figura del "principio de oportunidad".

3. Desde la Obligatoriedad en el Ejercicio de la acción penal y la discrecionalidad absoluta, hasta la discrecionalidad reglada del Principio de Oportunidad

La tensión originada entre el imperativo de defender el principio de legalidad y la necesidad de resolver de alguna manera la imposibilidad de las instituciones judiciales para abordar la totalidad de las conductas investigadas, surgió una solución intermedia: sin reemplazar en su totalidad el sistema procesal con preponderancia inquisitiva por el sistema acusatorio anglosajón, facilitar la adopción progresiva de un sistema procesal mixto con las siguientes características:

- a) La separación nítida de funciones entre instrucción y juzgamiento, de tal manera que el funcionario instructor ejerza de manera exclusiva la acción penal en representación del Estado para salvaguardar el Principio de Legalidad, que la inmensa mayoría de los países que conforman el mundo occidental considera el fundamento del Estado de Derecho, limitando su poder sobre la libertad y los bienes de los procesados, y demarcando sus funciones a la investigación de los hechos y a la formulación de la acusación, la cual deberá ser debatida en la audiencia pública de juzgamiento en donde se librará realmente el debate probatorio acerca de la responsabilidad del procesado, utilizando para ello procedimientos más o menos similares a los acostumbrados en el sistema procesal acusatorio anglosajón; y
- b) La adopción de una política criminal del Estado que, manteniendo la vigencia del principio de legalidad, confiera al funcionario instructor la facultad para permitirle la abstención de investigación y acusación sobre ciertas conductas, lo que en el derecho continental europeo se denomina discrecionalidad reglada o principio de oportunidad reglado.

Al decir de Guerrero Peralta, esta discrecionalidad reglada, también denominada oportunidad reglada o principio de oportunidad reglado, nació a la vida jurídica del procesalismo europeo no como una excepción al principio de legalidad ni como flexibilidad del mismo, sino “como un componente del principio de legalidad, es decir, que los supuestos legales que permiten la abstención del órgano de investigación y acusación sobre ciertas conductas, no se aprecia como oportunidad o conveniencia, sino que las abstenciones al estar consideradas por la ley señalan las reglas a que debe estar sometida tal actividad y por lo tanto obran como complemento de la misma legalidad”.⁷

El principio de oportunidad⁸ tiene su primera manifestación legislativa en Alemania⁹ a través de la “Ley Emminger”, de 4 de enero de 1924 –artículo 153–, en virtud de la cual el ministerio público quedó facultado de abstenerse del ejercicio de la acción para dar satisfacción a determinadas condiciones como son: a) reparar el daño ocasionado, b) otorgar prestaciones de utilidad pública; y c) cumplir determinadas obligaciones.

El principio de Oportunidad tiene sus orígenes en Alemania¹⁰ a través de la “Ley Emminger”, de 4 de Enero de 1924 –artículo 153–, en virtud de la cual el Ministerio Público quedó facultado de abstenerse del ejercicio de la acción para dar satisfacción a determinadas condiciones como son: a) reparar el daño ocasionado, b) otorgar prestaciones de utilidad pública; y c) cumplir determinadas obligaciones.

En las décadas del 50 y 60, donde reinaba la incertidumbre respecto al cumplimiento de los fines de las sanciones privativas de libertad, pues muchos de los que cumplían esta sanción no modificaban su conducta, aumentó el número de reincidentes y se comenzó a buscar otras salidas no detentivas se recurre al principio de Oportunidad como posible solución.

⁷Guerrero Peralta, Oscar Juliá. Procedimiento Acusatori y Terminación Anticipada del Proceso Penal, Ed Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, Págs. 109, Bogotá 1998

⁸ es la institución procesal que permite al representante del ministerio público abstenerse del ejercicio de la acción penal en los casos previamente establecidos en el ordenamiento procesal penal.

⁹ BENAVIDES VARGAS, Rosa Ruth: El principio de oportunidad, publicado en la página Web www.aaep.org.ar/esp/anales/pdf/varo.pdf, consultada 17/1/2011.

¹⁰ BENAVIDES VARGAS, Rosa Ruth: El principio de Oportunidad, publicado en la página Web www.aaep.org.ar/esp/anales/pdf/varo.pdf, consultada 17/1/2011.

El desarrollo del referido principio se ubica a partir del año 1977, conjuntamente con el movimiento internacional reformista del Derecho penal que acomete el proceso de descriminalización de conductas que hasta ese momento fueron tipificadas como delitos e introdujo nuevas prácticas procesales, una de ellas es que en casos de escasa gravedad se autoriza al Ministerio Fiscal la posibilidad de suspender condicionalmente el proceso antes de ejercer la acción penal, con la atribución de una carga pecuniaria en los casos de mínima importancia, con el consentimiento del acusado. Todo ello en búsqueda de mayor humanización y eficacia del Derecho penal.

En la segunda mitad del siglo XX, con el proceso de reformas del Derecho penal a un Derecho penal moderno, toma su mayor auge este principio, con su incorporación a legislaciones procesales de muchos países, como se puede verificar desde el Derecho comparado, así ocurrió también con diferentes postulados, como el de *última ratio* con relación a la sanción privativa de libertad, el principio de la proporcionalidad y las manifestaciones de las vías alternativas a la solución de conflictos.

La implementación del principio de Oportunidad desafía una realidad construida bajo preferencias muy diferentes a sus postulados, pues la mayoría de los sistemas jurídicos, como el cubano, surgieron bajo el imperio del principio de Legalidad, conocido además como principio de necesidad, el cual constituía una premisa para la implantación de los llamados Estados de Derecho.

Concepto

El principio de oportunidad, para Gimeno Sendra, se puede conceptualizar como "la facultad que al titular de la acción penal asiste, para disponer bajo determinadas condiciones de su ejercicio con independencia que se haya acreditado la existencia de un hecho punible contra un autor determinado."¹¹

Otros autores lo definen como "aquél que trata de establecer reglas claras para prescindir de la acusación penal frente a casos en los cuales ordinariamente debía de acusarse por ser un aparente hecho delictivo."¹²

Por su parte, Julio Maier,¹³ manifiesta al respecto que *oportunidad* significa la posibilidad de que los órganos públicos a quienes se les encomienda la persecución penal prescindan de ella en presencia de la noticia de un hecho punible o incluso frente a la prueba más o menos completa de su perpetración formal o informal, temporal o definitivamente, condicionada o incondicionadamente, por motivos de utilidad social o razones político criminales.

Una definición general a asumir durante el presente trabajo podría ser la siguiente: "Es la potestad discrecional conferida al ente estatal que posee el monopolio de la acción penal pública, de prescindir excepcionalmente de la persecución penal de ciertos delitos o de suspender la acción iniciada, en casos predeterminados por la ley."

4. Relación del Principio de Oportunidad con otros principios procesales

La primera reflexión nos conduce entrar a determinar por qué la Oportunidad es un principio.¹⁴

11 Gimeno Sendra, Vicente y Otros; Derecho Procesal Penal, Editorial Tirant lo blanch, Valencia, 1993. Págs. 62-72.

12 González Álvarez, Daniel; El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, Revista de la Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, Julio de 1993, año 5, No. 7, Pág. 67.

13 Maier, Julio; Derecho Procesal Penal Argentino, Editorial Hammurabi, SRL, Buenos Aires, 1989, Pág. 555 y ss.

14 En la actualidad, el estudio de los principios del proceso penal, presenta diversas clasificaciones de acuerdo con el criterio metodológico del autor, compartimos el expuesto por MENDOZA DÍAZ, Juan, quien los estudia mediante la división metodológica siguiente: Principios del Derecho Judicial Orgánico, Principios del Proceso y Principios del Procedimiento, ubicando el principio de Oportunidad

Los principios procesales son aquellas primicias máximas o ideas fundamentales que sirven como columnas vertebrales de todas las instituciones del Derecho procesal, constituyendo el origen y la naturaleza jurídica de todo sistema procesal, a la vez que actúan como directrices que orientan a las normas jurídico procesales que logren la finalidad que medió su creación. Estos principios se pueden encontrar en las constituciones, leyes procesales y en la propia jurisprudencia, su valor como fuentes del Derecho es vital a la hora de interpretar las normas escritas, es por esto que los principios procesales tienen la función de suplir algunas lagunas o ambigüedades que pueden darse en el Derecho procesal y se consideran normas que integran el ordenamiento, llegando a constituir el vértices o columna vertebral de la estructura procesal.¹⁵

La Oportunidad tiene todos los requisitos antes descritos para ser considerada principio procesal ya que establece reglas generales, claras y precisas para prescindir de la acusación penal, frente a casos en los cuales ordinariamente debía acusarse por un aparente hecho delictivo, ella obedece a una concepción utilitaria y realista sobre la legitimación, el fundamento, el fin y el límite de la aplicación de las penas. Constituye un intento para conducir la selección en forma racional, con criterios de política criminal y sobre todo con la posibilidad de ejercer un control y exigir responsabilidad en quienes lo aplican, se establece en la mayoría de los textos constitucionales, leyes de procedimiento penal y constituye fundamento jurídico para la toma de decisiones por el sujeto procesal autorizado en Ley.

Un ordenamiento penal está informado por el Principio de Oportunidad cuando los titulares de la acción penal están autorizados, si se cumplen los presupuestos previstos por la norma, a hacer uso de su ejercicio incoando el procedimiento o archivándolo, significa la posibilidad de que los órganos públicos, a quienes se les encomienda la persecución estatal prescindan de ella.

Todos los principios procesales se interrelacionan entre sí, ninguno puede valorarse independientemente, pero hemos seleccionado cuatro de ellos por ser los que más se han utilizado para oponerse a la utilización de principio de Oportunidad.

- **Principio de Legalidad**

El principio de legalidad se ha definido como la automática e inevitable reacción del Estado a través de órganos predisuestos (generalmente la Policía y el Ministerio Público) que, frente a la hipótesis de la comisión de un hecho delictivo (de acción pública), se presenta ante los órganos jurisdiccionales, reclamando investigación, el juzgamiento y, si corresponde, el castigo del delito que se hubiera logrado comprobar.¹⁶ Este funciona como regla obligatoria de persecución penal de todos los hechos que generan hipótesis de delitos de acción pública.

Este principio de legalidad se basa en las teorías absolutas de la pena y, por ello, está cargado de un alto grado ético. Su valor reside en la pretensión de igualdad de las personas ante la ley, de conservar al máximo la división de poderes y en la idea que la solución del conflicto provenga de un juicio público, contradictorio y oral pre establecido en la ley.

No obstante lo anterior, este principio ha sido reformulado en las últimas décadas por las bases ideológicas que lo sustentan. Así, la idea retributiva de la pena está siendo superada por las teorías utilitarias. Además su aplicación rigurosa genera inconvenientes, principalmente un congestionamiento del aparato represivo por la persecución

dentro de los Principios del Proceso, específicamente entre ellos los relativos al objeto del proceso. Lecciones de Derecho Procesal Penal, Universidad de La Habana, Cuba y Universidad Autónoma "Juan Misael Saracho", Tarija, Bolivia, 2001, pp. 8 y 9. Otras clasificaciones las podemos encontrar en GONZÁLEZ ALCANTUL, David. Manual de Derecho Procesal Penal Militar. Tomo I. 1985, RODRÍGUEZ GAVIRIA, Antonio, "Los principios del Derecho Procesal Penal Cubano." Revista Jurídica No.12. jul.-sept. 1986. Ministerio de Justicia. MAIER, Julio, ob. cit., pp. 233-603.

15 <http://sislhtml.rincondelvago.con/principio-procesales-1.html>, consultada en fecha 7/1/2011.

16 Cafferata Nores, José; Ob. cit., Pág. 22.

indiscriminada de delitos, o por el entorpecimiento del Ministerio Público en la investigación de la criminalidad organizada y la obstaculización en la reinserción de los delincuentes de baja peligrosidad.¹⁷

Se ha señalado siempre como contracara del *principio de legalidad* la disponibilidad o *principio de oportunidad*. Este implica elegir, a través de órganos estatales, qué casos excitarán la actividad represiva del Estado. El *principio de oportunidad* encuentra su respaldo en las *teorías relativas o utilitarias* de la pena estatal, por ello los motivos que lo avalan se vinculan más a los criterios de orientación a fines, consecuencias y efectividad del sistema.

Es importante señalar, que la principal objeción para la adopción del *principio de oportunidad* ha sido siempre su oposición con el de *legalidad*. Al respecto se debe recordar que si bien el *principio de legalidad* es la regla general que rige nuestra normativa penal e implica que el proceso penal deba iniciarse ante la sospecha de la comisión de un delito, sin que la Fiscalía esté autorizada para prescindir de dicha persecución a su discreción. Su aplicación rigurosa es ilusoria de realizar en la praxis de la persecución penal, por ello surgen criterios de selección natural difícilmente controlables.

Los avances en la dogmática se encargaron de cambiar los fundamentos originales del principio de Legalidad, precisamente por la sustitución de las teorías absolutas de la pena, por las de prevención general y especial, que pretendían ver la punición relacionada a su propia necesidad y utilidad, y es aquí donde se justifica la existencia del principio de Oportunidad. Es decir, la evolución misma del proceso penal y los avances alcanzados en la Criminología fueron moldeando el férreo paradigma de la Legalidad y persecución total del delito como un caso en sí, para adoptar un modelo más previsor, más de hecho, donde la preocupación central va a estar dirigida a la búsqueda de una solución al conflicto social generado por el ilícito cometido.¹⁸

Que el principio de Oportunidad llega a la contienda penal a corregir la disfuncionalidad de los criterios de Legalidad no tiene sólida fundamentación teórica, aunque ROXIN, lo define como: "la contraposición teórica del principio de Legalidad, mediante el cual se autoriza al Fiscal a optar entre elevar la acción o abstenerse de hacerlo –archivando el proceso– cuando, las investigaciones llevadas a cabo conduzcan a la conclusión de que el acusado, con gran probabilidad, ha cometido el delito"¹⁹, estos criterios que contraponen o enfrentan ambos principios han sido superados en la doctrina procesal actual.

No obstante, la supuesta contraposición entre ambos principios, se puede afirmar que *oportunidad* y *legalidad* no son términos que se excluyan o sean incompatibles entre sí. Pues si es la propia ley penal la que fija los supuestos en que será utilizada la *oportunidad* no se contradice per se al *principio de legalidad* propiamente dicho, ya que es el resultado de una decisión de política criminal estatal adoptada por el legislador.

En este sentido, Hassemer,²⁰ ha señalado que la relación entre *legalidad* y *oportunidad* es un problema de implementación del derecho, antes que un problema teórico jurídico. Depende más de las rutinas de los funcionarios judiciales, del control público sobre ellos y de la confianza popular, que de los textos legales en sí mismos. Para este autor, en caso de que esta relación se produzca, se debe tomar en consideración que los *criterios de oportunidad* deben estar determinados con precisión para resguardar la igualdad y el Estado de derecho, eliminando reglas vagas. Debe existir una instancia jurisdiccional de control

17 Tijerino Pacheco, José María; El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, en reflexiones sobre el nuevo proceso penal, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, 1996, Pág. 89-90.

18 GARCÍA DEL RIO, Rosa: El principio de oportunidad. Ediciones Legales, Lima, 2000, p.2.

19 CLAUS, Roxin, Dercho procesal Penal. Traducción de la 25^a edición alemana de Graciela E. Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio Maier. Ediciones del Puerto s.r.l. Buenos Aires. 2000. p.90 y ss.

20 Hassemer, Ob.cit., Pág. 8.

para las decisiones de los órganos de persecución, a fin de resguardar la separación de poderes, además de implementar la aquiescencia de la víctima, como instancia de control y para no lesionar intereses particulares. Además, requerir la fundamentación de las decisiones que apliquen el *principio de oportunidad*, para posibilitar el control público.

De lo anterior se deduce que dentro del mismo *principio de legalidad* se pueden incluir, por parte del legislador, determinadas excepciones, las cuales deberán encontrarse debidamente delimitadas en las leyes penales para no contradecirlo y que resultan útiles para encontrar un punto de equilibrio entre un sistema de justicia ideal y un sistema verdaderamente eficaz inclinado a los fines del derecho penal.²¹

- **Principio de Obligatoriedad**

Anteriormente concluimos que no existe contraposición entre el *principio de oportunidad* y el de *legalidad*. No obstante, algunos han afirmado²² que en realidad el *principio de oportunidad* se contrapone con el de *obligatoriedad* que debe regir la actividad requirente del Ministerio Público.

Este último principio tiene dos dimensiones. En primer lugar, la promoción de la acción y, en segundo lugar, la prosecución de la acción, entendida esta última como irretractibilidad al no poderse suspender, interrumpir o hacerse cesar la acción penal una vez ejercida.

La promoción de la acción penal en cambio, se encuentra referida a la actividad fiscal consistente en requerir el pronunciamiento del juzgador para un caso concreto.

En ese orden de ideas, la promoción de la acción penal a que se encuentra obligada la Fiscalía se agota con la sola presentación del *requerimiento* respectivo, en el cual el fiscal plasmará la concreta pretensión para cada caso, la ley lo faculta para solicitar la Instrucción, el *sobreseimiento definitivo*, el *sobreseimiento provisional*, la aplicación del *procedimiento abreviado*, la aplicación de un *criterio de oportunidad*, etc. Lo anterior no implica que el fiscal se exima de la obligación de fundamentar fáctica y jurídicamente sus peticiones.

La acción se define como un derecho subjetivo consistente en la facultad de excitar al órgano jurisdiccional a fin que se pronuncie acerca de una determinada pretensión.

En base a este principio el fiscal actúa con imparcialidad y objetividad, en busca de la reconstrucción de la verdad de los hechos, facultándolo incluso para obtener la prueba de descargo respectiva, por lo que no se espera que el fiscal se convierta en un acusador a ultranza.

En ese orden de ideas cuando la Fiscalía solicita la aplicación de un *criterio de oportunidad* está cumpliendo con su obligación de promover la acción penal, pero con la pretensión específica de prescindir de la persecución punitiva por razones de política criminal taxativamente señaladas en la ley penal.

En ese sentido, el *principio de obligatoriedad*, bajo la modalidad de la prosecución de la pretensión penal, es el único que podría oponerse al de *oportunidad*, pero ésta última no se encuentra plasmada en nuestra normativa como una obligación del Ministerio Público, quien tiene la potestad, luego de analizar cada caso, de decidir sobre la solicitud que planteará ante el órgano jurisdiccional.

21 En este sentido se debe aclarar que la alternativa entre legalidad y oportunidad es equivocada, pues al plantearse la cuestión en los términos de los defensores de la legalidad lo que está en juego es la concepción sobre el fin de la pena ,así como los fines que deben conseguirse con el proceso penal, pues con un principio de legalidad que implique una persecución absoluta de todos los hechos penales el proceso no va a ser un medio para dar solución a los conflictos sociales, ni la pena un instrumento que precisa ser útil y necesario como proceso legitimador de su aplicación.

22 Chang Pizarro, Luis Antonio; Criterios de Oportunidad en el Código Procesal Penal, Editorial Jurídica Continental, 2da Edición, San José, 2000, Págs. 68-72.

- Principio de Igualdad de las personas ante la ley

El cumplimiento de este principio en la formulación de la ley significa la facultad que al legislador le asiste de dictar normas que hagan las diferenciaciones normativas correspondientes a las desigualdades reales, las cuales no pueden ser excesivas. Además, señala que la medida que el legislador debe respetar es la del constituyente, pues las diferenciaciones no pueden conculcar derechos y garantías establecidos para las personas que implicarían una desproporción de los medios empleados.

Este principio vincula al operador de justicia en el sentido de aplicar la ley de igual manera a todos los ciudadanos sin ninguna diferenciación, salvo las que el legislador haya realizado.

Para Roxin,²³ la excepción al *principio de legalidad* resulta del *principio constitucional de proporcionalidad*, esto es de la idea que en el caso particular se debe renunciar a la aplicación del castigo cuando los motivos de prevención no lo exigen, lo que da paso al *principio de oportunidad*.

El *principio de igualdad*, se ha visto como un fundamento de la *obligatoriedad* en el ejercicio de la acción penal, ya que presupone que ésta debe aplicarse de igual forma a todo aquél que haya cometido un hecho delictivo.

Aunado a lo anterior, no se puede perder de vista que la aplicación del *principio de igualdad de las personas ante la ley*, realmente no es absoluto por lo que se generan tratos diferenciados en la aplicación de la justicia,

Asimismo, el legislador ha considerado conveniente regular tratos diferenciados en la ley pena, puede deducirse que al legislador se le ha atribuido la potestad de considerar en qué casos es procedente y correcto desde el ámbito político y criminal que la Fiscalía ejerza la persecución penal por un delito y en qué casos no lo es, luego de hacer un análisis de proporcionalidad entre el medio y el fin que se obtendrá.

En estos casos se valora, por ejemplo, entre los costos y beneficios de conceder una inmunidad a un imputado a cambio de la colaboración de éste en la investigación, en pro de la efectividad del proceso o bien aplicar la sanción penal correspondiente en detrimento de la investigación de un hecho delictivo; o en otro caso efectuar una ponderación entre la insignificancia de un hecho y la necesidad de imponer una pena, sin tomar en cuenta la utilidad y necesidad de la misma o las repercusiones que esta conlleva (estigmatización, desintegración familiar, etc.).

Al operador de justicia le corresponde al aplicar la ley efectuando estos tratos diferenciados previstos en la normativa penal, siempre y cuando los mismos no riñan con la Constitución y las leyes.

Por ende, si ha optado por la inclusión del *principio de oportunidad* en el sistema penal como opción político criminal, la única forma que se ha previsto para que con ello no se rompa con el *principio de igualdad* de los hombres ante la ley, es que paralelo a la adopción del mismo se establezcan mecanismos de control internos, recomendándose para tal fin por la Organización de las Naciones Unidas la creación de unas directivas fiscales que dispongan en líneas generales los parámetros técnico jurídicos que los miembros del Ministerio Fiscal deben tomar en consideración para aplicar un *criterio de oportunidad*, los que deben responder a una política criminal general y uniforme emanada del Fiscal General de la República, siendo ésta una forma de regular la discrecionalidad previo al proceso; y posterior al mismo, creándose controles externos que sobre la petición fiscal ejercerán el juez y la víctima.²⁴

23 Roxin, Claus; Derecho Procesal Penal, Editores del Puerto, S.r.l., Buenos Aires, 2000, Pág. 89-97.

24 Esta es una recomendación contenida en el Proyecto de Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el procedimiento penal. Reglas de Mallorca y también en el punto 17 del VII Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y el Tratamiento del Delincuente de la Habana, 1990.

Al momento de retomar el tema de la igualdad, se nos hizo imposible no referirnos a la seguridad jurídica considerándosele como un elemento esencial de cualquier Estado y que significa, "la condición resultante de la predeterminación hecha por el ordenamiento jurídico, de los ámbitos de licitud o ilicitud en la actuación de los individuos, lo que implica una garantía para los derechos fundamentales de una persona y una limitación a la arbitrariedad del poder público."

Consideramos que el tema de la seguridad jurídica debe ser enfocado desde un doble plano:

- a. En el plano subjetivo: que implica la confianza del ciudadano creada por conocer de antemano cómo debe ordenarse su conducta y que es lo que se espera que harán los demás incluyendo el Estado,
- b. En el plano objetivo: mediante la creación de un sistema normativo que opere con los medios adecuados para asegurar dicho sentimiento de seguridad en los ciudadanos. Es una certidumbre que se pueda contar con reglas de derecho, con igual aplicación y en determinados supuestos creados o calificados por el derecho.²⁵

A consecuencia de lo anterior, surge la obligación del Estado de garantizar que en lo posible existirá una igualdad con las consecuencias del empleo de las normas, que generen cierto grado de certidumbre en su aplicación, haciéndose efectiva de esa forma la seguridad jurídica.

Por ello, ante la implementación de institutos jurídicos que implican cierto margen de discrecionalidad para la administración pública -como es el caso del *principio de oportunidad*- se torna indispensable en aras de conseguir esta seguridad jurídica, uniformar criterios de aplicación y el dictado de orientaciones claras y precisas que marquen la línea de aplicación de este principio, preservando de esa forma la confianza de los ciudadanos en las actuaciones del Ministerio Público.

- Principio de necesidad de la pena

Este *principio*, dispone que las penas y medidas de seguridad sólo se impondrán cuando sean necesarias. La anterior afirmación implica dos cosas, a saber: en primer lugar, que el derecho penal debe ser el último recurso ante las transgresiones al ordenamiento jurídico, y en segundo lugar, que no siempre la perpetración de una conducta delictiva debe llevar aparejada la imposición de una pena, pues ésta se verá justificada en la medida de su utilidad.²⁶

Este principio viene a sustituir el binomio que igualaba la pena al castigo, que constituía una de las premisas de las *teorías retributivas de la pena*, según las cuales la sanción penal encontraba su sentido en la imposición de un mal merecidamente retribuido que equilibra y expía la culpabilidad del autor por el hecho cometido, siendo superadas actualmente por las *teorías utilitarias de la pena*.

Estas ideas retribucionistas no se pueden sostener en la actualidad básicamente por las siguientes razones:

- a. La finalidad del derecho es la protección de bienes jurídicos, por lo que no está permitido servirse de una pena que de forma expresa prescinda de todos los fines sociales.
- b. La idea de retribución exige también una pena allí, donde la base de protección de bienes jurídicos no sería necesaria, perdiendo su legitimación social.
- c. La idea que se puede compensar el mal del delito con el mal de la pena sólo es una creencia o fe.
- d. Desde el punto de vista político social la ejecución de una pena que parte del principio de imposición de un mal no puede reparar los daños en la socialización y por ello no es un medio de lucha adecuado contra la delincuencia.

25 López Barja, de Quiroga; Ob. cit., Pág. 15.

26 Moreno Carrasco, Fernando y Otros; Código Penal Comentado, Corte Suprema de Justicia, Proyecto de Asistencia a los Juzgados de Paz, El Salvador, 1999, Págs. 14-18.

e. La pena no es una expiación de la culpabilidad del imputado, pues no es comprobable que los imputados se arrepientan de sus delitos al cumplir una pena, pues el arrepentimiento es un acto moral, autónomo y voluntario que no puede imponerse por la fuerza.²⁷

Esta *teoría retributiva* de la pena es una de las bases que sustentan al *principio de legalidad*, y ha sido sustituida actualmente por una concepción de la pena orientada en términos generales a su utilidad, a los *principios de resocialización* (prevención especial); o a la influencia del derecho penal en la conciencia social (prevención general).

Actualmente se considera que son estas *teorías utilitarias de la pena* las que se han convertido en uno de los sustentos para la introducción del *principio de oportunidad*, ya que la prevención especial se verá satisfecha con la intensificación en la persecución de los delitos más graves, y la prevención especial lo será con la incorporación de mecanismos basados en el comportamiento futuro del delincuente, la dispensa de penas cortas que conllevan serios daños en los procesos de socialización de los delincuentes de baja peligrosidad y la oportunidad que se le brinda al imputado con su aplicación para insertarse nuevamente a la sociedad.²⁸

Así pues, se puede concluir que es la superación de la idea de pena como castigo por la de pena útil o necesaria, la que ha justificado que el legislador tenga la potestad, en determinados supuestos, de indicar cuándo se puede prescindir de la aplicación de la persecución penal de determinados delitos y, por ende, de la pena, a base de razones de utilidad y necesidad, creando para tal fin salidas alternas al proceso tales como los *criterios de oportunidad*.²⁹

Como se ha podido apreciar el principio de Oportunidad se relaciona con todos los demás, que hemos analizado, sin violar ninguna de sus primicias, pues todo depende de la óptica con que se analice su aplicación y los intereses que se quieran defender, si se trata de buscar solución al conflicto social generado por el delito, no cabe dudas, que ninguno como el, bajo los requisitos, referidos con anterioridad, puede lograrlo.

- Fundamentos del principio de oportunidad

Los fundamentos del *principio de oportunidad*, son una mezcla de razones pragmáticas y a la vez teóricas. Suele mencionarse que su implementación puede ser útil para regular la enorme selectividad intrínseca al proceso penal, pues se considera que es un medio útil y eficaz para controlar el innegable sistema de discreción arbitraria que opera de diferentes formas. Esta selección se presenta antes del procedimiento penal, como durante el mismo y no siempre es controlable. Existe, pues, *una cifra negra de la delincuencia* que indica la cantidad de delitos que no llegan nunca al conocimiento de las autoridades para su persecución por una decisión discrecional de la víctima de no denunciar los hechos, la cual puede verse influenciada por una diversidad de factores.³⁰

También existe un amplio espacio de discreción en la función policial, ya que por razones de exceso de trabajo los agentes de la institución policial deciden, formal o informalmente, tomar o no una denuncia por un hecho que valoran como insignificante o bien, seleccionar en acuerdo con el Ministerio Fiscal una mayor persecución y asignación de

27 Roxin, Claus; Derecho Penal Parte General, Tomo I, Civitas, España, 1997, Págs. 81-108.

28 En sentido, Julio Maier, ha expresado que la utilidad como fin y fundamento legitimante de la pena, es lo que justifica al principio de oportunidad, Ob. cit., Pág. 555 y ss.

29 Lo anterior significa reconocer que en la actualidad no se puede concebir un proceso penal que no sirva como medio para solucionar los conflictos sociales, y el concepto de pena que precisa ser útil y necesaria como presupuesto legitimador de su aplicación.

30 López Barja de Quiroga, Jacobo; Instituciones de derecho procesal penal, Ediciones jurídicas Cuyo, Argentina, 2000, Págs. 430-451.

recursos para la investigación de ciertos delitos en un ámbito social en detrimento de otros etc., operando este sistema de discreción de una forma desigualitaria.

En ese sentido Cafferata Nores,³¹ hace alusión a una *cifra dorada de la delincuencia*, constituida por aquellos delitos que si bien pueden ser conocidos por la autoridad, no entran formalmente al sistema judicial por razones de venalidad en la función, prebendas económicas, influencias políticas, etc., o como simple resultado de la intencional paralización del trámite (piénsese en la prescripción).

Ante esta situación se torna indispensable arbitrar los instrumentos necesarios para que pueda controlarse y racionalizarse este proceso de selección natural procurando la aplicación igualitaria de la ley penal, con la finalidad que este proceso se realice conforme a las pautas que dicte el legislador, ya que de lo contrario se volvería incontrolable. Siendo la forma en que se racionalizan estos criterios una manifestación del *principio de oportunidad*.

En ese sentido, Hassemer, señala como otros fundamentos de este principio los siguientes:³²

1. Es a corto plazo económicamente inconveniente, y a largo plazo políticamente imprudente comprometer a las autoridades de la investigación para que, de un mismo modo e intensidad, persigan el esclarecimiento de la totalidad de los delitos. Debe recordarse que los recursos materiales y personales son siempre limitados. Por esta razón, se tornó necesario idear mecanismos que permitan a las autoridades realizar sus actividades en la investigación de una manera selectiva.
2. Es efectivo como una forma de descongestionar de trabajo de los tribunales penales y un acortamiento del proceso penal, siendo viable que para hechos (delictivos) de mediana gravedad las autoridades de la investigación cuenten con la posibilidad de soluciones alternativas al proceso, que se traducen en ahorro de tiempo y recursos humanos para el Estado. Esto es parte de la eficiencia que se busca con la implementación de este tipo de institutos jurídicos.
3. Un moderno sistema jurídico penal, orientado hacia las consecuencias, no puede concebirse si lleva adelante un proceso cuando los perjuicios políticos criminales son más altos que el provecho.
4. Otro argumento es su utilidad en el combate de las nuevas formas de criminalidad (narcotráfico, terrorismo, etc.), ya que los Estados se han visto en la necesidad de idear políticas criminales que permitan una efectiva lucha contra este tipo de delincuencia no convencional presentándose como opción la "regulación sobre la colaboración del imputado en el proceso", que es una manifestación del *principio de oportunidad*, para la resolución de asuntos penales donde se puede eximir de pena a aquél sospechoso que ha dado declaraciones importantes sobre un delito, cuando sea la única vía conocida para la obtención de información en este tipo de hechos.
5. También se ha argumentado que el *principio de oportunidad* supone un replanteamiento sobre las tradicionales políticas que informan el sistema de reacción penal, enfocado al interés de aquellas infracciones que revistan una mayor dañosidad social y restringiéndola o eliminándola respecto de los delitos leves. Es una solución alternativa a la tramitación ordinaria del proceso penal.³³

31 Cafferata, Nores, José I.; *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Editores del Puerto. S.r.l., Buenos Aires, 2000, Pág. 30.

32 Cfr. Hassemer, Winfried; *La Persecución Penal. Legalidad y Oportunidad*, Revista Jueces para la Democracia, Edición especial, Madrid. 1989, Pág. 8 y ss.

33 Gatgens Gómez, Erick y Otros; *El Principio de Oportunidad-Conveniencia Procesal de la Persecución Penal*, Editorial Jurítexto, San José, 2000, Pág. 108.

5. Argumentos a favor y en contra del Principio de Oportunidad

Argumentos a favor

Entre los defensores del citado principio encontramos autores como Julio Maier,³⁴ quien manifiesta que el *principio de oportunidad* cumple dos grandes objetivos: a) La descriminalización de hechos, pues existen casos donde resulta innecesaria la aplicación de la pena; b) La eficiencia del sistema penal, pues con éste se procura el descongestionamiento de la justicia penal, sobresaturada de casos que no permite el tratamiento preferencial de aquellos que deben ser solucionados indiscutiblemente por el sistema.

Como ventajas de dicho principio, Maier señala la transparencia al indicar las formas de selección, además de ser un mecanismo de control jurídico y político de la selección que sirve para fijar la responsabilidad de los órganos y funcionarios competentes para decidir lo hoy oculto en el *principio de legalidad*, orientándose además a la moderna tendencia de los fines político utilitarios de un Estado de derecho.

En ese sentido, Guariglia,³⁵ expresa que la adopción del *principio de oportunidad* reglado constituye el medio más idóneo para erradicar la arbitrariedad que domina actualmente en los procesos de selección que operan dentro del sistema de enjuiciamiento penal.

Entre las ventajas que señala Barrientos,³⁶ para la adopción de este principio encontramos:

- a) Señalar las causas y casos en que procede un tratamiento sencillo y rápido de los asuntos penales.
- b) Controlar la legalidad de las negociaciones y facilitar su conocimiento público.
- c) Orientar prioritariamente los recursos de la investigación y la función del juez hacia delitos de mayor dañosidad social.
- d) Disminuir al mínimo la participación estatal en hechos de poca importancia y priorizar los más graves.
- e) Favorecer el acceso a la justicia y,
- f) Responsabilizar a jueces y fiscales de la procedencia, contenido y legalidad de los casos de desjudicialización.

Gimeno Sendra,³⁷ señala como otra ventaja, la de evitar los efectos criminógenos de las penas cortas privativas de libertad y la reincisión de presuntos terroristas que proporcionan una mejor información de las bandas armadas.

Por su parte, José Luis Seoane,³⁸ expresa que el *principio de oportunidad*, en su versión reglada, no tiene que suponer una violación de los principios y normas que rigen el proceso penal, claro está, bajo la adecuada selección de los casos en los que él mismo puede entrar en juego y el establecimiento de una serie de mecanismos de control judicial y de la propia víctima que eviten la posibilidad de un uso abusivo y desleal de la institución, desviándolo de la finalidad que lo justifica.

34 Maier, Julio; Ob. cit., Págs. 555-562.

35 Guariglia, Fabricio; Facultades discretionales del Ministerio Público en la investigación preparatoria: El principio de oportunidad: El Ministerio Público en el Proceso Penal, Revista Doctrina Penal, No 49-52, Buenos Aires, 1990, Pág. 87 y ss.

36 Barrientos Pellecer, César; mencionado en Rodríguez Campos, Alexander y Otros; El principio de oportunidad. Conveniencia procesal de la persecución penal, Editorial Jurítexto, San José, 2000. Pág. 297.

37 Gimeno Sendra, Vicente y Otros; Págs. 62-72.

38 Casado Pérez, José María y Otros; Código Procesal Penal Comentado, Corte Suprema de Justicia, 1ra Edición, El Salvador, 2001, Págs. 106-121.

Conde Pumpido,³⁹ admite el *principio de oportunidad* reglado, siempre que existan márgenes precisos que establezcan legalmente los supuestos de ejercicio del principio y la existencia de los correspondientes controles, está dentro del campo de la legalidad, pues al usar el Ministerio Fiscal una facultad que la ley le reconoce no puede vulnerarse ésta.

Hassemer,⁴⁰ por su parte considera que los supuestos de oportunidad para que generen el respeto de un Estado de derecho deben estar determinados con absoluta precisión. Las reglas de oportunidad vagamente formuladas destruyen por completo el *principio de legalidad*, considerando que además en su aplicación deben arbitrarse mecanismos que eliminen en lo posible los peligros que tal principio encierra, y al respecto señala, la participación del juez o tribunal, la aceptación del afectado, la exigencia de fundamento de todo auto de sobreseimiento y el establecimiento de un eficaz procedimiento para obligar a ejercer la acción penal.

Argumentos en contra

Montero Aroca,⁴¹ expone que este principio lo que pretende es limitar los poderes del órgano jurisdiccional fortaleciendo al Ministerio Público, es decir, disminuir el poder de un órgano independiente como son los jueces, para aumentar los poderes de un órgano subordinado al ejecutivo.⁴²

Afirma, que si uno de los argumentos para su adopción es evitar los efectos criminógenos de las penas breves privativas de libertad, debería mejor preocuparnos el perfeccionamiento del derecho penal material o aumentar los poderes del órgano jurisdiccional para sustituir la pena de prisión por criterios establecidos en la ley material, pero no en la ley procesal.

Señala, que el *principio de oportunidad* supone una desvirtuación del derecho penal material por medio del proceso, al basarse éste en dos decisiones políticas: la primera, es la del legislador quien determina cuando una conducta debe ser considerada delito; y la segunda, la atribución de la pena a imponer a cada una de esas conductas. Por ello, la tipificación de una conducta como delictiva, es el resultado de lo que una determinada sociedad entiende atenta contra sus intereses generales a tal grado que merece una respuesta sancionadora y precisamente penal.

En ese orden de ideas, todo el esfuerzo del legislador al tipificar una conducta y señalársela una pena pueden quedar privadas de sentido en virtud de una norma "no penal", por la que se autorice al Ministerio Público a disponer de este derecho penal en los casos concretos.

Agrega, que si la disposición legal que establece el *principio de oportunidad* se califica como procesal, todo el Código Penal quedaría sujeto a la aplicación de una norma procesal, a una única norma capaz de vaciar de contenido a todas las normas penales materiales.

En relación con el argumento de la mejor utilización de los recursos, dicho autor expresa que hay que admitir que el Estado no cumple con todas sus funciones de una manera plena. Para tal caso, se puede pensar en los servicios de salud o de educación. Por ello, pretender exigir al aparato judicial que cumpla con todas sus atribuciones, no sólo es

39 Conde, Pumpido, Ferreiro; La investigación por el Ministerio Fiscal y la utilización de la oportunidad reglada en el proceso penal, Revista del Poder Judicial, Edición especial II, España, 1998, Pág. 8 y ss.

40 Hassemer Winfried. Ob. cit., Pág. 8 y ss.

41 Montero Aroca, Juan; El Derecho Procesal en el Siglo XX, Tirant lo blanch, Valencia, 2000, Págs. 124-137.

42 Al respecto, Luis Chang Pizarro -Ob. Cit., Pág. 62, se ha pronunciado en el sentido contrario, pues para él el legislador otorga en última instancia la facultad discrecional al juez por vía indirecta, para que dicte la política criminal persecutoria del Ministerio Público, pues el disfrazado control y aprobación jurisdiccional sobre este tipo de requerimientos no vinculantes del Ministerio Público no es más que un eufemismo, pues el Órgano Judicial será el que en definitiva decidirá sobre la aplicación del criterio de oportunidad.

una utopía sino también implica desconocer el obstáculo que representa la escasez de recursos humanos y materiales con que se cuenta.

Por su parte, Luigi Ferrajoli,⁴³ al referirse al *principio de oportunidad*, considera que este puede traer más costos que beneficios, pues se trata de pactos en condiciones de desigualdad que pueden favorecer testimonios calumniosos y por conveniencia que provoca una disparidad de tratamiento e inseguridad jurídica. Ante tal situación, surge la interrogante de quién logrará que un acusado ante la perspectiva de una reclusión perpetua se abstenga de realizar falsas acusaciones a cambio de acuerdos con el fiscal para eximirse de pena.

Un proceso de este tipo, afirma, desquicia al sistema de garantías, pues se rompe con el nexo causal entre delitos y penas, que ya no dependen de la gravedad del hecho o de la culpabilidad del autor, sino de la habilidad negociadora de la defensa, del espíritu de aventura del imputado y de la discrecionalidad de la acusación. Además, se violentan los principios de igualdad, certeza y legalidad penal, pues no existe un criterio legal definido que condicione la severidad o la indulgencia del Ministerio Público.

Considera que este principio niega sustancialmente la presunción de inocencia y la carga de la prueba al otorgarle primacía a una confesión interesada y el papel de corrupción de un sospechoso que se encarga a la Fiscalía y no a la defensa. Todo lo anterior es contrario al *principio contradictorio* que exige que el conflicto sea entre las partes en igualdad de condiciones y no una relación de fuerzas entre investigador e investigado.

Por otro lado, se comprometen los *principios de legalidad y obligatoriedad* de la acción penal, al investir al fiscal de un enorme poder de determinar tanto el método como el contenido del juicio, lo que contradice su naturaleza de parte en situación de igualdad con el imputado que es el rasgo más característico del modelo acusatorio.

Hassemer,⁴⁴ enfila su crítica en términos de la *prevención general*, pues considera que los *criterios de oportunidad* tienden a debilitar las normas penales y transmiten la impresión de irregularidad o engaño, pues la selección es afectada por el oportunismo.

Por otra parte, una interesante postura del tema, desde el punto de vista de la Filosofía del Derecho, es planteada por Marina Gascón, quien al oponerse al citado principio expresa que estos criterios son inspirados en la lógica mercantil *do ut des* (*doy para que me des*), congruentes con una tendencia actual a privatizar el derecho penal; sin tomar en cuenta que el proceso se constituye con el reconocimiento del valor probatorio del material recogido por el acusador. Lo anterior perturba el interés epistemológico del proceso al sustituir el concepto de verdad como "adecuación o correspondencia" al de verdad como "consenso", ya que este tipo de principios tiende a convertir la confesión en la prueba reina y va contra la regla epistemológica que dice "para poder afirmar la verdad de un enunciado fáctico es necesaria prueba del mismo, ya sea directa, deductiva o indirecta."⁴⁵

Criterios a los que se afilia la autora

Previo a adoptar una postura sobre la conveniencia de la adopción del *principio de oportunidad*, es necesario partir de la premisa que el derecho penal se ha configurado a través de la historia como una síntesis de dos fuerzas antagónicas en su formulación: por un lado, se encuentra la postura de los que pregonan porque exista una mayor eficacia de la persecución penal; y por otro lado, el esfuerzo de los que anteponen a la eficacia del proceso la defensa de los derechos y garantías de los ciudadanos.

Los defensores del primer modelo poseen una idea del derecho con una tendencia autoritaria, mientras que los segundos tienen una noción democrática del mismo, pero al

43 Ferrajoli, Luigi; Derecho y razón; Editorial Trotta, España, 1997, Págs. 567-570 y 820-834.

44 Hassemer, Winfried; Ob. cit, Pág. 12.

45 Gascón Abellán, Marina; Los hechos en el Derecho: Bases argumentales de la prueba, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, 1999, Págs. 127-128.

final es cada legislador el que, como opción de política criminal estatal, decide cuál es la tendencia que adopta o si, como tercera vía, busca un equilibrio entre ambas posturas al momento de dictar las leyes, que es la que consideramos adecuada

De hecho, uno de los criterios dogmáticos que se utilizan por los que propugnan por un derecho penal eficaz es el método jurídico de la ponderación de intereses, el cual dispone que quien quiera resolver o decidir conflictos de intereses, debe valorarlos y jerarquizarlos, adaptándose a cada situación concreta. Este método resulta útil para simplificar complejas situaciones decisorias, como lo son el valorar y escoger entre el interés público en la investigación o el interés privado de la víctima o del imputado, enmarcándose la aplicación del *principio de oportunidad* y en específico la justicia premial entre este tipo de método interpretativo para la creación del derecho,⁴⁶ por lo que en un primer nivel podríamos afirmar que la incorporación del mismo puede responder a esta tendencia eficientista del derecho penal.

Nos afiliamos al criterio de incluir en la normativa penal el *principio de oportunidad* de una forma reglada, donde los supuestos concretos de aplicación del mismo se encuentran predeterminados en la ley de forma genérica y con ello, crear los límites que debe tener los aplicadores de justicia al optar por esta salida alterna al proceso, regulando los casos concretos a fin de que la discreción que se le confiera a la Fiscalía no sea ejercida de una manera antojadiza o arbitraria.

Con base a lo anterior, nos adherimos a las posturas a favor de su implementación que fueron mencionadas anteriormente, especialmente a las de Conde Pumpido y Hassemer, pero con la aclaración que no sólo es necesario que los casos se encuentren en la ley taxativamente reglados, sino también se torna indispensable que existan ciertos mecanismos de control internos y externos para que el Ministerio Público ejerza esa facultad dentro de los límites que le franquea la ley y la Constitución, pues podría ser su aplicabilidad la que si llegue a violentar derechos y garantías constitucionales.

Estos controles a los que se ha hecho referencia pueden ser de dos tipos. En primer lugar se encuentran los controles internos, que están constituidos por todas aquellas disposiciones que sean adoptadas al interior del Ministerio Público para unificar criterios en la aplicación de este tipo de salidas alternas al proceso, que a la larga vendrían a fortalecer la seguridad jurídica. Además, es necesario contar con una serie de controles externos como pueden ser los que ejerce la víctima o el querellante en su caso y el juez, el cual con su aprobación o desaprobación en la aplicación de esta salida alterna al proceso ejerce su autoridad al tomar la decisión definitiva.

Sobre este punto, resulta importante señalar que el derecho no se limita únicamente a su formulación, ya que se convierte tarde o temprano en derecho aplicado, y por ende, la ponderación de intereses no la efectúa únicamente el legislador sino también los operadores judiciales. En ese orden de ideas, Binder,⁴⁷ afirma que la política criminal posee en realidad dos facetas: la primera constituida por la formulación de la misma por parte del Estado, que se concretiza en la forma en que el legislador organiza el ordenamiento legal; y la segunda, es la configuración práctica que se perfila en la cotidaneidad del proceso social, agregando que cuando exista una dinámica de correspondencia entre la formulación y la configuración del proceso penal entonces se considerará que el derecho secundario es coherente con la Constitución.

Al analizar la aplicación práctica del *principio de oportunidad*, se descubre la necesidad de encontrar por parte de los operadores judiciales (incluidos jueces y fiscales) los elementos interpretativos que permitan delimitar los criterios de aplicación del mismo ya adoptados por el legislador, de manera que puedan ser coherentes con todo el sistema penal, incluidos los principios y derechos constitucionales, pues se debe recordar que las

46 Hassemer, Winfried; *El destino de los derechos del ciudadano en un derecho penal eficaz*; Editorial Bosch, España, 1990, Pág. 3.

47 Binder, Alberto M.; *El Proceso Penal*, ILANUD, Furcap, San José, Costa Rica, 1991, Pág. 10.

normas penales no son aisladas, sino que se encuentran insertadas en un ordenamiento jurídico caracterizado por los principios de plenitud, jerarquía y coherencia.

De esa forma, se puede vislumbrar la necesidad de que, como cualquier otra política social, la política criminal de la Fiscalía se enmarque en una formulación coherente, única y con capacidad de adaptación que permita una aplicación uniforme de las leyes. La obtención de la finalidad antes expuesta puede facilitarse con la ayuda de dos principios que rigen al Ministerio Fiscal entre los cuales se encuentran el de *unidad de actuación y dependencia jerárquica*.⁴⁸

El principio de *unidad de actuación* establece que las políticas de persecución penal sean uniformes y persigan objetivos comunes conforme a los lineamientos o pautas que fija el Fiscal General. El principio de *dependencia jerárquica*, implica la estructuración del Ministerio Público de una forma piramidal, que pone en la cabeza de la organización al Fiscal General -como máxima jerarquía orgánica- y la subordinación de los miembros inferiores sólo es consecuencia necesaria para lograr la unidad de actuación.

En ese sentido, puede pensarse en las graves repercusiones que traería el hecho de que las decisiones dependan únicamente del criterio personal de cada fiscal, pues se correría el riesgo de violar la igualdad de los hombres ante la ley, siendo una manera de formalizar esta selectividad la creación de criterios uniformes dictados por la cúpula del Ministerio Fiscal, que no pueden ser exhaustivos, pero que en líneas generales deben revelar la política criminal estatal que seguirán en la mayoría de los casos los auxiliares del fiscal, destacándose en este punto los supuestos en los cuales se va a prescindir de la persecución penal -principio de oportunidad- al constituirse en una potestad discrecional del Ministerio Público.⁴⁹

En ese orden de ideas, es importante señalar que el derecho sólo va a reconocer la discreción del fiscal cuando ésta se oriente por criterios de política criminal legítimos, es decir coherentes con todo el ordenamiento jurídico.

Finalmente, podemos afirmar que la aprobación o no de un criterio de oportunidad deberá pasar en todo caso por este "test" de proporcionalidad que será negativo, únicamente cuando la medida que se adopte sea innecesaria, inútil o desequilibrada, pues sólo una desproporción o irrazonabilidad extrema adquiere relevancia constitucional, siendo los operadores de justicia los encargados de realizar estas valoraciones en cada caso concreto.

La comunidad internacional ha recogido esta preocupación de uniformar criterios, en algunos instrumentos legales. Así, en el *Proyecto de reglas mínimas de las Naciones Unidas para el proceso penal (Reglas de Mallorca)* específicamente en la Regla A3, se recomienda la adopción de esta política general para orientar la acusación y evitar desigualdades y tratos discriminatorios, al disponer que: "Cuando los fiscales estén investidos de las facultades discretionales se establecerán en la ley o reglamento publicado, directivas para promover la equidad y coherencia de los criterios que adopten para acusar, ejercer la acción penal o renunciar al enjuiciamiento..."; lo cual también se recomendó en el punto 17 del *VII Congreso de las Naciones Unidas sobre la prevención del delito y el tratamiento del delincuente* celebrada en la Habana, Cuba, en el año de 1990. Este sistema de instrucciones encuentra como límite único la ley y debe ser tenido en cuenta para la eficaz aplicación del principio en estudio.

- Criterios de Oportunidad Procesalmente Legitimados.

Frente a la limitación de recursos (materiales y humanos), el principio de oportunidad se fundamenta en la necesidad de establecer un diseño político criminal coherente y racional

48 Rusconi, Maximiliano A.; *Luces y sombras en las relaciones político criminales y Ministerio Público*, Revista Pena y Estado, No 2, año 2, Editores del Puerto, S.I.r., 1997, Págs. 153 a 170.

49 Bruzone, Gustavo; *Las llamadas instrucciones de los fiscales*, Revista Pena y Estado, No 2, año 2, Editores del Puerto, S.I.r., Buenos Aires, 1997, Págs. 221-226.

cuyas bases se asienten en la proporcionalidad de la pretensión punitiva, surgiendo como imperativo la necesidad de establecer pautas asentadas en criterios de economía procesal que instituyan prioridades. De esta manera, ante la imposibilidad de investigar todos los hechos que se cometan, se debe empezar por los hechos más graves y relegar la investigación de aquellos insignificantes en tanto se presenten como carentes de interés para el desenvolvimiento del Estado.

Insignificancia

La insignificancia del hecho combinada con la falta de interés estatal en la persecución penal y la mínima culpabilidad son las hipótesis más utilizadas de los diversos criterios de oportunidad en el derecho comparado. Ahora bien, ¿cómo definimos insignificancia?, ¿cuál es su alcance? La temática es infinitamente más rica, pero la discusión excede este espacio en el que nos limitaremos a mencionar un concepto sencillo. Abarcan situaciones insignificantes las acciones con escaso contenido antisocial, es decir aquellas infracciones de carácter mínimo como las de bagatela, por el ínfimo desvalor de la acción objeto de reproche. En este punto, la flexibilización del "resorte estatal" como reacción inevitable frente al delito, no sólo favorece el descongestionamiento y la mayor eficacia en la administración de la justicia penal: también pretende evitar en delitos de escasa entidad el efecto desocializante que suele ir unido al cumplimiento de una pena.

No se ignora ni se pretende soslayar la estrecha relación que existe entre el concepto de insignificancia como causal de "atipicidad" tanto como criterio de oportunidad, y la consabida discusión que ello genera entre "procesalistas" y "penalistas". Por lo que aquí interesa, más allá de compartir o acercarnos a una u otra posición, entendemos que la insignificancia opera como criterio de oportunidad cuando conforme al principio de proporcionalidad no se llega al grado necesario para afirmar la atipicidad de la conducta.

Hay quienes sostienen que el principio de oportunidad se justifica en puras razones de capacidad operativas del aparato de persecución criminal, afirmando que la decisión por su aplicación va a depender puramente en lo que resulte "económicamente conveniente para el órgano a cargo de la persecución penal. Los hechos que implican un gran costo social deben preferirse frente a la persecución de los delitos menos importantes. De esta manera, la discusión ya no pasa por la entidad o significación del hecho como delito, sino en el menor interés que suscita. Esto es, con la oportunidad procesal sólo se pretende el mejor uso de los recursos estatales. En cambio, la insignificancia sustancial toma en cuenta la (mínima) dañosidad social como requisito para que la conducta sea considerada típica, sin depender de un análisis utilitario de los recursos del estado.

De este modo, a los fines de precisar y delimitar el alcance de la insignificancia como oportunidad, se estima que existe una diferencia entre ambos institutos (penal y procesal) porque esta última versa sobre conductas con reproche (pues superan el umbral necesario para ser consideradas delito), que, valoradas comparativamente, resultan irrelevantes frente a otros casos que provocan mayor costo social.

Por ello es evidente que para precisar el contenido del principio de oportunidad por insignificancia es necesario recurrir a los principios del derecho sustantivo, de modo tal que el derecho penal y el derecho procesal tiene en la insignificancia su punto de contacto.

Este razonamiento permite sostener que la insignificancia procesal es un peldaño más que la insignificancia material, que debe tomar los conceptos del primero, pero que se refiere a la capacidad operativa y los objetivos propuestos por la cabeza del Ministerio Público en base a consideraciones de política criminal y procesal.

Insignificancia Sustancial: la conducta no alcanza la mínima dañosidad social que requiere el tipo penal.

Insignificancia Procesal: por razones utilitarias, los hechos carentes de interés para el estado son relegados para priorizar los de gran costo social. Su alcance es indeterminado. Algunas pautas receptadas son:

-Monto máximo o mínimo de la sanción prevista en abstracto.

- Ausencia de condena anterior.
- Reparación a la víctima.
- Calidad del sujeto activo (que no sea funcionario público obrando en abuso del cargo)

Arrepentido Colaborador

Supuesto de oportunidad como estrategia de investigación que permita aumentar la eficiencia en la investigación de casos complejos. Es el imputado delator o informante, que presta colaboración voluntaria y eficaz a la autoridad competente, útil para la persecución penal de los responsables de delitos cometidos por organizaciones delictivas y violentas, a cambio de obtener un beneficio sobre la pena que le corresponde.

Existen otros supuestos de oportunidad que no se hallan fundados en principios de economía procesal, sino especialmente en la formulación de estrategias de investigación que permitan aumentar los niveles de eficiencia en la investigación de casos complejos. Se trata del arrepentido, delator, informante, institución que apunta a obtener la colaboración voluntaria y eficaz prestada a la autoridad competente por imputados, que sea útil para la persecución penal de los responsables de delitos cometidos por organizaciones delictivas y violentas, a cambio de obtener un beneficio o premio en orden a la pena respecto del delito de que se trate. En ningún caso, estas pautas afectarán las investigaciones de los delitos cometidos contra la Administración Pública en las que los acusados fueran funcionarios o empleados públicos.

Mediación. Conciliación y Reparación a la víctima**Reparación a la víctima:**

Se prevé en forma autónoma o bien como requisito del procedimiento de Mediación.

Mediación Judicial

En delitos de acción pública perseguibles de oficio o dependientes de instancia privada cominados con un máximo de pena de prisión pre establecido normativamente. Cuando exista un acuerdo anterior entre las mismas partes y por un conflicto de la misma índole .Generalmente se excluye los casos de: delitos contra la vida, integridad sexual, lesiones gravísimas entre parientes convivientes ,víctima menor de edad ,acuerdo anterior incumplido, delitos cometidos por funcionarios públicos con abuso del cargo, acuerdo anterior entre las mismas partes y por un conflicto de la misma índole ,razones de seguridad o interés público ,más de 2 acuerdos, salvo si se tratan de delitos culposos .

Mediación: Instrumento para posibilitar el acuerdo entre víctima e imputado y la solución del conflicto, de aceptación voluntaria. Puede ser:

Prejudicial: Procedencia: de acuerdo al monto máximo de pena, los casos son derivados por la autoridad policial que previene, luego de consultar con el Fiscal que intervendría en el hecho.

Judicial: Procedencia: En causas de competencia correccional .En toda clase de delitos en que pueda arribarse a la mejor solución entre partes,en causas de contenido patrimonial.

Pena Natural

El sujeto activo del delito sufre daños o sufrimientos corporales o morales de importancia como consecuencia del mismo hecho.

Ejemplo 1: conductor de un vehículo que por imprudencia choca y ocasiona la muerte de su hijo que iba como acompañante.

Ejemplo 2: ladrón que resulta herido en un tiroteo con la policía y queda cuadripléjico.

Requisitos de procedencia: delitos culposos únicamente. Reparación a la víctima. Privilegia la retribución natural, por sobre la retribución material.

Selección de los hechos innecesarios.

Implica suspender la persecución de algunos hechos, para dedicar todo el esfuerzo a la del hecho punible más grave o al mejor probado cuando se traman varios procesos de forma simultánea. Puede requerirse además la reparación a la víctima.

Exigua contribución en el hecho.

Generalmente está incluido junto con la escasa culpabilidad, la falta de interés en la persecución y la insignificancia del hecho, por eso suelen tratarse en forma conjunta.

Expreso pedido de la víctima para que el fiscal se abstenga de ejercer la acción penal

Se ha otorgado relevancia a la voluntad de la víctima dentro del proceso, situación que la jerarquiza al punto tal que se acepta que no sólo sea escuchada sino respetada en su decisión.

Admite excepciones:

Cuando está comprometido el interés de un menor de edad, cuando la oferta es razonable y el fiscal no señala objeciones fundadas en el interés público, pero la víctima no la acepta de forma injustificada, el juez puede hacerlo.

Enfermedad incurable en estado terminal. Avanzada edad.

Impide llevar adelante el juicio penal contra quien padece una enfermedad incurable en estado terminal, puesto que el proceso ya no podrá alcanzar su finalidad de realizar la legítima pretensión estatal de esclarecer los hechos imputados al acusado y de que, si hubiera mérito para ello, se le condene y castigue.

Se debaten en este aspecto consideraciones de humanidad o retribución, requisitos de procedencia: Imputado mayor de 70 años de edad, imputado con enfermedad incurable en estado terminal según dictamen pericial, que el interés público no se halle comprometido.

A grandes rasgos estos son los criterios de oportunidad que hoy valida la doctrina y la jurisprudencia internacional y que deben ser tenidos en cuenta al momento de diseñar el modelo cubano

El principio de Oportunidad en el proceso penal cubano

El principio de Legalidad en Cuba no aparece establecido categóricamente en un precepto, sino disperso en el ordenamiento jurídico como, por ejemplo, en el artículo 59 de nuestra Constitución⁵⁰ se hace referencia a que nadie puede ser encausado ni condenado sino por Tribunal competente en virtud de leyes anteriores al delito y con las formalidades y garantías que éstos establecen, algo similar se regula en el artículo 1 de la Ley de Procedimiento Penal.⁵¹

Tanto en la Ley procesal como en el Código penal se reconocen acciones dependientes de la instancia privada, como son los delitos de calumnia e injuria,⁵² estableciéndose en el artículo 420 de la primera, que ambos son perseguibles en virtud de querella de la parte ofendida y de modo similar existen tipos penales en los que para promover la acción penal pública se precisan de requisitos de procedibilidad, como puede ser la denuncia de la persona agraviada o su representante y que se enmarcan en los delitos como la violación, abusos lascivos, pederastia con violencia, incesto, bigamia y matrimonio ilegal, así como en el estupro, lo que no debe confundirse con el principio de Oportunidad en el ejercicio de la acción penal, que corresponde a los órganos públicos en representación del Estado, en nuestro caso al Fiscal.

50 Constitución de la República, aprobada el 24 de febrero de 1976 y modificada en 1992 por la Ley de Reforma Constitucional de fecha 12 de julio de 1992 publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria No.6 de fecha 13 de julio de 1992.

51 Ley No. 5 vigente desde el 18 de agosto de 1977, con las modificaciones introducidas por el Decreto-Ley No. 151 de 10 de junio de 1994.

52 Artículo 319-320 del Código Penal, Ley No. 62 de 1988.

En Cuba aparecen por vez primera criterios de Oportunidad en 1977 con la entrada en vigor de la Ley No. 6 de Procedimiento Penal Militar, que en sus artículos números 242.2 y 243 estableció un sobreseimiento provisional condicionado que da la posibilidad al Fiscal de suspender el ejercicio de la acción penal aun cuando aparezcan en el proceso elementos suficientes para formular la acusación ante el tribunal, y a partir del cumplimiento de ciertos requisitos que esta propia ley establece. Novedosa institución jurídica de la Ley Procesal Militar, en función de dar soluciones y en las que deben estar presentes varios factores⁵³ sin los cuales no podría llegarse a sobreseer el expediente iniciado.

Las potencialidades de nuestro modelo social socialista, en el que las decisiones de los órganos del Estado siempre están en función de los intereses del pueblo, propician un medio idóneo para la aplicación de una Política Criminal basada en un Derecho penal informado por la moderna tendencia minimalista, de este modo, la Comisión Legislativa que tenía a su cargo la elaboración del proyecto de modificación al Código penal de 1979, incluyó que sus presupuestos básicos partían de tres principios fundamentales: "El principio de mínima intervención", "El principio de prohibición de exceso" y "El principio de intervención legalizada", ⁵⁴ tenidos en cuenta en las posteriores modificaciones.

La Ley No. 88 de 1999, De Protección de la Independencia Nacional y la Economía de Cuba, es la primera Ley Especial que en su disposición final primera hace referencia directa al principio de Oportunidad cuando expresa: "La Fiscalía General de la República respecto a los delitos previstos y sancionados en la presente ley, ejerce la acción penal pública en representación del Estado en correspondencia con el principio de Oportunidad, conforme a los intereses de la nación,"⁵⁵ toda vez que se reserva el ejercicio de la acción penal, es decir, el poder o facultad de promoverla, cuando se estima que el orden legal ha sido quebrantado, y el Fiscal en representación del Estado y conforme a los intereses de la nación lo decide.⁵⁶

El procedimiento abreviado⁵⁷ que incorporó a nuestra Ley de procedimiento penal el Decreto-Ley No. 151, de 10 de junio de 1994, se ha tratado de ubicarlo como un criterio de Oportunidad, a lo que se contrapone que, aunque para admitirlo tiene como uno de los supuestos la confesión del reo y se inclina hacia el principio de Oportunidad, no permite ningún tipo de negociación entre el Fiscal y el imputado que afecte el ejercicio de la acción penal pública, como ocurre en otros sistemas, y aunque la fórmula conlleva abreviar el

53 que el delito por su naturaleza y las características personales del acusado pueda ser considerado de escasa peligrosidad social, el delito no puede haber ocasionado graves consecuencias, que el acusado por su conducta posterior demuestre haberse arrepentido de sus actos y cuando una organización política, colectivo militar, un organismo de la administración central del Estado solicita o asuma el compromiso de reeducar al acusado.

54 QUIRÓS PÍREZ, Renén: "Despenalización", Revista No. 10 del MINJUS La Habana, enero – marzo de 1986, p.7 y ss.

55 Ley No. 88 de Protección de la Independencia Nacional y la Economía de Cuba. Gaceta Oficial de la República de Cuba. Edición extraordinaria No. 1 de 15 de marzo de 1999.

56 El artículo 127 de la Constitución de la República preceptúa que: "La Fiscalía General de la República es el órgano del Estado al que corresponde, como objetivos fundamentales, el control y la preservación de la legalidad, sobre la base de la vigilancia del estricto cumplimiento de la Constitución, las leyes y demás disposiciones legales, por los organismos del Estado, entidades económicas y sociales y por los ciudadanos; y la promoción y el ejercicio de la acción penal pública en representación del Estado".

La ley determina los demás objetivos y funciones, así como la forma, extensión y oportunidad en que la Fiscalía ejerce sus facultades al objeto expresado.

Es criterio de TOLEDO SANTANDER, José Luis que en este segundo párrafo se dice expresamente que va a ser la Ley quien le va a fijar a la Fiscalía entre otros aspectos, la "oportunidad" en que las ejerce, luego, en una recta interpretación de la norma, se deja claro que van a existir ocasiones en que la Fiscalía, de acuerdo a lo establecido en la Ley, ejercerá sus funciones y eso es Oportunidad de actuar, criterios expresados en los comentarios realizados a la Ley No 88 de 1999. Colectivo de autores: Comentarios a las leyes penales, Facultad de Derecho de la Universidad de La Habana, 2005.

57 Establecido en los artículos del 481 al 489 de la Ley de Procedimiento Penal.

proceso y economizar la justicia penal, la acción persecutoria se ejercita siempre con arreglo al principio de Legalidad y por tanto no se puede catalogar como Oportunidad.

En el apartado 2 del artículo 8 del Código Penal se introdujo por la Ley No. 21, de 1979, que no se considera delito la acción u omisión que aun reuniendo los elementos que lo constituyen, carecen de peligrosidad social por la escasa entidad de sus consecuencias y las condiciones personales de su autor; pero no constituye un criterio de Oportunidad, pues su incorporación obedece a fundamentos sobre la teoría del delito y no a tomar decisiones con las conductas que si son enjuiciadas como delitos.⁵⁸

La Ley No. 62, Código Penal, entró en vigor el día 30 de abril de 1988, cuerpo legal que introdujo un sistema de enfrentamiento más eficaz contra las infracciones de la legalidad y ha contribuido a la formación de una cultura de respeto a la Ley, lo que permitió extraer de la esfera penal conductas que, por su naturaleza, no constituían propiamente delito y que, por su carácter, a los efectos de su tratamiento, debían pasar a otras ramas del Derecho, muchas de las cuales fueron reglamentadas a través del Decreto No. 141, de marzo de 1988.

En el artículo 342.2 del referido Código penal se estableció un tratamiento distinto a los delito de, hurto, robo con fuerza en las cosas, recepción y daños, cuando la cuantía de lo sustraído o dañado fuere de limitado valor, pudiendo en estos casos no remitirlos al tribunal competente, sino que la autoridad actuante tiene la facultad de imponer al sujeto comisor una multa administrativa regulando en ese propio precepto los requisitos de cuánto podía ser su monto, según las características personales del presunto infractor, y los perjuicios causados a la víctima.

Mediante el Decreto Ley 175, de 1997, se adicionó el apartado 3 del artículo 8 del Código Penal, que extendió la aplicación del tratamiento administrativo a todos los delitos sancionables hasta un año de privación de libertad. Siendo este una expresión del principio de Oportunidad en nuestra legislación, pero que se aplica por la policía⁵⁹ y la fiscalía sin que la primera de estas esté facultada legalmente para ejercer la acción penal.⁶⁰

El Decreto-Ley No.310 de fecha 29 de mayo de 2013 que entro en vigor el primero de octubre de este año amplió aun más las posibilidades de aplicación del referido artículo 8-3 del vigente código penal al establecer su aplicación en aquellos delitos en el que el límite máximo no excede de tres años de privación de libertad o multa de hasta mil cuotas o

58 Posición contraria mantiene MENDOZA DÍAZ, Juan al considerar que "...La modificación realizada al artículo 8 del Código Penal, en virtud de la reforma introducida por el Decreto Ley No.175 de 17 de junio de 1997, significó apartarse del imperio absoluto del principio de legalidad en el ordenamiento penal cubano, pues se le conceden facultades a la autoridad que investiga el delito para suspender las actuaciones e imponer una multa administrativa cuando aprecie que el hecho investigado reviste un poco peligrosidad social, lo cual está en dependencia tanto de las condiciones personales del infractor como de las características y escasas consecuencias del suceso delictivo. Teniendo en cuenta los presupuestos que impone la propia Ley para que se pueda adoptar la decisión pudiéramos estar en presencia de lo que se conoce como oportunidad reglada..." Lecciones de Derecho Procesal Penal, Universidad de La Habana, Cuba. Universidad Juan Misael Saracho", Tarija, Bolivia, 2001, p.27. CANDIA FEREIRA, José también sostiene el criterio de que en nuestro país se han ido abriendo espacios al principio de Oportunidad en el ejercicio de la acción penal y pone como lo establecido en el artículo 8 incisos 2 y 3 de Código penal, véase a respecto artículo: "Problemas actuales del proceso penal en Cuba, " Revista cubana de Derecho de la Unión Nacional de Juristas de Cuba No.13, enero-junio de1999, p11 y ss.

59 Respecto a esta facultad asegura ROXIN que sólo es posible a la fiscalía, la policía no tiene facultad para sobreseer discrecionalmente, de modo que para ella el principio de Legalidad rige ilimitadamente. ROXIN, Claus, op cit, p.91.

60 El Viceministro Jefe de la Dirección de la Policía Nacional Revolucionaria, en su Orden 19 de 16 de julio de 1997 y el Fiscal General de la República, mediante la Instrucción No. 1 de 1997, establecieron los requisitos y procedimientos tanto para hacer uso de este precepto como para su control.

ambas, así como que para su utilización en los delitos sancionables de uno a tres años se requiere la aprobación del fiscal.

Pero lo realizado hasta la fecha no satisface nuestras necesidades de cambio, debíamos cuestionarnos si la ubicación de las atribuciones que confiere el artículo relacionado con anterioridad debía ser el Código Penal o la Ley de Procedimiento Penal, por qué no se tiene en cuenta la opinión de la víctima del delito, porqué se mantiene la facultad de su aplicación a la policía en los delitos sancionables hasta un año, si no es un sujeto procesal, qué efectos tiene la decisión adoptada, porqué enmarcar esta posibilidad sólo en los límites de la sanción y no en otros criterios de oportunidad, porqué la sanción pecuniaria tiene que ser la única, por qué no se establecen excepciones, debe quedar el proceso sólo en manos del fiscal, estas y otras interrogantes hoy no encuentran respuestas en el proceso penal cubano, que necesita estar redimensionarse como instrumento efectivo de la política criminal del Estado.

El referido marco teórico y doctrinal, el comportamiento del tema en el escenario internacional y el recorrido por las últimas modificaciones introducidas en la legislación penal demuestran que en el país ha existido voluntad política para ir adecuar nuestro sistema de judicial penal a los requerimientos y necesidades que cada momento, pero también se pudo constatar que los aspectos procesales no han sido los más privilegiados.

6. Conclusiones:

La Oportunidad se erige como principio procesal dado que: establece reglas generales, claras y precisas para prescindir de la acusación penal, frente a casos en los cuales ordinariamente debía acusarse por un aparente hecho delictivo, ella obedece a una concepción utilitaria y realista sobre la legitimación, el fundamento, el fin y el límite de la aplicación de las penas. Constituye un intento para conducir la selección en forma racional, con criterios de política criminal y sobre todo con la posibilidad de ejercer un control y exigir responsabilidad en quienes lo aplican, se establece en la mayoría de los textos constitucionales, leyes de procedimiento penal y constituye fundamento jurídico para la toma de decisiones por el sujeto procesal autorizado en Ley.

EL principio de Oportunidad tiene sus orígenes en Alemania a través de la "Ley Emminger", de 4 de Enero de 1924 –artículo 153– en virtud de la cual el Ministerio Público quedó facultado de abstenerse del ejercicio de la acción para dar satisfacción a determinadas condiciones como son: a) reparar el daño ocasionado, b) otorgar prestaciones de utilidad pública; y c) cumplir determinadas obligaciones.

La Oportunidad como principio procesal tiene las siguientes características siguientes:

- a. Es excepcional
- b. Es discrecional
- c. Referido en general al órgano persecutor oficial
- d. Es taxativamente reglado, cuando no se aplica la modalidad libre

Los fundamentos del *principio de oportunidad*, son una mezcla de razones pragmáticas, teóricas y de política criminal.

Se puede afirmar que *oportunidad* y *legalidad* no son principios que se excluyan o sean incompatibles entre sí. Pues si es la propia ley penal la que fija los supuestos en que será utilizada la *oportunidad* no se contradice per se al *principio de legalidad* propiamente dicho, ya que es el resultado de una decisión de política criminal estatal adoptada por el legislador.

Los modelos de aplicación del *principio de oportunidad* que se conocen se dividen en dos grandes grupos: libre y reglada, el primero característico del sistema anglosajón y el segundo continental europeo.

Las ventajas que ofrece la Oportunidad reglada son las razones de política criminal que la fundamentan.

- No obliga la persecución indiscriminada de todos los delitos contribuyendo de manera importante al descongestionamiento del sistema judicial.
- Permite que se concentren los esfuerzos de las autoridades en una eficaz persecución de los delitos más graves para la sociedad y especialmente la llamada criminalidad "de cuello blanco" y la no convencional.
- Permite la reinserción social del delincuente de poca peligrosidad.
- Racionaliza los efectos negativos de las penas privativas de libertad.
- Economía procesal.

Existen fundamentos teóricos y doctrinales que justifican tanto la aceptación como la oposición al principio de Oportunidad, no obstante éste ha sido incorporado en varias legislaciones procesales como: Perú, Colombia, Ecuador, Argentina, Costa Rica, Venezuela, Alemania, Estados Unidos, Francia e Italia, y con reconocimiento en varios instrumentos jurídicos internacionales.

El Código Modelo para Iberoamérica, recomienda expresamente la inclusión del Principio de Oportunidad en los procesos penales de los países de la región.

En el orden internacional, resultan significativos los postulados aprobados por el Comité de Ministros del Consejo de Europa el 17 de septiembre de 1987, mediante la Recomendación No.18, sobre la simplificación de la Justicia penal y las recomendaciones a los Gobiernos de los Estados miembros, en relación con la Oportunidad en el ejercicio de la acción penal ("*opportunité des poursuites*").

En Cuba la Constitución de la República reconoce implícitamente el Principio de Oportunidad en su artículo 127, su primer antecedente legislativo se establece en la Ley No.6 de 1977 de Procedimiento Militar.

La Ley No. 88 de 1999, De Protección de la Independencia Nacional y la Economía de Cuba, es la primera Ley Especial que en su disposición final primera hace referencia directa al principio de Oportunidad.

-Mediante el Decreto Ley 175, de 1997, se adicionó el apartado 3 del artículo 8 del Código Penal, que extendió la aplicación del tratamiento administrativo a todos los delitos sancionables hasta un año de privación de libertad. Siendo este una expresión del principio de Oportunidad en nuestra legislación, pero se aplica por la policía y la fiscalía sin que la primera de estas esté facultada legalmente para ejercer la acción penal.

El reciente Decreto-Ley No.310 de fecha 29 de mayo de 2013 que entró en vigor el primero de octubre de este año amplió aun más las posibilidades de aplicación del referido artículo 8-3 del vigente código penal al establecer su aplicación en aquellos delitos en el que el límite máximo no excede de tres años de privación de libertad o multa de hasta mil cuotas o ambas, así como que para su utilización en los delitos sancionables de uno a tres años se requiere la aprobación del fiscal.

El referido marco teórico y doctrinal, el comportamiento del tema en el escenario internacional y el recorrido por las últimas modificaciones introducidas en la legislación penal demuestran que en el país ha existido voluntad política para ir adecuar nuestro sistema de judicial penal a los requerimientos y necesidades que cada momento, pero también se pudo constatar que los aspectos procesales no han sido los más privilegiados.

Reflexionar sobre la mejor forma en que debe ejercerse la acción penal es una exigencia para el proceso penal cubano, en busca de alternativas que la hagan más efectiva, garantizando una intervención mínima del poder punitivo. Para lo cual se requiere de un profundo estudio de nuestra realidad y del Derecho comparado.

Hoy el panorama cubano se caracteriza por una Legalidad absoluta, con atisbos de criterios de Oportunidad, una creciente criminalidad no convencional, lo que junto a la necesidad de dar un tratamiento más efectivo y económico al delito convencional de escasa envergadura, nos obliga a la búsqueda de mecanismos simplificadores del proceso penal, lo que lo harán más pronto, eficiente y menos costoso y se adapta perfectamente al momento histórico que

vivimos ,en plena correspondencia con el llamado que se nos hace a todos los cubanos en los lineamientos económicos del VI congreso del PCC.

7. Recomendaciones:

Continuar el estudio del tema, para con una mayor integralidad y fundamentación, proponer las bases sobre las que debe incorporarse el principio de Oportunidad al proceso penal cubano.

8. BIBLIOGRAFÍA

- ARMENTA DEU, TERESA; Criminalidad de Bagatela y Principio de Oportunidad, Alemania y España, PPU, Barcelona, 1991.
- BACIGALUPO ZAPATER, Enrique: Discriminación y Prevención, Poder Judicial, No. II, Madrid, España, 1987.
- BARRIENTOS PELLECER, CÉSAR; mencionado en Rodríguez Campos, Alexander y Otros; El principio de oportunidad. Conveniencia procesal de la persecución penal, Editorial Jurítexto, San José, 2000.
- BECCARÍA, CESARE. DE LOS DELITOS Y DE LAS PENAS. ED. ALIANZA EDITORIAL. MADRID, 1998
- BRUZONE, GUSTAVO; Las llamadas instrucciones de los fiscales, Revista Pena y Estado, N° 2, año 2, Editores del Puerto, S.I.R., Buenos Aires, 1997.
- BOVINO, ALBERTO: Problemas del Derecho procesal penal contemporáneo, Editorial del Puerto s.r.l., Buenos Aires, Argentina, 1998.
- CARBONEL MATEU, Juan Carlos: *Derecho Penal: Concepto y principios constitucionales.* , 2da edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1996.
- CAFERATA NORES, José: *Cuestiones actuales sobre el proceso penal*, Editores del Puerto, s.r.i., Buenos Aires, 1997.
- CANDIA FERREYRA, José: "Problemas actuales del Proceso Penal en Cuba". Ponencia presentada en la Reunión Anual de la Sociedad Cubana de Ciencias Penales celebradas en la Habana en noviembre de 1998, *Revista Cubana de Derecho*, No. 13, enero/junio de 1999.
- CARDONA GALEANO, JUAN PABLO. MANUAL DE DERECHO PROCESAL CIVIL. TOMO I. ED. LEYER. BOGOTÁ, 2003
- CARRASQUERO LOPÉZ, Francisco: Doctrina Constitucional.2005-2008, Despacho No. 5, Tribunal Supremo de Justicia Colección Doctrina Jurisprudencial No.34, Caracas, Venezuela, 2009.
- Casado Pérez, José María y Otros; Código Procesal Penal Comentado, Corte Suprema de Justicia, 1^{ra} Edición, El Salvador, 2001.
- COLECTIVO DE AUTORES: Temas para el estudio del Derecho Procesal Penal. Primera parte. Editorial Félix Varela, La Habana, 2002.
- CLAUS, Roxin: Derecho procesal Penal, Traducción de la 25^a edición alemana de Grabiela E, Córdoba y Daniel R. Pastor, revisada por Julio Maier ,Ediciones del Puerto s.r.l. ,Buenos Aires, 2000.
- CRUZ CASTRO, Fernando: "La investigación y persecución de la corrupción: Observaciones fundamentales sobre el rol del Ministerio Público en los sistemas penales latinoamericanos". Revista Latinoamericana de Política Criminal, Pena, Estado y Corrupción, No. 1, año 1995, Editores del Puerto s.r.i. , Buenos Aires, Argentina.
- Cfr. Hassemer, Winfried; La Persecución Penal. Legalidad y Oportunidad, Revista Jueces para la Democracia, Edición especial, Madrid. 1989.
- DE LA CRUZ OCHOA, Ramón: Política Criminal y sus relaciones con la Criminología Artículo publicado en la Revista Cubana de Derecho, No. 20 de 2002.
- DEL OLMO, Rosa: Criminología y Derecho Penal. Aspectos Gnoseológicos de una relación necesaria en la América Latina, Revista Divulgación Jurídica, No. 48 de 1988.

- ESCOBAR FORNOS, Iván: Introducción al Proceso, Editorial Hispomer, Colección de Textos Jurídicos, Managua, Nicaragua, 1998.
- FAIÉN GUILLEN, Víctor: Teoría General del Derecho Procesal, México (SN), 1992.
- FENECH, Miguel: Derecho Procesal Penal (SL), Editorial Labor S.A., 1952.
- FERNÁDEZ BULTÉ, Julio y Colectivo de autores: "Qué se espera del Derecho", Revista Tema, No. 8, Cultura-Ideología-Sociedad, Cuba, 1996.
- FERRAJOLI, Luigi. Derecho y Razón. Teoría del Galantismo Penal, Traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y colectivo de autores, Madrid, 1995.
- GARCÍA CORDERO, Fernando: Dualidad y Perfeccionamiento de las funciones del Ministerio Público. Editorial Porma, S.A., A.V., República Argentina, México, 1983.
- GARCÍA-PABLO DE MOLINA, Antonio: Criminología. Una Introducción a sus fundamentos teóricos para Juristas, 2da Edición Corregida y aumentada, Tirant lo Blanch, Valencia, 1994.
- GARCÍA DEL RIO, Rosa: El principio de oportunidad. Ediciones Legales, Lima, 2000.
- Gascón Abellán, Marina; Los hechos en el Derecho: Bases argumentales de la prueba, Editorial Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y Sociales, S.A. Madrid, 1999, Págs. 127-128.
- Gatgens Gómez, Erick y Otros; El Principio de Oportunidad-Conveniencia Procesal de la Persecución Penal, Editorial Jurítexto, San José, 2000.
- GIMENO SENDRA, Vicente.: Fundamentos de Derecho Procesal Penal, Ediciones Civitas, Madrid, España, 1991.
- GONZÁLEZ ALCANTUL, David. Manual de Derecho Procesal Penal Militar. Tomo I. 1985, Levene, Ricardo: Manual de Derecho Procesal Penal", Tercera edición, Editorial plus Ultra, Buenos Aires, 1975.
- Guariglia, Fabricio; Facultades discrecionales del Ministerio Público en la investigación preparatoria: El principio de oportunidad: El Ministerio Público en el Proceso Penal, Revista Doctrina Penal, Nº 49-52, Buenos Aires, 1990
- GUERRERO PERALTA, OSCAR JULIÁ .PROCEDIMIENTO ACUSATORIO Y TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL PROCESO PENAL, ED EDICIONES JURÍDICAS GUSTAVO IBÁÑEZ, PÁGS. 109, BOGOTÁ 1998
- LOPÉZ MORALES, Jairo: Nuevo Código de Procedimiento Penal. Sistema Acusatorio. Exposición de Motivos, Comentado, Concordado, Doctrina constitucional y urisprudencia, Tomo II, Ediciones Doctrinales y Ley LYDA, Bogotá, Colombia, 2005.
- López Barja de Quiroga, Jacobo; Instituciones de derecho procesal penal, Ediciones jurídicas Cuyo, Argentina, 2000.
- LLOBER RODRÍGEZ, Javier: Proceso Penal Comentado, 4ta Edición, San José, Costa Rica, Editorial Dominanza y Jurídica Continental, 2000.
- MAIER, Julio: "Democracia y Administración de Justicia Penal en Iberoamérica. Proyectos para la reforma del sistema penal", Revista Jueces para la Democracia. Argentina, 16/19 febrero y marzo de 1992.
Derecho Procesal Penal Argentino, T-B, Editorial. Hammurabi, Buenos Aires, 1997.
- MANZANARES SAMANIEGO, José Luis: "Los Principios del Proceso Penal", Ponencia contenida en el CD - ROM Cuadernos de Derecho Judicial, Editado por el Consejo del Poder Judicia Español, años 1992 – 1996.
- MOMTERO AROCA, Juan: Principios del proceso penal. Una explicación basada en la razón, Editorial Tiran lo Blanch, Valencia, España, 1997.
- MIR PUIG, Santiago: Derecho Penal, Parte General, quinta edición, Editorial Reppetor. Barcelona, España, 1998.
- MORILLAS CUEVA, Lorenzo: Curso de Derecho Penal Español. Parte General. Dirigido por M. Cobo del Rosal, Ediciones Jurídicas, Marcial Pons, Madrid, España, 1996.
- MORENO CARRASCO, FERNANDO y Otros; Código Penal Comentado, Corte Suprema de Justicia, Proyecto de Asistencia a los Juzgados de Paz, El Salvador, 1999.

- MUÑOZ CONDE, Francisco. "Presente y futuro de la dogmática jurídico-penal". Revista Penal, 2000.
- ____ y GARCÍA ARÁN, Mercedes. Derecho penal, parte general. 5^a. Edición, Valencia, Ed. Tirant lo BLanch, 2002.
- Pillares Eduardo, Diccionario de Procesal Civil, México. Editorial Porrúa, Hnos, 1963.
- PRIETO MORALES, Aldo.: Derecho Procesal Penal, Primera y Segunda Parte, Editorial Orbe, La Habana, 1976.
- PUENTES Y JIMÉNEZ DE ANDRADE, Teresa: "Los Principios del Proceso Penal y la Presunción Constitucional de Inocencia". Los Principios del Proceso Penal. Obra contenida en el CD – ROM Cuadernos de derecho Judicial, Editado por el Consejo General del Poder Judicial Español, años 1992 – 1996, Biblioteca TSP.
- QUIRÓS PÍREZ, Renén: Introducción a la Teoría del Derecho Penal, Editora de Ciencias Sociales, La Habana 1987.
- ____ "Despenalización", Revista No.10 del MINJUS, La Habana, enero – marzo de 1986.
- RODRÍGUEZ GAVIRA, Antonio: "Principios del Derecho Procesal Penal Cubano", Revista Jurídica, No. 12, julio/septiembre de 1986.
- ROXIN, Claus: Derecho Procesal Penal, 1era edición, 2da reimp, Editorial del Puerto s.r.l., Buenos Aires, Argentina, 2003.
- RUSCONI, MAXIMILIANO A.; Luces y sombras en las relaciones político criminales y Ministerio Público, Revista Pena y Estado, Nº 2, año 2, Editores del Puerto, S.I.R., 1997.
- SANCHO GALLARDOS, Ignacio: "Legalidad, Oportunidad y Transacción Penal en el Procedimiento Abreviado". Los Principios del Proceso Penal. Obra contenida en el CD – ROM Cuadernos de Derecho Judicial, Editado por el Consejo de Poder Judicial, años 1992 – 1996, Biblioteca del TSP.
- TIJERINO PACHECO, José María; El principio de oportunidad en el ejercicio de la acción penal, en reflexiones sobre el nuevo proceso penal, Asociación de Ciencias Penales de Costa Rica, San José, 1996.
- VILLAMOR FERNANDO, Lucía: Una Aproximación al Derecho Penal del Enemigo, Academia Boliviana de Ciencias Jurídico Penales, La Paz-Bolivia, 2007.
- ZAFFARONI EUGENIO, Raúl: "La Creciente Legislación Penal y los discursos de emergencia", artículo publicado en la obra: Teorías actuales en el Derecho Penal, Primera edición, Buenos Aires, Argentina, 1998

LEGISLACIONES CONSULTADAS

Constitución de la República de Cuba, aprobada el 24 de febrero de 1976 y modificada en 1992 por la Ley de Reforma Constitucional de fecha 12 de julio de 1992, publicada en la Gaceta Oficial Extraordinaria No.6, de fecha 13 de julio de 1992.

Código Procesal Penal Modelo para Iberoamérica de 1988 con Exposición de Motivos. Tomado del Texto "Derecho Procesal Penal Argentino" de Julio B. J. Maier.

Código Procesal Penal de Costa Rica, Ley No. 7594 de 10 de abril de 1996. Publicado en Alcance No. 31 al Diario Oficial *La Gaceta*, No. 106 de 4 de junio de 1996, que entró en vigencia el 1ro de enero de 1998.

Código Orgánico Procesal Penal de Venezuela, Caracas, de 25 de julio de 2000 (*Gaceta Oficial*, No. 37.022, Extraordinaria, de 25 de Agosto del 2000). Ediciones DABOSAN.

Código Procesal Penal de la Nación Argentina. Ley No. 23.984. Modificada y complementada. Anotado, comentado y concordado. Tercera edición corregida, ampliada y actualizada. Editorial Abeledo-Perrot, Buenos Aires, octubre de 1997.

Código de Procedimientos Penales de Perú, <http://www.unifr. Ch/derecho penal/legislacion/pc/cpp-peru.htm>. Yahoo.21-11-2006. 16.00 horas.

Código Procesal Penal de Alemania del 15 de mayo de 1871 con la última reforma del 31 de enero de 1998. [www.unifr.Ch / derecho penal / lex. htm](http://www.unifr.ch/derecho/penal/lex.htm). Yahoo. 21-11-2006. 16.30 horas.

Ley de Enjuiciamiento Criminal, España, 1889.

Ley No. 21, Código Penal cubano, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*. La Habana, 15 de Febrero de 1979.

Ley No. 62, Código Penal cubano, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, La Habana, 29 de diciembre de 1987.

Ley No.87, Modificativa del Código Penal en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, La Habana, 15 de marzo de 1999.

Ley No. 88, "Ley de Protección de la Independencia Nacional y la Economía de Cuba" en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, La Habana, 15 de marzo de 1999.

Ley No. 22, Ley de los Delitos Militares, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, La Habana, 15 de febrero de 1979.

Ley No. 1251, Ley de Procedimiento Penal, en *la Gaceta Oficial de la República de Cuba*, La Habana, 25 de junio de 1973.

Ley No. 5, de Procedimiento Penal, en *la Gaceta Oficial de la República de Cuba*, La Habana, 13 de agosto de 1977.

Ley No. 6, Ley Procesal Penal Militar, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, La Habana, 13 de agosto de 1977.

Ley No. 83, Ley de la Fiscalía General de la República con exposición de motivos en la *Gaceta Oficial de la República de Cuba*. La Habana, 11 de julio de 1997.

Ley No.82, Ley de los Tribunales Populares de 1997.

Leyes penales comentadas, 2005.

Ley No.27664, promulgada el 23 de febrero del año 2002, mediante la que se modificó y modernizó el artículo 2 del Código Procesal del Perú.

Ley No.600 de 24 de julio de 2000. Código de Procedimiento Penal Colombiano.

Ley No.000.RO/Sup 360 de Ecuador de 2000.

Ley No.8.123 de 15 de diciembre de 1991. Código Procesal Penal de la Provincia de Córdoba.

Ley No. 8503 de Costa Rica de 28 de julio de .2006.

Código Procesal Penal de la Nación de Venezuela, Gaceta oficialNo.37.022 de fecha22/8/2000.

Decreto-Ley No. 128. Del Proceso Penal ante los Tribunales Municipales Populares, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, La Habana, 18 de junio de 1991.

Decreto-Ley No. 151. Modificativo de la Ley de Procedimiento Penal, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, La Habana, 10 de junio de 1994.

Decreto-Ley No. 175. Modificativo de la Ley del Código Penal, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, La Habana, 17de junio de 1997.

Decreto-Ley No. 150. Modificativo del Código Penal, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, La Habana, 6 de junio de 1994.

Decreto-Ley No. 310. Modificativo del Código Penal, en Gaceta Oficial No.018 Extraordinaria de 25 de junio de 2013.

Decreto No. 141 "Sobre las contravenciones Personales" de 24 de marzo de 1988, Cuba.

OTROS DOCUMENTOS CONSULTADOS

Acuerdo 239 del Consejo de Gobierno del Tribunal Supremo Popular de Cuba de 8 de Octubre de 1999. Sobre la adecuación de la sanción según la modalidad básica del delito.

Documento sobre la Racionalidad en la Administración de Justicia y las decisiones judiciales del Tribunal Supremo Popular de la República de Cuba, 2000.

Indicaciones de fecha 15 de julio de 2004 del Jefe de la Dirección de la Policía Nacional Revolucionaria.

Instrucción No. 1 de 1997 del Fiscal General de la República "Acerca de la Aplicación del Decreto Ley No. 175 de 1997 modificativo del Código Pena", (Aplicación del Artículo 8.3 y Sanciones Subsidiarias a la Privación de Libertad).

Orden No. 19 de 16 de julio de 1997 del Viceministro Jefe de la Dirección de la Policía Nacional Revolucionaria.

Orden 26 de 19 de agosto de 2004 del Viceministro Primero del Interior.

Normas que regulan el funcionamiento de las Estaciones de la Policía Nacional Revolucionaria, Articulo 132.

Reglamento de la Ley No. 83 de la Fiscalía General de la República, en *Gaceta Oficial de la República de Cuba*, La Habana, 30 de noviembre de 1998.

SITIOS CONSULTADOS

Web www.aaep.org.ar/esp/anales/pdf/varo.pdf.

Web www.definicionabc.com//derecho/estado- de- derecho. Php.

http://sisbib.unmsm.edu.pe/BibVirtualData/Tesis/Human/Benavidez_V_R/Cap3.pdf .

http://sisbib.unmsm.edu.pe/BibVirtualData/Tesis/Human/Benavidez_V_R/Cap3.pdf.

iDel romanticismo al realismo mágico! Contenido y principales postulados de la tesis neoconstitucional europea y latinoamericana

From Romanticism to magical realism! Content and main principles of European and Latin American neoconstitutional thesis.

JOHANNES SAN MIGUEL
VÍCTOR GRANADOS BOZA
Universidad de Guayaquil, Ecuador

SUMARIO: I. Cuestión introductoria. II. Definición de neoconstitucionalismo. III. Caracteres del neoconstitucionalismo. IV. Re-conexión entre la norma y la moral. V. El texto constitucional como norma de aplicación directa. VI. Aplicación preeminente de la Constitución al Derecho Civil. VII. Sobre interpretación de la Constitución e interpretación conforme de la ley. VIII. Influencia política de la Constitución. IX. Conclusiones. X. Bibliografía.

RESUMEN: El presente artículo tiene por objeto la sistematización de los principales aspectos que caracterizan al neoconstitucionalismo. Para ello se responden preguntas básicas que aluden a la naturaleza, esencia y contenido de este paradigma de derecho constitucional. En razón de ello, se enumeran los aspectos que caracterizan al mismo a partir de las conocidas "condiciones de constitucionalización" de Guastini. Sin embargo, a nuestra consideración, algunas de ellas corresponden al paradigma previo y consecuentemente, no debe sostenerse que formen parte del modelo neoconstitucional. De igual forma, deben resaltarse otros caracteres, que no están incluidos de modo expreso ni tácito en las mencionadas condiciones de constitucionalización.

PALABRAS CLAVE: neoconstitucionalismo, derechos fundamentales, interpretación.

ABSTRACT: This article aims to systematize the main aspects characterizing new constitutionalism. We address basic questions regarding the nature, essence and content of this paradigm of constitutional law. We also list some features of new constitutionalism starting in the known "conditions of constitutionalization" by Guastini. However, we consider some of these conditions come from the previous paradigm, hence it should not be argued them as part of new constitutionalist movement. Similarly, it should be highlighted some other aspects, neither expressly nor tacitly included in the aforementioned conditions.

KEY WORDS: new constitutionalism, fundamental rights, interpretation.

I. CUESTIÓN INTRODUCTORIA

En la actualidad latinoamericana conviven un grupo de doctrinas, tesis y postulados, algunos con carácter paradigmático y otros con pretensión sistemática, en torno a la función e importancia de la Constitución en una sociedad moderna y su papel en el marco de las garantías a los derechos fundamentales. Uno de los más difundidos y poco conocidos es el llamado neoconstitucionalismo. Este surge como resultado de determinadas críticas al esquema constitucional basado en la iusfilosofía positivista de Kelsen y el Círculo de Viena dada la "incapacidad" de dicho modelo constitucional para evitar el Holocausto; así como por la emergencia y auge del paradigma del Estado social de derecho en los textos de la segunda posguerra como expresión normativa del diseño institucional de las democracias europeas occidentales basadas en el Estado de Bienestar erigidas a partir del Plan Marshall de reconstrucción.

El presente artículo tiene por objeto la descripción y sistematización de los principales aspectos que caracterizan al neoconstitucionalismo. Para ello se responden preguntas básicas que aluden a la naturaleza, esencia y contenido de este paradigma de derecho constitucional. En razón de ello, se enumeran los aspectos que caracterizan al mismo a partir de las conocidas "condiciones de constitucionalización" de Guastini, algunas de ellas corresponden a paradigmas previos y consecuentemente, no debe sostenerse que formen parte del modelo neoconstitucional. De igual forma, se resaltan otros caracteres, que no están incluidos de modo expreso ni tácito en las mencionadas condiciones de constitucionalización.

Dicho propósito descriptivo y sistematizador se justifica a partir de la indefinición doctrinal y las lecturas diversas y divergentes en términos ideológicos, filosóficos y de contexto histórico que se han realizado de los clásicos del tema y algunos de sus críticos, a saber: Comanducci, Guastini, Carbonell, García Amado, Prieto Sanchís, Atienza, Bernal Pulido, entre otros. La rápida expansión del pensamiento neoconstitucionalista en América Latina, motivado por una especie de paralelismo histórico entre el Holocausto nazi y las sangrientas dictaduras militares junto a las reiteradas violaciones a los derechos humanos, han originado una masa crítica de estudios académicos que crean mayor indefinición e incertidumbre sobre el tema, más que certezas. En razón de ello, a continuación se intenta una definición doctrinal de este fenómeno y una enumeración descriptiva y sistematizada de los caracteres que le resultan afines, como esfuerzo investigativo previo al establecimiento de las críticas que sin duda amerita y resultan pertinentes para este modelo constitucional.

II. DEFINICIÓN DE NEOCONSTITUCIONALISMO

Usualmente se alude al neoconstitucionalismo como un concepto de sentido único cuando en realidad se trata de una categoría polisémica, que alude a distintos contenidos aunque en el discurso argumentativo del derecho pueda hacer referencia a una serie de aspectos más o menos bien definidos¹. En primer término, invita a la distinción entre

¹ Algunas de las aportaciones doctrinales que alertan sobre la polisemia derivada del vocablo neoconstitucionalismo son: COMANDUCCI, P., ""Constitucionalismo": Problemas de Definición y Tipología", *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 34, 2011, pp. 95-100; COMANDUCCI, P. *Hacia una Teoría Analítica del Derecho. Ensayos Escogidos* (edición de R. Escudero Alday), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010, pp. 251-264; "Diálogo entre Manuel Atienza y Juan Antonio García Amado", *Diálogos Jurídicos. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016.

constitucionalismo y neoconstitucionalismo, aludiendo básicamente a que el último es más novedoso que el primero.

En el marco de la distinción mencionada, debe hacerse notar que se trata esencialmente de un grupo de teorías y doctrinas surgidas de modo puntual, amorfo y diseminado por los autores de derecho público en Europa durante finales del siglo XIX y la primera mitad del siglo XX. Corresponde a Comanducci y Guastini su sistematización en un agregado doctrinal independiente y con carta de identidad en relación al menos con las doctrinas del Estado legislativo de Derecho². No obstante, ellos mismos reconocen la indefinición epistemológica que genera el discurso neoconstitucional producto de varios movimientos y ademanes intelectuales a la sazón del surgimiento del nuevo paradigma constitucional. En primer término, sostienen los clásicos del tema, se identifica el neoconstitucionalismo con lo que han dado en llamar el constitucionalismo de reglas, frente al constitucionalismo de contrapoderes.

El constitucionalismo de reglas constituye un modelo o paradigma que propone la defensa de los derechos fundamentales por medios axiológicos, es decir, a través del ejercicio de las atribuciones de los órganos dispuestos en el texto constitucional por medio de la invocación directa de tales derechos previstos en el texto y sobre todo de lo que se conoce como su contenido esencial. En cambio, el constitucionalismo de contrapoderes constituye un modelo de diseño institucional del Estado en el cual la defensa de los derechos fundamentales se garantiza por medio del sistema de frenos y contrapesos entre las instituciones³.

En este sentido, los citados autores invitan a distinguir entre neoconstitucionalismo teórico, metodológico e ideológico, siendo especialmente relevantes para el tema que nos ocupa sobre todo el teórico y en segundo término el de carácter ideológico. El neoconstitucionalismo teórico resulta ser una nueva teoría del derecho a partir de varios presupuestos (positivización de derechos fundamentales, auge de la constitución de principios y reglas, distinción entre interpretación constitucional e interpretación legal, entre otros). Este esquema surge como alternativa al iuspositivismo teórico tradicional caracterizado por la centralidad del Estado, la ley positiva y el paradigma formal en la interpretación normativa⁴.

² En un apretado esfuerzo conceptual deben tomarse en cuenta como aportaciones, las tesis de Comanducci en el sentido de que el neo constitucionalismo designa un "modelo constitucional, o sea, un conjunto de mecanismos normativos e instituciones, realizados en un sistema jurídico-político históricamente determinado, que limitan los poderes del Estado y/o protegen los derechos fundamentales". Al respecto, vid., COMANDUCCI, P. "Formas de (Neo) Constitucionalismo", *Isonomía*, num. 16, 2002, p. 89.

³ Al respecto, léanse las reflexiones de Comanducci sobre el Colegio de Éforos en la Constitución italiana de 1848, quienes no ejercían poder ejecutivo, legislativo o judicial y que resultaba incompatible con cualquier otro cargo público, destacándose además su membresía por un año, sin reelección inmediata, y dotado de la función de control de constitucionalidad de todos los actos de los poderes públicos.

Vid., *Ibidem*, p. 95.

⁴ El iuspositivismo teórico tradicional y el paradigma formal de la interpretación normativa se derivan del formalismo jurídico tanto en sus vertientes de la Escuela Exegética francesa de Portalis y Demolombe, la Jurisprudencia de Conceptos alemana o el Normativismo de Kelsen y la Escuela de Viena. Algunas de las tesis relevantes para el tema objeto de estudio las encontramos bajo análisis en BOBBIO, N. *Teoría General del Derecho*, Debate, Madrid, 1991; DEL VECCHIO, G. *Los Principios Generales del Derecho*, Barcelona, Bosch, 1971; FERRAJOLI, L. "La Teoría del Derecho en el Sistema

Por otra parte, el neoconstitucionalismo ideológico constituye un esquema de reflexión axiológica impulsado fundamentalmente por Alexy, Zagrebelsky y Dworkin, el cual fundamenta la expansión del propósito del texto constitucional más allá de la mera limitación del poder del Estado para darle mayor sentido y significado a su misión respecto de la eficacia y garantía de los derechos fundamentales. En este sentido, le conceden preeminencia a los conocidos como "mecanismos institucionales de tutela de los derechos fundamentales" y sostienen que la plena eficacia de dichos derechos en el ámbito constitucional exige una necesaria conexión entre derecho y moral, revitalizando de este modo el iusnaturalismo como vertiente superada de la filosofía del derecho⁵.

Sin duda, la citada vertiente ideológica también forma parte, junto a la teórica, del discurso neoconstitucionalista en América Latina. En cualquier caso, el contenido de esta variante conocida como ideológica ha sido objeto de críticas, en particular por Comanducci quien sostiene que una de las consecuencias peligrosas de dicha variante resulta del principio de ponderación⁶.

Definitivamente, se trata de un conjunto de ideas, teorías y postulados en torno a la función, contenido, alcance y sentido de la Constitución que intenta superar los avances que ya había logrado el Estado Social de derecho y su constitucionalismo social. En este sentido, con mayor o menor acierto, el neoconstitucionalismo ha sido comparado con el Estado constitucional y el movimiento por la constitucionalización del derecho. En cualquier caso, éste último forma parte del cuerpo doctrinal del paradigma neoconstitucional.

Dada la importancia del movimiento por la constitucionalización del derecho, resulta pertinente una breve alusión al mismo. Entre los autores dedicados al tema, Guastini ha sido de los más dedicados a darle contenido a esta categoría, entendiéndola como el resultado de un efecto de irradiación del texto constitucional al resto del ordenamiento

de Saberes Jurídicos". FERRAJOLI, L., MORESO, J.J., ATIENZA RODRÍGUEZ, M. *La Teoría del Derecho en el Paradigma Constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2008 y PRIETO SANCHÍS, L. *Constitucionalismo y Positivismo*, Fontamara, México, D.F., 1997.

⁵ Para lograr sostener en términos teóricos e ideológicos la relevancia de las concepciones morales en torno a los derechos fundamentales, se fundamentan en la tesis de la "única respuesta correcta" de Dworkin para concluir que no existe múltiples interpretaciones judiciales posibles en torno al contenido, alcance y sentido de un derecho fundamental determinado, sino solamente una interpretación única y correcta cual es consistente con el contenido esencial de ese derecho, sin requerir su manifestación en derecho positivo. Como consecuencia, alegan que los derechos fundamentales están compuestos por reglas derivadas de una "moral objetiva" y por ello, pueden llegar a ser "totalmente determinados".

Sobre el tema, véanse los siguientes trabajos: ALEXY, R. *Tres Escritos sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003; ATIENZA, M. *Las Piezas del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2004; ZAGREBELSKY, G. *El Derecho Dúctil*, Trotta, Madrid, 1997 y DWORKEIN, R. *A Matter of Principle*, Clarendon Press, Oxford, 1986.

⁶ Al respecto: "Me limitaré aquí, sin embargo, a argumentar solamente contra la que me parece una consecuencia peligrosa de tal ideología: la disminución del grado de certeza del derecho derivada de la técnica de "ponderación" de los principios constitucionales y de la interpretación "moral" de la Constitución".

Vid., COMANDUCCI, op. Cit., p. 105.

De igual forma, el autor italiano ha sostenido un planteamiento crítico frente a la cuestión de la moral: "La tesis neoconstitucionalista es que cualquier decisión jurídica, y en particular la decisión judicial, está justificada si deriva, en última instancia, de una norma moral".

Vid., COMANDUCCI, op. Cit., p. 108.

jurídico⁷. Varios aspectos deben destacarse en el movimiento por la constitucionalización del derecho y consecuentemente forman parte del paradigma neoconstitucional.

En primer lugar, sostiene una necesaria extensión en la función del texto constitucional de modo que exceda el simple propósito de limitación del poder público para incluir la orientación de la actuación del poder público hacia la realización de los "valores constitucionales", incluyendo en ello el suministro de principios, reglas y directivas al legislador⁸. Vistas las cosas de modo ecuánime, dicho paradigma invita entonces a recurrir al texto constitucional como fuente formal directa de derecho, sobre todo en materia de derechos fundamentales. En este sentido, la constitucionalización del derecho busca que el Estado constituya instrumento al servicio de los derechos fundamentales y de los valores constitucionales.

A tono con lo anterior, Carbonell y Sánchez Gil consideran que el esfuerzo conceptual en torno al neoconstitucionalismo ha de estar encaminado a la distinción entre ordenamiento jurídico constitucionalizado y no constitucionalizado. El último es aquel que si bien pueda tener carácter normativo y admitir la aplicación del texto constitucional como norma, desde el punto de vista del contenido constituye únicamente un documento cuya eficacia solo opera en el ámbito de los excesos de la actividad del Estado pues constituye un "catálogo de restricciones de la actuación estatal"⁹.

Por otra parte, el ordenamiento jurídico constitucionalizado es aquel en el que el texto no solo limita la actuación del poder estatal sino, y sobre todo, establece obligaciones positivas y de carácter prestacional a cargo del Estado y de los particulares, en favor de los titulares de derechos fundamentales. Para el desarrollo doctrinal de esta tesis, los autores han esgrimido y desarrollado, en el ámbito de la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales, lo que se conoce como "contenido mínimo" de los derechos fundamentales¹⁰.

⁷ Sostiene Guastini: "[...] propongo entender un proceso de transformación de un ordenamiento al término del cual el ordenamiento en cuestión resulta totalmente "impregnado" por las normas constitucionales. Un ordenamiento jurídico constitucionalizado se caracteriza por una Constitución extremadamente invasora, entrometida (pervasiva, invadente) (sic), capaz de condicionar tanto la legislación como la jurisprudencia y el estilo doctrinal, la acción de los actores políticos, así como las relaciones sociales".

Vid., GUASTINI, R. *La "Constitucionalización" del Ordenamiento Jurídico: el Caso Italiano*, Trotta, Madrid, 2005, p. 49.

En igual sentido ha sostenido Comanducci: "Se trata de un proceso al término del cual el derecho es impregnado, saturado o embebido por la Constitución: un derecho constitucionalizado se caracteriza por una Constitución invasiva, que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos. Se trata además de un concepto graduado: un derecho puede ser más o menos constitucionalizado"

Vid., COMANDUCCI, P. "Formas de (Neo) Constitucionalismo", *Isonomía*, num. 16, 2002, p. 95.

⁸ "La realización de los valores constitucionales incumbe en primer lugar al legislador, quien impulsa y determina este proceso; su situación resulta de suma importancia en los sistemas jurídicos romanistas como los de Europa continental y Latinoamérica, en que la ley ordinaria mantiene un papel estelar en el ordenamiento. A él toca adoptar decisiones políticas que tiendan a implementar efectivamente el proyecto constitucional en la vida social, atendiendo a las peculiaridades históricas y las situaciones particulares de cada ámbito jurídico".

Vid., COMANDUCCI, P. Formas de (Neo) Constitucionalismo, op. cit., p. 39.

⁹ Vid., CARBONELL, M.; SÁNCHEZ GIL, R. "¿Qué es la Constitucionalización del Derecho?", *Quid Iuris*, num. 15, 2011, pp. 33-55.

¹⁰ Vid., CARBONELL, M.; SÁNCHEZ GIL, R., op. cit., 2011.

III. CARACTERES DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

El neoconstitucionalismo constituye un conjunto agregado de ideas, teorías y doctrinas que se distinguen de los paradigmas anteriores por varios aspectos. El mayor esfuerzo de sistematización teórica de dichos aspectos distintivos se le ha de reconocer a Guastini y sus "condiciones de constitucionalización" cuales son: el carácter rígido de la Constitución contentiva de derechos fundamentales, la garantía jurisdiccional de la Constitución, el carácter preceptivo y de norma de aplicación directa, la "sobreinterpretación" de la Constitución y la intepretación conforme de la ley¹¹.

Justo es decir, en este contexto, que la constitucionalización del derecho excede el mero postulado kelseniano de la supremacía constitucional para incluir, además, las condiciones de constitucionalización de Guastini¹². En cualquier caso, dichas condiciones de constitucionalización por sí solas no agotan los caracteres del neoconstitucionalismo; de igual forma, algunas de ellas ya formaban parte de paradigmas anteriores. A nuestra consideración, los aspectos que definen el nuevo paradigma son: la re-conexión entre la norma y la moral, la fuerza vinculante de la Constitución y en relación con ello el carácter del texto constitucional como norma de aplicación directa, la "sobreinterpretación" de la Constitución y por último, la interpretación conforme de la ley.

IV. RE-CONEXIÓN ENTRE LA NORMA Y LA MORAL.

América Latina ha sido testigo de un fenómeno de expansión y centralidad de los derechos fundamentales, tanto a nivel teórico, normativo como sociológico –en los términos de Carbonell- que se ha desarrollado en un período muy breve en comparación con el criterio temporal europeo. En el ámbito tanto normativo como teórico, debe destacarse la preocupación latina por reforzar la distinción entre derechos humanos y derechos subjetivos¹³. A partir de lo anterior, se desarrolla la tesis de la reconexión entre norma y moral.

Una de las más importantes victorias del iuspositivismo frente al iusnaturalismo ha sido precisamente el destierro de la moral como fuente del derecho a la mera condición de fuente inspiradora, material e indirecta. En consecuencia, las concepciones morales no pueden formar parte esencial –aunque sí complementaria- del aparato argumentativo del juez al resolver el caso concreto, salvo que una disposición normativa incluya de modo expreso conceptos jurídicos indeterminados o esencialmente controvertidos, así como criterios o categorías expresadas gramaticalmente con textura abierta.

¹¹ Vid., GUASTINI, R. *La "Constitucionalización" del Ordenamiento Jurídico: el Caso Italiano*, op. cit.

¹² Vid., CARBONELL, M.; SÁNCHEZ GIL, R. op. cit.

¹³ Dicha distinción es el eco o reflejo de la distinción europea entre derechos fundamentales y no fundamentales, cuyo referente teórico más importante lo constituye el criterio de Ferrajoli, en razón del cual el derecho fundamental es aquel cuyo titular se define por su pertenencia a una clase determinada de personas: minoría étnica, personas de la tercera edad, mujeres, o incluso todo el género humano. A diferencia de ellos, los derechos no fundamentales son aquellos que corresponden a una persona en particular con exclusión de las demás, como es el caso de los derechos subjetivos asociados en la esfera privada: derecho de propiedad sobre un bien, derechos de crédito, etc. En igual sentido, Carbonell compara el criterio de distinción de Ferrajoli al criterio de distinción de Alexy que distingue entre derechos humanos y derechos subjetivos, y en el primer caso clasifica los derechos humanos absolutos y relativos en relación a su oponibilidad universal o únicamente hacia un grupo de personas o al Estado.

Al respecto, vid., CARBONELL, M. "Neoconstitucionalismo y Derechos Fundamentales en América Latina: Apuntes para una Discusión", *Pensamiento Constitucional*, num. 14, 2010, p. 5.

El neoconstitucionalismo, por medio de la centralidad de los derechos fundamentales en el Estado Constitucional, sostiene que los mismos tienen un contenido esencial no disponible por el legislador y cuya determinación es competencia de los tribunales ante un caso concreto. Comanducci sostiene que esta tesis plantea al menos tres problemas metodológicos en razón del tipo de norma moral seleccionada por el juez para dar fundamento a su decisión judicial.

Entre tales problemas debe mencionarse la selección de una norma moral objetiva verdadera, lo cual crea el problema en torno a la selección de una norma que el juez cree que es moral pero puede no serlo. Por otra parte, la selección de una norma moral objetiva racional, lo cual plantea el problema de la existencia de "varias y divergentes teorías morales, entre las cuales el juez debería elegir". Por último, la selección de una norma moral subjetiva lo cual equivale a revivir la Escuela Libre del Derecho o instaurar un fuero del albedrío¹⁴.

De este modo, el citado autor reconoce la inexistencia de una sociedad moralmente homogénea o más aún, de normas morales compartidas. No obstante, el paradigma neoconstitucional defiende que la determinación del contenido de un derecho fundamental no corresponde al legislador, sino que el propio contenido de dicho derecho determina límites a la actuación legislativa. En cualquier caso, la pretensión por parte del neoconstitucionalismo no parece radicar en la inclusión de la moral como catálogo en las fuentes formales del derecho sino más bien impedir o crear mecanismos institucionales que impidan la plena eficacia y garantía de los derechos fundamentales en su núcleo esencial¹⁵.

V. EL TEXTO CONSTITUCIONAL COMO NORMA DE APLICACIÓN DIRECTA.

El carácter de norma de aplicación directa del texto constitucional ha de entenderse en conjunción con su carácter vinculante y ambas constituyen condiciones de constitucionalización formuladas por Guastini. A pesar del hecho que puedan resultar

¹⁴ Al respecto y en sentido crítico, el propio Comanducci sostiene que: "[...] equivaldría a proponer dejar completamente en manos de los jueces el modo de fundar y justificar sus decisiones. El derecho legislativo (y constitucional) se convertiría, para el punto de vista del juez, en superfluo: el paso justificativo que consiste en fundar la decisión en la ley o es inútil (porque la ley es conforme a la norma moral) o bien está prohibido (porque la ley es contraria a la norma moral). La certeza del derecho quedaría confiada solamente a la conciencia moral de cada juez: dado que debería fundar sus decisiones sobre normas morales universales, debería entonces utilizar coherentemente estas normas para fundar sus propias decisiones futuras. Pero la coherencia en el tiempo de las decisiones de cada juez [...] no parece suficiente para garantizar la previsibilidad de las consecuencias jurídicas [...] Dado que, *ceteris paribus*, la justificación de una decisión judicial basada sobre una norma moral elegida por el juez comporta un grado mayor de indeterminación del derecho respecto a otros tipos de justificación, no veo entonces razones para atribuir una preferencia generalizada a la justificación "moral" respecto a los otros tipos posibles [...] **Los jueces, de hecho, generalmente no poseen los instrumentos necesarios para precisar cuáles son las normas de la moral de un país**" (el subrayado es nuestro).

Vid., COMANDUCCI, P. "Formas de (Neo) Constitucionalismo", op. cit., p. 110, 111.

¹⁵ "Aún cuando el propio texto constitucional permita amplísimamente que el legislador ordinario –u otra autoridad– restrinja o "regule" un derecho fundamental u otro ámbito constitucional, esta libertad de configuración no llega al extremo de que las disposiciones relativas impidan de manera desproporcionada, haciéndolo nugatorio, el aprovechamiento del valor constitucional sustantivo de que se trate, es decir, su contenido esencial".

Vid., Ibid.

evidentes, lo cierto es que bajo el paradigma del Estado legislativo de derecho, el texto constitucional no era considerado como un texto normativo susceptible de aplicación a un caso concreto, sino un documento programático, contentivo de expresiones desiderativas de los redactores, vinculadas al papel del Estado y las libertades públicas del individuo. En este sentido, la Constitución tenía la función de limitar el poder del Estado por medio de instrucciones dirigidas al legislador para manifestar por medio de la ley, lo que se ha dado en llamar la "filosofía constitucional" o "valores constitucionales"¹⁶.

En el caso del Estado legislativo de derecho, las normas que confieren derechos de libertad son frecuentemente formuladas como normas de principio dado que junto a su enunciación formal contentiva de un derecho subjetivo, se incluye igualmente una remisión a la ley. Estas disposiciones constitucionales, no son susceptibles de aplicación directa por parte de los jueces hasta tanto no resulte promulgado un acto legislativo que consagre y desarrolle dicho derecho subjetivo.

El valor programático del texto constitucional se refuerza aún más bajo el paradigma del Estado social de derecho, dadas las características de exigibilidad y garantía de los derechos económicos, sociales y culturales, en los cuales se requiere mucho más que un pronunciamiento judicial conminando la mera abstención estatal. Lo anterior confirma el presupuesto sobre el cual operó el derecho constitucional hasta el surgimiento del paradigma neoconstitucional: las constituciones constituyen un programa de Estado que fija los criterios y prioridades de regulación cuya competencia exclusiva radica en el legislador como cuerpo deliberante en el que se desarrolla la dimensión política de dicho programa. En razón de ello, al juez le resulta técnicamente imposible la determinación del contenido, alcance y sentido de un derecho fundamental únicamente a partir del texto constitucional programático, pues no resulta ser el destinatario de dicha disposición. Solo puede hacerlo a partir de la interpretación del legislador como encarnación de la relación de representación política originada en el acto electoral y con un mandato expreso de dotar a la sociedad de legislación.

VI. APPLICACIÓN PREEMINENTE DE LA CONSTITUCIÓN AL DERECHO CIVIL.

Uno de los aspectos más controversiales planteados por el paradigma neoconstitucional lo constituye la cuestión de su aplicación preeminente a las relaciones de derecho privado. Sea dicho que no suscribimos del todo dicha tesis y ello amerita un ámbito de reflexión mayor que excede los objetivos, alcance y espacio en este artículo¹⁷.

En este sentido, debe tenerse en cuenta que se trata de un elemento adicional que Comanducci la analiza junto a la condición de aplicación directa pero que a nuestra consideración ha de evaluarse de modo independiente. Según esta condición, el

¹⁶ Sobre el tema, vid., CARBONELL, M.; SÁNCHEZ GIL, R. "¿Qué es la Constitucionalización del Derecho?", op. cit., pp. 33-55.

¹⁷ Para mayor extensión sobre el tema, consultense los siguientes aportes: STERN, K. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Allgemeine Lehren der Grundrechte*. C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1988, pp. 1513; LEISNER, W. *Grundrechte und Privatrecht*. C.H. Beck'sche Verlagbuchhandlung, München, 1960, pp. 306 y ss.; NIPPERDEY, H.C. "Grundrechte und Privatrecht", NIPPERDEY, H.C. *Festschrift für Erich Molitor zum 75. Geburtstag*. C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1962, pp. 23 y sgte. Todos ellos han sido de algún modo analizados en la teoría constitucional de habla hispana: BILBAO UBILLOS, J.M. *La Eficacia de los Derechos Fundamentales frente a Particulares. Análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.

neoconstitucionalismo considera susceptible de superación la tesis por la cual el texto constitucional tiene por objeto de regulación la vida política del país, con lo cual está limitado a la regulación de las relaciones entre el ciudadano y el Estado, excluyendo las relaciones entre los propios ciudadanos entre sí. La condición de aplicación de la Constitución al derecho civil establece que el texto constitucional tiene preeminencia también sobre las relaciones entre sujetos de derecho privado.

Este postulado se enfrenta de modo directo a la tesis de la plenitud técnica de la codificación y el carácter innecesario de un referente normativo ajeno al derecho civil para completar sus normas. Como consecuencia de ello, el Código Civil deja de ser la norma referencial en los Estados de derecho romano-francés, en los cuales puede cambiar y de hecho cambia la Constitución cada tanto, pero el Código Civil se mantiene vigente e inmutable más allá de los traumas políticos. Dicha tesis no persigue atacar la santidad del Código Civil *per se*, sino que es una de las consecuencias técnicas que se derivan del carácter de norma de aplicación directa que se le atribuye al texto constitucional, cuya eficacia alcanza y sobrepasa la de las normas civiles que rigen para las relaciones de derecho privado¹⁸.

VII. SOBRE INTERPRETACIÓN DE LA CONSTITUCIÓN E INTERPRETACIÓN CONFORME DE LA LEY

Esta es de las más importantes tesis que enarbola el paradigma neoconstitucional y alude básicamente a las actitudes del intérprete del texto magno. Se trata de un criterio de interpretación del texto en razón del cual se le otorga un sentido más allá del previsto por el autor, estableciendo un criterio extensivo al significado literal del precepto para obtener normas implícitas eficaces con el propósito de colmar lagunas normativas.

Uno de los presupuestos de la sobreinterpretación radica en la distinción entre la interpretación legislativa y la constitucional. En el primer caso, el método de interpretación es literal y por argumento *a contrario*, en razón del cual existe un ámbito de la vida política cubierto expresamente por la norma constitucional y otro ámbito no cubierto. Éste último ámbito no amparado expresamente por la norma fundamental, ha de ser cubierto normativamente y de modo exclusivo por el ejercicio de la discrecionalidad política que se deriva de la actividad legislativa, la cual suple la ausencia de norma constitucional, a partir de la presunción por la cual el silencio constitucional debe entenderse como delegación implícita de potestad discrecional al legislativo para legislar sobre la materia.

En el caso de la sobreinterpretación constitucional, se utiliza el método extensivo en razón del cual, ningún caso o ámbito de la vida política del país queda fuera de la Constitución pues se somete a la solución que el juez constitucional aporte conforme al carácter extensivo de su interpretación de la norma. De esta manera, desaparecen las lagunas normativas al ser cubiertas por la interpretación extensiva y no queda ámbito para el ejercicio de la discrecionalidad política del legislador al no operar la presunción de silencio constitucional como delegación implícita de potestad discrecional para legislar. Como

¹⁸ Al respecto téngase en consideración la siguiente reflexión: "La idea es que la Constitución deba ser inmediatamente aplicada también en las relaciones entre particulares, al menos siempre y cuando la controversia de que se trate no pueda ser resuelta en base a la ley, ya sea porque la ley muestra lagunas, o porque la ley sí ofrece una solución, pero tal solución parece injusta".
Vid., CARBONELL, M.; SÁNCHEZ GIL, R. op. cit., p. 55.

consecuencia jurídica negativa, desaparece la discrecionalidad política del legislador, a favor del juez constitucional en virtud de su facultad de interpretación extensiva del texto¹⁹.

La sobre interpretación constitucional persigue el propósito de establecer una garantía jurisdiccional cualificada a los derechos fundamentales por medio de la revisión de los actos legislativos, ejecutivos o de la administración pública en directa, implícita o presunta vulneración o satisfacción insuficiente de dichos derechos. En este sentido, se dota al ciudadano de medios jurisdiccionales para cuestionar actos de los poderes públicos que considere contradicen el sentido y significado de los derechos consagrados en la Constitución. De esta manera, la sobre interpretación tiene por consecuencia la "hiper regulación" constitucional: todo aspecto de la vida económica, política, social y humana está regulada por la Constitución, desde el momento en que está subsumida en cualquier posible o probable norma implícita que resulte de la interpretación inductivo-deductiva por el juez de las disposiciones constitucionales.

Los propios precursores del paradigma neoconstitucional, particularmente Comanducci, han sostenido por medio de varios ejemplos que la condición de sobreinterpretación de la Constitución, implica una modificación cualitativa de la naturaleza de la norma constitucional, la cual deja de ser estrictamente preceptual para ser un conjunto de principios del derecho con eficacia normativa. El tratamiento de la norma constitucional como disposiciones o preceptos obliga al intérprete al uso de los métodos y criterios de interpretación legislativos. En cambio, la consideración de dicha norma como principios del derecho, supone su interpretación en términos que excluye la posibilidad de lagunas constitucionales y con ello, de discrecionalidad política en el legislador.

Al respecto resulta particularmente elocuente Carbonell:

"Cuando la Constitución es sobreinterpretada no quedan espacios vacíos de –esto es, libres del– derecho constitucional: toda decisión legislativa está prerregulada (quizás aún minuciosamente regulada) por una o por otra norma constitucional. No existe ley que pueda escapar al control de legitimidad constitucional. En otras palabras, no existe espacio para ninguna discrecionalidad legislativa: no hay cuestión de legitimidad constitucional de la cual se pueda decir que sea solo una *political question*, una cuestión puramente política, ajena al conocimiento del juez de la legitimidad constitucional de las leyes" (Carbonell, M., Sánchez Gil, R.: 54, 55).

Comanducci por su parte lista varios ejemplos de sobre interpretación por la jurisdicción constitucional italiana a finales del siglo XX. Entre ellos deben destacarse:

- El artículo 2, que reconoce y garantiza derechos inviolables del hombre, ha sido interpretada en el sentido de que los derechos garantizados constitucionalmente son los dispuestos por la Constitución y "otros derechos subjetivos no precisados, que pueden ser generados por la evolución social y reconocidos por la jurisprudencia".
- En el propio artículo 2, el adjetivo "inviolable" implica que las normas contentivas de derechos fundamentales no pueden ser sometidas a revisión constitucional, pues son

¹⁹ Carbonell y Sánchez Gil sostienen que el fundamento de este postulado es en última instancia de carácter axiológico: "La sobreinterpretación constitucional deriva de la teoría axiológica de la Constitución. Al imponer la Ley Fundamental el cumplimiento de determinados fines y no solamente a establecer cotos a la acción estatal, convierte dichos objetivos en valores que califican la licitud de los elementos del ordenamiento".

Vid., CARBONELL, M., SÁNCHEZ GIL, R., op. cit., p. 36.

"principios esenciales del ordenamiento constitucional" no modificables a pesar de que el texto no disponga una prohibición expresa al respecto.

- En el artículo 5, el principio de unidad e indivisibilidad de la República ha sido interpretado en el sentido de que las regiones carecen de competencia legislativa en materia penal o civil.
- En el artículo 11, la admisión de "limitaciones de soberanía necesarias para un ordenamiento que asegure la paz y la justicia entre las naciones", ha sido interpretado como fundamento constitucional de los tratados constitutivos de la UE.

Este criterio de interpretación también persigue ejercer un control sobre la consistencia de las normas ordinarias no solo con el sentido literal del texto constitucional, sino y sobre todo con lo que se conoce como "axiología fundamental"²⁰. No obstante a ello, se plantean varios cuestionamientos incluso por los propios autores neoconstitucionales. Uno de tales cuestionamientos es el de la "asfixia política", en el sentido de que la hiper regulación constitucional sustrae el debate político en la sociedad a un debate estrictamente jurídico pues elimina el margen de desenvolvimiento político de las ideologías representadas en las diferentes opciones políticas²¹.

En cuanto a la interpretación conforme de la ley, se trata de una condición por la cual de las posibles opciones interpretativas a la norma legislativa, el juez elevará a rango de decisión interpretativa en el caso concreto, aquella que de mejor manera armonice con el sentido y alcance del texto constitucional y conserve la eficacia de la ley. Esta condición establece que la jurisdicción constitucional genere una "única respuesta correcta" a partir de una disposición legislativa.

VIII. INFLUENCIA POLÍTICA DE LA CONSTITUCIÓN.

Los órganos de control de constitucionalidad, encargados de la interpretación del texto, pueden adoptar dos actitudes frente a las cuestiones políticas: la auto-restricción – *self-restraint*-, por medio del respeto a la discrecionalidad política del legislador; o, activista, pronunciándose sobre el carácter constitucional o no de los actos del Ejecutivo y Legislativo aun cuando no resulten claramente opuestos al texto constitucional, es decir, aun cuando se traten de actos que resultan del ejercicio de sus atribuciones

²⁰ Sobre el tema:

"Esto en un sentido revela que debe buscarse la relación que guarden las normas ordinarias con las fundamentales y determinarse como la establecen, dándose nuevas perspectivas al significado del texto constitucional, debido a que los elementos del ordenamiento jurídico no pueden ser indiferentes a la satisfacción de la axiología de la Ley Fundamental, que así tiene un efecto de irradiación a todos los ámbitos del derecho; y en sentido contrario, a que la operación jurídica ordinaria deba indagar y considerar las "líneas directrices" de la Constitución".

Vid., CARBONELL, M., SÁNCHEZ GIL, R., op. cit., p. 36.

²¹ Hacemos patente nuestra discrepancia respecto de Carbonell, quien sostiene: "Lo anterior no significa ni implica que la Constitución asfixie el proceso político por saturación jurídica. Nada de eso. El marco de actuación de las autoridades sigue siendo muy amplio, pues las constituciones con frecuencia nos ofrecen solamente las grandes líneas de actuación, ciertamente vinculantes, pero no detalladas. Dentro de ellas hay márgenes prudentes para la puesta en marcha de programas políticos que pueden estar orientados por distintas ideologías. La Constitución, por citar un caso, no predetermina el modelo económico en todos sus detalles. El marco de actuación en ese campo es suficientemente amplio para que puedan sentirse cómodos gobiernos de izquierda, de centro y de derecha, y para que puedan materializar opciones programáticas por las que votaron los ciudadanos, en uno u otro sentido".

Vid., CARBONELL, M., SÁNCHEZ GIL, R., op. cit. p. 37.

constitucionales. Los instrumentos argumentativos de la jurisdicción constitucional para su activismo judicial son: el principio de igualdad, el principio de razonabilidad en las distinciones y clasificaciones legislativas y el principio de ponderación de principios constitucionales²². Añadiríamos el principio de proporcionalidad, que permite declarar inconstitucional una ley bajo el argumento de que ha establecido medidas o soluciones que vulneran la proporcionalidad de medio a fin para el logro de una finalidad legítima, aun cuando la medida o solución dispuesta cae dentro del ámbito discrecional del órgano en cuestión conforme las competencias establecidas en la Constitución.

En este sentido, Carbonell establece la necesidad e importancia del abandono de la auto-restricción por parte de los jueces ante cuestiones políticas -*political questions*-, dado que "todos los espacios del quehacer público del Estado sean conducibles a parámetros de enjuiciamiento constitucional"²³.

IX. CONCLUSIONES

El paradigma neoconstitucional constituye, aún hoy, un importante ámbito de encuentros y desencuentros desde el punto de vista teórico y académico en América Latina. Los propios autores consagrados a su defensa detectan importantes puntos débiles, mientras que otros con visión crítica, no pueden negar el efecto refrescante que ha tenido la teoría neoconstitucional sobre los ambientes de reflexión y debate académico. En cualquier caso, la definición y características del postulado neoconstitucional siguen estando en el campo de lo controversial.

En razón de ello, se impone aún la reflexión en torno a los límites conceptuales, naturaleza, esencia y caracteres que definen este esquema paradigmático del derecho constitucional. En este sentido, debe observarse que la definición tiene una importante dificultad que radica en las semejanzas que guardan dichos postulados con otros paradigmas constitucionales como el del Estado social de Derecho. Por otra parte, queda aún pendiente el debate en torno a la identidad o diferencias entre el Estado constitucional, el ordenamiento jurídico constitucionalizado y el neoconstitucionalismo; cuestión aún no zanjada de modo suficiente como para generar consensos establecidos en la comunidad académica.

El neoconstitucionalismo supone una serie de modificaciones a la teoría y praxis constitucional dominantes. Tales modificaciones tienen que ver con el papel central que juegan los derechos fundamentales en el Estado, la proclamación de la existencia de un contenido esencial de los derechos fundamentales no disponible por el legislador, la jurisdicción constitucional legitimada para la sobreinterpretación del texto y para establecer una interpretación conforme de la ley vigente, por encima incluso de la intención del legislador. Estos y muchos otros aspectos constituyen los elementos relevantes del neoconstitucionalismo.

En función de aclarar los aspectos antes señalados, en el presente artículo se ha pretendido un acercamiento conceptual, sobre la naturaleza y caracteres de este esquema de pensamiento constitucional. De igual manera, se dejan establecidas algunas bases teóricas para una posterior reflexión, ya de carácter crítico.

²² Una interesante exposición sobre las ventajas y riesgos del principio de ponderación en el contexto neoconstitucional lo encontramos en ESTRADA-VELEZ, S. "La Ponderación o la Débil Frontera entre la Arbitrariedad y el Uso Legítimo de la Discrecionalidad", *Vniversitas*, num. 121, 2010, pp. 77-111.

²³ Vid., CARBONELL, M., SÁNCHEZ GIL, R., op. cit. p. 38.

X. BIBLIOGRAFÍA

- "Diálogo entre Manuel Atienza y Juan Antonio García Amado", *Diálogos Jurídicos. Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oviedo*, Thomson Reuters Aranzadi, Pamplona, 2016.
- ALEXY, R. *Tres Escritos sobre los Derechos Fundamentales y la Teoría de los Principios*, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2003.
- ATIENZA, M. *Las Piezas del Derecho*, Ariel, Barcelona, 2004.
- BILBAO UBILLOS, J.M. *La Eficacia de los Derechos Fundamentales frente a Particulares. Análisis de la Jurisprudencia del Tribunal Constitucional*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1997.
- BOBBIO, N. *Teoría General del Derecho*, Debate, Madrid, 1991.
- CARBONELL, M. "Neoconstitucionalismo y Derechos Fundamentales en América Latina: Apuntes para una Discusión", *Pensamiento Constitucional*, num. 14, 2010.
- CARBONELL, M.; SÁNCHEZ GIL, R. "¿Qué es la Constitucionalización del Derecho?", *Quid Iuris*, num. 15, 2011.
- COMANDUCCI, P. "Constitucionalismo": Problemas de Definición y Tipología", *DOXA Cuadernos de Filosofía del Derecho*, vol. 34, 2011.
- COMANDUCCI, P. "Formas de (Neo) Constitucionalismo", *Isonomía*, num. 16, 2002.
- COMANDUCCI, P. *Hacia una Teoría Analítica del Derecho. Ensayos Escogidos* (edición de R. Escudero Alday), Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2010.
- DEL VECCHIO, G. *Los Principios Generales del Derecho*, Barcelona, Bosch, 1971.
- DWORKIN, R. *A Matter of Principle*, Clarendon Press, Oxford, 1986.
- ESTRADA-VÉLEZ, S. "La Ponderación o la Débil Frontera entre la Arbitrariedad y el Uso Legítimo de la Discrecionalidad", *Vniversitas*, num. 121, 2010.
- FERRAJOLI, L. "La Teoría del Derecho en el Sistema de Saberes Jurídicos". FERRAJOLI, L., MORESO, J.J., ATIENZA RODRÍGUEZ, M. *La Teoría del Derecho en el Paradigma Constitucional*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, Madrid, 2008.
- GUASTINI, R. *La "Constitucionalización" del Ordenamiento Jurídico: el Caso Italiano*, Trotta, Madrid, 2005.
- LEISNER, W. *Grundrechte und Privatrecht*. C.H. Beck'sche Verlagbuchhandlung, München, 1960.
- NIPPERDEY, H.C. "Grundrechte und Privatrecht", NIPPERDEY, H.C. *Festschrift für Erich Molitor zum 75. Geburtstag*. C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1962.
- PRIETO SANCHÍS, L. *Constitucionalismo y Positivismo*, Fontamara, México, D.F., 1997
- STERN, K. *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland. Allgemeine Lehren der Grundrechte*. C.H. Beck'sche Verlagsbuchhandlung, München, 1988.
- ZAGREBELSKY, G. *El Derecho Dúctil*, Trotta, Madrid, 1997.

The administration of employment in Slovakia

DÁVID BARCZI

Pavol Jozef Šafárik University in Košice, Slovakia

SUMMARY: I. Administration in general. II. State bodies administering the employment in Slovakia 1. Ministry of Labour, Social Affairs and Family of the Slovak Republic. 2. Central Office of Labour, Social Affairs and Family. 3. Local offices of labour, social affairs and family. 4. State administration bodies in the field of labour inspection. i. National Labour Inspectorate. ii. Regional labour inspectorates. 5 Social Insurance Agency. i Unemployment insurance. 6. Municipalities and autonomous regions. III. Employment services. 1. Local offices' procedure regarding performing job mediation. IV. Conclusion. V. Bibliography.

ABSTRACT

The main objective of this article is to describe basics of administration of the employment in Slovak Republic. The intended outcome is to find out, using what authorities, what instruments and in what way the state tries to accomplish that as many individuals as possible have the job. The article is divided into three chapters. In the first chapter we define the concept of the administration of the employment in general. The content of the second chapter consists of description, which authorities operates in the sector of the employment, what objectives they have and what is their activity. Third chapter focuses on characteristic of providing employment services.

KEY WORDS: administration, office of labour, social affairs and family, active labour market measures, employment services.

I. Administration in general

Firstly, to be able to describe the administration of employment in Slovak Republic, it is necessary to briefly characterize the terminology related and connected to the administrative law in general.

Apparently, the very first term is administration, which is an essential part of the administrative law. In jurisprudence there are two main opinions on how to explain administration. On one hand, administration is generally considered as intentional activity leading to achieve the certain objective.¹ On the other hand, concept administration covers just the activity of the state heading to execute the public interest, therefore we can replace it with the term public administration.² In 1905, the Czech author J. Pražák attempted to define the term public administration by means of the general term administration. According to that, administration is the activity, permanent objective of which is to manage some affairs.³ In addition, relatively long definition of public administration was developed by the Czech prof. Průcha, who stated that *it is possible to characterize public administration*

¹ SLÁDEČEK, V. *Obecné správní právo*. Prague: ASPI, a. s., 2005, p. 16.

² Author's note.

³ PRAŽÁK, J. *Právo veřejné. Díl druhý: právo správní*. Prague, 1905, p. 1.

as an administration of society, administration of state itself as well as of its territorial units, as parts of territorial organization of a state, i. e. as administration of public affairs in society organized to a state, which is because of execution of executive power in a state, including specific place for autonomy power.⁴ Slovak author P. Škultéty describes the public administration as administration of public affairs, which is realized as demonstration of the executive power of a state.⁵ Besides these positive definitions there appear also negative ones, which may be summarized into one: public administration is a complex of activities, which are not possible to be regarded as legislature or judiciary.⁶ The fact, that coming up with a definition of public administration is a problem, proves E. Forsthoff, known for his quote that public administration is not possible to define, only to describe.⁷

The concept of public administration is easier to characterize having look at these two legal principles: formal (organizational, institutional, static) and materialistic (functional, dynamic).⁸ Basically, the meaning of the public administration is that either it is some kind of an activity or some institution (authority).⁹ From the view of the formal principle, public administration is considered as complex of the authorities (bodies), which are, as representatives of the public power, determined to represent a state.¹⁰ On the other hand, there is a public administration considered as an executive activity of a state as a main public subject, performed by its bodies, as well as an executive activity of other public subjects leading to manage public affairs and be realized as demonstration of the executive power in a state.¹¹

The most important bodies established to administer employment in Slovakia are Ministry of Labour, Social Affairs and Family of the Slovak Republic (hereinafter "ministry"), Central Office of Labour, Social Affairs and Family (hereinafter "central office"), local offices of labour, social affairs and family (hereinafter "local offices") placed in 47 different districts of Slovakia, inspectional bodies as National Labour Inspectorate and local inspectorates, municipalities (including towns) and autonomous regions (self-governed units in some issues such as social care of pensioners, health service, higher-schools education etc.) and Social Insurance Agency, but also many others. Considering materialistic meaning, the administration is formed by the activity of the ministry, generally dealing with legislative process, central office manages, controls, coordinates and methodically guides the performance of state administration in the area of social affairs and employment services performed by local offices, which, besides other activities, keep the registry of individuals and legal entities for the purpose of providing grants etc.

⁴ PRŮCHA, P. *Správní právo*. Brno: Masaryk University, 1999, p. 7.

⁵ ŠKULTÉTY, P. – ANDOROVÁ, P. – TÓTH, J. *Správne právo hmotné*. Všeobecná časť. 2. edition. Šamorín: Heuréka, 2012, p. 11.

⁶ HENDRYCH, D. et al. *Správní právo. Obecná časť*. Prague: C. H. Beck, 2009, p. 6.

⁷ FORSTHOFF, E. *Lehrbuch des Verwaltungsrechts. Sv. 1: Allgemeiner Teil*. 10. ed. München: C. H. Beck, 1973. For other definitions see MAYER, F. – KOPP, F. *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 5. ed. Stuttgart, 1985.

⁸ MACHAJOVÁ, J. et al. *Všeobecné správne právo*. 5. updated edition. Bratislava: EUROKÓDEX, s. r. o., 2010, p. 19.

⁹ See supra note 6.

¹⁰ Author's note.

¹¹ Ibid. 5, p. 14.

II. State bodies administering the employment in Slovakia

1. Ministry of Labour, Social Affairs and Family of the Slovak Republic

The ministry is a legal entity.¹² Its activities cover the whole territory of Slovak Republic. It is based on a monocratic principle, therefore the head of the institution is the minister, who manages it and is responsible for its activity. The minister is named by the president of Slovak Republic, whose decision is based on the prime minister's suggestion. Naming secretaries of the ministry is a competence of the government.¹³ During the absence of the minister, ministry is under control of one of the two secretaries whose tasks determines the minister.¹⁴ Ministry prepares generally binding regulations, which subsequently submits to the government.¹⁵

The ministry deals with supporting the employment, social care and well-being of a pension system. It constantly modernize a legislation in the field of labour with a goal to raise the employment. It helps to create balanced labour market respecting both, the protection of employees and requests of employers.¹⁶

The ministry is divided into sections and departments. Section is a basic level of managing and deciding, it is controlled by the general director of section. Department is a lower organizational unit, managed by the department director. There are six sections, most related to the topic of the article seems to be the Section of Labour.¹⁷ This one sets up reasonable measures oriented towards raising the employment, which help job applicants, employees and employers. Important part of its activity represents a protection of employees at work and combatting illegal work and illegal employment.¹⁸ Section of Labour coordinates creation of state policy of development of regional employment, labour market policy, employment services and minimal wage.¹⁹

Section of Labour includes Department of Labour Market Policy, Department of European Strategy of Employment, Department of Work Relationships and, finally, Department of the Labour Protection. Let's focus on the first of aforementioned departments. Department of Labour Market Policy has tasks in the field of creation and realization of state policy of development of regional employment. To secure this function, it creates the suggestions of state policy in the field and performs an analysis of:

- progress and structure of regional employment,

¹² § 35 of Act No. 575/2001 Coll. on organization of government's activity and organization of central state administration as amended.

¹³ Ibid. 8, p. 118-132; Article 111 of Constitution of the Slovak Republic No. 460/1992 Coll. as amended; § 4 of Act No. 575/2001 Coll. on organization of government's activity and organization of central state administration as amended.

¹⁴ § 4 of Act No. 575/2001 Coll. on organization of government's activity and organization of central state administration as amended; Article 5 of Organizational Rules of Ministry of Labour, Social Affairs and Family of Slovak Republic.

¹⁵ § 37 of Act No. 575/2001 Coll. on organization of government's activity and organization of central state administration as amended.

¹⁶ *Práca a zamestnanosť* [online]. 2016, [cit. 2016-09-04]. Available on the internet:
<http://www.employment.gov.sk/sk/praca-zamestnanost/>.

¹⁷ Article 2 of Organizational Rules of Ministry of Labour, Social Affairs and Family of Slovak Republic.

¹⁸ See supra note 16.

¹⁹ Articles 16 and 17 of Organizational Rules of Ministry of Labour, Social Affairs and Family of Slovak Republic.

- influence of programs and projects of active labour market measures with a purpose to make the entry of disabled job applicants to labour market easier and
- reached goals with specific outcomes.

Besides these activities, the department is an appellate body in issues connected to its competence, which were decided by the central office in the first level.²⁰

To conclude, in cooperation with other central bodies of state administration the ministry successfully performs goals of Program ESO (in slovak *Efektívna, Spoločná a Otvorená verejná správa - Effective, Reliable and Open Public Administration*). It is so far the biggest planned reform of state administration in Slovakia since 1989 and its ambition is to make functioning more effective, provide quality, transparency and accessibility of public administration for every citizen.²¹ In a future, there is possibility for the local offices and Social Insurance Agency offices to unite them under one roof of district offices - it would be so-called third phase of ESO reform.²²

2. Central Office of Labour, Social Affairs and Family

The central office is connected to the budget of the ministry and it is in the relationship of subordination to the ministry.²³ Similarly as in the case of ministry, the central office is a monocratic body, which head is the general director named and dismissed by the government after consideration of the minister's suggestion.²⁴

The central office is a superior authority to the local offices of labour, social affairs and family and, regarding territorial scope, its actions affect whole area of Slovakia. Materially, the central office mainly performs state administration in the field of the employment services and social affairs and fulfill tasks at sections of state social contributions, registry of unemployed individuals searching for work and registry of free work places, education and preparation for labour market and active labour market measures. The central office also manages, controls and coordinates activity of local offices in the area of employment services, draws up a draft of priorities of employment services for the following year and submits it to the ministry, determines minimal scope of employment services provided by a local office etc.²⁵

Moreover, the central office creates Advisory Commissions for the purpose of consultation in the field of social affairs and employment services. The members of such

²⁰ Id.

²¹ ESO – Efektívna, Spoločná a Otvorená verejná správa [online]. 2016, [cit. 2016-09-04]. Available on the internet:

<<http://www.minv.sk/?eso-efektivna-spolahliwa-otvorena-verejna-sprava>>.

²² KOVÁČ, P. Ktoré úrady zaniknú, Kaliňák zatial neprezradí [online]. 2013, [cit. 2016-09-04]. Available on the internet: <<http://spravy.pravda.sk/domace/clanok/298172-kto-re-urady-zaniknu-kalinak-zatial-neprezradi/>>.

²³ § 4 of Act No. 453/2003 Coll. on state administration bodies in area of social affairs, family and employment services as amended.

²⁴ Id.

²⁵ Id.; § 12 of Act No. 5/2004 Coll. on employment services as amended.

commissions are representatives of employers, employees, municipalities, autonomous regions and non-governmental organizations.²⁶

Internally, equally to the ministry, the central office is divided into sections, departments and personal bureau. According to the topic of this article, we deem as the most important – Section of Employment Services, formed by Department of Legal Activities of the Section, Department of Information and Guidance and Department of Active Labour Market Measures. The very last department contains another units of lower level – Division of Guidance and Education, Division of Active Labour Market Measures for Citizens and, finally, Division of Active Labour Market Measures for Employers (i. e. Division of Investment Aid for Investors).²⁷

3. Local offices of labour, social affairs and family

The local offices are placed among regional bodies of state administration.²⁸ They are being created with a scope for territory of one or more districts within the territory of one region and they are the institutions of the first contact with a citizen. There are 47 local offices, which are also able to create their own separate work stations placed in a different municipalities.²⁹

The local offices are subordinated to the central office and via their budget connected to its budget. The local office is managed by the director, responsible for its activity as well. The director is named and dismissed by the government on the basis of suggestion by the minister.³⁰

From the view of material competence, local offices: offer appropriate jobs for job seekers, keep records of job seekers, free work places and employers in the territory, provide informative and advisory service, assign a citizen into the registry of job seekers, govern their work stations, use and perform active labour market measures or, if necessary, submit suggestions to create temporary employment agencies and sheltered employment agencies, etc.³¹

To be able to solve relevant issues regarding employment, a local office establish Committee for Employment Issues. Its meetings take place at least once in a month. The activity of the Committee contains approving priorities for supporting employment within territory of an local office, drawing up analysis and prognosis about development of labour market, considering requests of natural persons and legal entities to provide a contributions that are not legally claimable or recommend local office to enter or to not enter into a contract. This Committee establish a commission for purpose to consider effectiveness and feasibility of an entrepreneurial intention.³²

²⁶ § 7 of Act No. 453/2003 Coll. on state administration bodies in area of social affairs, family and employment services as amended.

²⁷ Article 2 of Organizational Rules of Central Office of Labour, Social Affairs and Family.

²⁸ MACHAJOVÁ, J. et al. *Všeobecné správne právo*. 5. updated edition. Bratislava: EUROKÓDEX, s. r. o., 2010, p. 126 and following.

²⁹ Annex 1 of Act No. 453/2003 Coll. on state administration bodies in area of social affairs, family and employment services as amended.

³⁰ Ibid., § 5.

³¹ § 13 of Act No. 5/2004 Coll. on employment services as amended.

³² Ibid., § 16-18.

4. State administration bodies in the field of labour inspection

Besides the ministry, state administration in the field of labour inspection is performed by the National Labour Inspectorate and regional labour inspectorates. Labour inspection is focused on the supervision over observance of:

- labour-law provisions governing labour-law relations, in particular their establishing, change and termination, wage conditions and working conditions of employees including working conditions for women, adolescents, home employees, persons with disability and persons under the age of fifteen and collective bargaining,
- legal provisions and other provisions for securing occupational safety and health protection,
- legal provisions governing prohibition of illegal work and illegal employment,
- obligations arising from collective agreements and

finding liability for violations of these rules, providing free guidance for employers, entrepreneurs and employees.³³

i. National Labour Inspectorate

The National Labour Inspectorate is a state administration body with nation-wide competence that oversees tasks concerning labour inspection, and manages and supervises regional labour inspectorates, and unites and rationalizes their working methods.³⁴ It is subordinated to the ministry and it shall be managed by, and the activities of which shall be the responsibility of the general director.³⁵ It establish accreditation commission, which is a professional advisory body.³⁶

ii. Regional labour inspectorates

Regional labour inspectorate is a state administration body with a regional competence that oversee the performance of labour inspection with employers and natural persons who are entrepreneurs and are not employers. It notifies found cases of illegal work and illegal employment and participates on education of a labour inspectors. Additionally, it is obliged to perform inspection in 30 days from delivery of a complaint.³⁷

5. Social Insurance Agency

Social Insurance Agency (hereinafter „agency“) is a legal entity. In general, it is a public law body established to provide a social insurance. Its head is the general director named and dismissed by the slovak government.³⁸

Organs of the agency are General Director, Supervisory Board of the Social Insurance Agency and Director of a regional office. Supervisory Board is a control body of the agency,

³³ *Labour Inspection* [online]. 2016, [cit. 2016-09-04]. Available on the internet: <<https://www.employment.gov.sk/en/labour-employment/labour-inspection/>>; § 2 of Act No. 125/2006 Coll. on labour inspection and on amendment of the Act. No. 82/2005 Coll. on illegal work and illegal employment and on amendmend of certain acts as amended.

³⁴ *Labour Inspection* [online]. 2016, [cit. 2016-09-04]. Available on the internet: <<https://www.employment.gov.sk/en/labour-employment/labour-inspection/>>.

³⁵ *National Labour Inspectorate* [online]. 2016, [cit. 2016-09-04]. Available on the internet: <<http://www.safework.gov.sk/?t=44&ins=nip>>.

³⁶ § 5 of Act No. 125/2006 Coll. on labour inspection and on amendment of the Act. No. 82/2005 Coll. on illegal work and illegal employment and on amendmend of certain acts as amended.

³⁷ Ibid., § 7.

³⁸ § 120–122 of Act No. 461/2003 Coll. on social insurance as amended.

has 11 members and its chairman is the minister. The members are voted and dismissed by the parliament, with an obvious exception of the chairman.

Act No. 461/2003 Coll. on social insurance as amended stipulates five basic types of social insurance:

- sickness insurance,
- accident insurance,
- pension insurance,
- guarantee insurance and
- unemployment insurance.

i. Unemployment insurance

We assume unemployment insurance is worth to focus on. The benefit from the unemployment insurance is provided on condition he/she had unemployment insurance for at least two years (i. e. 730 days) within the past three years before being included into the registry of unemployed job seekers. The unemployment insurance does not relate to the natural person who had been granted the old-age pension, the early old- age pension or the invalidity pension. The unemployment benefit is provided per days. The amount of unemployment benefit equals to 50% of the daily assessment basis times number of days in the month. The insuree is not entitled to the unemployment benefit in the period when being granted:

- sickness benefit,
- nursing benefit,
- maternity benefit or
- parental allowance.³⁹

The unemployment insurance is the insurance to secure an income in case of lost income due to the unemployment. The decision regarding providing the benefit is made by the local office of the agency, and this entity pays the benefit as well. The same body also performs control activity, consultation and advisory activity in the social insurance affairs.⁴⁰

6. Municipalities and autonomous regions

Municipalities and autonomous regions represent non-state part of public administration, they are units of a territorial self-government.⁴¹ Their scope of action is administered by the rule that „autonomy is everything that is not a performance of a state administration.“ Unless legal act stipulates that certain competence is a state administration performed by an autonomy units, what they perform is autonomous activity. An autonomous regions do not have a supervisory position to municipality because it would deny the very principle of the territorial self-government. The supreme authority of municipality is its mayor (in case of autonomous regions it is its chairman), who is elected by the inhabitants of the municipality. The voting principle is being applied here.⁴²

³⁹ *Social Insurance System in Slovakia* [online]. 2016, [cit. 2016-09-04]. Available on the internet: <<http://www.socpoist.sk/social-insurance-system-in-slovakia/24533s>>.

⁴⁰ § 178 of Act No. 461/2003 Coll. on social insurance as amended.

⁴¹ Article 64 of Constitution of the Slovak Republic No. 460/1992 Coll. as amended; § 1 of Act No. 302/2001 Coll. on self-governance of higher-territorial units (autonomous regions) as amended.

⁴² Author's note.

At section of the employment administration, municipalities and autonomous regions take care of special tasks. For instance, after the contract between a local office and municipality was signed, long-term unemployed may perform small services. The legal definition of such services is brought by the Act No. 5/2004 Coll. on employment services as amended and it says: it is a support of keeping working habits of long-term unemployed, who is a beneficiary of the contribution in material need. These works are intended to improve economic conditions, social conditions or cultural ones, creation and protection of environment of citizens, support of education etc.⁴³ Concretively, these are activities such as helping with cleaning, mowing public areas, helping with construction works etc. For the purpose of organizing above mentioned small services, local office provides data about long-term unemployed citizens registered in its registry for municipality or autonomous region. Moreover, based on a written contract, local office provides a contribution for municipality, which can be used to cover part of the expenses for personal protection equipment, working tools or accident insurance.⁴⁴

There is also a possibility for local office to provide a contribution for development local and regional employment to a municipality or autonomous region. This contribution is meant for employer, who accepts a disadvantaged jobseeker to a newly created job and applies for the contribution in a written way.⁴⁵

III. Employment services

Employment services is a system of institutions, supporting and helping tools for labour market participants during job seeking, change of the job and applying active labour market measures with a special consideration for disadvantaged jobseekers.⁴⁶

The Act No. 5/2004 Coll. on employment services as amended uses the term active labour market measures, but does not define it. Primarily, labour market policy can be characterized as a system of support and aid for citizens during the jobseeking at the labour market.⁴⁷ It is being realized by various measures and tools. We can distinguish it to passive or active. Passive one is a sum of programs to keep an income of unemployed and it focuses to providing the unemployment benefit, material need benefit or providing an early retirement pension.⁴⁸ Active labour market policy is a sum of programs oriented to improve an access of unemployed to labour market and jobs and to effective operation of labour market.⁴⁹ Such policy has the goal to help those, who are endangered in losing their job and to help unemployed find a job earlier than they become a long-term unemployed.⁵⁰

⁴³ § 52 of Act No. 5/2004 Coll. on employment services as amended.

⁴⁴ Id.

⁴⁵ Ibid., § 50j.

⁴⁶ Ibid., § 11.

⁴⁷ LASTÚVKOVÁ, Ľ. *Aktívna politika trhu práce* [online]. 2004, [cit. 2016-09-04]. Available on the internet:

<<http://www.epi.sk/odborny-clanok/Aktivna-politika-trhu-prace.aspx>>.

⁴⁸ HANZELOVÁ, E. *Aktívna politika trhu práce: koncept, financovanie a inštitucionálny rámec* [online]. 2010, [cit. 2016-09-04]. Available on the internet: <<http://www.sspr.gov.sk/IVPR/images/IVPR/prezentacie/Aktivna-politka-TP.pdf>>.

⁴⁹ Id.

⁵⁰ See supra note 47.

Active labour market measures laid down by the Act No. 5/2004 Coll. on employment services as amended are:

- job mediation,
- education and preparation to labour market,
- contributions for citizens and
- contributions for employers.⁵¹

Job mediation is an activity aimed to searching for a job and offering suitable job to a jobseeker and searching and offering suitable employee to employer. The part of it is a registrational activity, informative and guidance services, drawing up a lists of free work places, lists of jobs frequently searched and making these lists public. Job mediation is provided by the central office, local office and work station of local office as well as by a legal entities and natural persons, who perform job mediation for remuneration. Job mediation provided by the central office and local offices is for free. There is no legal claim to concrete work place brought via mediation.⁵²

Education and preparation for labour market is either theoretical or practical preparation of jobseeker or employee, which is demanded for his success at the labour market and which allows him to gain new professional knowledge and skills necessary for his new or the current job.⁵³

There are two kinds of contributions provided to local governments:

- contribution to support the development of local and regional employment and
- contribution for activation programs in the form of minor services for the municipality or self-governing region.

Other contributions are related either to citizens or employers. Contributions for citizens are:

- compensation of a part of travel expenses,
- contribution for self-employment activity,
- contribution for graduate practice and
- contribution for commuting to work.

Contributions for employers are namely:

- contribution to support the employment of disadvantaged job seekers,
- contribution to support job retention and
- contribution for commuting to work.⁵⁴

⁵¹ § 32–60 of Act No. 5/2004 Coll. on employment services as amended; *Nástroje aktívnych opatrení na trhu práce* [online]. 2016, [cit. 2016-09-04]. Available on the internet:

<http://www.upsvar.sk/sluzby-zamestnanosti/nastroje-aktivnych-opatreni-na-trhu-prace.html?page_id=13313>.

⁵² § 32 of Act No. 5/2004 Coll. on employment services as amended.

⁵³ Ibid., § 44–47.

⁵⁴ Ibid., § 32–53; *Nástroje aktívnych opatrení na trhu práce* [online]. 2016, [cit. 2016-09-04]. Available on the internet:

<http://www.upsvar.sk/sluzby-zamestnanosti/nastroje-aktivnych-opatreni-na-trhu-prace.html?page_id=13313>; *Employment Support* [online]. 2016, [cit. 2016-09-04]. Available on the internet:
<<https://www.employment.gov.sk/en/labour-employment/employment-support/>>.

As the active labour market measures are considered also projects and programs such as national projects, projects to improvement of jobseekers position at labour market, pilot projects to overview new active labour market measures and pilot programs to support development of regional and local employment.⁵⁵

Act No. 5/2004 Coll. on employment services as amended in its 8th part covers supporting the employment of persons with disabilities. For this purpose, it establish legal concepts as sheltered workshop, sheltered workplace and four sorts of contributions:

- contribution for establishing a sheltered workshop or workplace,
- contribution for retaining the employment of a person with a disability,
- contribution for activities of an assistant at work and
- contribution to cover the operating costs of a sheltered workshop or workplace and transportation costs of employees.⁵⁶

Act No. 5/2004 Coll. on employment services as amended enacts directly which of the contributions are not legally claimable. Based on a positive review and recommendation of Commitee for Employment, contribution is provided.⁵⁷

1. Local offices' procedure regarding performing job mediation

System of providing employment services contains three zones:

1. zone – registration of jobseeker and providing of informative services and guidance.
2. zone – job mediation.
3. zone – providing active labour market measures.

1. zone is formed by three agendas: First contact agenda, Deciding procedure agenda and Agenda of providing informative services. In the First contact agenda, local office receives citizens' applications to register themselves in the jobseekers registry, also profilation of citizens is being ran including typing data into the informatic system of employment services. Deciding procedure agenda deals with an announcing of assignment to jobseekers registry or denying it.

In the 2. zone, jobseekers are profiled according to the fact they have disabilities or not. It is a classical job mediation.

3. zone is just theoretical term for the workstation, where local office employees personally provide professional guidance services and participation at some of the active labour market measures.⁵⁸

IV. Conclusion

As it seems obvious in this article, Slovak Republic has enough state bodies and other organizational instruments to secure the state interest in the field of employment. In opinion of the author, responsible authorities, especially on the lower levels of state involvement at the labour market, are trying to make every effort worth to help citizens as well as people of

⁵⁵ § 54 of Act No. 5/2004 Coll. on employment services as amended.

⁵⁶ Ibid., § 55-60; *Employment Support* [online]. 2016, [cit. 2016-09-04]. Available on the internet: <<https://www.employment.gov.sk/en/labour-employment/employment-support/>>.

⁵⁷ Internal Standard No. IN - 039/2013 *Contribution to self-employment activity as stated in § 49 of Act No. 5/2004 Coll. on employment services as amended.*

⁵⁸ Internal Standard No. IN – 042/2013 *Methodical guidance regarding applying uniform procedure of local offices of labour, social affairs and family concerning job mediation.*

other nationalities to keep their jobs or to find a new suitable ones for them. Though, on the other hand, there arises the fact, that no matter how thoroughly the state authorities try, it is always an activity of a state, i. e. it does not work effectively enough to be as successful as people need. The state, as exceptionally enormous entity performing activities at the labour market, should act more effectively, faster and with the solutions personally suitable for every employee and job applicant. Instead of that, on every level of state action appear several difficulties which make applicant's desire to find a job harder. Moreover, there is developed wide net of helpful instruments, e. g. as various contributions, but it seems to be too difficult to orientate in. This effect is even stronger with everyday bureaucracy which need to be filled, sometimes even the same one couple of times again.

However, people are very sensitive in this matter and monitor activities of state, so responsible authorities are consistently pushed to come up with the solutions to improve the system and finally help people. One of the effective ways of improvement could be more connected cooperation between state and employers, profitable for both of them, where it is useful to omit a job applicant for a while, work together and just after certain time bring forward the most suitable option specifically for him.

Worth to think about is also a reducing the amount of paperwork for the job applicant, in particular in the beginning of his unemployment, when he needs a little bit of stabilization, presumably after tough times at work, and letting him to rest and come up with a solution, he thinks is the best for him and after that, according to his request, help him with bringing his solution to life. In contrast to the abovementioned, usual practice is to bother him with regular meetings at the local office and coming back with a simple stamp and signature to prove, that he had been looking for the job previously.

In the field of helping people secure and/or find a job there is still a long way to the goal, which may be to develop a system which does not require so big administrative involvement of state, but is majorly self-sufficient. To conclude, the state of Slovak Republic tries to improve, and at least does something useful for its citizens, even though it is very often activity not as effective as it is wanted to be by the majority of the people, but the state should learn from its mistakes and perform better.

V. Bibliography

- FORSTHOFF, E. *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*. Sv. 1: Allgemeiner Teil. 10. ed. München: C. H. Beck, 1973.
- GAŠPAR, M. *Moderná verejná správa*. 1. ed. Bratislava: Procom, spol. s r. o., 1993, 128 p., ISBN 80-85717-01-8.
- HENDRYCH, D. et al. *Správní právo. Obecná část*. 7. edition. Prague: C. H. Beck, 2009, 875 p., ISBN 978-80-7400-049-2.
- MACHAJOVÁ, J. et al. *Všeobecné správne právo*. 5. updated edition. Bratislava: EUROPÓDEX, s. r. o., 2010, 688 p., ISBN 978-80-89447-27-5.
- MAYER, F. - KOPP, F. *Allgemeines Verwaltungsrecht*. 5. ed. Stuttgart, 1985, 573 p., ISBN 9783415011298.
- PAPCUNOVÁ, V. – GECÍKOVÁ, I. *Základy verejnej správy*. Bratislava: IAM, 2011, 167 p., ISBN 978-80-970802-0-4.
- PRAŽÁK, J. *Právo veřejné. Díl druhý: právo správní*. Prague: 1905.
- PRŮCHA, P. *Správní právo*. Brno: Masaryk University, 1999.

SLÁDEČEK, V. *Obecné správní právo*. Prague: ASPI, a. s., 2005, 379 p., ISBN 80-7357-060-2.

ŠKULTÉTY, P. – ANDOROVÁ, P. – TÓTH, J. *Správne právo hmotné. Všeobecná časť*. 2. edition. Šamorín: Heuréka, 2012, 261 p., ISBN 978-80-89122-78-3.

Legislation

Act No. 125/2006 Coll. on labour inspection and on amendment of the Act. No. 82/2005 Coll. on illegal work and illegal employment and on amendment of certain acts as amended.

Act No. 302/2001 Coll. on self-governance of higher-territorial units (autonomous regions) as amended.

Act No. 453/2003 Coll. on state administration bodies in area of social affairs, family and employment services as amended.

Act No. 461/2003 Coll. on social insurance as amended.

Act No. 5/2004 Coll. on employment services as amended.

Act No. 575/2001 Coll. on organization of government's activity and organization of central state administration as amended.

Constitution of the Slovak Republic No. 460/1992 Coll. as amended.

Internal Standard No. IN - 039/2013 *Contribution to self-employment activity as stated in § 49 of Act No. 5/2004 Coll. on employment services as amended*.

Internal Standard No. IN - 042/2013 *Methodical guidance regarding applying uniform procedure of local offices of labour, social affairs and family concerning job mediation*.

Organizational Rules of Central Office of Labour, Social Affairs and Family.

Organizational Rules of Ministry of Labour, Social Affairs and Family of Slovak Republic.

Internet sources

Employment Support [online]. 2016, [cit. 2016-09-04]. Available on the internet: <<https://www.employment.gov.sk/en/labour-employment/employment-support/>>.

ESO – Efektívna, Spoločnosť a Otvorená verejná správa [online]. 2016, [cit. 2016-09-04]. Available on the internet: <<http://www.minv.sk/?eso-efektivna-spolahliva-otvorena-verejna-sprava>>.

HANZLOVÁ, E. Aktívna politika trhu práce: koncept, financovanie a inštitucionálny rámec [online]. 2010, [cit. 2016-09-04]. Available on the internet: <<http://www.sspr.gov.sk/IVPR/images/IVPR/prezentacie/Aktivna-politka-TP.pdf>>.

KOVÁČ, P. Ktoré úrady zaniknú, Kalinák zatial neprehradí [online]. 2013, [cit. 2016-09-04]. Available on the internet: <<http://spravy.pravda.sk/domace/clanok/298172-ktore-urady-zaniknu-kalinak-zatial-neprehradi/>>.

Labour Inspection [online]. 2016, [cit. 2016-09-04]. Available on the internet: <<https://www.employment.gov.sk/en/labour-employment/labour-inspection/>>.

LAŠTÚVKOVÁ, Ľ. Aktívna politika trhu práce [online]. 2004, [cit. 2016-09-04]. Available on the internet: <<http://www.epi.sk/odborny-clanok/Aktivna-politika-trhu-prace.aspx>>.

Nástroje aktívnych opatrení na trhu práce [online]. 2016, [cit. 2016-09-04]. Available on the internet: <http://www.upsvar.sk/sluzby-zamestnanosti/nastroje-aktivnych-opatreni-na-trhu-prace.html?page_id=13313>.

National Labour Inspectorate [online]. 2016, [cit. 2016-09-04]. Available on the internet: <<http://www.safework.gov.sk/?t=44&ins=nip>>.

Práca a zamestnanosť [online]. 2016, [cit. 2016-09-04]. Available on the internet: <<http://www.employment.gov.sk/sk/praca-zamestnanost/>>.

Social Insurance System in Slovakia [online]. 2016, [cit. 2016-09-04]. Available on the internet: <<http://www.socpoist.sk/social-insurance-system-in-slovakia/24533s>>.

Vaquejada: cultura o crueldad

¿Para qué lado debe pender la balanza?

Brazilian bullfight: culture or cruelty
What side should hang the balance ?

HERON JOSÉ DE SANTANA GORDILHO¹
FRANCISCO JOSÉ GARCIA FIGUEIREDO²
Universidade Federal da Bahía
Universidade Federal da Paraíba

SUMARIO: 1. Introducción - 2. La vaquejada como manifestación cultural brasileña - 3. Los animales como sujetos de derechos fundamentales - 4. ¿Por qué las leyes que regulan las manifestaciones culturales que someten a los animales a crueldad o un maltrato son inconstitucionales? - 5. Medioambiente o la cultura: ¿qué derecho fundamental debe prevalecer? - 6. Conclusión - 7. Referencias.

RESUMEN: La forma en que los animales (vacas, toros, caballos) están sometidos a eventos de entretenimiento humanos ha indignado, cada día, a la población en general, especialmente aquella que aboga por la causa de una vida más digna para todos los seres vivos. En este escenario, la vaquejada emerge como uno de los puntos altos de la lucha, dada la frecuencia con la que se lleva a cabo este evento en todo el país y, por supuesto, dado el sufrimiento de los animales que están obligados a participar. En este contexto, este estudio tiene como objetivo identificar el origen histórico de la vaquejada, su consecuente distorsión socioeconómica, la posible existencia de los derechos de los animales y, por último, cuál debe ser la prevalencia de la incidencia constitucional: si la determinación de índole fundamental concerniente a la cultura (Art. 215, CF/88); o si aquella relativa al deber de preservar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras (Art. 225, CF/88). Para lograr estos tópicos, se pasó por los autores que tratan el tema desde una mirada histórica y, también, que abordan la temática desde el punto de vista jurídico. Aun así, se miró el marco jurídico existente que permite y, por otro lado, que prohíbe la práctica de la vaquejada para, después, decidir con esas doctrinas consultadas -nacionales y extranjeras- y con ello las disposiciones constitucionales y leer interpretado a la luz de la técnica de

¹ Post-doctor de la Universidad de Pace Law School, Nueva York, donde integra el directorio del Instituto Brasileño-American para la Ley y Medio Ambiente (PROM). Doctor en Derecho por la Universidad Federal de Pernambuco –UFPE-. Profesor Asociado de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Salvador y la Universidad Federal de Bahía, donde coordina el Programa de Posgrado en Derecho. Fiscal del Medio Ambiente en el municipio de Salvador.

² Doctorando en Derecho de la Universidad de Coímbra. Magíster en Derecho de la Universidad Federal de Paraíba. Profesor de la Faculta de Derecho de la Universidad Federal de Paraíba. Miembro de la Comisión de Bienestar Animal y Enfrentamiento de los Problemas de Abandono de Animales Domésticos en los Campi de la UFPB.

ponderación de los derechos, en el lado que se debe inclinar la balanza: si de la cultura; si de la残酷.

PALABRAS CLAVE: Vaquejada, cultura, medioambiente,残酷, ponderación derechos.

ABSTRACT The way that animals like oxen, bulls and horses are subjected to human entertainment events has been leaving the general population indignant, especially those people fond to the cause that advocates for a more dignified life for all these living beings. In this panorama, Brazilian bovine sport (vaquejada) emerges as one of the highest points of struggle, due to the frequency with which this event is held across the country and, of course, because of the suffering experienced by the animals which are required to participate in it. In this context, this paper aims to identify the historical origin of "vaquejada", its consequent socio-economic distortion, the possible existence of rights for animals and, finally, which constitutional foundation should be prevailing: the guarantees of cultural nature (Brazilian Constitution, art. 215) or those concerning the duty to preserve the environment for present and future generations (art. 225). To achieve these desiderata, it went up by authors who deal with the issue from a historical bias and also addressing the issue now discussed from the legal perspective. Moreover, the existing legal framework was researched, both the one allowing as that one prohibiting the practice of vaquejada. Afterwards, based on those consulted doctrines - domestic and foreign - as well as on the constitutional provisions, read and interpreted under the light of the rights balancing technique, it was to decide the side that should tip the scales: if culture; if cruelty.

KEYWORDS: Vaquejada. Culture. Environment. Cruelty. Balancing of rights.

1. Introducción

Este estudio tiene por objeto el análisis de la constitucionalidad de las leyes que consideren la vaquejada un evento cultural legítimo, aunque los animales sean sometidos a maltrato y残酷.

Lo que está en juego aquí es la colisión de derechos fundamentales: por un lado, el derecho fundamental de la sociedad a un medioambiente sano y equilibrado, que se materializa en la ley de los propios animales a no ser tratados con残酷, y, de otra lado, el derecho manifestación cultural.

En una sociedad plural como la nuestra, a menudo los principios y derechos fundamentales que expresan valores relevantes entran en curso de colisión, a menudo no existente, en teoría, una solución antes de que estos conflictos.

Al igual que en esos casos, la simple subsunción de los hechos a la previsión abstracta de la norma no es suficiente para encontrar una decisión justa, el intérprete debe encontrar, en este caso, una solución jurídica racional y razonada, de la ponderación de los valores involucrados.

Utilizando el método hermenéutico de interpretación evolutiva, este artículo va a investigar el origen y evolución de la vaquejada como expresión cultural del pueblo brasileño.

A continuación, hará una breve exposición de la teoría que reivindica a los animales como sujetos de derechos fundamentales básicos, analizando sus principales fundamentos filosóficos y jurídicos.

En la tercera sesión, demostraremos que las leyes que regulan la práctica de la vaquejada son inconstitucionales, pues a pesar de que ella sea una importante manifestación cultural en los Estados nordestinos, ella efectivamente somete a los animales a crueldad y maltratos.

Por último, este artículo hará una ponderación sobre cuál derecho debe prevalecer e demostrar que las leyes que regulan estas manifestaciones culturales pueden ser consideradas inconstitucionales, toda vez que el Tribunal Supremo Federal tiene algunos precedentes en ese sentido de que existe, en regla, una prevalencia de los derechos de los animales frente a las manifestaciones culturales.

2. La vaquejada como manifestación cultural brasileña

En Brasil, los artículos 215 y 216 de la Constitución Federal que tratan sobre el medio ambiente cultural, establecen que el Estado garantizará a todos el pleno ejercicio de los derechos culturales y el acceso a las fuentes de la cultura nacional, la protección de las manifestaciones de las culturas populares, indígenas y afro-brasileñas, y otros grupos que participan en el proceso de civilización nacional.³

Además, se establece que el Poder Público, con la cooperación de la comunidad, debe promover y proteger el patrimonio cultural brasileño por medio de inventarios, registros, vigilancia, catastros, desaprobaciones y otras formas de precaución y conservación.⁴ Por lo tanto, no hay duda de que el patrimonio cultural es un principio fundamental de la República Federativa de Brasil, ya que refleja la historia, la identidad de su gente, la acción y la memoria de los diferentes grupos de la sociedad brasileña.

Al afirmar la preservación de los valores intangibles⁵ y la aceptación de su mutabilidad intrínseca, la Constitución no exige un catastro previo para que de un bien sea considerado patrimonio cultural brasileño.

Para José Afonso da Silva, el derecho a la cultura se presentan en dos dimensiones, por un lado, se ve como *norma agendi* que establece el deber del Estado de garantizar el pleno ejercicio de los derechos culturales y, por otro lado, como *facultas agendi*, que asegura al interesado el derecho a reclamar del Estado que asegure su derecho a la manifestación cultural.⁶

El actual modelo de vaquejada surge en las tierras del interior del noreste, entre los siglos XVII y XVIII, en el proceso de clasificación, en el cual ese ganado, llamados "marueiros"

³ BRASIL. Constitución Federal. Art. 215.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 jan. 2016.

⁴ BRASIL. Constitución Federal. Art. 216.

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 jan. 2016.

⁵ BRASIL. Constitución Federal. Art. 216. "Constituyen patrimonio cultural brasileño los bienes de naturaleza material e inmaterial, tomados individualmente o en conjunto, portadores de referencias a la identidad, a la actuación y a la memoria de los diferentes grupos formadores de la sociedad brasileña, en los cuales se incluyen: 1. las formas de expresión; 2. los modos de crear, hacer y vivir; 3. las creaciones científicas, artísticas y tecnológicas".

http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm. Acesso em: 18 jan. 2016.

⁶ SILVA, José Afonso da. *Ordenação Constitucional da Cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001, p. 48.

o "barbatões" que huían de la manada y resistían al llamado eran perseguidos y derribados por la cola por vaquero.⁷

Esta práctica, para tomar el bovino en medio de la sabana, conocida como "asas de buey", confería respeto y fama a los vaqueros y sus caballos, que también recibían un premio, que podría ser el propio animal vencido o dinero. Poco a poco, estas iniciativas se han convertido en un ritual festivo, atrae no solo a los vaqueros, sino también a la comunidad de la región.⁸

En Brasil la vaquejada es considerada una práctica deportiva culturalmente aceptada, especialmente en la Región Nordeste, que consiste en el intento de dos vaqueros, emparejados y montados en caballos diferentes, derriben un buey o un toro tirándole de la cola en los límites exactos de un área previamente demarcada.

Los vaqueros eligían un lugar en donde los bueyes eran conducidos y, después de la separación –“la separación y conteo del ganado era responsabilidad del vaquero de una determinada hacienda”⁹– los animales eran enviados a las haciendas de donde habían huido.¹⁰

En estas ocasiones los vaqueros que andaban por los campos áridos del interior nordestino se establecieron en una hacienda preseleccionada por ellos y organizaban el fenómeno de "segregación" del ganado, y fue precisamente en este momento cuando se agruparon los finqueros para identificar animales hacinados y promover la separación (segregación) y encaminarlas a las granjas de donde habían huido.¹¹

⁷ CASCUDO, Luís da Câmara. *A vaquejada nordestina e sua origem*. Natal: Fundação José Augusto, 1976

⁸ Ibíd.

⁹ BEZERRA, José Euzébio Fernandes. *Retalhos do meu sertão*. Rio de Janeiro: Leão do Mar, 1978. p. 8.

¹⁰ BEZERRA, José Euzébio Fernandes. *Retalhos do meu sertão*. Rio de Janeiro: Leão do Mar, 1978. p. 8. “En realidad, todo comenzó aquí en el noreste con el Ciclo de los Corrales. Es donde se introducen los apartaciones. Los campos de criar no eran cercados. El ganado, criado en los vastos campos abiertos, se distanciaban en busca de alimento más abundante en la parte posterior de los pastos. Para unir el ganado disperso a través de las montañas, los matorrales y las bandejas, fue que surgió la segregación. Se eligió de antemano una granja en particular y de la fecha prevista para el inicio de la segregación, muchos finqueros y vaqueros debidamente equipados partían para el campo, dirigido por el finquero anfitrión, divididos en grupos dispersos en todas direcciones en busca del ganado suelto por los “tan bellos campos,” en las palabras del poeta de los vaqueros, que en vida se llamó Fabião das Queimadas. En aquel tiempo, el finquero también hacía el “servicio de campo” [...]. El ganado que se encontraba era cercado en una abigarrada o rodeadeada, más o menos abierta, a menudo a la sombra de algunos árboles [...]. Un cierto número de vaqueros estaba dando el sitio, mientras que los otros continuaban campeando. Por la noche, cada grupo se dirigía el ganado a través de un vaquejador, carretera por donde para conducir el ganado a los corrales de la finca. El ganado era traído gracias al “traquejo”, como se le llamaba la práctica o forma de conducirlo a los corrales. Cuando era encontrado un “barbatão” por cuenta del vaquero a la finca-sede, o por cuenta de otro vaquero de otra finca, era necesario capturarlo en la carrera. Barbatão era el toro o novillo que, habiendo sido criado en el bosque, se habían convertido en salvaje. Una vez que ha caído, el animal es amarrado y con el cascabel puesto. Cuando la res no era amarrada, era esposada con unas esposas de madera, pequeño tenedor colocado en una de sus patas delanteras para no dejarla correr. Si el vaquero que corrió más cerca del buey no lo podría atrapar por el cepillo, lo mismo que la cola o la cola del animal, y bajarla, los compañeros le gritaban: - ¡Usted pone el buey en el monte!”.

¹¹ BEZERRA, José Euzébio Fernandes. *Retalhos do meu sertão*. Rio de Janeiro: Leão do Mar, 1978. p. 8.

Para Luís da Câmara Cascudo esta es la celebración "más tradicional del ciclo del ganado"¹², en su primer sentido, como se concibió originalmente, anunciando el fenómeno de segregación en el sentido señalado por José Euzébio Fernandes Bezerra:

Reunido el ganado, al final del invierno, para el procesamiento, la castración, el cebado, el cuidado de heridas, etc. Otrora, el ganado del Nordeste era criado, como en el Sur, en los campos y pastos indivisos. La reunión se anuncia la división, la entrega de las reses a sus propietarios, la segregación [...].¹³

Este escritor presenta, en detalle, el concepto de vaquejada, refiriéndose a tal evento, en líneas generales, como el momento de la caída del buey. Sin embargo, deja claro que esta caída se produjo en dos situaciones distintas: uno lejos de las miradas indiscretas de los espectadores y otra con la exposición al público.¹⁴

A partir de ese momento, la vaquejada, se convierten en una demostración de una "fuerza ágil, provocadora de aplausos y creadora de fama" de aquellos que participaban en los eventos públicos. El evento simula el patio de una finca grande para que los vaqueros demuestren su técnica regimentación de los animales (vacas, bueyes, toros, etc.) que se desprenden de sus núcleos originales.¹⁵

Câmara Cascudo, investigando el origen de la vaquejada, acredita que ella no se deriva de Portugal, fuente probable si se analiza el contexto histórico colonizador. Más bien, él presume que que había descendido de la América española, como en España y en los países vecinos a Brasil se practica "coleada", que es una actividad muy similar a la vaquejada brasileña:

La mención de José de Alencar para el Ceará, permite deducir que su uso bien anterior, verificándose el empleo en el centro del interior, refractarios de las modificaciones rurales. Y si existían en Ceará, vivido en el Rio Grande do Norte, Paraíba y Piauí, regiones vecinas. Misma raza, hábitos, mentalidad, entorno físico, la organización social y la actividad económica. La vaquejada, yo creo que es de origen español. Desapareció en España, pero se resiste a las tierras de América, entre las poblaciones de pastores del antiguo régimen colonial.¹⁶

¹² CASCUDO, Luís da Câmara. *A vaquejada nordestina e sua origem*. Natal: Fundação José Augusto, 1976, p. 17.

¹³ CASCUDO, Luís da Câmara. *Dicionário do folclore brasileiro*. 5. ed. rev. e aum. São Paulo: Melhoramentos, 1979, p. 783.

¹⁴ CASCUDO, Luís da Câmara. *Dicionário do folclore brasileiro*. 5. ed. rev. e aum. São Paulo: Melhoramentos, 1979, p. 783-784. Una cierta parte del ganado era guardado o reservado para la caída, la vaquejada propiamente dicha, la alegría de derribar al animal, tirando de él por la cola bruscamente, yendo el vaquero a caballo [...] La vaquejada es parte muy popular en el campo y reúne a gran número de curiosos. Algunas atraen vaqueros famosos que vienen de lejos [...]. Fuera de la exhibición de las vaquejadas, el vaquero deja caer el animal que lo persigue para poder amarrarlo, enmascararlo, atraparlo y llevarlo al corral. Hay movimientos, a veces, dramáticos en estas derribadas "cerradas", catingas o carrascas, sin testigos y sin aplausos.

¹⁵ CASCUDO, Luís da Câmara. *A vaquejada nordestina e sua origem*. Natal: Fundação José Augusto, 1976, p. 17.

¹⁶ CASCUDO, Luís da Câmara. *Dicionário do folclore brasileiro*. 5. ed. rev. e aum. São Paulo: Melhoramentos, 1979, p. 783. No se conoce registro anterior de 1870. Ningún viajero lo cita, ni siquiera Henry Koster (*Viaje al noreste de Brasil*, Brasiliana, Sao Paulo, 1942), que pasa a través del Recife y Fortaleza en 1810, y siempre asistió el derrocamiento por la varilla de la espiga, según lo registrado por los versos recogidos por Romero, Pereira da Costa Carvalho Rodrigues, en referencia a los famosos animales. Wied-Neuwied, Saint-Hilaire, Spix y Martius, todos los naturalistas en las primeras décadas del siglo. XIX silencian sobre este medio de derribe.

La primera mención sobre la vaquejada se produjo en 1874 en la obra *Nuestra Cancionero José de Alencar*. También J. M. Cardoso de Oliveira, en el libro *Dos metros y cinco*, describe la caída del toro por los cuernos en las tierras del interior de Bahía.¹⁷

Câmara Cascudo cuenta que viajó a la América española en busca de restos de esta práctica y descubrió que "... había este mismo proceso en Venezuela... en Chile... en México el vaquero recoge la cola del toro, se pone debajo de las piernas y el caballo de distancia".¹⁸

Siguiendo en su investigación para Europa, señala que en Portugal no hay registros que acusan a esta práctica en ese país. Sin embargo, en España, se encontró que era costumbre el entretenimiento que implica el toro como un objetivo del bullicio humano, llegando a la conclusión que había incluso la primera vez de la vaquejada:

[...] Como no había noticias de este tema en Portugal, libro, periódico o investigación, he intentado en España, viendo el toro coleado países del habla castellana. El académico Prof. Luis de Hoyos Sainz, a quien consulté, me informó de que no es desconocida en España esta manera para derribar.¹⁹

Y continúa señalando que el profesor Luiz de Hoyos Sainz escribió en el 18-V-1948 y en esa ocasión citó el Sr. José María Cossío, "máxima autoridade sobre las cuestiones de toros":

Ignoro si su origen es español o acaso americano, lo que sí es cierto, es que en América se practica como deporte, deducido de las necesarias operaciones para el manejo de las reses en el campo a principios del siglo XIX. [...] mas creo [Cossío] que el origen de la suerte es español [...].²⁰

No estamos de acuerdo con el profesor Cascudo, porque ya en 1945, el conde de Sabugosa escribió un artículo que describe el denominado "lazo brasileño" –práctica muy similar a la "vaquejada"– donde un vaquero a caballo enlaza un toro en frente de una audiencia:

En Lisboa, Salvaterra, Almeirim, Queluz, Sintra, Vila-Viçosa; en ocasiones solemnes y festividades públicas; como en ferias y festivales; como pasatiempo querido por la nobleza, las corridas de toros, justas, torneos, se ejercitaba y para luego ir a África a ir a pelear en alguna parte; como un juego de domingo en villas ribatejanas, y como fuente de ingresos para las organizaciones benéficas, los toros siempre ha sido una parte integral de las costumbres portuguesas. Es la única diversión nacional, genuina, característica, que durante siglos ha acompañado a la historia, siempre favorito de los reyes, príncipes, nobles y el pueblo.²¹

En otra producción, Câmara Cascudo afirma que "el derribamiento por la cola se popularizó por el interior del Nordeste, debido a la naturaleza de la vegetación de la caatinga"²², ya que, por sus características físicas propias, los árboles y/o arbustos que compone (caatinga) de ser lanzado en bucle como una forma de dominar el animal.²³

¹⁷ Cascudo, Luís da Câmara. *A vaquejada nordestina e sua origem*. Natal: Fundação José Augusto, 1976, p. 17.

¹⁸ Ibíd.

¹⁹ Ibíd.

²⁰ Ibíd.

²¹ SABUGOSA, Conde de. "Touradas em Portugal". *Revista Portuguesa de Arte e Turismo*. Ano 4. n. 23. 1945, s/p: "Sorte chamada "laço brasileiro", numa tourada portuguesa, em 1798".

²² CASCUDO, Luís da Câmara. *A vaquejada nordestina e sua origem*. Natal: Fundação José Augusto, 1976, p. 27.

²³ Ibíd.

En el curso de la historia, sin embargo, la vaquejada sufrió cambios radicales. Inicialmente practicada en sitios y fincas privadas para un público restringido, a mediados de la década de 1940, en el nordeste de Brasil, ella se convierte en un evento abierto. A partir de 1980, fuimos testigo de la profesionalización del sector: las reglas se vuelven más definidas y aumentan el valor de los premios de los competidores en la década de 1990, la vaquejada se convierte en un gran evento con los patrocinadores y la venta entradas para el público en general.

A partir del siglo XXI, con la consolidación de las normas deportivas, el vaquero es considerado como un atleta profesional, conforme a lo dispuesto en el art. 1, cap., de la Ley Nº 10.220 / 2001, y pasan a ser insertados aspectos secundarios, tales como conciertos, bares y restaurantes.²⁴

Câmara Cascudo deja claro que había una distorsión de la vaquejada hoy, que se ha convertido en un medio de supervivencia pecuario²⁵ para convertirse en un "deporte de la aristocracia rural" [...] una verdadera "fiesta pública en las ciudades con la publicidad y orador, fotografías y aplausos citadinos".²⁶

Por lo tanto, la vaquejada, que era un fenómeno ligado a la segregación del ganado, esencial para la producción agrícola en ese momento, se convirtió en un meganegocio, haciendo circular al año, una suma equivalente a 600 millones de reales, con la realización de 4000 eventos anuales, y al menos 60 de estos premios son superior a 150 mil reales.²⁷

Vale la pena señalar que tanto el momento remoto de su creación como en la actualidad la vaquejada es guiada por el mismo propósito, es decir, para derribar al toro por la cola, dejándolo con cuatro patas apuntando hacia arriba.

Cabe destacar, también, que hubo una mejora de las técnicas, tales como el confinamiento en un estrecho pasillo y antes de la arena, donde se libera el toro a ser derribado por los vaqueros. En esa oportunidad, los animales son golpeados, maltratados física como psíquicamente, provocado –deliberadamente– para promover su desequilibrio emocional antes de ser liberado en la etapa en la que será derribado.

En Francia, las corridas de toros buscan ser consideradas como parte del patrimonio inmaterial y cultural de acuerdo con la Convención de las Naciones Unidas para la Educación, Ciencia y Cultura para la salvaguardia del patrimonio cultural inmaterial.²⁸ España declaró a las corridas de toros como patrimonio inmaterial y cultural a pesar de que están prohibidos en las Islas Canarias (1991) y Cataluña (2012). En Portugal, 32 municipios declararon como la tauromaquia patrimonio inmaterial y cultural, y en la actualidad existe un proyecto para elevar la tauromaquia patrimonio de la UNESCO, además de otro proyecto que tiene como objetivo aumentar la tradicional "Forção" (típico de la región de Beira Alta Guardia) como Patrimonio Inmaterial y Cultural de la Humanidad.²⁹

²⁴ CENTRO DE ESTUDOS AVANÇADOS EM ECONOMIA APLICADA', disponível em <<http://www.cepea.esalq.usp.br/>>. Acceso en: 25 feb. 2016.

²⁵ Idem, Ibidem, passim.

²⁶ Idem, Ibidem, p. 29.

²⁷ Dato obtenido del sitio de la Vaquejada – ABVAQ –, disponible en <<http://www.abvqaq.com.br/telas/4>>. Acceso en: 4 ene. 2016.

²⁸ Conferir la litsa en UNESCO: <http://www.unesco.org/culture/ich/es/listas>.

²⁹ UNESCO. Convención para la Salvaguardia del Patrimonio Cultural Inmaterial. Disponível en <http://www.unesco.org/culture/ich/es/convención#art2>. Acesado en 23.04.16: **Artículo 2.** A los efectos de la presente Convención, 1. Se entiende por "patrimonio cultural inmaterial" los "usos, representaciones, expresiones, conocimientos y técnicas -junto con los instrumentos, objetos,

3. Los animales como sujetos de derechos fundamentales

La lucha por los derechos de los animales todavía enfrenta a obstáculos psicológicos y conceptuales muy fuerte, incluso porque a medida que alcanza a una de las instituciones más importantes del sistema jurídico: el derecho a la propiedad, considerado por muchos como un derecho fundamental.

Sin embargo, los animales vienen siendo cada vez más conocidos por su valor sentimental porque a pesar de las diferencias significativas en relación con los humanos, ellos están dotados de sentimientos y emociones, por lo que no pueden ser considerados objetos inanimados.

Hay que recordar que la idea de la igualdad de dignidad moral entre los hombres fue el resultado de un largo proceso de lucha³⁰, y solo cuando se consolidó la ley escrita se convirtió en una regla general y uniforme, aplicable indistintamente a todos los miembros de una sociedad organizada³¹. Muchos pueblos, incluso hoy en día, no son conscientes del concepto de ser humano como una categoría general, en la creencia de que los miembros que no pertenecen a su grupo son de otras especies³².

Algunos segmentos del movimiento animalista han utilizado las protestas para llamar la atención pública sobre el tema, no tienen el poder de cambiar el sistema porque el derecho solo cambia a través de las leyes o de la jurisprudencia.

De hecho, el poder judicial puede ser un poderoso agente en el proceso de cambio social, ya que no solo tiene el poder, sino el deber de actuar cuando el legislador se niega a hacerlo, siendo a menudo el único poder capaz de corregir la injusticia social cuando los demás poderes se comprometen políticamente o unidos a los intereses de los grandes grupos económicos.³³

artefactos y espacios culturales que les son inherentes- que las comunidades, los grupos y en algunos casos los individuos reconozcan como parte integrante de su patrimonio cultural. Este patrimonio cultural inmaterial, que se transmite de generación en generación, es recreado constantemente por las comunidades y grupos en función de su entorno, su interacción con la naturaleza y su historia, infundiéndoles un sentimiento de identidad y continuidad y contribuyendo así a promover el respeto de la diversidad cultural y la creatividad humana. A los efectos de la presente Convención, se tendrá en cuenta únicamente el patrimonio cultural inmaterial que sea compatible con los instrumentos internacionales de derechos humanos existentes y con los imperativos de respeto mutuo entre comunidades, grupos e individuos y de desarrollo sostenible.

2. El "patrimonio cultural inmaterial", según se define en el párrafo 1 supra, se manifiesta en particular en los ámbitos siguientes: a) tradiciones y expresiones orales, incluido el idioma como vehículo del patrimonio cultural inmaterial; b) artes del espectáculo; c) usos sociales, rituales y actos festivos; d) conocimientos y usos relacionados con la naturaleza y el universo; e) técnicas artesanales tradicionales.

³⁰ RABENHORST, Eduardo Ramalho. *Dignidade humana e moralidade democrática*. Brasília: Jurídica, 2001, p. 9.

³¹ COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 12.

³² COMPARATO, Fábio Konder. **A afirmação histórica dos direitos humanos**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001, p. 11-12. "[...] fueron necesarios veinticinco siglos para que la primera organización internacional para abarcar casi todas las personas de la Tierra proclamase en la apertura de una Declaración Universal de Derechos Humanos, que "todos los hombres nacen libres e iguales en dignidad y derechos".

³³ PAYNE, Ruth. Animal welfare, animal rights, and the path to social movement's struggle for coherency in the quest for change. *Virginia Journal of Social Policy and the Law Association*, Spring, 2002, p. 600.

Entre los teóricos del derecho animal hay una tendencia a transferir esta demanda, hasta ahora restringida a los dominios de la filosofía del derecho, al seno de la dogmática jurídica, debido a que la expresión "derechos de los animales" se está convirtiendo cada vez más común entre los juristas.

Es que si entendemos el "derecho" como una protección legal contra el daño o como un reclamo de esa protección, no hay duda de que los animales tienen derecho a ciertos derechos, dado que la legislación de la mayoría de los países ya prevé sanciones contra el maltrato y la crueldad contra ellos.³⁴

Henry Salt, ya en el siglo XIX, afirmaba que si los hombres poseen derechos, los animales también los poseen, desde que se entiende por derechos "un sentido de justicia que marque las fronteras donde el consentimiento acaba y la resistencia empieza; una demanda por la libertad de vivir la propia vida y la necesidad de respetar la igual libertad de los demás".³⁵

La verdad, cuando usamos la palabra "derecho", lo hacemos con una carga valorativa positiva, para representar una situación jurídica desde la perspectiva de aquellos que están en una posición favorable frente a otro o alguna cosa.³⁶

En el caso brasileño, la cuestión se hace más clara, ya que la Constitución de 1988 levantó la prohibición de prácticas que someten a los animales a la crueldad a la categoría de norma constitucional, dándole eficacia jurídica y aplicabilidad inmediata, al menos, para invalidar las leyes son contrarias.

Sea como fuera, si consideramos que el derecho es un interés protegido por la ley o una facultad del juzgador para exigir cierta conducta de los demás, o incluso una garantía dada por el Estado que puede ser invocada siempre que se viola un deber, tenemos que admitir que los animales son sujetos de derechos.

A nivel internacional, es bien conocida la Declaración Universal de los Derechos de los Animales, de documentos de soft law que reivindica la ampliación de los derechos fundamentales de los animales, para que ellos puedan ser defendidos en los tribunales de la misma manera que los derechos humanos.³⁷

Según Tom Reagan:

Y es realmente crucial, la similitud básica es simplemente esta: cada uno de nosotros es un sujeto de la experiencia de la vida, una criatura consciente con un bienestar individual que tiene importancia para nosotros, sea cual sea nuestra utilidad para los otros. Queremos y preferimos las cosas. Y todas estas dimensiones de nuestra vida, incluido nuestro placer y dolor, nuestro disfrute y sufrimiento, nuestra satisfacción y frustración, la continuación de nuestra existencia o nuestra inesperada muerte –no hace ninguna diferencia en la calidad de vida que vivimos como una experiencia para nosotros como individuos-. Y lo mismo es verdad para esos animales con los que nos

³⁴ SUNSTEIN, Cass R. Os direitos dos animais. *Revista Brasileira de Direito Animal* v.9 n.16. 2014, Disponible en <http://www.portalseer.ufba.br/index.php/RBDA> <http://www.portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/12118> acessado en 15.7.2016.

³⁵ SALT, Henry. *Animal's rights: considered in relation to social progress*. Pensylvannia: Society for Animals Rights, 1980, p. 2.

³⁶ FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1990, p. 144.

³⁷ GORDILHO, Heron J. S. *Abolicionismo animal*. Salvador: Evolução. 2009, p. 105

interesan... ellos también deben ser vistos como sujetos de experiencia de la vida, con un valor intrínseco por sí mismo.³⁸

Muchos autores, sin embargo, refutan la posibilidad de ampliar a los animales los derechos humanos, bajo el argumento estoico de que el límite real que existe entre el hombre y los animales es la distinción entre la libertad y el determinismo. Para estos autores, el hombre sería el único sujeto moral en el mundo, porque solo él es capaz de un acto de libertad, como un acto que no se practica en función de un instinto. De ese modo, no siendo libre el animal, no podía ser moralmente responsable de nada: el animal siempre sería inocente.³⁹

No nos parece, sin embargo, que tales argumentos son capaces de justificar la no concesión de la dignidad moral a los animales no humanos, pues, vía de regla, ellos se basan en la ética aristotélica tradicional que entre el hombre y los animales existen barreras infranqueables, a pesar de la evidencia de que muchos animales están dotados de inteligencia, sentido moral y la conciencia social.⁴⁰

Como afirma Laurence Tribe, hace mucho tiempo que el derecho ya entienden que ser sujeto de derechos y obligaciones no es un privilegio solo de los seres humanos, como las personas jurídicas y otras entidades.⁴¹

Además, incluso entes jurídicos despersonalizados, o sea, aquellos que no son personas físicas o jurídicas, como la bancarrota, la sucesión, las herencias yacentes, la propiedad horizontal, la unión marital de hecho o matrimonio homosexual, la sociedad de hecho, etc., pueden ser sujetos de derechos y obligaciones, incluida la capacidad legal, y por lo tanto se permite la defensa de sus derechos ante los tribunales.

En este sentido, un animal o un conjunto de ellos, como entidad legal despersonalizada pueden ser admitidos en el tribunal como titular de derechos y obligaciones de carácter civil, representada por su tutor en el caso de los animales domésticos o domesticados, y por el Ministerio Público y demás colegitimados para la acción civil, en el caso de los animales salvajes.⁴²

³⁸ REGAN, Tom. A causa dos direitos dos animais. *Revista Brasileira de Direito Animal* v.8 n.12. 2013, ps 31-35. Disponible en <http://www.portalseer.ufba.br/index.php/RBDA>

³⁹ RABENHORST. Eduardo R. Sujeito de direito: algumas considerações em tomo do direito dos animais. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco* 2-3/126, Recife, jan-mar 1997.

⁴⁰ RATTEL, Hervé. La planète des singes. *Sciences et anenir* 647/50, Paris, jan. 2001. En el mismo artículo, p. 54: "Ahora nos encontramos en una situación en la que es necesario volver a examinar 'propio hombre', que fue concebido a partir de nuestra ignorancia en relación a los primates, dijo Pascal Picq" (Nuestra traducción).

⁴¹ TRIBE, Laurence. Dez lições que a nossa experiência constitucional pode nos ensinar a respeito do quebra-cabeça dos direitos dos animais: O trabalho de Steven M. Wise. *Revista Brasileira de Direito Animal* n.5. Vol.5. 2009, p.57. Disponible en <http://www.portalseer.ufba.br/index.php/RBDA>. Acesso en 20.3.2016.

⁴² BRASIL. Decreto nº 24.645, de 10 de julio de 1934. Establece medidas de protección a los animales. Disponible en: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D24645.htm>. Acesso em: 10 ene. 2016, Art. 3º: "Los animales serán asistidos en los tribunales por los fiscales, sus sustitutos legales y miembros de las sociedades de protección animal".

4. ¿Por qué las leyes que regulan las manifestaciones culturales que someten a los animales a crueldad o maltratos son inconstitucionales?

La Constitución Federal en su Art. 225, VII, reconoce que los animales están dotados de sensibilidad, la imposición de todo el deber de respetar su vida, la libertad y la integridad física del cuerpo, expresamente prohíbe las prácticas que ponen en peligro su función ecológica, causar la extinción o los sometan a la crueldad.

Si tomamos en serios esa norma constitucional, es imposible negar que los animales tienen al menos una posición mínima de derecho: a no ser sometido a tratos crueles, las prácticas que ponen en peligro su función ecológica o pongan en peligro la preservación de su especie.⁴³

Es que, nuestros problemas constitucionales, se deben a dar preferencia a los puntos de vista que lleven las normas a obtener la máxima eficacia jurídica en cada caso concreto, entendiéndose por eficacia jurídica aquella cualidad de una norma para producir sus efectos típicos, sin importar si esos elementos efectivamente se producen en la realidad social, ya que no se puede atribuir a una norma constitucional un mero valor moral del consejo, aviso o recomendación.⁴⁴

De acuerdo con Laerte Levai, esa norma constitucional desvinculó completamente el derecho brasileño de la perspectiva antropocéntrica, a favor de la ética biocéntrica, haciendo materialmente inconstitucionales las leyes ordinarias que regulan la explotación de los animales en los circos, peleas de gallos, vaquejadas, etc.⁴⁵

Es que la norma constitucional, como cualquier otra norma, contiene un mandamiento, una prescripción —con fuerza jurídica, no solo moral— por lo que su incumplimiento debe dar lugar a un mecanismo de coacción, el cumplimiento forzoso, para garantizar su imperatividad.⁴⁶

El principio constitucional de no-crueldad con los animales, previsto en el Art. 225, § 1, VII de la Constitución de la República Federativa del Brasil (CF), se materializa en la penalización del mal tratos a los animales, dejando al legislador ordinario regular la conducta de abuso, que consiste en exigir un esfuerzo excesivo del animal o utilizarlo indebidamente; maltratar, someterlo a la privación de alimentos y a la atención o tratar con violencia; herir, causar lesiones, fracturas, contusiones, etc.; mutilar, decapitar o cortar parte del cuerpo del animal. Los tipos objetivos mencionados son de medición fácil, ya que en la mayoría de los casos se demuestra físicamente la lesión en el animal.⁴⁷

Aunque esta información no se da a conocer al público en general, los métodos utilizados para ocasionar la salida o corrida de los bueyes en las vaquejadas es la reclusión

⁴³ GORDILHO, Heron. *Abolicionismo animal*. Salvador: Evolução. 2009, p. 138

⁴⁴ BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2004. p. 246-250.

⁴⁵ LEVAI, Laerte F. *Direito dos animais: o direito deles e o nosso direito sobre eles*. Campos do Jordão: Mantiqueira, 1998. p. 128.

⁴⁶ BARROSO, op. cit, p. 68.

⁴⁷ SANTANA, Luciano. O crime de maus-tratos aos animais: uma abordagem sobre a interpretação e a prova de materialidade e autoria. En: Ana Maria Moreira Marchesan, Annelise Monteiro Steigleder (orgs). *Crimes ambientais: comentários à Lei 9.605/98*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora. 2013, p.152-3.

previa por un largo período, el uso de la flagelación y ofendículos, la introducción de la pimienta y la mostaza analmente, choques y otras prácticas claramente de maltratos.⁴⁸

Antes de la Ley Federal Nº 9.605 / 98, la crueldad con los animales solo se consideraba un delito menor, y estando tipificada en el Art. 64 de la Ley Federal Nº 3.688 / 41.⁴⁹ En este artículo definía el maltrato a partir de la idea de Icrueldad, que es un concepto subjetivo, dejando al jurista en el caso concreto definir si la conducta era o no cruel. Ahora tales conductas quedan englobadas en el Art. 32 de la LCA como un acto de abuso o maltrato.⁵⁰

El Decreto Ley Federal N ° 24.645 / 34, publicado por Getúlio Vargas, que presenta de forma ejemplificativa 31 incisos de diversas conductas tipificadas como maltratos, tales como: practicar un acto de abuso o crueldad en cualquier animal; mantener animales en lugares poco higiénicos o les impida la respiración, el movimiento o descansar, o privarlos de aire o la luz; obligando a los animales a un trabajo excesivo; golpear, herir o mutilar voluntariamente cualquier órgano o tejido de la economía, excepto la castración; dejar animal enfermo, herido, agotado o mutilado, bien como dejar de suministrale todo lo que humanitariamente le sea posible proveer, inclusive la asistencia veterinaria.

El Art. 3º del Decreto Ley Federal 24.645/34 dispone:

Se considera crueldad:

XXIX: Realizar o promover peleas entre animales de la misma especie o de especies diferentes, corridas de toros y las corridas de toros simulados, incluso, en un lugar privado.⁵¹

Según Edna Cardozo Dias:

Los animales usados en vaquejadas sufren luxaciones y hemorragias internas, debido a la caída. Y no solo es tosco que participa en la derribada del buey. Hoy en día, ya están llegando los empresarios en escena, profesionales liberales y otras categorías profesionales, como si esta práctica fuese un deporte. Todo este tormento que sufren los animales es ganar premios derivados del prorrato de las suscripciones de pago por el vaquero. En 1991 el primer premio para los 250 pares que compiten en XIV Vaquejada del Parque Napoleón Bonaparte Viana, celebrado en la Hacienda Garrote n Caucaia, fue de R\$ 1,5 millones.

⁴⁸ SIQUEIRA FILHO, Valdemar; LEITE, Rodrigo de A.; LIMA, Victor Breno de. A prática da vaquejada em xeque: considerações sobre a ação direta de inconstitucionalidade nº 4.893. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, v. 10, n. 20, set-dez 2015, p. 59-80. Hoy, por ejemplo, los animales son encerrados antes del momento en que se liberan a la pista y, mientras esperan, son golpeados e instigados. Solamente así, se asegura que el animal se ejecutará cuando se abra la puerta.

⁴⁹ BRASIL. Ley Federal n.3.688/41. Art. 64. Tratar a los animales con crueldad o someterlos a un trabajo excesivo:

Pena - prisión simple, a partir de diez días a un mes, o multa, de cien a quinientos mil reis.

§ 1º En la misma pena incurre quien, aunque para fines educativos o científicos, llevara a cabo en un lugar público o expuesto al público, los experimentos dolorosos o crueles con animales vivos.

§ 2º Se aplica la pena con un aumento de la mitad, si el animal es sometido a exceso de trabajo o tratado cruelmente, en la exhibición o espectáculo público.

⁵⁰ SANTANA, Luciano. O crime de maus-tratos aos animais:uma abordagem sobre a interpretação e a prova de materialidade e autoria. En: Ana Maria Moreira Marchesan, Annelise Monteiro Steigleder (orgs).*Crimes ambientais: comentários à Lei 9.605/98*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora.2013, p.152-3.

⁵¹ BRASIL. Decreto Ley Federal N ° 24.645 / 34. Disponible en http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D24645.htm

De acuerdo informa la abogada ambientalista Dra. Geuza Leitão de Barros, en Ceará son las mismas prefecturas que promueven las vaquejadas con el patrocinio de las grandes empresas.

Un mal hábito de peones nordestinos es llevar una cuchilla afilada, o un pedazo de hueso cortante, escondido en la manga para cortar la cola del buey, al tiempo en que lo tumba.⁵²

Para Tom Regan, los maltratos pueden ser practicados por inflicción de sufrimiento físico o mental prolongado o de intensidad considerable o por privación de los beneficios necesarios para la satisfacción de la vida, independientemente del sufrimiento o de la conciencia del daño.⁵³

La crueldad, es del tipo sádico (movido por el placer del agente en hacer al otro sufren) sea brutal (que implica, en lugar del gozo, la indiferencia al sufrimiento causado al otro), ya sea perpetrada de forma activa (expresada por un comportamiento comisivo, por ejemplo, la agresión física) o pasiva (incluidos los actos de omisión y negligencia, por ejemplo, abandonar la mascota a su propia suerte), implica referencia al estado mental del agente –como placer o indiferencia al sufrimiento ajeno– siendo, así, una base inadecuada para fundamentar nuestras obligaciones, pues, “la forma como la persona se siente sobre que la persona hace es lógicamente distinto a la evaluación moral de *aquello* que hace la persona”.

La vaquejada, así como el rodeo, es repudiada por las entidades de defensa de los animales brasileñas. Entre los supuestos maltratos denunciados en esos eventos están el acto de sumeter a los bueyes al miedo y desespero a través acorramiento y agresiones con descargas eléctricas y golpes, con el fin de hacer que corra en fuga, descornar los mismos sin anestesia y el hecho de los caballos sean atizados a correr mediante golpes de espuelas aplicados por los vaqueros. Los propios actos de perseguir el animal y tirar de la cola también son considerados agresiones por los defensores de los animales. Además, son relatadas con frecuencia consecuencias muy perjudiciales de tracción forzada en la cola y el derribamiento del buey, como las fracturas en las piernas, lesiones y desplazamiento de la articulación de la cola o incluso amputación de esta.

Otro detalle, reconocido por los propios organizadores de vaquejadas, es que el buey puede ser incapaz de levantarse después de haber sido derribado. El juzgamiento de la prueba se realiza igualmente con el buey inerte en el suelo.

Además de las consecuencias físicas de los animales, las cuestiones éticas entran en discusión, como cuestionar la base moral de explotar y dañar a los animales con fines de entretenimiento, la validez del evento de llamar deporte un evento de entretenimiento basado por definición en el abuso de los mismos y el dilema de la prevalencia del valor cultural de este tipo de actividad en el bienestar y la dignidad de los animales.

En Portugal, tiene dos fases: la llamada tratar un caballo (o, con menor frecuencia, a hacer frente a pie) y luego el asa. La primera es llevaba a cabo por un caballero que lidia el toro. La lidia consiste en la colocación de las banderillas, dichas púas, de diferentes tamaños, comenzando con banderillas largas y muchas veces culmina en banderillas muy cortas, dicha "de palma".

⁵² DIAS, Edna Cardozo. *Tutela jurídica dos animais*. Mandamentos. Belo Horizonte: 2000, p. 201.

⁵³ REGAN, Tom. *A causa dos Direitos dos animais*. Revista Brasileira de Direito Animal v. 8 n.12. 2013. p. Disponible en <http://www.portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/8385/6003> Accedido en 13.07.2016.

En Portugal, las corridas de toros fueron prohibidas en 1836, durante el reinado de Doña María II, pero la prohibición duró sólo nueve meses, ya que la población se rebeló en contra de ella. Volvieron por lo tanto a ser permitidas, pero se prohíbe llamarlos toros de muerte, donde el toro muere en la plaza pública, aunque esta práctica no ha dejado de suceder de varias corridas. En 1928, los toros de muerte fueron prohibidos en Portugal. En 2002, la ley fue cambiada de nuevo para permitir a los toros de muerte justificada por la tradición local, como en el pueblo de Barrancos. En Monsaraz toro continuó siendo muertos entre 2002 y 2013 (a raíz de una tradición de siglos), incluso sin autorización oficial, la defensa de los lugares que este pueblo cumplido con los requisitos legales para tener toros de muerte, y el Tribunal Administrativo de haber utilizado les dado la razón y, en consecuencia, los espectáculos con toros de muerte en el pueblo medieval de Monsaraz llegaron a ser autorizadas por la autoridad administrativa competente (inspección general de Actividades culturales) desde 2011.⁵⁴

Por lo tanto, a partir de la combinación del Art. 225, § 1, VII de la Constitución de la República Federativa del Brasil, el Art. 32 de la Ley núm. 9.605 / 98, art. 64 de la Ley de Delitos Menores y el Art. 3 del Decreto Ley Federal N ° 24.645 / 34, es evidente que los derechos de los animales deben prevalecer sobre el derecho a la expresión cultural.

5. El derecho de los animales a no ser maltratados o el derecho a la manifestación cultural de la vaquejada: ¿cuál derecho debe prevalecer?

Como advierte Marilia Muricy, el pluralismo cultural con su multitud de creencias y prácticas interpretativas exige un nuevo significado al principio de la universalidad, pues un mundo de paradojas y fragmentaciones cualquier intento de establecer patrones de comportamiento único está condenado al fracaso.⁵⁵

Como sabemos, no siempre los criterios dogmáticos tradicionales de la jerarquía, la posteridad y la especialización son capaces de resolver los conflictos entre los derechos fundamentales previstos en las normas constitucionales. En tales casos, como las características de cada caso particular deberá presentarse un conflicto de derechos a un proceso de ponderación, al permitir la comprensión mutua encontrar una decisión legítima.⁵⁶

En este caso particular, existe evidencia de una colisión entre derechos fundamentales, vale decir, entre el derecho a la expresión cultural de los que practican la vaquejada y, el otro, el derecho fundamental de los animales a no ser tratados con crueldad (visión de los derechos de los animales) o, en un punto de vista más tradicional, el derecho fundamental a un medioambiente sano y equilibrado (visión antropocéntrica).

A pesar de que una Constitución republicana como la nuestra de traer consigo el sello de la práctica de la crueldad animal, la vaquejada, en cuanto a actividad deportiva, entretenimiento humano y el patrimonio cultural de la sociedad, se ha consolidado a lo largo de la historia hasta nuestros días, y a menos que haya una indicación expresa de la Constitución, el legislador no puede establecer una preferencia en abstracto por un derecho

⁵⁴ Centro Vegetariano . Touradas? Ação Animal. Disponible em: <http://www.matp-online.org>. Acceso en 13-3-2016

⁵⁵ MURICY, Marília. *Senso Comum e Direito*. São Paulo: Atlas. 2015, p.86

⁵⁶ BARROSO, Luís. Liberdade de expressão versus direitos de personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. En: *Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações/* org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre:Livraria do Advogado Ed., 2007, p.71.

fundamental sobre otro, y debe limitarse a establecer normas y directrices que pueden servir como elementos de convicción del intérprete.

La Constitución de 1988, por ser un documento fundante, guarda valores e intereses divergentes, por lo que el control de constitucionalidad de una ley a menudo es necesario ir más allá de un simple subsunción del hecho en la norma, y producir, por medio de la ponderación, una regla concreta que tenga en cuenta las diversas normas que se adapten al contexto fáctico.⁵⁷

Es que el análisis de la constitucionalidad en un caso difícil requiere una técnica de ponderación que tenga como parámetro básico principio fundamental de proporcionalidad o razonabilidad.⁵⁸

En ese caos, el intérprete debe inicialmente agrupar los argumentos y los fundamentos normativos que dan lugar las mismas soluciones lado a lado y promover una comparación entre las soluciones encontradas. A continuación, es preciso examinar los hechos y las circunstancias del caso concreto en su interacción con las diversas normas aplicables, para, después, examinar los diversos grupos normativos y la repercusión de los hechos en este caso concreto, atribuyendo un peso a cada uno de ellos para, solamente entonces, decidir qué solución va a prevalecer. Por último, el intérprete va a graduar la intensidad aplicativa de la solución elegida.⁵⁹

Esto es lo que se deriva de las palabras de Paulo Affonso Leme Machado:⁶⁰

Hechos incluso con carácter folclóric o hasta histórico, incluso, "fiesta del buey" están cubiertos por el Art. 32 de la Ley 9.605 / 98, y deben ser castigado, no sólo los que las hacen, sino que también en coautoría, los que los incitan, de cualquier forma. El uso de instrumentos en los animales cuando se realizan los partidos o los llamados "rodeos" o "vaquejadas", tipifica el delito comentado, pues, concreta el maltrato contra los animales (énfasis añadido).

Tratándose, también, de la confrontación entre la cultura y el medioambiente, Valdemar Siqueira Filho, Rodrigo de Almeida y Victor Breno enfrentan esa problemática, y, así, la crueldad a la que son sometidos los animales cuando se ven forzados a participar en eventos como la vaquejada, diseñando, en el trabajo científico, el cuadro que se describe ahora a continuación:

En esta dicotomía, aparecerá por un lado: la defensa de la realización de las vaquejadas, como representante de la tradición cultural nordestina y que impulsa la economía local. Por otro lado, aquellos que lo ven como una práctica que implica la crueldad con los animales y la falta de seguridad para los vaqueros. Para estos, el concepto de medioambiente supera el binomio estático entre cultura/naturaleza, y, por lo tanto, defienden la armonía necesaria entre la construcción del ser social y su convivencia en el entorno en que vive. Además de estos factores, sostienen que la limitación de eventos culturales

⁵⁷ SILVA NETO, Manoel Jorge. *Proteção Constitucional à liberdade religiosa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008, p.96

⁵⁸ BARROSO, Luís. Liberdade de expressão versus direitos de personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. En: *Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações*/ org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre:Livraria do Advogado Ed., 2007.

⁵⁹ Ibíd.

⁶⁰ MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2011, p. 885.

para responder a una actualización permanente de nuestro contexto histórico cultural.⁶¹

La Constitución Federal, al mismo tiempo, otorga el derecho a la cultura y el medioambiente, lo que revela, de esta forma, la inexistencia de una jerarquía entre estos dos grandes derechos fundamentales, heredado de los constituyentes de la población brasileña.

En este paso, tanto el Art. 215 como los dispuesto en el Art. 225 de la Constitución Federal debe ser manejado por el intérprete y el aplicador del derecho, y al entrar en rumbo de un colisión aparente exige que el intérprete tenga a la mano la técnica de la ponderación de los derechos para definir cuál de que debe prevalecer en una determinada situación de hecho.

El 6 de octubre de 2016, el Tribunal Supremo de Brasil resolvió por la demanda de inconstitucionalidad n. 4983, propuesto por el Procurador General de la República en contra de la Ley 15.299 / 2013 Estado de Ceará, que regula la Vaquejada como deportivas y las prácticas culturales.

Por 6 votos contra 5, los ministros consideran que esta práctica somete a los animales a la残酷, en violación de la sección VII del § 1 del art. 225 de la Constitución Federal.

Es importante tener en cuenta que lo que estaba en juego en la decisión del Tribunal Supremo de Brasil fue una colisión entre dos derechos fundamentales: el derecho fundamental de la sociedad a un medio ambiente sano y equilibrado, consagrado en la ley de los propios animales no ser tratado cruelmente en conflicto con el derecho a la expresión cultural.

En su opinión, el ministro Marco Aurélio Melo dice:

El significado de "crueldad" en la última frase del apartado VII del § 1 del artículo 225 del Diploma Superior alcanza, sin duda, la tortura y los malos tratos infligidos a los animales durante la práctica controvertida, demostrando ser intolerable, el más ningún poder, la conducta humana autorizado por la norma estatal atacado. Dentro de la composición de los intereses fundamentales implicados en este proceso, es de soportar la reivindicación de protección al medio ambiente.⁶²

El Ministro Luis Roberto Barroso, por su parte, señala que:

En Vaquejada, el giro repentino de la cola de los animales a gran velocidad y su derrocamiento necesariamente con las cuatro patas arriba como lo exige la norma, es inherentemente cruel y perjudicial para el animal. Incluso en situaciones en las que el daño físico y mental no es inmediatamente visible a simple vista, no hay riesgo de graves consecuencias que se manifiestan después del evento. En cualquier caso, el potencial muy importante de daño ya es capaz de desencadenar la incidencia del principio de precaución.⁶³

En el voto decisivo, el ministro de Carmen Lucia, utiliza una interpretación evolutiva de considerar la promulgación de la Constitución Federal de 1988 cambió la comprensión de la Vaquejada, demostrando así que el Estado de Derecho Ceará era inconstitucional por

⁶¹ SIQUEIRA FILHO, Valdemar; LEITE, Rodrigo de A.; LIMA, Victor Breno de. A prática da vaquejada em xeque: considerações sobre a ação direta de inconstitucionalidade nº 4.893. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, v. 10, n. 20, set-dez 2015, p.62.

⁶² BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4983. Disponible en <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326838>

⁶³ IBID.

permitir la caída del toro por la cola, una práctica que, de acuerdo a estudios de veterinaria, se somete eficazmente a los animales a la crueldad y el maltrato.

En su opinión, la ministra Carmen Lúcia Antunes Rocha dice:

Siempre habrá los que defienden lo que viene de mucho tiempo y se hundió en la cultura de nuestro pueblo. Pero los cambios de cultivo y muchos se tomaron en esta condición hasta que no había otra forma de ver la vida, no sólo el ser humano.⁶⁴

En cualquier caso, el Tribunal Supremo de Brasil, a raíz de sus propios precedentes en juicios sobre las peleas de gallos y Farra do Boi, reafirmó la prevalencia de los derechos de los animales en relación con los eventos culturales.

Por otra parte, en el caso de la Acción de Inconstitucionalidad Directa, el Tribunal Supremo de Brasil adopta la teoría de la trascendencia de las razones determinantes, de modo que la ratio decidendi de la sentencia tendrá erga omnes y efecto vinculante en relación a los órganos judiciales y de la Administración Pública Federal, estatal y municipal.

En resumen, todos los nacionales, estatales o municipales, con un contenido similar, es decir, para permitir que el "dirigir el mango" se verá impedido de ser aplicada, sometiendo a los que no cumplan con las sanciones judiciales de la Corte Suprema, entre ellos el previsto El artículo 32 de la Ley núm. 9.605 / 98, que define como delito ambiental la práctica de actos de abuso, maltrato, lesiones o mutilaciones de animales.

6. Conclusión

A guisa de conclusión, nos interesa resaltar que la vaquejada, a pesar de los cambios, es -sin duda- una práctica cultural de gran valor histórico, social y económico, especialmente en el nordeste de Brasil.

No obstante, varios informes veterinarios dan fe de la existencia de numerosos daños a la salud y la integridad física de los animales que participan en este evento cultural, ya sea ganado o caballos, que constituye en una práctica que somete a los animales a la crueldad, que ataca directamente cómo dispuesto en el Art. 225, § 1, VII de la Constitución Federal.

También vimos, que en otras ocasiones, la Suprema Corte se enfrenta a conflictos entre los derechos fundamentales de libertad de expresión cultural y el derecho de los animales a no ser maltratados o sometidos a prácticas crueles, y el segundo derecho ha sido prevalente, por ejemplo los precedentes relacionados con la "pelea de gallos" y la "fiesta del buey".

De hecho, la solución al conflicto de los derechos fundamentales mediante la técnica de ponderación y con base en el entendimiento ya establecida en la Suprema Corte, los derechos de los animales de no ser maltratados o sometidos a prácticas crueles debe prevalecer hace el derecho a la libre manifestación cultural.

7. Referencias

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DA VAQUEJADA. A vaquejada. Disponível em <http://www.abvqaq.com.br/telas/4> . Acesso em 4 jan. 2016.

⁶⁴ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. ADI 4983. Disponible en <http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=326838> .

- BAHIA. Lei nº 13.454, de 10 de novembro de 2015. Regulamenta a Vaquejada como prática desportiva e cultural no Estado da Bahia, institui medidas de proteção e combate aos maus tratos com os animais durante o evento e dá outras providências. Disponível en: <<http://www.legislabahia.ba.gov.br>> . Acesso em 10 jan. 2016.
- BARROSO, Luís. Liberdade de expressão versus direitos de personalidade. Colisão de direitos fundamentais e critérios de ponderação. En: *Direitos fundamentais, informática e comunicação: algumas aproximações/* org. Ingo Wolfgang Sarlet. Porto Alegre:Livraria do Advogado Ed. 2007
- BENJAMIN, Antonio H. *A natureza no direito brasileiro: coisa, sujeito ou nada disso. Caderno jurídico.* Escola Superior do Ministério Público.2. Jul 2001.
- BEZERRA, José Euzébio Fernandes. *Retalhos do meu sertão.* Rio de Janeiro: Leão do Mar, 1978. p. 8.
- BRASIL. Constituição Federal (1988). Disponível en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm . Acesso em: 18 jan. 2016.
- _____. Decreto nº 24.645, de 10 de julho de 1934. Estabelece medidas de proteção aos animais. Disponível en: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1930-1949/D24645.htm . Acesso em: 10 jan. 2016.
- _____. Supremo Tribunal Federal. ADIN nº 2.514-7. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerida: Assembléia Legislativa do Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Eros Grau. DJ de 09.12.05. Disponível en: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=266833> . Acesso em: 5 jan. 2016.
- _____. Supremo Tribunal Federal. ADIN nº 2.282-4. Requerente: Procurador-Geral da República. Requerida: Assembléia Legislativa do Estado do Rio Grande do Norte. Relator: Min. Cesar Peluso. Disponível en: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=469712> . Acesso em: 5 jan. 2016.
- _____. Supremo Tribunal Federal. ADIN nº 1.856. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Governador do Estado do Rio de Janeiro e Assembleia Legislativa do Estado do Rio de Janeiro. Relator: Min. Celso de Mello. Disponível em <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=628634> . Acesso em: 6 jan. 2016.
- _____. Supremo Tribunal Federal. ADIN nº 4.983. Requerente: Procurador-Geral da República. Requeridos: Governador do Estado do Ceará e Assembleia Legislativa do Estado do Ceará. Relator: Min. Marco Aurélio. Disponível en: http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=442524_3 . Acesso em: 6. jan. 2016.
- _____. Supremo Tribunal Federal. Recurso Extraordinário nº 153.531-8. Recorrente: Associação Amigos de Petrópolis – Patrimônio, Proteção aos Animais, Defesa da Ecologia – APANDE e outros. Recorrido: Estado de Santa Catarina. Relator: Min. Marco Aurélio. DJ de 13.03.98. Disponível en: <http://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=211500> . Acesso em: 5 jan. 2016.

- CASCUDO, Luís da Câmara. *A vaquejada nordestina e sua origem*. Natal: Fundação José Augusto, 1976.
- _____. *Dicionário do folclore brasileiro*. 5. ed. rev. e aum. São Paulo: Melhoramentos, 1979.
- CEARÁ. Lei nº 15.299, de 8 de janeiro de 2013. Regulamenta a vaquejada como prática desportiva e cultural no Estado do Ceará. Disponível en: <http://www.al.ce.gov.br/legislativo/plenario5/nova/index.htm> . Acesso em: 5 jan. 2016.
- CENTRO VEGETARIANO . Touradas? Ação Animal. Disponível en <http://www.matp-online.org>. Acceso en 13.3.2016
- COETZZE, JohnM. *A vida dos animais*. Trad. José Rubens Suqueira. São Paulo: Companhia das Letras. 2002.
- CRETELLA JR., José. *Curso de direito romano*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- CURITIBA/PR. Lei nº 13.908, de 19 de dezembro de 2011. Estabelece, no âmbito do município de Curitiba, sanções e penalidades administrativas para aqueles que praticarem maus-tratos aos animais e dá outras providências. Disponível en: <https://leismunicipais.com.br/a/pr/c/curitiba/lei-ordinaria/2011/1390/13908/lei-ordinaria-n-13908-2011> . Acesso em: 5 jan. 2016.
- COMPARATO, Fábio Konder. *A afirmação histórica dos direitos humanos*. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2001.
- DISTRITO FEDERAL. Lei nº 1.492, de 30 de junho de 1997. Veda, no âmbito do Distrito Federal, a realização de eventos que impliquem atos de violência contra os animais. Disponível en: <http://legislacao.cl.df.gov.br/Legislacao/consultaTextoLeiParaNormaJuridicaNJUR-29713!buscarTextoLeiParaNormaJuridicaNJUR.action> . Acesso em: 18 jan. 2016.
- FERRAZ JÚNIOR, Tércio Sampaio. *Introdução ao estudo do direito: técnica, decisão, dominação*. São Paulo: Atlas, 1990.
- FAVRE, David. "Equitable self-ownership for animals". *Revista de Direito Ambiental*, São Paulo, RT, n. 29, ano 8, p. 10, jan-mar 2003.
- _____. Propriedade viva: um novo *status* para os animais dentro do sistema jurídico. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, Evolução. n. 9, ano 6. jul-dez 2011.
- IHERING, Rudolf Von. *A luta pelo direito*. Rio de Janeiro: Forense, 1999.
- KELSEN, Hans. *Teoria pura do direito*. São Paulo: Martins Fontes, 1987.
- KUHN, Thoma S. *A estrutura das revoluções científicas*. Trad. Beatriz Vianna Boeira e Nelson Boeira. São Paulo: Perspectiva, 1962.
- LOPES, Ana Maria D.; BENÍCIO, Márcio. Análise da decisão judicial sobre a "briga de galos" (ADIN nº 1.856/2011) a partir da teoria argumentativa de Neil MacCormick. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, v. 10, n. 20, p. 37-58, set-dez 2015. Disponível en <http://www.portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/8385/6003> . Acesso en 18.04.2016.
- MACHADO, Paulo Affonso Leme. *Direito ambiental brasileiro*. 19. ed. São Paulo: Malheiros, 2011.
- MURICY, Marília. *Senso Comum e Direito*. São Paulo: Atlas. 2015.

- SABUGOSA, Conde de. Touradas em Portugal. *Revista Portuguesa de Arte e Turismo*. Ano 4. n. 23. 1945.
- SILVA NETO, Manoel Jorge. *Proteção Constitucional à liberdade religiosa*. Rio de Janeiro: Lumen Juris. 2008.
- OLIVEIRA, Carlos Eduardo Fernandes de. *Afecções locomotoras traumáticas em eqüinos (Equus caballus, LINNAEUS, 1758) de vaquejada atendidos no Hospital Veterinário/UFCG, Patos - PB*. Disponível en: http://www.cstr.ufcg.edu.br/mono_mv_2008_2/monogr_carlos_eduardo_fernandes.pdf. Acesso em: 4 jan. 2016.
- PARAÍBA. Lei nº 10.428, de 20 de janeiro de 2015. Reconhece a Vaquejada como atividade esportiva, no âmbito do Estado da Paraíba. Disponível en: <http://201.65.213.154:8080/sapl/sapl_documentos/norma_juridica/11619_texto_integral>. Acesso em: 5 jan. 2016.
- PAYNE, Ruth. Animal welfare, animal rights, and the path to social movement's struggle for coherency in the quest for change. *Virginia Journal of Social Policy and the Law Association*, Spring, 2002.
- RABENHORST, Eduardo Ramalho. *Dignidade humana e moralidade democrática*. Brasília: Jurídica, 2001.
- _____. Sujeito de direito: algumas considerações em tomo do direito dos animais. *Revista da Escola Superior da Magistratura do Estado de Pernambuco* 2-3/126, Recife, jan-mar 1997.
- RATTEL, Hervé. La planète des singes. *Sciences et avenir* 647/50, Paris, jan. 2001. Neste mesmo artigo, p. 54: "Nós estam os hoje em dia em uma situação tal que é preciso reexaminar o famos 'próprio do homem', que foi concebido a partir da nossa ignorância em relação aos primatas, afirmou Pascal Picq." (Tradução nossa).
- REGAN, Tom. *A causa dos Direitos dos animais*. *Revista Brasileira de Direito Animal* v. 8 n.12. 2013. Disponibile en <http://www.portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/8385/6003> Acesso en 13.07.2016.
- SALT, Henry. *Animal's rights: considered in relation to social progress*. Pensylvannia: Society for Animals Rights, 1980.
- SANTANA, Luciano. O crime de maus-tratos aos animais:uma abordagem sobre a interpretação e a prova de materialidade e autoria. in: Ana Maria Moreira Marchesan, Annelise Monteiro Steigleder (orgs).*Crimes ambientais: comentários à Lei 9.605/98*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora.2013
- SANTANA DE PARNAÍBA/SP. Lei nº 3.259, de 26 de abril de 2013. Disponibile en: http://scandoc.com.br/cm_santana/doc_legis_proj/2013/PLE/PLE0061_2013 LEI325_9_2013.pdf. Acesso em: 5 jan. 2016.
- SILVA, José Afonso da. *Ordenação Constitucional da Cultura*. São Paulo: Malheiros, 2001.
- SINGER, Peter. *Ética prática*. Trad. Jefferson Luís Camargo. São Paulo: Martins Fontes, 1998.
- SIQUEIRA FILHO, Valdemar; LEITE, Rodrigo de A.; LIMA, Victor Breno de. A prática da vaquejada em xeque: considerações sobre a ação direta de inconstitucionalidade nº 4.893. *Revista Brasileira de Direito Animal*, Salvador, v. 10, n. 20, p. 59-80, set-dez 2015. Disponibile en <http://www.portalseer.ufba.br/index.php/RBDA>

- <http://www.portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/15297> acessado en 15.5.2016.
- SUNSTEIN, Cass R. Os direitos dos animais. *Revista Brasileira de Direito Animal* v.9 n.16. 2014, Disponível en <http://www.portalseer.ufba.br/index.php/RBDA/article/view/12118> acessado en 17.6.2016.
- TRIBE, Lourence. Dez lições que a nossa experiência constitucional pode nos ensinar a respeito do quebra-cabeça dos direitos dos animais: O trabalho de Steven M. Wise. *Revista Brasileira de Direito Animal* n.5. Vol.5. 2009. Disponível en www.animallaw.info/policy/revista-brasileira-de-direito-animal-brazilian-animal-rights-review. Acesso en 11.05.2016.
- WISE, Steven. *Rattling the cage: Toward legal rights for animals*. Cambridge/Massachussets: Perseus Books, 2000.

El urbanismo como forma de intervención administrativa. Especial referencia al caso gallego con la Ley 9/2013

Urbanism as a way of administrative intervention. Special reference to the Galician case with the Law 9/2013

ANTÍA PENA DORADO

Secretaría de entrada de Ayuntamiento

Sumario: 1. Introducción: formas de actividad administrativa y concepción tradicional de las formas de intervención de los entes locales. 2. Principales novedades introducidas por la Directiva 2006/123/CE en las formas de intervención administrativa. 3. Especial referencia al caso gallego. 3.1. Análisis del sistema urbanístico con carácter previo a la aprobación de la Ley 9/2013. 3.2. La nueva Ley 9/2013. 4. Bibliografía.

Resumen: Las fórmulas clásicas de intervencionismo local, han sufrido un gran cambio con la aprobación de la Directiva de Servicios, en la que se configura el paso de un control a priori por parte de la administración, a un control ex post, con mecanismos como son la declaración responsable y comunicación previa, que han supuesto un importante cambio en las relaciones entre las entidades locales y sus administrados. En la comunidad autónoma gallega la adaptación normativa se produce con la Ley 9/2013.

Palabras clave: Directiva, intervención, declaración responsable, comunicación previa, Galicia.

Abstract: The classic formulas local interventionism, have undergone a major change with the approval of the Services Directive, in which the passage of a priori control by the administration set, an ex post control mechanisms as are the responsible reporting and prior communication, which have been a major change in relations between local authorities and managed. In the Galician autonomous community normative adaptation it occurs with Law 9/2013.

Key words: Directive, intervention, responsible statement, prior notification, Galicia.

1. Introducción: formas de actividad administrativa y concepción tradicional de las formas de intervención de los entes locales

Dentro del estudio de la actividad administrativa cobra gran importancia su división, como puso de manifiesto la clásica trilogía formulada por Jordana de Pozas, que diferenciaba entre actividad de policía, fomento o servicio público¹. División por otra parte, a la que responde la estructura del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto del 17 de junio de 1955.

En este sentido, Jordana de Pozas señala que “para lograr la satisfacción de las necesidades generales se utilizan una gran variedad de medios que pueden agruparse en cuatro grupos o modos: legislación, policía, fomento y servicio público”². Sin embargo, conviene tener presente que si se requiere algún tipo de actividad administrativa para el cumplimiento de las normas establecidas por vía legislativa, dicha actividad se incardinaría en cualquiera de las tres categorías antes expuestas.

¹ Vid. PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de derecho administrativo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012, p.282.

² Vid. JORDANA DE POZAS, Luis. “Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho administrativo”, *Revista de estudios políticos*, 48, 1949, p.42.

Con respecto a la actividad de policía, se define según Garrido Falla "como el conjunto de medidas coactivas utilizables por la Administración para que el particular ajuste su actividad a un fin de utilidad pública"³, término que por otro lado es reconducible a la idea de la intervención administrativa condicionando o restringiendo la esfera de la actividad de los administrados.

Con la aprobación del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales en el año 1955, se observa como el legislador abandona el término de policía a favor del de intervención administrativa en la actividad privada. Pues bien, el urbanismo como tal, se configura como una de las materias en las que la Administración podrá intervenir según el RSCL, cuyo artículo 1 indica que: "Los Ayuntamientos podrán intervenir la actividad de sus administrados en los siguientes casos:

1º En el ejercicio de la función de policía, cuando existiere perturbación o peligro de perturbación grave de la tranquilidad, seguridad, salubridad o moralidad ciudadanas, con el fin de restablecerlas o conservarlas.

2º En materia de subsistencias, además, para asegurar el abasto de los artículos de consumo de primera necesidad, la calidad de los ofrecidos en venta, la fidelidad en el despacho de los que se expendan a peso o medida, la normalidad de los precios y la libre competencia entre los suministradores y vendedores.

3º En el orden del urbanismo, también para velar por el cumplimiento de los planes de ordenación aprobados.

4º En los servicios de particulares destinados al público mediante la utilización especial o privativa de bienes de dominio público, para imponer la prestación de aquéllos debidamente y bajo tarifa.

5º En los demás casos autorizados legalmente y por los motivos y para los fines previstos".

Esta intervención administrativa siempre implica una limitación o restricción en la esfera particular del administrado, por lo que la misma habrá de garantizar el respeto de ciertos límites o presupuestos a la hora de ejercitarse, que pueden observarse ya en el propio texto del Reglamento de Servicios del año 1955 en sus artículos 2⁴, 3⁵, 4⁶ y 6⁷.

Del tenor literal de estos artículos se desprenden principios que actualmente recoge la Constitución Española en sus artículos 14 y 106, como son el principio de igualdad ante la ley, la responsabilidad administrativa, así como el de proporcionalidad y congruencia; principios que más tarde abandonaron el carácter reglamentario con la aprobación de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local.

Garantizando el respeto de los citados principios en el ejercicio de la acción administrativa, tradicionalmente el RSCL recogía una clasificación de los modos de intervención en la esfera particular en su artículo 5, siendo los siguientes: Ordenanzas,

³ Vid. GARRIDO FALLA, Fernando. "Los medios de la policía y la teoría de las sanciones administrativas", *Revista de Administración Pública*, 28, 1959, p.11.

⁴ Artículo 2: "La intervención de las Corporaciones Locales en la actividad de sus administrados se ajustará, en todo caso, al principio de igualdad ante la ley".

⁵ Artículo 3: "1. La intervención defensiva del orden, en cualquiera de sus aspectos, se ejercerá frente a los sujetos que lo perturben.

2. Excepcionalmente, y cuando por no existir otro medio de mantener o restaurar el orden hubiere de dirigirse la intervención frente a quienes legítimamente ejercieren sus derechos, procederá la justa indemnización".

⁶ Artículo 4: "La competencia atribuida a las Corporaciones Locales para intervenir la actividad de sus administrados se ejercitará mediante la concurrencia de los motivos que la fundamentan y precisamente para los fines que lo determinen".

⁷ Artículo 6: "1. El contenido de los actos de intervención será congruente con los motivos y fines que los justifiquen.

2. Si fueren varios los admisibles, se elegirá el menos restrictivo de la libertad individual".

Reglamentos y Bandos de policía y buen gobierno; licencias y, finalmente, Órdenes individuales.

Estos mecanismos fueron recogidos igualmente por el legislador básico estatal en el artículo 84 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local y por el legislador autonómico gallego en el artículo 286 de la Ley 5/1997, de 22 de julio, de Administración Local de Galicia. Clasificación que se verá modificada por dos nuevas aportaciones como son la declaración responsable y la comunicación previa que surgen como resultado de la Directiva 2006/123/CE.

Trasladados estos mecanismos de intervención a la esfera del urbanismo, debe constatarse la gran importancia que cobran los dos últimos modos de intervención mencionados; esto es, las licencias y las Órdenes individuales, que se emplean para intervenir en la edificación o uso del suelo. En materia urbanística se parte de la idea inicial del plan, siendo el desarrollo o ejecución material del mismo donde se centra esta intervención administrativa, bien sea en la edificación bien sea en el uso del suelo.

De este modo, el primer medio de intervención del que dispone la administración es la licencia, puesto que el particular con carácter previo a realizar una acción que afecte al suelo, al vuelo o al substituto, ha de obtener la preceptiva autorización administrativa.

Sin embargo, al lado de las licencias surge otra figura denominada órdenes de ejecución, en el que la intervención administrativa no se justifica por la solicitud del administrado sino en aras del interés general, obligando al particular a ejecutar una determinada actuación.

Teniendo en cuenta la distribución competencial ya prevista en el artículo 25.2 de la Ley de las Bases del Régimen Local, para su estudio se atenderá a la legislación autonómica correspondiente y supletoriamente a la legislación estatal. En el caso gallego esta competencia viene atribuida en el artículo 27.3⁸ del Estatuto de Autonomía de Galicia, mientras que la estatal se recoge en el artículo 149.1.1⁹, 8¹⁰, 13¹¹, 18¹² y 23¹³ de la Constitución Española.

La comunidad autónoma de Galicia ha aprobado la actual Ley 2/2016, del suelo de Galicia y la Ley 9/2013, del emprendimiento y de la competitividad económica de Galicia, que se conjugará con el RDL 7/2015, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Suelo y Rehabilitación Urbana.

2. Principales novedades introducidas por la Directiva 2006/123/CE en las formas de intervención administrativa

Como se ha adelantado anteriormente, el urbanismo ha sido y es una materia donde la Administración local ha manifestado claramente sus sistemas de intervención administrativa, ya que competencialmente siempre se ha reconocido a los entes locales potestades en materia de urbanismo, teniendo en cuenta la legislación sectorial autonómica y

⁸ Artículo 27.3: "Ordenación del territorio y del litoral, urbanismo y vivienda".

⁹ Artículo 149.1.1º: "La regulación de las condiciones básicas que garanticen la igualdad de todos los españoles en el ejercicio de los derechos y en el cumplimiento de los deberes constitucionales".

¹⁰ Artículo 149.1.8º: "Legislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las Comunidades Autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan".

¹¹ Artículo 149.1.13º: "Bases y coordinación de la planificación general de la actividad económica".

¹² Artículo 149.1.18º: "Las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de los funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas".

¹³ Artículo 149.1.23º: "Legislación básica sobre protección del medio ambiente, sin perjuicio de las facultades de las Comunidades Autónomas de establecer normas adicionales de protección. La legislación básica sobre montes, aprovechamientos forestales y vías pecuarias".

supletoriamente la estatal. El artículo 84.1 de la Ley reguladora de las Bases del Régimen Local o el artículo 8 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, preveía claramente que "las corporaciones podrán sujetar a sus administrados al deber de obtener previa licencia en los casos previstos en la Ley, el presente Reglamento u otras disposiciones de carácter general".

Sin embargo, la aprobación de la Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre, relativa a los servicios en el mercado interior¹⁴, ha supuesto un cambio sustancial en la concepción tradicional de los modos de intervención administrativa en la esfera particular en el mundo local, pues supone el paso de un sistema en el que el administrado, para el ejercicio de un derecho estaba sometido a la obtención previa de licencia o autorización, a uno en el que se recojan supuestos en los que se baraje la ausencia de necesidad de la misma.

Siguiendo a Villalba Pérez, la Directiva de servicios vincula a los tres niveles de gobierno. Esta autora dice textualmente que "en concreto las entidades locales en el ámbito de sus responsabilidades quedan sujetas al cumplimiento de las siguientes obligaciones: a) Eliminación de obstáculos y restricciones al establecimiento y prestación de actividades de servicios, excepto en los casos expresamente admitidos y justificados; b) Clarificación y simplificación de procedimientos con el objetivo de agilizar trámites evitando retrasos, costes y restricciones. Se impone la tramitación por medios electrónicos. c) Articulación de un sistema de ventanilla única para que los prestadores puedan llevar a cabo todos los trámites necesarios en el acceso y ejercicio de las actividades de servicios, estableciendo un único punto de contacto por vía electrónica, que servirá también como punto de información a los prestadores y usuarios. d) Cooperación con las demás Administraciones a efectos de información, control, inspección e investigación, con el fin de garantizar la supervisión tanto de los prestadores como del servicio en sí"¹⁵.

La mencionada Directiva introduce importantes cambios en la llamada actividad de policía, pues si hasta ese momento la misma se agotaba en la producción de normas de carácter general o en el dictamen de actos concretos que se imponían a los particulares para que sus actividades estuvieran sujetas a previa autorización, ahora, simplificando la exposición, dependerá de la voluntad del administrado ante la Administración¹⁶.

La Directiva ha sido traspuesta a nuestro ordenamiento a través de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, que se limita a reproducir las disposiciones de la Directiva, así como mediante la Ley 25/2009, de 22 noviembre, también conocida como Ley Ómnibus, que introduce importantes modificaciones en numerosas leyes, alrededor de cincuenta, teniendo mayor incidencia, por lo que respecta al ámbito local, las modificaciones sufridas en la Ley de Bases del Régimen Local; la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común o el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales modificado por el RD 2009/2009¹⁷.

¹⁴ Directiva 2006/123/CE, del Parlamento y el Consejo, de 12 de diciembre de 2006, conocida comúnmente como Directiva Bolkenstein, en honor al comisario europeo que la propuso y defendió.

¹⁵ Vid. VILLALBA PÉREZ, Francisca. "Nuevo marco jurídico para la gestión pública local", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 12, 2010, pp.182-183.

¹⁶ Vid. SOCIAS CAMACHO, Joana María. "El nuevo modelo de intervención Administrativa en el ámbito local", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 41-42, 2013, p.214.

FERNÁNDEZ TORRES, Juan Ramón. "Regímenes de intervención administrativa: autorización, comunicación previa y declaración responsable", *Revista catalana de dret públic*, 42, 2011, pp.89-95.

¹⁷ Vid. RIVERO ORTEGA, Ricardo. "Repercusiones económicas de la reforma del sector servicios. En especial, su impacto en el sector del comercio", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 12, 2010, pp.445-468.

En palabras de Muñoz Machado, "nunca una directiva comunitaria había tenido tanta ambición regulatoria, ni había afectado de modo tan general a las prácticas administrativas de los Estados miembros"¹⁸.

Esta importante reforma legislativa va encaminada a la restricción de la licencia municipal como técnica de intervención, recogiéndolo el legislador en el artículo 84 bis de la LBRL o 71 bis de la LRJPAC, siendo sustituido por el artículo 69 de la Ley 39/2015, y que supone la aparición en la práctica administrativa de dos nuevos instrumentos como son la declaración responsable o comunicación previa, que se complementarán en todo caso con un control a posteriori ejercido por la misma, suponiendo la desaparición sólo de aquellos "regímenes de autorización, procedimientos y formalidades excesivamente onerosos que obstaculizan la libertad de establecimiento y la creación de nuevas empresas de servicios que ésta comporta" (considerando 42), es decir, los abusivos e innecesarios.

La decisión del mantenimiento o no de un control previo para el ejercicio de actividades no se ejercerá de forma arbitraria, sino que garantizará que se ajusten a razones objetivas, no discriminatorias, transparentes y justificadas por una razón imperiosa de interés general¹⁹.

Destáquense los dos nuevos instrumentos creados por la Directiva de Servicios. Tras la reciente entrada en vigor de la Ley 39/2015, la regulación existente en la Ley 30/1992 ha sido derogada, pasando a ser sustituida por el artículo 69, que se manifiesta en idénticos términos que su predecesora y los define como se señala a continuación.

En el apartado 1 del citado artículo se define la declaración responsable como "el documento suscrito por un interesado en el que éste manifiesta, bajo su responsabilidad, que cumple con los requisitos establecidos en la normativa vigente para obtener el reconocimiento de un derecho o facultad o para su ejercicio, que dispone de la documentación que así lo acredita, que la pondrá a disposición de la Administración cuando le sea requerida, y que se compromete a mantener el cumplimiento de las anteriores obligaciones durante el período de tiempo inherente a dicho reconocimiento o ejercicio".

En su apartado 2 se define la comunicación previa como "aquel documento mediante el que los interesados ponen en conocimiento de la Administración Pública competente sus datos identificativos o cualquier otro dato relevante para el inicio de una actividad o el ejercicio de un derecho".

De una primera lectura de dicho precepto parece que la diferenciación entre estos instrumentos no está clara. Según López Menudo, el estudio de la diferenciación de ambas

¹⁸ Vid. MUÑOZ MACHADO, Santiago. "Ilusiones y conflictos derivados de la Directiva de Servicios". *Retos y oportunidades para la transposición de la Directiva de Servicios: Libro Marrón*, Círculo de Empresarios, 2009, p.301.

¹⁹ Doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea expuesta en su Sentencia de 22 de enero de 2002, que se sintetiza así en su apartado 43: "Para comprobar si una normativa nacional como la controvertida en el procedimiento principal respeta el principio de proporcionalidad, el órgano jurisdiccional remitente debe, en particular, tener en cuenta las siguientes consideraciones: - para que un régimen de autorización administrativa esté justificado aun cuando introduzca una excepción a dichas libertades fundamentales, dicho régimen debe, en cualquier caso, basarse en criterios objetivos, no discriminatorios y conocidos de antemano, de forma que queden establecidos los límites del ejercicio de la facultad de apreciación de las autoridades nacionales, con el fin de que ésta no pueda autorizarse de manera arbitraria; - no puede considerarse necesaria para alcanzar el objetivo perseguido una medida adoptada por un estado miembro que, esencialmente, duplica los controles ya efectuados en el marco de otros procedimientos, bien en ese mismo estado, bien en otro estado miembro; - un procedimiento de autorización previa sólo es necesario si se considera que el control a posteriori es demasiado tardío para que su eficacia real quede garantizada y para permitirle alcanzar el objetivo perseguido; - un procedimiento de autorización previa no puede ser considerado conforme con los principios fundamentales de la libre circulación de mercancías y de la libre prestación de servicios si, por su duración y por los gastos desproporcionados que se genera, puede disuadir a los operadores de llevar adelante su proyecto".

figuras se puede centrar en tres grandes bloques²⁰: desde un punto de vista del objeto, con la declaración responsable el particular puede ejercitar un derecho o facultad, en el sentido más amplio de la palabra, pudiendo tener la misma un efecto declarativo para su ejercicio o meramente confirmatorio de un derecho preexistente, dando la sensación de que la misma viene a sustituir a la antigua autorización administrativa. Con respecto a la comunicación previa, se circunscribe al ejercicio de un derecho o actividad, pudiendo referirse a un derecho que ya se encuentra reconocido, previa autorización, o a una situación donde opera la libertad absoluta, siendo simplemente "una carga para poder actuar fáctica o materialmente". Sin embargo, de un análisis de la legislación autonómica de desarrollo, se aprecia como vienen atribuyendo funciones a la comunicación previa que por ley corresponderían a la declaración responsable²¹.

Desde el punto de vista de lo aportado por el interesado, con la declaración responsable se parte de una situación totalmente regular en el que el administrado cumple y está facultado en cualquier momento a aportar la documentación probatoria de lo que declara, mientras que con la comunicación previa el particular facilita a la administración sus datos identificativos, variando la documentación y requisitos exigidos en función de lo que diga la ley para cada supuesto.

Finalmente, otro punto que ayuda en el estudio de ambas figuras es la presunción de veracidad de los datos que se facilitan en una y otra. Así, en la declaración responsable se exige del interesado que proclame la autenticidad de lo declarado, cuestión que no sucede con la comunicación. Sin embargo, a diferencia de lo que podría pensarse, el legislador prevé un idéntico tratamiento para ambas figuras en caso de inexactitud, falsedad u omisión²².

3. Especial referencia al caso gallego

3.1. Análisis del sistema urbanístico con carácter previo a la aprobación de la Ley 9/2013

Como punto de partida conviene analizar si las actuaciones urbanísticas tras la aprobación de la Directiva Bolkenstein están incluidas dentro de su ámbito de aplicación. Por un lado, un sector de la doctrina entiende que las licencias de obras, en su sentido más amplio, se excluyen del ámbito de aplicación de la misma, fundamentando su opinión en el considerando 9 de la Directiva, estableciendo que el objeto solo se aplica al acceso a una actividad de servicios o a su ejercicio, pero no a "normas relativas a la ordenación del territorio, urbanismo y ordenación rural, normas de construcción".

²⁰ Vid. LÓPEZ MENUDO, Francisco. "La transposición de la Directiva de Servicios y la modificación de la Ley 30/1992: el régimen de la declaración responsable y de la comunicación previa", *Revista española de la función consultiva*, 14, 2010, pp.126-131.

²¹ Cataluña, Decreto-Ley 1/2009, Equipamiento comercial; Ley 20/2009, Control Ambiental; Decreto 30/2010, Seguridad industrial (ejercer la profesión de instalación, mantenimiento, reparación... de productos industriales; actuar en la reparación de vehículos automóviles); Decreto 37/2010 (instalación de salones recreativos). Comunidad Valenciana, Decreto 52/2010 (sistema de acceso provisional a la actividad mientras se tramita la licencia); Decreto 63/2010 (para la inscripción en un Registro que permite el ejercicio de la actividad). Galicia, Ley 1/2010 (establecimientos veterinarios, residencias caninas y felinas; comercialización de bienes muebles integrantes del Patrimonio Cultural de Galicia), Ley 9/2013 (del emprendimiento y de la competitividad económica de Galicia), Ley 2/2016 (del Suelo de Galicia); Región de Murcia, Ley 12/2009 (registro de ventas a distancia).

²² Artículo 69.4 de la Ley 39/2015: "La inexactitud, falsedad u omisión, de carácter esencial, de cualquier dato o información que se incorpore a una declaración responsable o a una comunicación, o la no presentación ante la Administración competente de la declaración responsable, la documentación que sea en su caso requerida para acreditar el cumplimiento de lo declarado, o la comunicación, determinará la imposibilidad de continuar con el ejercicio del derecho o actividad afectada desde el momento en que se tenga constancia de tales hechos, sin perjuicio de las responsabilidades penales, civiles o administrativas a que hubiera lugar".

Sin embargo, dicha postura es rebatible al ver que la propia Directiva, en su considerando (40), establece que para poder exigir autorización previa y no declaración responsable o comunicación previa, dicha exigencia ha de fundamentarse en razones imperiosas de interés general. "El concepto de 'razones imperiosas de interés general' al que se hace referencia en determinadas prescripciones de la presente Directiva ha sido desarrollado por el Tribunal de Justicia en su jurisprudencia relativa a los artículos 43 y 49 del Tratado y puede seguir evolucionando. La noción reconocida en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia abarca al menos los ámbitos siguientes: orden público, seguridad pública y salud pública, en el sentido de los artículos 46 y 55 del Tratado, mantenimiento del orden en la sociedad, objetivos de política social, protección de los destinatarios de los servicios, protección del consumidor, protección de los trabajadores, incluida su protección social, bienestar animal, preservación del equilibrio financiero de los regímenes de seguridad social, prevención de fraudes, prevención de la competencia desleal, protección del medio ambiente y del entorno urbano, incluida la planificación urbana y rural, protección de los acreedores, garantía de una buena administración de justicia, seguridad vial, protección de la propiedad intelectual e industrial, objetivos de política cultural, incluida la salvaguardia de la libertad de expresión de los diversos componentes (en especial, los valores sociales, culturales, religiosos y filosóficos de la sociedad), la necesidad de garantizar un alto nivel de educación, mantenimiento de la diversidad de prensa, fomento de la lengua nacional, conservación del patrimonio nacional histórico y artístico y política veterinaria"²³.

De su lectura se desprende como la propia directiva incluye dentro de su ámbito de aplicación la protección del medio ambiente y urbano, incluida la planificación urbana y rural, al reconocer que son ámbitos donde es exigible la autorización previa por parte de la Administración. Hecha esta matización, centrando estas líneas en el urbanismo como forma de intervención, dicha competencia se ejercerá por las entidades locales de conformidad con la legislación básica estatal y sectorial autonómica.

Tradicionalmente, el urbanismo gallego venía reconociendo como formas de intervención las licencias urbanísticas que agrupaban numerosas materias, existiendo así las licencias de obras propiamente dichas para actos de construcción, ocupación o edificación o uso del suelo o subsuelo; las licencias de primera utilización; las licencias de actividad clasificada o de apertura, suponiendo estas dos últimas conjugar la normativa urbanística con la medioambiental.

La comunidad autónoma gallega carecía de una regulación común para este tipo de licencias que suponía articular la normativa urbanística presente en la Ley 9/2002 de ordenación urbanística y protección del medio rural de Galicia, con el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales para el caso de actividades inocuas y el Decreto 133/2008, o en el caso de los espectáculos públicos con un reglamento estatal de 1982 o un catálogo aprobado por Decreto de la Xunta.

Así, un ejemplo de lo anteriormente expuesto es el artículo 6 de la Ley 7/2009 que, con carácter general, exige licencia municipal para la apertura de todo establecimiento comercial sometida al ámbito de aplicación de la Ley 10/1998, de comercio interior de Galicia, estando excluidas de la licencia municipal de apertura o actividad, el ejercicio en establecimientos de profesiones liberales y los servicios de mantenimiento y reparación, siempre que en este último caso no estén sujetos al procedimiento de incidencia ambiental, de acuerdo con los anexos I y III del mencionado Decreto nº 133/2008 de Galicia.

Teniendo en cuenta la entrada en vigor de la Directiva de Servicios y la normativa estatal de transposición dictada al efecto, parece claro que las diferentes previsiones contenidas en la normativa sectorial autonómica contradecían lo previsto en las leyes

²³ Vid. TABOAS BENTANACHS, Manuel. "La proyección de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, en los ámbitos urbanístico y medioambiental", *Cuadernos de derecho local*, 23, 2010, pp.61-77.

17/2009 y 25/2009, lo que conlleva su práctica inaplicación en esta comunidad autónoma con respecto a la actividad "comercial", con independencia de su tamaño, dimensiones, productos y carácter "inocuo".

Un primer intento de superar esta situación se produjo con la Ley 1/2010, de 11 de febrero, que liberalizó el sector en relación a las actividades feriales y servicios turísticos. Sin embargo, la misma resulta insuficiente, haciéndose necesario una nueva ley que contemple todo este cambio normativo y, respetando siempre en todo caso la autonomía local, regulase los supuestos en que es exigible la licencia y los casos en que lo es la comunicación previa o declaración responsable²⁴.

3.2. La nueva Ley 9/2013

La entrada en vigor de la Ley 9/2013, de 19 de diciembre, del emprendimiento y de la competitividad económica de Galicia, supuso un cambio cualitativo en las formas de intervención en el ámbito urbanístico, pues supuso el establecimiento de un régimen único de las actividades en Galicia, eliminando de manera plena y efectiva la licencia de apertura previa a la instalación y al inicio de actividad, dando cumplimiento al artículo 41 de la Ley de Economía Sostenible, el cual establece que el ejercicio de actividades con carácter general no se someterá a la obtención de licencia u otro medio de control preventivo.

Esto supone modificar la regulación de las licencias de obra, estableciendo un régimen general que será el de la comunicación previa con una reserva de licencia para aquellos casos en los que la normativa estatal así lo prevea²⁵.

El artículo 23 de la Ley 9/2013 "suprime con carácter general la necesidad de obtención de licencia municipal de actividad, apertura o funcionamiento para la instalación, implantación o ejercicio de cualquier actividad económica, empresarial, profesional, industrial o comercial". De esta forma, el artículo 24 regula el régimen de comunicación previa: "Con carácter previo al inicio de la actividad o de la apertura del establecimiento y, en su caso, para el inicio de la obra o instalación que se destine específicamente a una actividad, los/as interesados/as presentarán ante el ayuntamiento respectivo comunicación previa en la que pondrán en conocimiento de la Administración municipal sus datos identificativos y adjuntarán la siguiente documentación acreditativa (...)".

A la vista de estos artículos ya se pone de manifiesto el cambio paradigmático del modelo intervencionista de los entes locales, pues frente a la concepción tradicional de que todo está sometido a autorización previa, con la nueva Ley 9/2013 se otorga un papel primordial a los interesados como sujetos activos en la tramitación del expediente, que serán en muchos casos los encargados de impulsarlo, puesto que se aplicará el régimen general de la comunicación.

Por lo tanto, la intervención administrativa en la esfera urbanística atenderá, por un lado, a lo previsto en la Ley 9/2013 del emprendimiento y de la competitividad económica de Galicia y, por otro lado, a la reciente Ley 2/2016 del Suelo de Galicia, que en su artículo 142.3 establece el régimen general de comunicación previa para aquellos supuestos en los que no se establezca reserva legal a favor de la licencia²⁶, y que ya adelantaba su

²⁴ Vid. PÉREZ GONZÁLEZ, Carlos. "Reflexiones sobre la transposición de la Directiva de Servicios en la Comunidad Autónoma de Galicia, en la apertura de establecimientos comerciales", *Actualidad Jurídica Ambiental*, 2010, pp.1-14.

²⁵ Punto 8 de la Exposición de Motivos de la Ley 9/2013.

²⁶ Del artículo 142.2 de la Ley 2/2016, del Suelo de Galicia, se desprende que se exige licencia para:
"a) Los actos de edificación y uso del suelo y del subsuelo que, con arreglo a la normativa general de ordenación de la edificación, precisen de proyecto de obras de edificación. b) Las intervenciones en inmuebles declarados bienes de interés cultural o catalogados por sus singulares características o valores culturales, históricos, artísticos, arquitectónicos o paisajísticos. c) Las demoliciones, salvo las derivadas de resoluciones de expedientes de restauración de la legalidad urbanística. d) Los muros de contención de tierras, según se establezca reglamentariamente. e) Los grandes movimientos de tierras

predecesora Ley 9/2002, en su artículo 195.5 bis²⁷ por la modificación operada por la Ley 8/2012 de vivienda de Galicia.

De la lectura de los anteriores preceptos se desprende que en Galicia se aplicará el régimen de la comunicación previa para las actividades inocuas y para las obras "menores", desapareciendo de este modo las licencias de actividad, apertura, instalación o funcionamiento. Igualmente, una de las principales novedades introducidas por la Ley 2/2016 es recoger en su artículo 146 el procedimiento de tramitación de las comunicaciones previas.

Finalmente, con respecto a las actividades sometidas a incidencia ambiental, la regulación se vuelve más laxa al prever que toda tramitación se inicie con una comunicación previa y, además, unifica la normativa, ya que la Disposición Derogatoria Segunda de la Ley deroga el Decreto 133/2008, pasando a ser el único instrumento aplicable para dicha materia y regulando los diferentes procedimientos en los artículos 31 a 38, recogiendo también en el Anexo II las actividades sometidas a incidencia ambiental²⁸.

Como punto final al análisis de las novedades introducidas por la Ley 9/2013, debe hacerse un inciso en la regulación referente a la apertura de establecimiento y organización de espectáculos públicos y actividades recreativas, que se regula en los artículos 40 a 46 de la misma, pues aunque la intención del legislador sigue siendo flexibilizar la tramitación de este tipo de procedimientos, generalizando el uso de la comunicación previa, los supuestos en los que se establece la reserva legal a favor de la licencia y autorización, quizá sea, a mi juicio y desde el punto de vista práctico de la aplicación administrativa de la misma, uno de los puntos más polémicos.

Ello es así porque en el artículo 41.c prevé la exigencia de licencia para: "La celebración de espectáculos y actividades extraordinarias y, en todo caso, los que requieran la instalación de escenarios y estructuras móviles", y en el caso de darse este supuesto habrá que estar a la tramitación prevista en el artículo 42.2: "Junto con la solicitud de la licencia, quien ostente la titularidad o las personas encargadas de la organización deberán presentar la siguiente documentación:

a) Proyecto técnico, entendido como el conjunto de documentos que definen las actuaciones a desarrollar, con contenido y detalle que permita a la Administración conocer el objeto de ellas y determinar su ajuste a la normativa urbanística y sectorial aplicable. El proyecto que se presente incluirá el contenido mínimo previsto por la normativa sobre prevención y seguridad en materia de incendios, deberá estar firmado por el/la técnico/a competente y deberá contener los datos y requisitos de la normativa específica sobre edificación, prevención y control ambiental que sean de aplicación a los proyectos constructivos y de actividades.

b) Plan de emergencia, plan de autoprotección, memoria de movilidad o estudio de evaluación de la movilidad generada, estudio de impacto acústico y dispositivo de asistencia sanitaria, redactados de conformidad con la normativa vigente, y siempre que sus contenidos no se hayan incorporado al proyecto técnico a que hace referencia el apartado anterior.

y las explanaciones. f) Las parcelaciones, segregaciones u otros actos de división de terrenos en cualquier clase de suelo, cuando no formasen parte de un proyecto de reparcelación; g) La primera ocupación de los edificios. h) La implantación de cualquier instalación de uso residencial, ya sea provisional o permanente. i) La tala de masas arbóreas o de vegetación arbustiva en terrenos incorporados a procesos de transformación urbanística y, en todo caso, cuando dicha tala se derivase de la legislación de protección del dominio público".

²⁷ Artículo 195.5 bis de la LOUGA: "Sin perjuicio de lo establecido en el apartado anterior, los ayuntamientos podrán establecer procedimientos abreviados de obtención de licencias de obras menores en el mismo momento de la solicitud".

²⁸ Vid. PENSADO SEIJAS, Alberto. "Estudo sobre a Lei 9/2013, do 19 de decembro, do emprendemento e da competitividade económica (Unificación normativa da tramitación integral das actividades e obras en Galicia)", *Revista Galega de Administración Pública*, 46, 2013, pp.61-101.

c) Declaración de la persona titular u organizadora, en su caso, donde haga constar el compromiso de contratación de los seguros previstos en la presente ley.

d) Documentación requerida por la normativa sobre ruidos, calentamiento, contaminación acústica, residuos y vibraciones y, en todo caso, la que determine la normativa sobre prevención y control ambiental según corresponda en función de las características del establecimiento y de las actividades a desarrollar en el mismo.

e) Documento acreditativo de la designación, por quien solicite la licencia, de la persona que debe asumir la responsabilidad técnica de la ejecución del proyecto y que debe expedir la certificación que acredite la adecuación del establecimiento a la licencia otorgada, en el que ha de constar el nombre, la dirección y la titulación y habilitación profesional de la persona designada.

f) La solicitud de licencia urbanística, en su caso, acompañada por la documentación requerida por la normativa urbanística.

g) Cualquier otra documentación que le sea solicitada por el ayuntamiento competente".

Teniendo en cuenta que en la práctica este artículo viene a referirse a la totalidad de festejos que se celebran en Galicia y, ante la falta de desarrollo reglamentario de esta ley, parece que continuaría vigente el reglamento estatal de 1982²⁹, lo cual implicaría el cumplimiento de grandes cargas para el particular, lo que es, a juicio de la que suscribe, contradictorio con el espíritu de esta ley, que intenta que la intervención de la Administración sea cada vez menor.

La Xunta de Galicia, a través de Vicepresidencia y la Consellería de Vicepresidencia, Administracións Públicas e Xustiza, intentando paliar dicho efecto sacó una circular en relación a las autorizaciones municipales para verbenas y fiestas populares, reduciendo estos requisitos. Sin embargo, sigue siendo necesario un desarrollo reglamentario de esta Ley.

A la vista de lo expuesto, se observa una tendencia al cambio en las relaciones Administración-administrado, donde queda patente el cambio a favor de un control a posterior y no previo por parte de ésta, siendo necesario en todo caso la colaboración del particular que influirá en impulsar el procedimiento.

4. Bibliografía

- FERNÁNDEZ TORRES, J. R. "Regímenes de intervención administrativa: autorización, comunicación previa y declaración responsable", *Revista catalana de dret públic*, 42, 2011.
- GARRIDO FALLA, F. "Los medios de la policía y la teoría de las sanciones administrativas", *Revista de Administración Pública*, 28, 1959.
- JORDANA DE POZAS, L. "Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho administrativo", *Revista de estudios políticos*, 48, 1949.
- LÓPEZ MENDOZA, F. "La transposición de la Directiva de Servicios y la modificación de la Ley 30/1992: el régimen de la declaración responsable y de la comunicación previa", *Revista española de la función consultiva*, 14, 2010.
- MUÑOZ MACHADO, S. "Ilusiones y conflictos derivados de la Directiva de Servicios". *Retos y oportunidades para la transposición de la Directiva de Servicios: Libro Marrón*, Círculo de Empresarios, 2009.
- PAREJO ALFONSO, L. *Lecciones de derecho administrativo*. Tirant lo Blanch, Valencia, 2012.
- PENSADO SEIJAS, A. "Estudo sobre a Lei 9/2013, do 19 de decembro, do emprendemento e da competitividade económica (Unificación normativa da tramitación integral das actividades e obras en Galicia)", *Revista Galega de Administración Pública*, 46, 2013.

²⁹ Real Decreto 2816/1982, por el que se aprueba el Reglamento General de Policía de Espectáculos Públicos y Actividades Recreativas.

- PÉREZ GONZÁLEZ, C. "Reflexiones sobre la transposición de la Directiva de Servicios en la Comunidad Autónoma de Galicia, en la apertura de establecimientos comerciales", *Actualidad Jurídica Ambiental*, 2010.
- RIVERO ORTEGA, R. "Repercusiones económicas de la reforma del sector servicios. En especial, su impacto en el sector del comercio", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 12, 2010.
- SOCIAS CAMACHO, J. M. "El nuevo modelo de intervención Administrativa en el ámbito local", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 41-42, 2013.
- TABOAS BENTANACHS, M. "La proyección de la Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior, en los ámbitos urbanístico y medioambiental", *Cuadernos de derecho local*, 23, 2010.
- VILLALBA PÉREZ, F. "Nuevo marco jurídico para la gestión pública local", *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 12, 2010.

Google Android after Microsoft: Some Thoughts on the Proceedings Brought against Google for Abuse of a Dominant Position

GIULIA FUNGHI

ALESSANDRO ROSANÒ*

University of Padova

SUMMARY: 1. Introduction. 2. Background to the Android antitrust proceedings against Google. 3. *Microsoft v Commission*. 4. Assessing *Google Android* in light of *Microsoft*. 5. Conclusion.

ABSTRACT: In April 2015 the European Commission opened an antitrust proceedings against Google with regard to its business practices related to Android, the famous smartphone and tablet operating system. According to the Commission, Google has abused of its dominant position in that it has allegedly required or incentivised smartphone and tablet manufacturers to exclusively pre-install Google's own applications or services, prevented smartphone and tablet manufacturers from developing and marketing modified and potentially competing versions of Android, tied or bundled certain Google applications and services distributed on Android devices with other Google applications, services, and/or application programming interfaces of Google. The purpose of the article is to find a solution to the case in light of the judgment passed by the Court of First Instance of the European Union in Microsoft and show that Google's business practice does not amount to a violation of competition rules in that it protects both consumers and free competition.

KEY WORDS: Abuse of a dominant position; European Commission; Google; Android; Court of First Instance of the European Union; Microsoft.

1. Introduction

In a 2014 resolution, the European Parliament noted that the online search market is of particular importance in ensuring competitive conditions within the digital single market, given the potential development of search engines into gatekeepers and the possibility they have of commercialising secondary exploitation of information obtained; therefore, the Commission was urged to enforce EU competition rules in order to ensure remedies that truly benefit consumers, Internet users, and online businesses and to consider proposals intended to unbundle search engines from other commercial services.¹

* Giulia Funghi, JD (University of Padova Law School, Italy) is a trainee lawyer, funghigius@gmail.com.

Alessandro Rosanò, PhD, is Teaching Assistant of International Law and European Union Law at the University of Padova Law School (Italy), a.rosano@hotmail.it. Giulia Funghi wrote paragraphs 3 and 4. Alessandro Rosanò wrote paragraphs 1,2, and 5. The Authors share the same view on the topic.

1 See European Parliament, Resolution of 27 November 2014 on Supporting Consumer Rights in the Digital Single Market, available at:

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?type=TA&reference=P8-TA-2014-0071&language=EN> (30 September 2016). One may also want to check European Parliament, Resolution of 19 January 2016 on Towards a Digital Single Market Act, available at:

The proceedings brought by the European Commission against Google may be regarded as the most proper case to exemplify the issues that have been put under the spot by the European Parliament with regard to EU competition rules, especially as far as the prohibition of abuse of a dominant position is concerned.²

As we show in this article, Google's business practice related to Android could be regarded either as anti-competitive in nature and prejudicial to consumers' rights or intended to protect consumers' needs by ensuring the efficiency of its operating system (OS).

It is our opinion that an answer to this dilemma may be found in the judgment passed by the Court of First Instance of the European Union (CFI) in *Microsoft*. In fact, the situation underlying the antitrust proceedings brought against Google seems to resemble the one that concerned Microsoft more than ten years ago, when the company was accused of tying Windows Media Player to its OS, therefore abusing a dominant position. Moving to present days, Google has been accused of doing something really similar with regard to its online search engine (Google Search) and the applications that run on the Android OS for mobile devices.

Thus, provided the background to the Android antitrust proceedings brought against Google (paragraph 2), a swift analysis of *Microsoft* is provided (paragraph 3) and applied to the present issue (paragraph 4) in order to draw some conclusions (paragraph 5).

2. Background to the Android antitrust proceedings against Google

Android is a mobile OS based on the Linux kernel.³ The company was founded in 2003 and Google bought it in 2005. In 2007 the OS was launched and in less than ten years it has achieved huge success. In fact, in 2011 its market share added up to 15.31% while Apple's iOS controlled the clear majority of the market (52.4%). Today, Android's market share adds up to 64.07% while Apple's iOS controls less than 30% of the relevant market (28.64%).⁴

One of Android's main feature is that it is an open-source system, meaning that it can be freely used and developed by anyone in order to create a modified version of the mobile OS which is called an 'Android fork'.⁵

Suspecting that Google could have breached EU rules prohibiting anti-competitive agreements and the abuse of a dominant position, on 15 April 2015 the European Commission opened an antitrust proceedings against the American company with regard to its business practices related to Android. On 20 April 2016 the European Commission initiated an antitrust proceedings against Alphabet, Google's parent company, for the same reason.⁶

<http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-%2F%2FEP%2F%2FTEXT%2BTA%2BP8-TA-2016-0009%2B0%2BDOC%2BXML%2BV0%2F%2FEN&language=EN> (30 September 2016).

2. On the abuse of a dominant position, see WHISH, R., BAILEY, D. *Competition Law*. Oxford University Press, 2015, FAULL, J., NIKPAY, A. (eds) *The EU Law of Competition*. Oxford University Press, 2014, O'DONOGHUE, R., PADILLA, A.J. *The Law and Economics of Article 102 TFEU*. Hart Publishing, 2013, BELLIS, J.F., VAN BAELE, I. *Il Diritto Comunitario Della Concorrenza*. G. Giappichelli editore, 2009.

3. The kernel is the central component of an OS.

4. See <http://www.netmarketshare.com> (30 September 2016).

5. As a general rule, a fork happens when a developer uses the source code of a software and create a distinct piece of software. For further information, see: <http://www.androidcentral.com/what-fork-fork> (30 September 2016).

6. Case no. 40099, *Google Android*. All the information are available at http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_40099 (30 September 2016).

Since manufacturers enter into agreements with Google to obtain the right to install Google applications on their smartphones and tablets, the Commission's investigation has focused on whether Google's conduct has been in breach of EU antitrust rules in that it might have hindered the development and market access of rival mobile OSs, applications, and services.

According to the Commission, Google is dominant in the markets for general Internet search services, licensable smart mobile OSs, and app stores for the Android mobile OS as it holds market shares of more than 90% in each of these markets in the European Economic Area (EEA). Its behaviour has allegedly denied consumers a wider choice of mobile apps and services while also standing in the way of innovation by other players.

More specifically, the Commission has taken three allegations into account so far: *a)* whether Google has required or incentivised smartphone and tablet manufacturers to exclusively pre-install Google's own applications or services; *b)* whether Google has prevented smartphone and tablet manufacturers who wish to install Google applications and services on some of their Android devices from developing and marketing modified and potentially competing versions of Android (the Android forks) on other devices; *c)* whether Google has tied or bundled certain Google applications and services distributed on Android devices with other Google applications, services, and/or application programming interfaces of Google.

For what concerns the first one, Google has allegedly granted significant financial incentives to some smartphone and tablet manufacturers as well as mobile network operators on condition that they exclusively pre-install Google Search on their devices, thereby reducing the incentives of manufacturers and mobile network operators to pre-install competing search services on the devices they market.

With regard to the second one, according to the Commission, Google requires the manufacturers that wish to pre-install Google proprietary apps to enter into an Anti-Fragmentation Agreement that commits them not to sell devices running on Android forks. Thus, Google's conduct would have had a direct impact on consumers, as it would have denied them access to innovative smart mobile devices based on alternative, potentially superior, versions of the Android OS.

As far as the third one, the Commission believes that, in the contracts signed by Google with manufacturers, the licensing of the Play Store (Google's app store for Android) on Android devices has been made conditional on Google Search being pre-installed and set as default search service. As a result, rival search engines would not be able to become the default search service on the majority of devices sold in the EEA. Also, in its contracts with manufacturers Google would have required the pre-installation of its Chrome mobile browser in return for licensing the Play Store or Google Search.

According to the Commission, there are a number of factors that lead to believe that Google is dominant in the markets for general Internet search services, licensable smart mobile OSs, and app stores for the Android mobile OS. For what concerns general Internet search services, Google holds more than 90% of market shares in most EU Member States. Focusing on licensable smart mobile OSs, the percentage of market shares is the same. Also, one should consider that Android is used on virtually all smartphones and tablets in the lower price range. So, the more consumers adopt an OS, the more developers write apps for that OS (this is called network effect) and as a consequence, Android users who would like to switch to other OSs would face significant switching costs as they would lose their apps, data, and contacts. For what concerns app stores for the Android mobile OS, Google Play Store accounts for more than 90% of apps downloaded on Android devices in the EEA. It is pre-installed on the large majority of Android devices in the EEA and is not available for download by end users, who cannot download other app stores from the Play Store. Thus, Android users are not likely to switch to app stores for other OSs as they would have to purchase a new device and would face significant switching costs.

So, from the Commission's point of view, Google has tied Internet search to the most

popular mobile OS in order to preserve and strengthen its dominance in that market area.

Soon after the Statement of Objections was released, Google reacted with a post on its blog, underlying that its partner agreements are entirely voluntary, meaning that anyone can use Android without Google.⁷ Also, Google stressed that manufacturers who want to be part of the Android ecosystem have to test and certify that their devices will support Android apps: otherwise, the apps could not work from one Android device to the other.⁸

3. Microsoft v Commission

Microsoft⁹ is one of the best renowned cases concerning the abuse of a dominant position. Microsoft was accused of refusing to share information that would allow interoperability between its server and equipment developed by Sun Microsystem, a software company. Afterwards, Microsoft was accused of tying Windows Media Player - that is to say, its own media software - to its own OS. The European Commission ordered Microsoft to pay a fine, disclose the server information, and produce a version of the Windows OS without Windows Media Player.¹⁰ Microsoft did not comply and sought the annulment of that decision.

For what concerns the charge of abusive tying, the European Commission took four factors into consideration: a) the tying and tied products were two separate products; b) the undertaking concerned was dominant in the market for the tying product; c) the undertaking concerned does not give customers a choice to obtain the tying product without the tied product; and d) the practice in question foreclosed competition.¹¹

With regard to the first factor, the CFI held that customers may wish to obtain the OS and the media software together, but from different sources, or it may be they do not need a media software at all. Also, in light of the nature and technical features of the products concerned, the facts observed on the market, the history of the development of the products and Microsoft's commercial practice, the CFI thought the European Commission had demonstrated the existence of separate consumer demand for streaming media players. More specifically, "there are distributors who develop and supply streaming media players on an autonomous basis, independently of client PC operating systems. Thus, Apple supplies its QuickTime player separately from its client PC operating systems. A further particularly convincing example is that of RealNetworks, Microsoft's main competitor on the streaming media players market, which neither develops nor sells client PC operating systems. It must be pointed out, in that regard, that according to the case-law the fact that there are on the

7. In the words of Google Senior Vice President and General Counsel, "try it - you can download the entire operating system for free, modify it how you want, and build a phone. And major companies like Amazon do just that". See <http://googlepolicyeurope.blogspot.it/2016/04/androids-model-of-open-innovation.html> (30 September 2016).

8. In the words of Google Senior Vice President and General Counsel, "imagine how frustrating it would be if an app you downloaded on one Android phone didn't also work on your replacement Android phone from the same manufacturer". See <http://googlepolicyeurope.blogspot.it/2016/04/androids-model-of-open-innovation.html> (30 September 2016).

9. Case T-201/04 *Microsoft v Commission* [2007] II-3601. For an analysis of the case, see ANDREANGELI, A. "Case note on T-201/04, Microsoft v Commission, judgment of 17 September 2007", *Common Market Law Review* 44, P. 863, COLANGELO, G., PARDOLESI, R. "Microsoft, i giudici europei e l'antitrust di una volta", *Il Foro Italiano*, 2008, P.114, PARDOLESI, R., RENDA, A. "The European Commission's Case Against Microsoft: Kill Bill?", *World Competition*, 27, P.513-566, HOWARTH, D., McMAHON, K. "Windows has Performed an Illegal Operation: the Court of First Instance's Judgment in Microsoft v Commission", *European Competition Law Review*, 29, P.117-134.

10. See Commission Decision of 24 May 2004 relating to a proceeding pursuant to Article 82 of the EC Treaty and Article 54 of the EEA Agreement against Microsoft Corporation (Case COMP/C-3/37.792 – Microsoft), in OJ L 32, 6 February 2007, 23.

11. See *Microsoft*, para 842.

market independent companies specialising in the manufacture and sale of the tied product constitutes serious evidence of the existence of a separate market for that product. [...] Microsoft, as it confirmed in answer to a written question put by the Court, develops and markets versions of Windows Media Player which are designed to work with its competitors' client PC operating systems, namely Apple's Mac OS X and Sun's Solaris. Similarly, RealNetworks' RealPlayer works with, inter alia, the Windows, Mac OS X, Solaris and some UNIX operating systems. [...] Windows Media Player can be downloaded, independently of the Windows client PC operating system, from Microsoft's Internet site. Likewise, Microsoft releases upgrades of Windows Media Player, independently of releases or upgrades of its Windows client PC operating system".¹²

Most of all, the CFI stressed the difference between the nature of Windows as an OS, thus as a system software, and Windows Media Player as an application software. While the former controls the hardware of the computer and enables the user to make use of it, the latter runs on it. Therefore, the CFI concluded that an OS and a media player constitute two separate products.¹³

For what concerns the second factor, Microsoft did not dispute its dominant position, so the CFI did not focus on that issue.¹⁴

With regard to the third factor, the Court found that consumers were not allowed to acquire the Windows OS without acquiring Windows Media Player, meaning they did not have a choice to obtain the former without the latter. Also, it was not possible to uninstall Windows Media Player. Thus, the condition relating to the imposition of supplementary obligations was satisfied.¹⁵

For what concerns the fourth factor, the bundling of Windows Media Player with the Windows OS without the possibility of removing the media software from the OS, allowed Windows Media Player to benefit from the ubiquity of the OS on PCs. Windows Media Player automatically achieved a level of market penetration corresponding to that of the Windows OS without having to compete on the merits with competing products.¹⁶

Finally, the CFI held that Microsoft had not demonstrated the existence of any objective justification for the abusive bundling of Windows Media Player with the Windows client PC operating system. Therefore, the Court confirmed the European Commission decision with regard to the fine, the disclosure of information, and the production of a version of the Windows OS without Windows Media Player.¹⁷

4. Assessing Google Android in light of Microsoft

Then, one can try to apply the reasoning expressed by the CFI in *Microsoft* to the *Google Android* case in order to assess whether Google may be found "guilty as charged".

So, first of all: are Android and its applications two separate products? Yes, they are. In fact, Android is an OS, that is to say, a software system, while Google Play Service, Google Chrome, and the other Google apps are applications software. The former controls the hardware of the mobile phone or the tablet and makes it possible for users to use them, while the latter runs on it.

Second of all: is Google dominant in the market of the tying product, that is to say in the smartphone and tablet OS market? As stated above, in 2016 its market share adds up to 64.07% and Apple's iOS - that is to say, the closest competitor - trails at 28.64%. But is it enough to say that Google actually is dominant? In a market as multi-sided as the digital

12. See *Microsoft*, para 922-929, 933.

13. See *Microsoft*, para 926.

14. See *Microsoft*, para 843.

15. See *Microsoft*, para 961, 963, 975.

16. See *Microsoft*, para 1036-1038, 1046, 1090.

17. See *Microsoft*, para 1146.

one, to be dominant in one sector is not enough in that it is necessary a certain degree of market power in every sector of the market. Google's business practice related to Android seem to suggest that no matter the position that Google may have in the mobile OS market, that would be neutralized by the fact that all the downstream companies have free access to the upstream platform.¹⁸ Google cannot act like as a company holding a dominant position because Android is an open-source and free software whose source code has been entirely disclosed¹⁹. So, Google cannot behave independently of its competitors²⁰ and its dominance could be proved only if it were possible for them not to innovate and still retain its market power²¹. In a framework as dynamic as this one, market shares have a very limited importance as they simply mean that a firm keeps innovating at least as fast as its competitors²².

Thirdly, does Google give customers a choice to obtain Android without Google Play and Google Mobile Service? If it were not possible to get the apps without the OS, then one would be in the presence of a tying practice, but that does not seem to be the case. For instance, about 70% of Android smartphones sold in China come without Google Play²³ so it is actually possible not to get the different products together.

Finally, does Google's business practice foreclose competition? No, it does not and all things considered, it makes it possible to competition to thrive since the contracts do not impose exclusivity: they simply ensure that users get a device with a fully operating set of Google apps.

As far as the foreclosure of competition is concerned, one should consider the forks issue. Generally speaking, the Android forks should be regarded as something positive as they are the manifest sign of how vibrant and open to innovation this market sector is. However, from the consumers' viewpoint, this may result in a harbinger of problems: in fact, the spread of Android forks may lead to the fragmentation of the Android system, meaning that it would be much more complicated to develop and use applications that actually work on Android. As a matter of fact, a potentially infinite number of Android systems could be developed and it would be very difficult to have a proper version of every app running on every Android version. That would affect app developers, who would have a very hard time trying to figure it out what to do, and consumers as well, who would run the risk to buy a tablet or a smartphone which could not be used.

18. See MAIR, C. "Paranoid Android? EU Commission vs. Google's Mobile Android OS", available at <http://leidenlawblog.nl/articles/paranoid-android-eu-commission-vs.-googles-mobile-android-os> (30 September 2016).

19. See <https://chillingcompetition.com/2013/09/05/some-thoughts-on-the-new-anti-google-android-complaint-post-13/> (30 September 2016).

20. See Communication from the Commission — Guidance on the Commission's enforcement priorities in applying Article 82 of the EC Treaty to abusive exclusionary conduct by dominant undertakings, in OJ C 45, 24 February 2009, 7.

21. In Case no M.6281, Microsoft/Skype, the European Commission stated that "the innovation cycles in these markets are short. As a result, software and platforms are constantly being redeveloped. Innovators generally enjoy a short lead in the market" (para 83). Also, they added: "Even the acquisition of post-merger market shares of up to 90 % does not necessarily lead to a dominant position if the relevant market is still emerging, dynamic and fast growing" (para 108).

22. See KORBER T. "The commission's next big thing?- Why the Google case is not Microsoft reloaded", *Neue Zeitschrift für Kartellrecht*, 2015, P.415.

23. See KORBER, T. "Let's talk about Android - Observations on Competition in the field of Mobile operating System", *Neue Zeitschrift für Kartellrecht*, P.378.

5. Conclusion

From the viewpoint of competition law, it is highly likely that Google will be for the years to come what Microsoft was at the beginning of the new millennium: the company whose behaviours would be strictly scrutinised, favouring further developments in that area of law.

It does not come as a surprise that the European Commission has decided to initiate a number of proceedings against Alphabet and Google. For instance, the Commission is investigating the way in which Google displays its own comparison shopping service and that of competitors in its general search results as a possible case of abuse of a dominant position.²⁴ In the past, the Commission investigated some merger operations concluded by Google²⁵ and an ad hoc aid granted to Google Poland by Polish authorities.²⁶ Finally, it seems that Google will face other investigations as the European Commission is focusing its attention on the company's search services, the copying of third-party content, and advertising.²⁷

It is self-evident that the technology which is able to attract a higher number of new consumers becomes the standard in a given field as it is self-evident that consumers are more likely to adopt the most widespread technology or the technology they believe will become the most widespread. In light of that, one cannot deny that Google has become the standard in the search engine market.

However, one should be aware of the peculiar features of the markets related to information technology. Google controls the clear majority of the total market shares on a global scale equaling to 71.11% and the closest competitor is Bing which trails at 10.65%. However, in 2013, Google controlled 77.46% and, in 2011, its market share added up to 82.99%.²⁸. It has already been underlined that if Facebook decided to join the search engine market, that could change the market landscape dramatically as Facebook could overcome

24. Case no 39740, Google Search. All the information are available on http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=1_39740 (30 September 2016). Two other cases (Case no 39768 and case no 39775) have been merged with this one. On this topic, see MAYS, L. "The Consequences of Search Bias: How Application of the Essential Facilities Doctrine Remedies Google's Unrestricted Monopoly on Search in the United States and Europe", *The George Washington Law Review*, 83, available at <http://www.gwlr.org/the-consequences-of-search-bias-how-application-of-the-essential-facilities-doctrine-remedies-googles-unrestricted-monopoly-on-search-in-the-united-states-and-europe/> (30 September 2016).

25. Case no M.7813, Sanofi / Google / DMI JV, case no M.6381, Google / Motorola Mobility, and case no 4731, Google / Doubleclick. All the operation were declared compatible with the internal market and the EEA Agreement. See

http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=2_M_7813,
http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=2_M_6381, and
http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=2_M_4731 (30 September 2016).

26. Case N67/2008, Google Poland Sp. z o.o. See
[\(30 September 2016\).](http://ec.europa.eu/competition/elojade/isef/case_details.cfm?proc_code=3_N67_2008)

27. See <https://www.theguardian.com/technology/2016/apr/20/eu-commission-google-android-skew-market-competition-antitrust-vestager> (30 September 2016). One should remember that the US Federal Trade Commission has been focusing its attention on Android too. See <http://www.wsj.com/articles/ftc-extends-probe-into-googles-android-1461699217> (30 September 2016). Leaving competition law aside, one should remember the issues related to the right to be forgotten. See Case C-131/12 *Google Spain and Google* [2014] published in the electronic Report of cases. For a review, see KOUTRAKOS, P., NIC SHUIBHNE, N. "To strive, to seek, to Google, to forget", *European Law Review*, 40, P.293, and DE HERT, P., PAPAKONSTANTINOU, V. "Google Spain: Addressing Critiques and Misunderstandings One Year Later", *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 22, P.624.

28. See <https://www.netmarketshare.com> (30 September 2016).

Google and become the new dominant Internet search engine and navigator.²⁹ The same reasoning applies to the OSs market and the position (Google) Android holds in it.

Free flow of information and technological developments make it very difficult to keep a dominant position as everyone is trying to develop the next big thing. Think for instance of search engines and the clash between Internet Explorer and Netscape Navigator which took place between the end of the nineties and the beginning of the new millennium. Think of MySpace or Second Life as far as social networks are concerned. Information technology is a place where the password to (almost) everything seems to be "faster and better".

The peculiar features of the digital market do not make easy to evaluate the fairness of an undertaking's conducts: in fact, classic standards may prove quite useless. This of course does not mean that those conducts do not fall within the scope of competition law and all the subjects that are involved - such as the European Commission, consumers, competitors - should rely on the dominant undertaking's self-corrective capacity.³⁰

However, existing regulations should be implemented and adapted to reflect their competitive dynamics, avoiding that an excessively interventionist approach inhibits companies from continuing to invest in R&D and innovation.

New technologies have changed the way companies do business in every economic sector, and the EU competition policy must take this into account.³¹

29. AULETTA, K. *Googled: The End of the World as We Know It*. Penguin Books, 2009.

30. KLEIN, J.I. "The Importance of Antitrust Enforcement in the New Economy", available at <http://www.justice.gov/atr/public/speeches/1338.htm> (30 September 2016): "Just as using antitrust law to implement social policy is a mistake, so too is a religious faith in self-correcting markets. There is a need for antitrust enforcement to aid the free market and, at its legitimate core, such a role focuses on assuring that market power doesn't restrain competition that consumers would otherwise enjoy. And a properly focused concern about market power, in turn, requires surgical intervention precisely because businesses benefit from efficiency and market power alike, whereas consumers benefit from the former but not the latter. So our job is to make sure that we take out the fat (market power) without taking out the muscle (efficiency)."

31. PONS, J.F. "European Competition policy in the New Economy", available at http://ec.europa.eu/competition/speeches/text/sp2001_012_en.pdf (30 September 2016): "Applying competition law in new economy cases is very difficult. The judgements that have to be made are often fine ones - allowing an operation to go through could close a new market completely, whilst prohibiting or imposing conditions on another could stifle innovation and prevent technical progress."

La educación intercultural como principal modelo educativo para la integración social de los inmigrantes

Intercultural education as the key educational model for the social integration of immigrants.

ANTONIO TIRSO ESTER SÁNCHEZ¹

Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

Sumario: 1. Planteamiento. II. Los principales modelos de educación multicultural. III. La educación intercultural como principal modelo educativo para la integración social de los inmigrantes. IV. Conclusiones. V. Referencias bibliográficas.

Resumen: La convivencia que se desarrolla entre individuos con identidades culturales diversas dentro de un mismo territorio, reclama a los poderes públicos la puesta en marcha de las más adecuadas políticas educativas basadas en el reconocimiento de la diversidad cultural y la garantía del desarrollo del derecho a la identidad cultural de los individuos que conforman el grupo social. Dentro de este contexto multicultural se deberá implantar un modelo educativo que proporcione un conocimiento en condiciones de igualdad de las culturas existentes para crear un espacio intercultural que avale la autonomía individual, el derecho a la diferencia y la defensa de los derechos humanos.

Palabras clave: Educación intercultural. Derechos Humanos. Multiculturalismo. Integración. Inmigración.

Abstract: The coexistence of individuals with different cultural identities in a given territory calls for the implementation of public educational policies based on both the acknowledgement of cultural diversity and the effective realization of the right to cultural identity of individuals within the community. In a multicultural context, an educational model should be implemented that facilitates an equal knowledge of the cultures involved, in order to provide an intercultural atmosphere that upholds self-ownership, the right to be different and the defense of human rights.

Keywords: Intercultural Education. Human Rights. Multiculturalism. Integration. Immigration.

1. Planteamiento

Dentro de las sociedades multiculturales es habitual la aparición de corrientes reivindicativas entre los diferentes grupos sociales y culturales existentes para llegar al reconocimiento de sus peculiaridades culturales, produciéndose en algunos casos verdaderos conflictos. Encontramos en la ciudadanía diferenciada una de las posibles soluciones a estos mencionados conflictos. Estas demandas de reconocimiento son ejercidas por los miembros de cada grupo existente.

¹ Profesor Doctor del Área de Filosofía del Derecho adscrito al departamento de Ciencias Jurídicas Básicas. Facultad de Ciencias Jurídicas. Universidad de Las Palmas de Gran Canaria (España). tirso.esther@ulpgc.es

La convivencia que se desarrolla entre individuos con identidades culturales diversas dentro de las sociedades actuales viene a ser una realidad patente en un mundo cada día más globalizado. Esta situación ha hecho emergir dentro de los debates políticos, sociológicos, filosóficos y jurídicos una serie de términos como relativismo, pluralismo, multiculturalismo, interculturalidad, entre otros. Esos términos en apariencia comunes, están basados en múltiples concepciones que conducen a interpretaciones que dan lugar a diferentes estrategias en el diseño de las políticas públicas para atender a la diversidad cultural y lingüística.

Al realizar un análisis del término multiculturalismo, desde esta perspectiva, se hace referencia al movimiento de lo multicultural. Por multicultural debemos entender aquella concreta realidad donde se plasma el fenómeno que representa la diversidad cultural. Las sociedades multiculturales se caracterizan, en este sentido, por tener una convivencia sincronizada de diversas culturas en un mismo territorio y las relaciones interculturales que se crean deben constituir una preocupación importante para el buen desarrollo de dicha sociedad.

El profesor Matteo Gianni² diferencia dos perspectivas del multiculturalismo afirmando que existe una concepción en sentido estricto y otra en un sentido más amplio. Estos diversos enfoques tienen su fundamento en el propio concepto de cultura.

Los autores que se adscriben dentro de la concepción más estricta reconocen dentro de los Estados multiculturales a las minorías nacionales y/o a los grupos étnicos o raciales. Destaca dentro de esta corriente Will Kymlicka que nos define las "culturas societales"³ como un modelo de esta concepción multiculturalista. En cambio, los seguidores de la concepción amplia del multiculturalismo se basan en un concepto más abierto de cultura que abarca no sólo los miembros incluidos en la vertiente estricta, sino también a los miembros de las diferentes subculturas. Estos miembros que configuran la diversidad subcultural, "aunque comparten la cultura común, algunas personas difieren en las creencias o prácticas concernientes a áreas particulares de vida o relativamente distintas formas de vida"⁴. Tal es la situación de aquellas personas que generalmente sufren discriminaciones sociales y que de una manera u otra, forman parte del entramado multicultural.

Nuestro debate se va a centrar en las implicaciones que conllevan estas interpretaciones acerca de la multiculturalidad en la concepción de las políticas educativas. No con el propósito de proponer nuevas alternativas a las definiciones existentes, sino más propiamente con el de hacer explícitas las diversas interpretaciones de esos términos y su relación con las diferentes estrategias educativas.

Las políticas llevadas a cabo por las instituciones públicas vendrán establecidas en función de unos principios éticos que las configuran, pudiendo realizarse múltiples interpretaciones de lo que podría ser una política educativa intercultural.

2. Los principales modelos de educación multicultural

Vamos a comenzar por el análisis de un modelo educativo basado en la afirmación hegemónica de la cultura en el país de acogida. Las políticas públicas en materia educativa caracterizadas por estar orientadas bajo la concepción político-filosófica del universalismo proponen una enseñanza basada en la consideración de unos determinados valores y principios que se conciben como absolutos y universalmente válidos. La cultura escolar será un fiel reflejo de estos parámetros culturalmente universales, que se constituyen como auténticas pautas de organización del sistema educativo.

² GIANNI, M. "¿Cuál podría ser la concepción liberal de la ciudadanía diferenciada?", en J. DE LUCAS MARTÍN (dir.), *La multiculturalidad*, Cuadernos de Derecho Judicial VI, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001, pp. 26-30.

³ KYMLICKA, W. *Ciudadanía Multicultural*, Paidós, Barcelona, 1996, p. 112.

⁴ PÉREZ DE LA FUENTE, O. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*, Dykinson, Madrid, 2005, p. 251.

Esta corriente es más propia de las sociedades monoculturales en donde se imponía, por un lado, una educación basada en la estrategia de fomentar aquellos valores fundamentados en una determinada cultura y, por otro lado, en el uso de una única lengua. Durante muchos siglos se ha seguido como modelo a este respecto a la cultura occidental concibiéndola como el referente inmediato para alcanzar y asegurar el mayor progreso de la humanidad.

Esta tesis se fundamenta sobre la idea de la racionalidad. León Olivé dentro de esta línea, afirma que los seguidores de la corriente universalista defienden que existe "una única racionalidad", y "si los miembros de culturas diferentes se comportan racionalmente, deben converger sobre los principios de evaluación moral y epistémica, pues se trata de principios únicos y universales. Y quienes no convergen sobre ellos, están equivocados o son incapaces de verlos y, por consiguiente, con ellas se puede actuar de un modo paternalista para que descubran los auténticos principios morales y epistémicos"⁵.

La imposición de los valores y principios que conformaron la historia y la cultura de Occidente⁶ vendrían a ser considerados por sus seguidores como "dogmas de fe" universales. Esta imposición es rechazada por sus detractores no sólo porque "lo que se ha llamado "la cultura occidental" ha sido dominante y ha pretendido tener hegemonía sobre el resto de las culturas, en vez de participar en pie de igualdad junto con las otras en un proceso de enriquecimiento de la sociedad planetaria"⁷, sino también porque los miembros de las demás culturas reivindican la idéntica validez de sus valores y tradiciones.

Los defensores de este modelo educativo de carácter fundamentalmente asimilacionista argumentan que garantizará a todos los ciudadanos (ya sean miembros de origen o recién llegados) una auténtica igualdad de oportunidades. Para lograr dicho objetivo los inmigrantes deberán conforme a esta tesis borrar todas sus diferencias culturales, aprender los mismos programas educativos en las mismas instituciones y en el mismo entorno social, además de fomentarse las pautas socioculturales imperantes en la sociedad en donde habitan y dejar en desuso las particularidades culturales que han traído de sus países de origen⁸.

Esta visión restrictiva de la educación responde a una característica propia de las sociedades monoculturales al entender que la sociedad y la cultura, desde una óptica condicionada por los presupuestos definitorios de la cultura hegemónica, no concede ningún tipo de margen de reconocimiento al resto de las culturas diferentes. Ello lleva implícito que los miembros de las sociedades monoculturales carezcan de facultades críticas y de juicios de valoración con respecto al resto de las culturas existentes ya que "lo más probable es que juzguen a otras culturas y sociedades por sus propias normas y estándares y que sean incapaces de adoptar una actitud genuinamente crítica hacia ellas". Difícilmente puede existir una crítica razonable cuando carecemos del instrumento de crítica por excelencia que representa el conocimiento.

Este modelo educativo no escapa de severas críticas. En este sentido, Besalú apunta que este modelo favorece el fracaso escolar en los alumnos inmigrantes y les produce además un desarraigo cultural y afectivo entre ellos. Esta situación provoca que se creen programas de adaptación para fortalecer el nivel académico de los inmigrantes⁹. También el profesor Bhikhu Parekh se muestra contrario al argumentar que tiende a generar arrogancia,

⁵ OLIVÉ, L. *Multiculturalismo y pluralismo*, Paidós, México, 1999, p. 32.

⁶ La referencia que hacemos a Occidente "ha etiquetado de bárbaras a culturas indígenas y autóctonas; de marginales a culturas nómadas [...] siempre con un mismo planteamiento de fondo, el pensamiento y la tradición europea han tratado de imponer lo que consideraban como la Cultura", como ejemplo de cultura absolutista, no quiere decir que haya sido la única a lo largo de la Historia, en RUÍZ ROMÁN, C. *Educación intercultural. Una visión crítica de la cultura*, octaedro, Barcelona, 2003, p. 22.

⁷ OLIVÉ, L. *Multiculturalismo y pluralismo*, cit., p. 33.

⁸ PAJARES, M. *La inmigración en España*, Icaria, Barcelona, 1998, p. 182.

⁹ BESALÚ, X. *Diversidad cultural y educación*, Síntesis, Madrid, 2002, p. 64.

insensibilidad y racismo¹⁰. El alumno se encuentra en este tipo de educación encerrado dentro de los parámetros específicos de su propia cultura y difícilmente aceptará la validez de aquellos valores, modos de vida, tradiciones y creencias que resulten diferentes a los suyos. Ello se debe fundamentalmente a que las culturas o modos de vida ajenos no han sido enseñados en las distintas fases del proceso educativo al individuo, o si se le han llegado a enseñar, el nivel de conocimiento de los mismos, ha sido muy escaso y subjetivo.

Desde una óptica opuesta, nos encontramos con la perspectiva relativista que establece estrategias educativas diversificadas al entender que las culturas son entidades incommensurables e irreductibles, requiriendo para la enseñanza de sus valores, un aprendizaje segregado. Ello es debido a que como señala León Olivé "la comprensión y el juicio de las acciones y de las creencias de los miembros de cada cultura debe hacerse por referencia a los criterios aceptables sólo para los miembros de esa cultura"¹¹. Esta tendencia tampoco se libra de determinadas críticas puesto que se entiende que no favorece la cooperación entre las distintas culturas y su consecuente enriquecimiento, sino que más bien favorece la separación y el estancamiento de cada concepción cultural.

También cabe destacar, al margen de las corrientes ya mencionadas, las diferentes versiones del multiculturalismo: la liberal, la comunitaria y la pluralista. Cada una de ellas estará determinada en función de estos principios éticos que orientan las relaciones políticas entre los individuos, las culturas y los Estados. Para cada visión se tendrán que poner en práctica diferentes estrategias educativas bajo el estandarte de la interculturalidad pero con la consecución de resultados diversos.

Dentro de la vertiente liberal del multiculturalismo predomina la defensa de la libertad y de los derechos "naturales" del ser humano. Esta visión se coloca en contraposición a la tesis del universalismo que viene a enaltecer a los derechos culturales de las comunidades porque es dentro de ellas en donde los individuos pueden realizar sus derechos y libertades. La diferencia entre la perspectiva liberal y el universalismo es que aquí se reconoce que los individuos no son entidades genéricas y abstractas, sino auténticos seres concretos que desarrollan su existencia dentro de un determinado contexto histórico y cultural que hace que se diferencien los unos de los otros.

En esta vertiente el individuo se conforma como el sujeto moral de la ética multicultural. Se parte de la concepción de que "lo que es bueno para el individuo es bueno para la comunidad". No siendo posible argumentar en sentido contrario, ya que lo que es bueno para la comunidad no necesariamente tendrá que ser también bueno para los individuos, ya que existen comunidades que limitan el ejercicio de la libertad por parte de sus miembros para garantizar la subsistencia de la comunidad. Los derechos y las garantías individuales son considerados libertades negativas puesto que actúan como protección contra las injerencias de la comunidad dentro de la esfera de la libertad del individuo. El baluarte principal viene a ser la estricta consideración de la libertad de los individuos.

Las políticas educativas interculturales que siguen esta corriente están basadas en una estrategia de educación transicional. En la educación básica se reconocen y toleran las culturas y las lenguas maternas de las poblaciones nativas para dar paso al conocimiento de la cultura y los valores universales. Vendría a ser un proceso educativo en la que "se reconoce la existencia de comunidades culturales indígenas y la necesidad de atender educativamente el ambiente de socialización de los niños (sus lenguas y culturas "maternas"), pero se considera que el derecho principal de los individuos reside en el acceso al español y a la cultura y los valores universales"¹².

En el multiculturalismo comunitario, se parte de una premisa diferente: "lo que es bueno para la comunidad también será bueno para los individuos". La comunidad constituye

¹⁰ PAREKH, B. *Repensando el multiculturalismo*, Istmo, Madrid, 2005, p. 336.

¹¹ OLIVÉ, L. *Multiculturalismo y pluralismo*, cit., p. 33.

¹² DÍAZ-COUDER CABRAL, E. "Multiculturalismo y educación", en *Cultura y representaciones sociales*, núm. 7, sept. 2009, p. 47.

el sujeto moral de la ética multicultural. No será posible privilegiar a los individuos porque ello supondría la creación de conflictos en el seno interno de sus comunidades. Se limitarán las libertades individuales para garantizar el buen desarrollo de la comunidad. Al individuo se le posiciona en un plano de igualdad con respecto al resto de los miembros de la comunidad.

Esta perspectiva considera que los pueblos indígenas tendrán autonomía sobre la capacidad de decisión en sus asuntos. En el ámbito educativo, sus proyectos responden a las necesidades comunitarias y son gestionados por ellas mismas. A diferencia de lo que sucede cuando se trata de una perspectiva estrictamente relativista, el resultado no será ahora una segregación educativa, ya que se cuenta con elementos educativos nacionales comunes. Lo realmente importante del multiculturalismo comunitarista es la autonomía en la realización de sus proyectos.

La vertiente pluralista del multiculturalismo se sustenta en la institucionalidad de la diversidad cultural. Estamos ante un multiculturalismo basado no en una nueva moral, sino en una moral crítica, puesto que "los principios y las reglas éticas no están dados de forma absoluta por una filosofía o teoría trascendente a toda cultura, ni se encuentran en un punto ideal de convergencia racional, sino que son el resultado de interacciones constantes entre los miembros de una cultura o de diferentes culturas"¹³.

Hablar de políticas educativas desde la concepción de la multiculturalidad pluralista es hablar de una verdadera política educativa intercultural. Esta propuesta pluralista establecerá "las condiciones que deberían cumplir las normas sociales positivas a fin de permitir una convivencia armoniosa entre comunidades diferentes, y ofrece el fundamento para el reconocimiento jurídico de ciertos derechos y obligaciones, tanto del Estado como de las diversas comunidades culturales"¹⁴. No se privilegia desde este enfoque ni a los individuos ni a las comunidades como sujetos morales, sino que se reconocerán los derechos de ambos dentro de una estrategia intercultural en la que debe primar la estrategia educativa basada en el diálogo abierto y el consenso entre las comunidades culturales de la nación.

En el modelo pluralista la educación intercultural no viene a ser entendida como un fin, sino como un medio a través del cual se debe inculcar la idea de la necesidad de la convivencia entre miembros de diversas culturas, siendo ésta una de las condiciones que se consideran esenciales para el desarrollo de una democracia auténticamente pluralista. Lo mismo ocurre con otros medios como es el caso de las instituciones, los programas, los organismos y las leyes, que se limitarán a conocer las diferencias culturales pero no a ponerles ningún tipo de solución¹⁵.

El multiculturalismo para que sea efectivo deberá dotar de reconocimiento y respeto a los derechos de las diferentes identidades culturales para después pasar a protegerlos a través de las instituciones públicas. En este contexto la educación intercultural, entendida como medio, servirá no sólo para garantizar el reconocimiento y respeto de la diversidad cultural, sino que también respaldará de manera directa el ejercicio de la misma¹⁶. Un ejemplo sería el conocimiento de la existencia de diferentes lenguas y la posibilidad de su uso dentro de ámbitos públicos como lo son las administraciones públicas, los comercios, los medios de comunicación, entre otros. Con estas prácticas se pretende que la diversidad cultural no quede constreñida únicamente dentro del entorno familiar y privado de los inmigrantes, se trata de ampliar su ejercicio dentro de las instituciones públicas,

¹³ OLIVÉ, L. *Multiculturalismo y pluralismo*, cit., p. 69.

¹⁴ Ibídem, pp. 218-219.

¹⁵ DÍAZ-COUDER CABRAL, E. "Multiculturalismo y educación", cit., p. 48.

¹⁶ BESALÚ, X. *Diversidad cultural y educación*, cit., p. 65.

proyectando, en particular que "la cultura de las familias de los estudiantes se integre en el currículo de la escuela"¹⁷.

3. La educación intercultural como principal modelo educativo para la integración social de los inmigrantes

La educación intercultural se constituye como un proyecto educativo dirigido a "todos los colectivos e individuos que desde una perspectiva del mundo basada en la complejidad, retoma el principio de igualdad y los valores democráticos favoreciendo la expresión de las diferencias individuales y colectivas"¹⁸. Si únicamente se limitase a ser inculcada a los grupos culturales minoritarios no sería más que un tratado de buenas intenciones. Nos encontramos ante un modelo educativo que fomenta la relación entre individuos con culturas diversas conociendo lo que éstas poseen en común y beneficiándose de lo diverso de cada cultura¹⁹.

Este modelo educativo no persigue una asimilación de las culturas no homogéneas sino que lo que pretende es más precisamente conseguir que se produzca una convivencia basada en la idea de asegurar el respeto mutuo entre los inmigrantes y los miembros originarios de la sociedad receptora garantizando el desarrollo de las identidades culturales de cada persona que habite dentro de dicha sociedad. En palabras de Xavier Besalú, la educación intercultural es "una actitud y un comportamiento relativo al tipo de relaciones que se dan entre las culturas particularmente que conviven en un ambiente determinado. Se propone atender las necesidades afectivas, cognitivas, sociales y culturales de los individuos y de los grupos posibilitando que cada cultura exprese su solución a los problemas comunes. Es un medio para promover la comunicación entre las personas y para favorecer las actitudes de apertura en un plano de igualdad. No se dirige, pues, sólo a las minorías étnicas o culturales, sino que es una educación para todos. La educación intercultural es una educación para y en la diversidad cultural y no una educación para los culturalmente diferentes"²⁰.

La educación intercultural deberá en cualquier caso constituir una respuesta concreta a los modelos de integración social del inmigrante que en general se han planteado por parte de las instituciones públicas de las sociedades de acogida. Y es que en último término, siendo la estructuración del sistema educativo un instrumento idóneo para garantizar la mejor realización de los derechos del inmigrante, se constata el hecho de que normalmente las políticas educativas que toman como referencia singular a quienes poseen la condición de inmigrantes suelen resultar coherentes con el sentido que se quiera en cada caso proporcionar a las políticas generales de inmigración.

La mayoría de las sociedades son caracterizadas por ser comunidades abiertas tanto en el plano social como en el plano cultural. En ellas podemos observar que dentro de su estructura y organización de convivencia social no se excluyen al menos sobre el papel aquellos miembros que poseen culturas, razas o etnias diferentes. Esta situación es debida en gran parte a la puesta en práctica de los valores y principios sobre los que se encuentran fundamentadas estas sociedades cosmopolitas que posibilitan la implantación de políticas públicas que buscan por todos los medios una integración real por parte de los recién llegados permitiendo de esta manera su participación en las decisiones más importantes que se tomen en los órganos oportunos del Estado donde son acogidos.

¹⁷ AGUADO ODINA, T.; GIL JAURENA, I. y MATA BENITO, P. *Educación intercultural: una propuesta para la transformación de la escuela*, Catarata, Madrid, 2005, p. 98.

¹⁸ YTARTE, R.M. "Pluralidad y educación. La interculturalidad como modelo educativo", en T. FERNÁNDEZ GARCÍA y J.G. MOLINA (coords.), *Multiculturalidad y educación, Teoría, ámbitos, prácticas*, Alianza editorial, Madrid, 2005, p. 79.

¹⁹ CASANOVA, M.A. *La interculturalidad como factor de calidad educativa*, Editorial Muralla, Madrid, 2005, p. 25.

²⁰ BESALÚ, X. *Diversidad cultural y educación*, cit., p. 71.

El objetivo de estas políticas, como ya hemos dicho, será el de conseguir la integración de los inmigrantes dentro de la sociedad receptora. Esta integración no puede darse de manera parcial, sino que se trata de alcanzar una integración plena de estos miembros que en la mayoría de los casos poseen identidades culturales diferentes que puedan llegar a resultar totalmente opuestas en costumbres y tradiciones a las culturas hegemónicas. Se quiere alcanzar un equilibrio adecuado por parte de las instituciones públicas que gobiernan dichas sociedades para que los miembros de estas culturas no se sientan vilipendiados.

Esta preocupación es mutua. Por una parte, los miembros de las culturas minoritarias pretenden hacerse un hueco en las esferas de poder de las sociedades de acogida con la finalidad de que su grupo no se vea reducido culturalmente a la nada por el efecto apisonador propio de la cultura dominante, y por otra parte, los miembros de la sociedad de acogida a su vez ponen en marcha acciones políticas para que los miembros de dichos grupos minoritarios no se sientan excluidos.

No siempre se consigue al cien por cien que estas políticas, aunque sean configuradas con buenas intenciones, cumplan sus objetivos. O bien porque no son del agrado de los recién llegados por verlas insuficientes para alcanzar su pleno desarrollo como comunidad y como individuos libres con igualdad de oportunidades dentro de una sociedad que favorece a sus preferidos, a la vez que no cubren las expectativas esperadas, o bien, porque los poderes públicos no ponen el mismo empeño en aplicar de manera práctica lo que convincentemente pregonan en su teoría constitucional.

Lo difícil es llegar a un acuerdo entre las partes interviniéntes en este proceso y saber solucionar este conflicto que se repite, una y otra vez, dentro de las sociedades. Nos encontramos ante un fenómeno que sigue siendo una preocupación fundamental para los gobernantes de estas sociedades y que, aunque parezca fácil gestionar el multiculturalismo, no lo será contentar completamente a los recién llegados, que lógicamente se encuentran en una posición desfavorable y también al ver con desconfianza las decisiones que al respecto puedan tomar los poderes públicos de la sociedad de acogida. A este respecto se han ofrecido soluciones de muy distinta índole, partiendo siempre de la base de que los posibles modelos de integración de los inmigrantes son un fiel reflejo de los valores que se les conceden a las diferentes culturas.

Cuando hacemos referencia al modelo asimilacionista exaltamos el valor superior que supuestamente tiene la cultura dominante dentro de una determinada sociedad sobre el resto de las culturas existentes, entendiendo que en esta cultura suprema "sus derechos y costumbres son universales, por tanto extrapolables a las culturas inferiores"²¹. Es esencial no confundir las políticas del multiculturalismo con las políticas del asimilacionismo, puesto que son políticas totalmente opuestas. La intención básica del asimilacionismo "se traduce en políticas, programas y medidas de intervención en todos los ámbitos de la sociedad, especialmente en los que más relación tienen con la reproducción ideológica de la misma, como es la educación"²². Su objetivo prioritario se trata de que los individuos que sean culturalmente contrarios a la cultura societal se asimilen a esta última.

Este modelo no está fundamentado tanto en la idea de la prevalencia de una cultura superior sobre el resto de las culturas, sino que lo que realmente se pretende es conseguir la homogeneidad de todas las culturas imponiendo directamente la cultura de la sociedad que acoge a los inmigrantes. Eliminando las posibles diferencias, se pretende que "los grupos y minorías van a ir adoptando la lengua, los valores, las normas, las señas de

²¹ MARCOS DEL CANO, A. "Inmigración y el derecho a la cultura propia", en L. Miraut Martín (ed.), *Justicia, migración y derecho*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 101.

²² PULIDO MOYANO, R. "Sobre el significado y los usos de los conceptos de interculturalidad y multiculturalidad", en T. FERNÁNDEZ GARCÍA y J.G. MOLINA (coords.), *Multiculturalidad y educación, teorías, ámbitos y prácticas*, Alianza editorial, Madrid, 2005, pp. 21-23.

identidad, de la cultura dominante y, en paralelo, van a ir abandonando su propia cultura"²³, resultando el desarrollo de todo este proceso contrario a las exigencias que impone el imperativo del respeto a la dignidad humana²⁴.

No es evidentemente perjudicial que existan unas determinadas notas culturales homogéneas en las sociedades, pero sin erradicar con ello las diferencias culturales. El asimilacionismo no reconoce más cultura que la principal, la que comparten los miembros originarios de la sociedad de acogida, invitando a que la realización de las prácticas y actitudes prototípicas de diferentes culturas quede estrictamente constreñida al ámbito de la vida privada de cada individuo. En definitiva, uno sólo podría manifestar la autenticidad de su ser individual a espaldas del grupo, de manera en cierto modo oculta y clandestina.

La nota característica del modelo de integración que constituye el aldeanismo, es que no existen culturas superiores. Todas las culturas se encuentran en el mismo plano de valoración ética. Una cuestión que acompaña a este debate es ¿desde qué parámetros deben juzgarse las culturas?. No hay que olvidar que las culturas son diferentes unas a otras, considerándose como autorreferentes. Una crítica frecuente que se hace a determinados modelos es que es muy difícil demostrar la excelencia de cada cultura para respetarla, siendo tan sólo necesaria la voluntad de sus miembros para conservarla.

Junto a estos modelos Andrés Escarabajal destaca también el modelo de adición étnica que incorpora contenidos de otras culturas a la educación, dejando sin embargo en lo fundamental el currículum oficial, el modelo de educación bicultural, que busca proporcionar al alumno competencias en dos culturas diferentes sobre la base de la idea de que con ello se iba a facilitar la obtención de una mayor flexibilidad mental por su parte, el modelo del entendimiento cultural, que se estructura en base al valor que en sí mismo representa la pluralidad cultural, y el modelo de la multiculturalidad para la reconstrucción social, que trataría de garantizar la comprensión crítica de la multiculturalidad en todas sus manifestaciones. Junto a ellos identifica también el citado autor al modelo antirracista, y atiende monográficamente a la educación en la lucha contra el racismo, y al modelo radical, que subraya el papel de la escuela y de las instituciones educativas como "abanderadas de la lucha contra la perpetuación del orden social imperante y la lucha contra el racismo institucional"²⁵.

Habría que destacar que el modelo de integración del interculturalismo asume la concepción de que no existen culturas superiores, todas se encuentran en el mismo plano debido a que en toda cultura existe unos "valores comunes que hacen posible compartir una legislación compatible con los derechos humanos y ese pluralismo cultural"²⁶. Aunque del conocimiento de las diferentes culturas se desprende que existen indiscutiblemente algunas de ellas que no respetan los derechos humanos. Es el caso que sucede con aquellas "prácticas permitidas" y encubiertas por los miembros de dichas culturas como lo es la mutilación de los órganos genitales femeninos o la lapidación de mujeres infieles, prácticas vistas como normales y asumidas dentro de determinadas culturas, que suponen un atentado no sólo contra los derechos de la mujer sino también contra el propio sentido común.

El interculturalismo tendría como correlato a la educación intercultural, que implicaría "interacción, intercambio, ruptura del aislamiento, reciprocidad, solidaridad entre culturas, así como el reconocimiento y la aceptación de los valores y de los modos de vida de los otros"²⁷. Ya no se trata tanto de reconocer el valor intrínseco de los principios definitorios de

²³ MALGESINI, G. y GIMÉNEZ, C. *Guía de conceptos sobre migraciones, racismo e interculturalidad*, Catarata, Madrid, 2000, p. 51.

²⁴ SÁNCHEZ CÁMARA, I. "Integración o multiculturalismo", en *Persona y derecho*, vol. 49, 2003, pp. 174-175.

²⁵ ESCARBAJAL, A. *Interculturalidad, Mediación y trabajo colaborativo*, Narcea, Madrid, 2010, p. 50.

²⁶ MARCOS DEL CANO, A. "Inmigración y el derecho a la cultura propia", cit., p. 104.

²⁷ ESCARBAJAL, A. *Interculturalidad, Mediación y trabajo colaborativo*, cit., p. 52.

cada cultura vigentes en el territorio común, sino de considerar a la inmigración y a la vida en una sociedad multicultural como "oportunidades de enriquecimiento y de crecimiento personal y colectivo"²⁸ por lo que suponen de incorporación de elementos plurales que posibilitan una reflexión crítica por parte de todos acerca del sentido preciso de su modo de ser.

Obviamente el modelo de educación intercultural presupone la asunción del sentido del derecho a la identidad cultural de todos los individuos, dejando abierta la cuestión del juicio que hayan de merecer las prácticas y actitudes hipotéticamente contrarias a la filosofía de los derechos humanos que se lleven a cabo en ejecución del propio derecho a la identidad cultural.

El derecho a la pertenencia cultural respalda en principio la conveniencia de la integración y pertenencia a cualquier cultura, incluso a aquellas que no se ajustan precisamente al respeto de los derechos humanos. Otra cosa muy diferente es el juicio crítico de carácter indiscutiblemente negativo, que en tales casos habría de merecer el resultado que arroja el ejercicio del propio derecho a la identidad cultural.

En las sociedades democráticas estas culturas tienen muy poco futuro, salvo que estas prácticas se desarrolle en la intimidad, dado que su conocimiento puede conllevar a denunciar ante las autoridades por terceros o incluso por los afectados. No obstante, para construir una sociedad donde convivan pacíficamente las diferentes culturas dentro de las coordenadas del respeto y la tolerancia, será responsabilidad de Estado "arbitrar los mecanismos oportunos para fomentar un dialogo y un conocimiento en condiciones de igualdad de las culturas existentes para crear ese espacio intercultural que defienda la autonomía individual y el derecho a la diferencia. Habrá que conciliar los valores universales y respetar los particularismos"²⁹.

La educación intercultural busca el enriquecimiento personal de los alumnos que proporciona la interacción cultural. Es un propósito deseable que se puede prestar a algunas dificultades en el intento de hacer compatible el derecho a la identidad cultural con la reprobación de las prácticas atentatorias a los derechos humanos que pueden llevarse a cabo en ejercicio del propio derecho a la identidad cultural. Lo que en cualquier caso parece indispensable es asegurar la presencia de un sistema educativo con el objetivo inmediato de "crear las mismas oportunidades educativas para alumnos de diversas etnias, clases y grupos sociales y culturales"³⁰. Algunos autores han planteado en estos términos la distinción entre la educación intercultural y la educación multicultural, si bien se utilizan en ocasiones como sinónimos las dos expresiones citadas.

Hay que decir de todos modos que la garantía de la igualdad de oportunidades educativas para todos tendría que complementarse con la consideración de las características concretas que ese sistema debería tener. Un sistema que respete el hecho indiscutible de la multiculturalidad y que trate de garantizar el respeto al valor individual de la cultura identitaria y al valor social que en sí mismo manifiesta la misma diversidad cultural.

Pero aun así, salvando estos inconvenientes, la pregunta fundamental a resolver es la siguiente: ¿todas las culturas podrían tener el mismo valor?. Desde la perspectiva que ofrece la consideración de la igualdad como uno de los valores fundantes deberían tenerlo, pero la subsiguiente pregunta es entonces de qué nos servirá respetar y valorar a una cultura como cultura igualitaria, si con ese reconocimiento estamos tirando piedras contra nuestro propio ideal de sociedad basado en los valores que representan la libertad, la igualdad, la justicia, el pleno desarrollo de la persona y el respeto por los derechos humanos. Habría que plantearse: ¿Un estado multicultural podría dar cobijo a este tipo de culturas?. No falta quien a este respecto señala que difícilmente podría ser así. Puesto que en semejante caso

²⁸ *Ibidem*, p. 53.

²⁹ MARCOS DEL CANO, A. "Inmigración y el derecho a la cultura propia", cit., p. 104.

³⁰ ESCARBAJAL, A. *Interculturalidad, Mediación y trabajo colaborativo*, cit., p. 52.

estaríamos dando entrada a un auténtico "caballo de Troya" que poco a poco iría tambaleando los cimientos más sólidos de la convivencia en nuestra sociedad democrática.

La sociedad de acogida tendría que tener la responsabilidad de analizar el contenido de las culturas que pretendan instaurarse en nuestra sociedad, tener ese compromiso de conocer los presupuestos de aquellas culturas que puedan estar basadas en ideologías que ponen de manifiesto el propósito de menospreciar a la mujer y al menor, de ser intolerantes con el resto de culturas (vemos que se trataría de una incoherencia reivindicar el reconocimiento de una cultura como valor y desde el plano de reconocimiento igualitario, cuando son precisamente estas culturas las primeras en fomentar la exclusión de las culturas ajenas a sus principios ideológicos).

Las instituciones públicas desempeñan un papel fundamental a este respecto ya que deben permitir la realización para hacer viable el libre desarrollo de los partidarios de este tipo de culturas de ciertas manifestaciones culturales (aun sabiendo que dejando un margen de acción real de los adscritos a la cultura recién asentada puedan existir posibilidades ciertas de atentar contra los valores fundantes de nuestra sociedad), porque no se pueden realizar medidas preventivas ni actuar contra ellos si no han demostrado en la práctica el peligro real que conlleva ser miembro de este tipo de culturas y cumplir sus preceptos aunque sean peligrosos para el propio individuo y en lo sucesivo para el resto de la ciudadanía.

No podemos hablar de una vara de medir culturas. Para saber si una cultura podrá ser valorada positivamente tendrá que estar dentro de unos parámetros establecidos por la cultura societal. Es loable reconocer a todas las culturas por el propio valor que representa su reconocimiento para el asentamiento de la identidad del individuo que comparte los presupuestos definitorios de la cultura de que se trate. Pero eso no exime en ningún caso de la necesidad de valorar con el máximo cuidado el daño a terceros que pudieran llegar a producir la realización de ciertas conductas y actitudes que se presentan como proyección directa de esos mismos presupuestos culturales.

Hay que tener en cuenta por lo demás que ese daño a terceros no sólo lo producen las culturas minoritarias. También puede producirlo, y lo produce de hecho, la cultura hegemónica al amparar situaciones de injustificado desequilibrio económico entre los distintos países que obligan a los inmigrantes a abandonar su lugar de origen con el coste emotivo y personal que ello conlleva para instalarse en una sociedad nueva que nunca saben en el momento de la llegada lo que les va a ofrecer y el modo en que les va a recibir³¹.

En el plano de las culturas se destaca el hecho cierto de que la ideología en las mismas es muy importante; si una cultura hace apología en contra de los valores más esenciales de las personas, hasta que no se materializan en la práctica esas ideas, no se podrá actuar en la mayoría de las ocasiones contra los responsables de dichas actuaciones. Aunque en nuestro ordenamiento jurídico hacer apología para cometer delitos esté tipificado por el código penal, los miembros de estas religiones nunca lo reconocerían, encubriendo la tradicional realización de determinadas prácticas que dañan y vulneran derechos de terceros e incluso los propios.

Por eso habría que separar por un lado el plano ideológico de las culturas y el plano de la realización práctica. Con respecto al primero hay que decir que por mucho que la cultura tenga unos valores que resultan a todas luces contrarios a la sociedad donde están acogidos, se podría interferir en sus miembros dentro del plano ideológico a través de las vías del conocimiento para al menos intentar hacerles ver que su visión de la vida es incompatible con nuestros principios. Y en el plano de la realización práctica no podrán desde luego tomarse cartas en el asunto hasta que no intenten ejecutar esas prácticas chocantes con nuestros valores sociales, y en base a ello se tomarán las medidas oportunas

³¹ SANTANA RAMOS, E. "Hacia una integración real de la inmigración en la sociedad receptora", en L. Miraut Martín (ed.), *Justicia, migración y derecho*, cit., p. 404.

que pretenderán devolver el equilibrio a nuestra sociedad que vela por la pacífica convivencia conforme a los principios que inspira el respeto a la idea de la diversidad cultural.

El proceso de integración del inmigrante dentro de la sociedad receptora tiene un carácter bidireccional, el inmigrante deberá adaptarse a la nueva sociedad y a sus diferentes concepciones de vida, y las sociedades receptoras deberán, a su vez, adaptarse a los inmigrantes. Sabemos que este proceso no es del todo fácil, pero hay que realizar cesiones por ambas partes. Algunos autores ponen como condicionante para hacer realidad esta integración que se lleven a cabo las exigencias que impone el principio de reciprocidad entre los inmigrantes y los miembros originarios de la sociedad de acogida.

Ante la realidad que supone la llegada de los inmigrantes a la sociedad receptora, no sólo tenemos que quedarnos con la idea de que se le conceden y se le garantizan una serie de derechos, sino que también se le exigirán el cumplimiento de unos deberes para con la sociedad que los acoge. No cabe hablar de derechos sin sus respectivos deberes, se ha indicado al subrayar que no hay que olvidar que los deberes son "el reverso de los derechos y que sin aquellos, éstos son pura retórica. El declive de los deberes conduce a la decadencia de los ideales y al vaciamiento de los derechos"³².

Uno de los deberes más importantes que tienen que asumir los inmigrantes es el de observar el modo de vida de su nueva sociedad y respetar los principios y valores imperantes que rigen dentro del país de acogida, no pudiendo éstos en principio ser vulnerados mediante la realización de sus prácticas o la perpetración de sus costumbres culturales. Claro está que en este tipo de casos el problema radica en valorar si estas prácticas y costumbres constituyen efectivamente un atentado a un valor relevante. Cada grupo cultural particular enarbola sus propios valores y define la consideración de lo que desde su perspectiva es o no relevante. Aquí está precisamente la raíz de muchos de los conflictos culturales que se dan hoy en día en las diferentes comunidades sociales. Evidentemente la identificación de lo que se define como valor relevante con el valor universal zanjaría a este respecto la polémica.

Encontramos un defensor acérrimo del principio de reciprocidad del inmigrante con la sociedad receptora en Giovanni Sartori al afirmar que en toda sociedad pluralista tiene que existir "una reciprocidad en la que el beneficiado (el que entra) corresponde al benefactor (el que acoge) reconociéndose como beneficiado, reconociéndose en deuda. Pluralismo es, sí, un vivir juntos en la diferencia y con diferencias; pero lo es –insisto- si hay contrapartida"³³. Giovanni Sartori sostiene la tesis de que aquellos extranjeros que carezcan de esta actitud recíproca suscitarán por parte de los miembros originarios de la sociedad de acogida reacciones de rechazo. No concibe esta doctrina la atribución de una ciudadanía gratuita a cambio de nada, puesto que, como él mismo considera, "el contraciudadano es inaceptable"³⁴.

El profesor Gregorio Robles considera que en la puesta en práctica de la política del reconocimiento cultural no sólo se tendrá que tener en cuenta el respeto hacia los principios constitucionales, sino que también se tiene que atender a las actitudes de reciprocidad con respecto a las políticas de reconocimiento cultural que se llevan a cabo por parte de los países de donde proceden los inmigrantes. No todas las culturas y religiones son en su opinión iguales, "no es lo mismo una confesión religiosa sin intención política ni conexión política con otros Estados"³⁵ que una confesión religiosa fundamentalista que tache a los practicantes de otras religiones o comunidades de infieles o enemigos.

³² SÁNCHEZ CÁMARA, I. "Integración o multiculturalismo", cit., p. 180.

³³ SARTORI, G. *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo, extranjeros e islámicos*, Taurus, Madrid, 2001, p. 54.

³⁴ *Ibidem*, pp. 54-55.

³⁵ ROBLES, G. "Tolerancia y sociedad multicultural", en *Persona y derecho*, vol. 49, 2003, p. 139.

El laicismo de un Estado no puede servir para dar acomodo en él a culturas y religiones intolerantes con el resto de las culturas, incluida desde luego la cultura dominante de la sociedad en donde se asientan. La lealtad debe garantizarse en todo Estado donde convivan múltiples culturas y religiones. Cuando no se de lealtad o reciprocidad por parte de determinados grupos culturales la idea de los partidarios del principio de reciprocidad es que éstos no podrán reivindicar sus derechos.

El inmigrante no podrá atentar contra las normas, las costumbres, la moral y la estructura axiológica de la sociedad donde se ha establecido. No se pretende del inmigrante, para salvar la integridad de la sociedad receptora, que deje de realizar sus prácticas culturales, no se trata de exigirle dicho comportamiento, sino que lo que se pretenderá es evitar que alteren las normas de convivencia con comportamientos que no tomen en la debida consideración el daño que producen a otros individuos.

La intención de los autores que defienden esta tesis es que los inmigrantes que no practican la reciprocidad se abstengan de realizar sus prácticas a cambio de quedarse en una nueva sociedad que en su opinión les colma de derechos de los que posiblemente en sus países de origen no dispondrían. Esta imposición de la renuncia a los principios de la propia identidad cultural se entenderá como un atentado contra su persona y una extorsión para la realización de su "libre" desarrollo de la personalidad.

Para lograr la integración social del inmigrante hay que promover las políticas de reconocimiento de otras culturas y religiones, cuyos límites se encuentran en los derechos fundamentales y en los principios reconocidos por la Constitución. La cuestión es hasta qué punto se pone el acento en los límites a la sociedad receptora se le exigirá una actitud de comprensión hacia el resto de las culturas y religiones, sosteniéndose desde la perspectiva del principio de reciprocidad que del inmigrante "hay que esperar una actitud reciproca de adaptación a otras costumbres y a otras mentalidades o, al menos, de comprensión hacia los mismos"³⁶.

Nada habría en principio que objetar a la actitud de comprensión de la cultura ajena que se reclama en ambos casos. Es lógico entender que tanto quienes comparten los postulados de la cultura dominante como los inmigrantes deberán tener esa actitud de respeto y comprensión. El problema está cuando a la sociedad receptora sólo se le exige esa actitud de comprensión y al inmigrante se le exige que no sólo manifieste la actitud de comprensión, sino también una actitud de reciproca adaptación a otras costumbres y mentalidades. No parece razonable esperar de una política cultural democrática el trato discriminatorio de quienes ostentan un idéntico derecho a la identidad cultural. La tesis de la reciprocidad del inmigrante con respecto a la sociedad receptora no debiera servir de coartada para la realización de ninguna discriminación a este respecto.

4. Conclusiones

En los contextos multiculturales habrá que rechazar aquellos sistemas educativos que pretenden imponer los valores y principios supuestamente universales que proyecta la cultura hegemónica. Este modelo asimilacionista impone a los sujetos unos concretos presupuestos culturales en la creencia en que esta será la única manera de lograr la igualdad real de oportunidades. El desarraigo cultural y afectivo que genera en el inmigrante conducirá a la aniquilación de cualquier posibilidad de realización del libre desarrollo de su personalidad. Deberán también desecharse aquellos modelos educativos que defienden que cada cultura establezca su propio programa educativo desconectando al individuo de la realidad que supone la convivencia entre culturas con principios definitorios en gran medida divergentes.

Se impone en este sentido una estrategia intercultural en la que debe primar la estrategia basada en el diálogo abierto y el consenso entre las diferentes comunidades

³⁶ *Ibidem*, pp. 135-136.

culturales. El modelo intercultural fomentará la relación entre individuos con diferentes culturas conociendo lo que poseen en común y beneficiándose cada uno de ellos de lo que de diverso ofrece cada cultura. Será la forma de lograr una convivencia basada en la idea de asegurar el respeto mutuo entre los inmigrantes y los ciudadanos originarios de la sociedad receptora, garantizando el desarrollo de la identidad cultural de los individuos que conforman el grupo social.

5. Referencias bibliográficas

- AGUADO ODINA, T.; GIL JAURENA, I. y MATA BENITO, P. *Educación intercultural: una propuesta para la transformación de la escuela*, Catarata, Madrid, 2005.
- BESALÚ, X. *Diversidad cultural y educación*, Síntesis, Madrid, 2002.
- CASANOVA, M.A. *La interculturalidad como factor de calidad educativa*, Editorial Muralla, Madrid, 2005.
- DÍAZ-COUDER CABRAL, E. "Multiculturalismo y educación", en *Cultura y representaciones sociales*, núm. 7, sept. 2009.
- ESCARBAJAL, A. *Interculturalidad, Mediación y trabajo colaborativo*, Narcea, Madrid, 2010.
- GIANNI, M. "¿Cuál podría ser la concepción liberal de la ciudadanía diferenciada?", en J. DE LUCAS MARTÍN (dir.), *La multiculturalidad*, Cuadernos de Derecho Judicial VI, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2001.
- KYMLICKA, W. *Ciudadanía Multicultural*, Paidós, Barcelona, 1996.
- MALGESINI, G. y GIMÉNEZ, C. *Guía de conceptos sobre migraciones, racismo e interculturalidad*, Catarata, Madrid, 2000.
- MARCOS DEL CANO, A. "Inmigración y el derecho a la cultura propia", en L. Miraut Martín (ed.), *Justicia, migración y derecho*, Dykinson, Madrid, 2004.
- OLIVÉ, L. *Multiculturalismo y pluralismo*, Paidós, México, 1999.
- PAJARES, M. *La inmigración en España*, Icaria, Barcelona, 1998.
- PAREKH, B. *Repensando el multiculturalismo*, Istmo, Madrid, 2005.
- PÉREZ DE LA FUENTE, O. *Pluralismo cultural y derechos de las minorías*, Dykinson, Madrid, 2005.
- PULIDO MOYANO, R. "Sobre el significado y los usos de los conceptos de interculturalidad y multiculturalidad", en T. FERNÁNDEZ GARCÍA y J.G. MOLINA (coords.), *Multiculturalidad y educación, teorías, ámbitos y prácticas*, Alianza editorial, Madrid, 2005.
- ROBLES, G. "Tolerancia y sociedad multicultural", en *Persona y derecho*, Vol. 49, 2003.
- RUÍZ ROMÁN, C. *Educación intercultural. Una visión crítica de la cultura*, octaedro, Barcelona, 2003.
- SÁNCHEZ CÁMARA, I. "Integración o multiculturalismo", en *Persona y derecho*, vol. 49, 2003.
- SANTANA RAMOS, E. "Hacia una integración real de la inmigración en la sociedad receptora", en L. Miraut Martín (ed.), *Justicia, migración y derecho*, Dykinson, Madrid, 2004.
- SARTORI, G. *La sociedad multiétnica. Pluralismo, multiculturalismo, extranjeros e islámicos*, Taurus, Madrid, 2001.
- YTARTE, R.M. "Pluralidad y educación. La interculturalidad como modelo educativo", en T. FERNÁNDEZ GARCÍA y J.G. MOLINA (coords.), *Multiculturalidad y educación, Teoría, ámbitos, prácticas*, Alianza editorial, Madrid, 2005.

El plazo legal de espera en la mujer islámica

The waiting period of the Islamic woman

SALVADOR ALEJANDRO SANTANA TALAVERA

Universidad de Las Palmas de Gran Canaria

SUMARIO: Introducción. Capítulo I. La situación de la mujer islámica en una situación de subordinación al hombre. 1. Derechos de la mujer islámica. 1.1. Derechos civiles del hombre. 1.2. Derechos sociales y económicos. 1.3. Derechos de Sucesiones. 1.4. Otros derechos. Capítulo II. Aspectos del repudio y del divorcio. 1. Aspectos generales. 2. El talaq. 2.1. Repudio mediante compensación. 2.2. Divorcio judicial. Capítulo III. El plazo legal de espera en la mujer islámica. 1. Plazo legal de espera. 1.1. Introducción. 1.2. Aspectos del plazo legal de espera de la mujer. Capítulo IV. Situación análoga diferente. La teoría del feto dormido. 1. Breve introducción. 2. La teoría del feto dormido. Capítulo V. El tiempo legal de espera en los códigos de conducta. 1. Introducción. 1.1. El plazo legal de espera y la consumación del matrimonio. 1.2. Distinción entre mujer embarazada y mujer no embarazada. 1.3. Situación de la mujer menopáusica. 1.4. La situación de viudez. 2. La mujer repudiada o divorciada y el domicilio conyugal. 3. El derecho de manutención en el tiempo legal de espera. CONCLUSIONES. BIBLIOGRAFÍA. OTRAS FUENTES.

RESUMEN: En este trabajo se pretenden reflejar y estudiar diversos aspectos de la situación legal de la mujer Islámica tal como su subordinación al hombre y sus derechos; el análisis de figuras como el repudio y el divorcio judicial y los plazos legales de espera tanto en el divorcio como en los códigos de conducta. También se analizará una situación diferente: la teoría del niño o feto dormido o comúnmente conocido como "al-raqed".

PALABRAS CLAVE: mujer Islámica, subordinación, repudio, plazo legal de espera, feto dormido, código de conducta.

ABSTRACT: The aim of this work is studying the situation of women rights in the Islamic Laws as well as understanding different figures concerning the Islamic woman such as her subordination to men and their rights; figures like the divorce and judicial separation and their waiting periods, as well as conduct's codes and their waiting periods will be explained. Finally we will cover a different situation: the sleeping child theory or "al-raqed".

KEYWORDS: Islamic woman, subordination, divorce, waiting period, sleeping child, conduct's code.

INTRODUCCIÓN

Históricamente, el rol de la mujer en el mundo Islámico ha dado origen a grandes controversias especialmente cuando se analiza desde la perspectiva del mundo occidental.

En este sentido conviene comenzar por explicar la diferente idiosincrasia religiosa, de costumbre y por tanto, legal que envuelve la vida y las relaciones que en ella se producen, en los países y comunidades islámicas del mundo.

El concepto fundamental sobre el que debemos basarnos en nuestra aproximación a la realidad musulmana es La Sharia (literalmente camino a la paz) o ley islámica, y que proviene de cuatro fuentes:

- El Corán (recitación: Conjunto de la revelación del Profeta Mahoma, dónde se establecen la legislación para actos religiosos y de culto, Prescripciones jurídicas y las bases para la organización de la vida social.
- El Hadiz: todo relato o informe sobre lo que Mahoma recomendó, enseñó, ordenó o adoptó como hábito de vida.
- El Consenso.
- La Analogía.

Por tanto partimos de un hecho fundamental y es la dificultad para distinguir entre Ley y Religión, o dicho de otra manera, la “ley” no dimana de los hombres como sucede en occidente, sino que, por el contrario, ésta dimana de la “palabra de Dios”. Este punto de partida da lugar a una confrontación entre quienes piensan que esa Ley puede ser interpretada por los hombres o si esto deben limitarse a aplicarla. Dentro del mundo musulmán hay también grandes diferencias respecto a la aplicación práctica de La Sharia y especialmente de los castigos a aplicar a quienes la incumplan.

La Profesora Olaya Fernández Guerrero (UNDED), sostiene que “el Corán plantea una relación asimétrica entre hombre y mujeres que tiñe distintos ámbitos de la vida religiosa y que de ahí se traslada a otras esferas de la vida pública y privada”¹.

Sin embargo, esta opinión no es, ni mucho menos, unánime. Por ejemplo la Investigadora María Villellas Ariño², en su estudio sobre la experiencia, supervivencia y resistencia de las mujeres afganas durante el conflicto armado, pone de manifiesto que “Las mujeres musulmanas son vistas y analizadas prácticamente siempre desde el prisma de la victimización, desde la perspectiva de que su situación es inevitablemente de discriminación y opresión, con muy escasa capacidad de incidencia en sus sociedades, es decir, las mujeres musulmanas son casi siempre contempladas desde la mirada paternalista que no reconoce ni su condición de ciudadanas ni su autonomía personal.

Esta contemplación se nutre de un imaginario que reduce la experiencia vital de la población musulmana a la religión únicamente, considerando al Islam como un paraguas que abarca a toda la población perteneciente a culturas islámicas sin tener en cuenta las diferencias étnicas, regionales, culturales, de clase o de género”.

Por tanto es imposible abordar este tema desde una perspectiva monolítica y más si tenemos en cuenta que en el mundo actual unos 1.500 millones de personas practican y siguen el Islam³.

En torno a un millón y medio de ellas se encuentran en España, la mitad de ellas de origen marroquí, el 30% son españolas y el resto procede de orígenes tan variados tales como Pakistán o el África subsahariana⁴. Esto nos da una dimensión de la diversidad de circunstancias culturales, sociales, económicas y de desarrollo en los que la Sharia debe ser interpretada y aplicada, con resultados igual de diversos.

Por acercarnos al que quizá sea nuestro referente más próximo, Marruecos, el Profesor Vicente Lloret Bedmar⁵ en su Estudio “Mujer y educación en sociedades islámicas”, señala que “El actual Código de Familia marroquí (Moudawana) constituye todo un hito histórico, donde queda patente una clara promoción de los derechos de las mujeres marroquíes.

¹ FERNÁNDEZ GUERRERO, O. “*Las mujeres en el Islam: Una aproximación*”. [Brocar: Cuadernos de investigación histórica](#), ISSN 1885-8309, Nº 35, 2011 (Ejemplar dedicado a: Perspectiva de género), 2011, P. 269.

² VILLELLAS ARIÑO, M. “*Bajo el burka: experiencia, supervivencia y resistencia de las mujeres afganas durante el conflicto armado*”. Artículo publicado en: Apaolaza, C. y R. Martí (eds.) Las mujeres en las sociedades de tradición musulmana, mitos y realidades. Fundeso Euskadi y Diputación Foral de Bizkaia, 2007, P.1.

³ FERNÁNDEZ GUERRERO, O. “*Las mujeres en el Islam: Una aproximación*”. 2011. Op.cit, p. 268.

⁴ FERNÁNDEZ GUERRERO, O. “*Las mujeres en el Islam: Una aproximación*”. 2011. Op.cit, p. 268.

⁵ LLORENT BEDMAR, V. “*Mujer y educación en sociedades islámicas*”. Revista: Omnia, vol. 19, núm. 3, septiembre-diciembre, 2013, pp. 117-132. Universidad del Zulia, Maracaibo, Venezuela, Págs 129-130.

En lo concerniente a derechos y obligaciones se le otorga a la mujer una categoría análoga a la del hombre. Aunque con ciertas limitaciones inadmisibles en el contexto occidental europeo, se conforma como un gran pilar sobre el que cimentar los principios de igualdad entre hombres y mujeres".

CAPÍTULO I. LA SITUACIÓN DE LA MUJER ISLÁMICA EN UNA SITUACIÓN DE SUBORDINACIÓN AL HOMBRE.

1. Derechos de la mujer islámica

La subordinación de la mujer puede observarse en lo referente a la familia y en el matrimonio, por lo que, es el hombre quien tiene el mando en estos aspectos⁶.

1.1 Derechos civiles del hombre

En cuanto a los derechos civiles del varón podemos nombrar el tema referido a la poligamia. Así pues, la poligamia es una práctica preislámica que permite, atendiendo a lo dicho en el Corán (Sura. 4.3), al hombre contraer matrimonio hasta con cuatro mujeres. Por lo tanto, el Corán dispone que "Si teméis no ser equitativos con los huérfanos, entonces, casaos con las mujeres que os gusten: dos, tres o cuatro. Pero, si teméis no obrar con justicia, entonces con una sola o con vuestras esclavas. Así, evitaréis mejor el obrar mal".

Si bien, esta cuestión sobre la poligamia no es del todo correcta, pues, como bien dice el Corán, la poligamia no comporta un derecho del hombre si no una salvedad para amparar a los huérfanos ante la perspectiva social.⁷

Dolors Bramon Planas menciona un apartado del Corán que viene a señalar que el hombre no puede ser imparcial en lo relativo a sus mujeres y, si bien el Libro Sagrado siguió permitiendo la poligamia, a su vez, no simpatiza demasiado con esta figura.⁸

Cabe resaltar que la poligamia, es cierto que, está permitida en muchos países, más en Túnez esta costumbre está prohibida.

No obstante, y merece ser destacado que el ejercicio de esta práctica está mal vista por parte de la mayoría de mujeres musulmanas, las cuales han intentado erradicarla por completo a través de manifestaciones feministas, pues suponen la poligamia ofensiva para las mismas musulmanas.⁹

Asimismo, si bien la poligamia se permite en la mayoría de países islámica como bien se ha explicado anteriormente, en lo que respecta a la poliandria (implica que la mujer pueda casarse con más de un hombre) el propio Corán la prohíbe.

En cuanto a otro derecho del hombre y que la mujer tiene en cierto modo vetado, es el concerniente al repudio que explicaremos de forma general, pues a él nos referiremos más detenidamente en el siguiente capítulo.

Así pues, generalmente, el hombre es quien puede repudiar a la mujer a través de la frase "Te repudio" pronunciada tres veces pero siempre necesitando según el legislador musulmán una justificación de suficiente envergadura para poder manifestar el repudio, también es necesario que se haga siguiendo la Sunna y que antes de haber lugar al repudio deben haber acudido a un arbitraje para solucionar sus diferencias y solventar sus problemas¹⁰.

⁶ GARIBO, A.P. "La condición jurídica de las mujeres en el mundo islámico". Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Vol.8.2007 (233-260), P. 248.

⁷ SEDIRI, N. "La realidad de la mujer en el Islam". Tesis de Máster. Oviedo. Universidad de Oviedo, 2014, p.43.

⁸ BRAMON PLANAS, D. "La condición de la mujer en el Islam: Del texto del Corán a su interpretación". Mujeres que miran a mujeres: la comunidad pakistaní / coord. por María Ángeles Goicoechea Gaona, María Josefina Clavo Sebastián, 2012, ISBN 978-84-96487-71-0, p. 30.

⁹ GARIBO, A.P. "La condición jurídica de las mujeres en el mundo islámico". 2007. Op.cit, p.249.

¹⁰ EL HADRI, S. "El estatuto inferior de la mujer musulmana en la jurisprudencia islámica". Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho, ISSN-e 1138-9877, Nº. 8, 2003 (Ejemplar dedicado a: Textos

No obstante, hay cierta contradicción en lo que respecta a la justificación para que tenga lugar el repudio, pues, la jurisprudencia islámica reconoce el repudio como un derecho del hombre, el cual puede manifestar sin que haya causa alguna de por medio¹¹.

Cuestión principal es que el repudio manifestado por voluntad del marido tiene que efectuarse delante de dos testigos y estos testigos tienen que ser hombres y de religión musulmana así como estos no deben padecer ningún trastorno mental a fin de que pueda el marido repudiar a la mujer¹².

No obstante, el Corán establece en la Azora 2 lo siguiente: "230. Si la repudia, ésta ya no le será permitida sino después de haber estado casada con otro. Si este último la repudia, no hay inconveniente en que aquéllos vuelvan a reunirse, si creen que observarán las leyes de Dios. Éstas son las leyes de Dios. Las explica a gente que sabe." Aquí viene a decir que el hombre para estar de nuevo con la mujer que repudió, la misma tiene que volver a contraer matrimonio con otro y que el nuevo marido la repudie¹³.

Otro derecho del hombre musulmán es que este puede casarse con otra mujer distinta a la musulmana siempre que sea de religión cristiana o judía.

Por su parte, esto está prohibido para la mujer islámica, es decir, ésta no puede contraer matrimonio con un hombre no musulmán y en caso de hacerlo, éste debe hacerse musulmán. Esto es así, puesto que, para el Islam, la descendencia siempre tiene que ser de la religión del hombre¹⁴.

Aquí puede reflejarse la situación de desigualdad con respecto a la mujer musulmana.

Así pues, los matrimonios mixtos no están permitidos en casi ningún país Islámico destacando en este caso el código tunecino, pues, si bien es cierto que ha prohibido la poligamia, (recordemos que es la práctica por la que el hombre puede tener hasta cuatro esposas) en lo que respecta al tema de los matrimonios mixtos hay que destacar el Código de Estatuto Personal que establece en el art. 5 lo siguiente "ninguno de ambos futuros esposos deben encontrarse en ninguno de los casos de impedimento previstos por la ley"¹⁵.

En cuanto a la tutela de los hijos en caso de repudio, la misma comporta un derecho del hombre, si bien a la mujer puede dársele el derecho de custodia de sus hijos que en algunos casos la tiene hasta que estos alcancen los siete años¹⁶; no obstante hay una diversidad de opinión en cuanto al tema referido de la custodia, pues, por ejemplo en Túnez se permite que tenga la custodia tanto el padre como la madre¹⁷.

Si bien se ha dicho anteriormente que hay supuestos en los que la madre tiene la custodia de los hijos hasta que tienen siete años, esto es distinto en Argelia, pues, en el artículo 65 de su Código de Familia dispone lo siguiente "La custodia del niño varón cesa a los diez años cumplidos y la de la niña a la edad del matrimonio. El juez prolongará este período hasta los dieciséis años cumplidos para el varón sometido a la custodia de su madre,

para la discusión en el Seminario "Ciudadanía europea y conflictos culturales". Valencia, 29, 30 y 31 de octubre de 2003), p.13.

¹¹ EL HADRI, S. "Los derechos de la mujer en el Islam y su Estatuto personal en el Magreb". Editorial: CeiMigra. Colección: 1ª Edición / 246 págs. / Rústica / Castellano / Libro. ISBN13:9788498765540, 2010, p. 219.

¹² GARIBO, A.P. "La condición jurídica de las mujeres en el mundo islámico". 2007. Op.cit, p. 249.

¹³ "El Sagrado Corán". Edición Electrónica: Mustafa Al-Salvadori. Centro Cultural Islámico «Fátimah Az-Zahra» E-book Nº 0008 (www.islamelsalvador.com), 2005, p.21.

¹⁴ SALINAS ARANEDA, C. "El matrimonio islámico y su reconocimiento por el derecho positivo del estado de Chile según la nueva ley de matrimonio civil". Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVI (Valparaíso, Chile, 2005, Semestre II), 2005, p. 490.

¹⁵ COMBALIA, Z. "Estatuto de la Mujer en el Derecho Matrimonial Islámico". *Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres*, ISSN 1575-3379, Nº 6, 2001, p. 15.

¹⁶ GARIBO, A.P. "La condición jurídica de las mujeres en el mundo islámico". 2007. Op.cit, p. 250.

¹⁷ RUÍZ-ALMODÓVAR, C. "Las mujeres y la legislación en los países árabes". P.7. Recuperado de: <http://www.fmyv.es/ci/es/Mujer/50.pdf>.

si ésta no ha vuelto a contraer matrimonio. De todos modos, el interés del niño será tenido en cuenta en la sentencia que ponga fin a la custodia”.

Por tanto, la duración de la custodia dependerá de los distintos Códigos de Familia.

Ateniéndonos, pues, en la mujer y su subordinación con respecto al hombre, el mismo puede prohibirle que salga del hogar, precisando así el permiso de éste para que pueda salir de casa. No obstante, Teresa Terrón Cabo¹⁸ cita a Caridad Ruiz de Almodóvar que dispone que la mujer islámica que no pueda salir del hogar no es una práctica propia del Islam¹⁹.

Si bien hay distintas opiniones de la jurisprudencia islámica, pues, señalan que la mujer islámica puede salir de casa sin autorización del hombre en aquellos casos que lo precisen mientras que otros establecen que en ningún caso la mujer puede salir del hogar sin el permiso de su cónyuge²⁰.

Distinta cuestión es acerca sobre el testimonio de la mujer y su respectivo valor, cabe destacar que el testimonio de un hombre vale por el de dos mujeres, de forma que el valor de una mujer no es igual al de hombre necesitando por ello, como bien se ha dicho, otra mujer para poder estar en igualdad de condiciones. No obstante, el Corán admite el testimonio de una mujer al de un varón en algunas ocasiones e incluso puede anular el testimonio del mismo²¹.

A su vez, podemos observar que el supuesto en el que el testimonio del hombre vale al de dos mujeres es el referido a las deudas, pues, antiguamente, la mujer no tenía los suficientes conocimientos financieros precisando por ello a otra mujer para solventar cualquier problema²².

No obstante, hay quienes apoyan la cuestión y necesidad de dos mujeres en torno a su testimonio y su valor debido a que la mujer no tiene la suficiente inteligencia.

En cuanto a la cuestión sobre la pobreza intelectual de la mujer, Ana Paz Garibo²³ cita a Khalil²⁴ que dispone que esto se debe por motivos sociológicos pero actualmente esto no sucede, puesto que, las mujeres pueden cursar estudios superiores así como formarse laboralmente y su posterior integración. No obstante, Khalil señala que si bien la mayoría de mujeres musulmanas pueden estudiar, una gran parte de los tribunales de países islámicos siguen la ideología de que estas no pueden ni deben tener acceso al estudio²⁵.

En cuanto a la herencia, el Corán dispone lo siguiente “11. Dios os ordena lo siguiente en lo que toca a vuestros hijos: que la porción del varón equivalga a la de dos hembras. Si éstas son más de dos, les corresponderán dos tercios de la herencia. Si es hija única, la mitad. A cada uno de los padres le corresponderá un sexto de la herencia, si deja hijos; pero, si no tiene hijos y le heredan sólo sus padres, un tercio es para la madre. Si tiene hermanos, un sexto es para la madre. Esto, luego de satisfacer sus legados o deudas. De vuestros ascendientes o descendientes no sabéis quiénes os son más útiles. Ésta es obligación de Dios. Dios es omnisciente, sabio.”²⁶

¹⁸ TERRÓN CARO, T. “La mujer en el Islam. Análisis desde una perspectiva socioeducativa”. El Futuro del Pasado, nº 3, 2012, pp. 237-254 ISSN: 1989-9289, p. 240.

¹⁹ RUÍZ ALMODÓVAR, C “El enclaustramiento de la mujer en la sociedad islámica”. ESTUDIOS DE HISTORIA Y DE ARQUEOLOGÍA MEDIEVALES (02129515)- 1985, v. 5/6 , p.66.

²⁰ EL HADRI, S. “Los derechos de la mujer en el Islam y su Estatuto personal en el Magreb”. 2010 Op.cit, p. 174.

²¹ MERCAN, Z. “El estatus de la Mujer en el Islam. La inviolabilidad de sus derechos”. Publicado por: Editorial La Fuente, (www.editoriallaufente.es), 2005.

²² “¿Por qué disminuir el valor del testimonio de la mujer?” Islam Radio Onda Magazine, 2014.

²³ GARIBO, A.P. “La condición jurídica de las mujeres en el mundo islámico”. 2007. Op.cit, p.252.

²⁴ SAMIR KHALIL, S. “Cien preguntas sobre el Islam”. Ediciones Encuentro, Madrid, 2006, p.86.

²⁵ SAMIR KHALIL, S. “Cien preguntas sobre el Islam”. 2006. Op.cit, p.86.

²⁶ “El Sagrado Corán”. Edición Electrónica: Mustafa Al-Salvadori. Centro Cultural Islámico «Fátimah Az-Zahra» E-book Nº 0008 (www.islamelsalvador.com) (Sura 4, 11), 2005, p.35.

De esta forma, puede verse que la mujer hereda únicamente la mitad y, esto es así, pues es el hombre quien asume el papel de protector sobre la familia y, por supuesto, sobre la mujer.

Antes de continuar con los derechos sociales y económicos, hay que señalar que en determinados países, las mujeres tienen acceso a los cargos públicos.

Sin embargo, hay otros países que disponen que la mujer no tiene acceso a determinados cargos en lo que haya un uso de poder, por ejemplo no pueden acceder al cargo de juez²⁷.

1.2 Derechos sociales y económicos

Con respecto a los derechos sociales y económicos de la mujer puede decirse que muchos ejercicios económicos que guardan relación con la mujer islámica suceden dentro del domicilio, esto es, porque muchos hombres pretenden evitar que sus mujeres trabajen y se dediquen a educar a los hijos. No obstante, dado el contexto social actual, esto no ocurre con asiduidad²⁸.

Las mujeres islámicas, por ello, pueden ejercer el derecho que tienen de poseer bienes así como ejercer el derecho a la propiedad así como ejercer la compraventa de los mismos u operar en determinados negocios de manera independiente al hombre, es decir, no necesita su autorización²⁹.

De hecho el Corán establece "No codiciéis aquello por lo que Dios ha preferido a unos de vosotros más que a otros. Los hombres tendrán parte según sus méritos y las mujeres también. Pidid a Dios de Su favor. Dios es omnisciente."³⁰

Asimismo, del anterior precepto puede destacarse, a su vez, que las mujeres tienen derechos sociales tal como el derecho a trabajar³¹.

La mujer, en lo que respecta al ámbito económico, contrae obligaciones laborales de distintos tipos, aprovechándose de las ganancias materiales que pueda obtener legalmente.

Así pues si la mujer cumpliese con todas las condiciones que se piden para ejercer una profesión o tener posesión de un dominio, ésta es libre para tener acceso a un trabajo o libertad para proceder a la apertura de un negocio, dedicarse a la compraventa de propiedades y llevar y administrar su capital de la forma que quiera.³² Por tanto, la mujer está en igualdad de condiciones que el marido en este aspecto.

No obstante, también sobre este derecho hay diferentes opiniones, pues, hay quienes establecen que requiere permiso del hombre para que la mujer pueda trabajar pues el tiempo de esta pertenece al marido, más hay otra postura que señalan que el tiempo de la mujer es de ella aunque para ejercer una profesión que pueda vincular al marido necesita, en estos casos, su beneplácito³³.

Si bien en el Derecho Islámico no imponía a la mujer trabajar, pues, la misma tenía que dedicarse a las labores del hogar así como de la educación de sus hijos, la misma como bien se ha explicado en anteriores reseñas sí que tiene derecho a un trabajo siempre que el mismo no suponga dificultades para encargarse de la familia; no obstante, atendiendo a distintas formas de pensamiento, consideran que la mujer tiene vetado algunos trabajos tal

²⁷ GARIBO, A.P. "La condición jurídica de las mujeres en el mundo islámico". 2007. Op.cit, p.253.

²⁸ DFID (Department for International Development). " Promoting women's rights through Sharia in Northern Nigeria". DFID (Department for International Development., 2006, p.24.

²⁹ SEDIRI, N. " La realidad de la mujer en el Islam". 2014. Op.cit, p.28.

³⁰"El Sagrado Corán". Edición Electrónica: Mustafa Al-Salvadori. Centro Cultural Islámico «Fátimah Az-Zahra» E-book Nº 0008 (www.islamelsalvador.com), (Sura 4, 32), 2005, p.36.

³¹KHAMENEI,S.M. "Los Derechos de la Mujer en el Islam". Referencia: "**Woman's Human Rights Book**" .U.M.M.A (Unión de Mujeres Musulmanas Argentinas), 2002.

³² SEDIRI, N. "La realidad de la mujer en el Islam". 2014. Op.cit, pp. 28-29.

³³ EL HADRI, S. "Los derechos de la mujer en el Islam y su Estatuto personal en el Magreb". 2010. Op.cit, p. 81.

como llevar la dirección de una compañía y que para los únicos puestos a los que puede acceder son de secretaria, trabajadora social, entre otros.³⁴

También hay entornos que establecen que las mujeres bajo ningún concepto pueden trabajar a causa de diversos motivos como son el sector de la educación o la inseguridad que presentan muchos empresarios sobre la suficiencia y competencia de las mujeres así como hay quienes creen que las normas del Islam tienen prohibido a la mujer que tenga acceso al trabajo, toda vez, que esta consideración es equívoca pudiendo la mujer acceder al trabajo y sin que el sexo, es decir, seas hombre o mujer juegue un papel relevante para ello³⁵.

Cuestión que adquiere una considerable relevancia es aquella que concierne a los actos de caridad, y tal como cita Nassira Sediri³⁶ y determinados autores³⁷, todo depende de los beneficios, que en general son un veinticinco por ciento de los bienes disponibles por encima de unos cupos concretos que hayan estado en posesión de los propietarios por más de un año³⁸.

Así pues, a estos actos se les conocen bajo la denominación de "zakat" y tiene que aportarse en dinero, materia prima, oro, entre otros.

Estos actos caritativos están dirigidos para aquellas personas necesitadas o que hayan contraído deudas y aun cuando los creyentes no tuvieran propiedades también tienen que contribuir a hacer actos caritativos en lo que ellos puedan permitirse. No obstante, también puede entregarse a asociaciones o mezquitas³⁹.

Siguiendo con los derechos, debe resaltarse los derechos económicos de la mujer en el Corán, que son los siguientes: poseer propiedades, ser libre en cuanto a su capital, ser testigo en los contratos comerciales y ser capaz para elaborar contratos, ser contratada por otras personas así como una economía independiente del hombre⁴⁰.

1.3 Derechos de Sucesiones

Con respecto al tema sucesorio, la mujer en el pre-Islam no tenía derecho alguno a heredar. No obstante, el Derecho Islámico dispuso que las mujeres pudieran tener derecho a la herencia, pues, así lo establece también el Corán en la Azora 4,7⁴¹.

Si bien y siguiendo a Souad El Hadri, en la época preislámica, la mujer no podía heredar debido a diversas razones tales como que la mujer no podía proteger al pueblo así como la propiedad era del mismo, por ello, a la mujer se le prohibió que heredase, toda vez, que se hizo a fin de preservar y ayudar al grupo⁴².

La mujer en algunos casos únicamente hereda la mitad que el hombre y la razón de esto puede deberse a que el hombre es quién se encarga de proteger y cuidar a la familia y

³⁴ "Trabajo y Papel de la Mujer en el Islam". Islam y Ciencia. <http://www.islamyciencia.com/la-mujer-en-el-islam/trabajo-y-papel-de-la-mujer-en-el-islam.html>.

³⁵ NAYAT, L. "El Islam y el Mundo del trabajo". <http://www.musulmanesandaluces.org/publicaciones/Islam%20y%20trabajo/Islam%20y%20trabajo%20-2.htm>.

³⁶ SEDIRI, N. "La realidad de la mujer en el Islam". 2014. Op.cit, p.29.

³⁷ "El Tercer Pilar del Islam: Caridad Obligatoria". (2008). IslamReligion.com.

³⁸ SEDIRI, N. "La realidad de la mujer en el Islam". 2014. Op.cit, p.29.

³⁹ "Comunicado de la Comisión Islámica de España sobre Zakat el Fitr". FEERI (Federación Española de Entidades Religiosas Islámicas), 2014.

⁴⁰ ALI, M., ALI, A. "La liberación de la mujer a través del Islam". Publicado en inglés por el Instituto de Información y Educación Islámica de Chicago, Estados Unidos, en <http://www.alrahman.org/women.htm>. (<http://infoumma.blogspot.com.es/2013/04/la-liberacion-de-la-mujer-traves-del.html>), 2013.

⁴¹ "El Sagrado Corán". Edición Electrónica: Mustafa Al-Salvadori. Centro Cultural Islámico «Fátimah Az-Zahra» E-book Nº 0008 (www.islamelsalvador.com), 2005, p.35.

⁴² EL HADRI, S. "Los derechos de la mujer en el Islam y su Estatuto personal en el Magreb". 2010. Op.cit, p. 95.

es por ello que éste hereda más, pues parte de la herencia se emplea para mantener a la familia y a la esposa⁴³.

Si bien Souad El Hadri⁴⁴ y Dolors Bramon Planas⁴⁵ entienden que esto reviste una naturaleza relativa debiendo por ello reformarse aquellos preceptos sucesorios, pues, la mujer hoy en día también trabaja y mantiene a la familia al igual que el marido, debiendo tener derecho a heredar lo mismo que éste, toda vez que guarde igual nivel de parentesco con los que dejan un legado.

Asimismo el Corán incorporó aspectos sobre la división de la herencia, destacando así la distribución siguiente: a la hija le pertenece la mitad de lo que le pertenece a su hermano y, en caso de no tener siendo hija única percibirá la mitad y si fuesen más hijas, cada una percibirá 2/3. Con respecto a la madre, percibe, al igual que el padre, 1/6 parte de la herencia en el supuesto de que tuviese hijos; más si no tuviere, la herencia total pertenecerá a los padres. La mujer, en el supuesto de que no tenga descendencia, tendrá 1/4 parte de la herencia que haya proporcionado el esposo pero en caso de tener descendencia, la mujer percibirá 1/8 de la herencia.⁴⁶

Supuestos en los que la mujer hereda la misma parte que el hombre u otros casos en los que la mujer hereda mucho más que éste y ejemplo típico de ello es el caso de un fallecido, el cual deja una hermana carnal, un medio hermano paterno, una madre y un tío paterno o un medio hermano del lado materno, aquí la hermana carnal percibe la mitad de la herencia, la madre 1/3 de la herencia y el sexto será para el tío paterno o el medio hermano paterno. En distintos supuestos, únicamente hereda la mujer cuando hay motivos que prohíben o imposibilitan que hereden los hombres⁴⁷.

Así pues puede darse por sentado la cuestión acerca de la herencia concluyendo que la mujer tiene derecho a la herencia y puede la misma heredar la mitad de la parte del hombre, igual o más que éste atendiendo a las circunstancias y dejando esclarecido que el sexo (hombre o mujer), en este caso, no es fundamento válido para la división de la herencia así como para la tenencia de derechos sociales⁴⁸.

1.4 Otros derechos

Un derecho que posee la mujer islámica es en materia política; así pues, hay diversidad de opiniones que establecen que las mujeres pueden acceder a la política pero con limitaciones al respecto, es decir, éstas pueden acceder a cargos como concejalas, sin embargo, no tienen acceso para puestos, como por ejemplo, ser presidenta⁴⁹.

Asimismo el Corán dispone sobre esto lo siguiente "Los creyentes y las creyentes son amigos los unos de los otros: ordenan lo que está bien y prohíben lo que está mal. Hacen la azalá, dan azaque y obedecen a Dios y a su Enviado. A esos se apiadará Dios. Dios es poderoso, sabio"⁵⁰. Aquí podemos ver que las mujeres son iguales a los hombres en cuanto a derechos políticos.

⁴³ KHAMENEI, S.M. "Los Derechos de la Mujer en el Islam". Referencia: "**Woman's Human Rights Book**". U.M.M.A (Unión de Mujeres Musulmanas Argentinas), 2002.

⁴⁴ EL HADRI, S. "Los derechos de la mujer en el Islam y su Estatuto personal en el Magreb". 2010. Op.cit, p. 96.

⁴⁵ BRAMON PLANAS, D. "La condición de la mujer en el Islam: del texto del Corán a su interpretación". 2012. Op.cit, p. 29.

⁴⁶ SEDIRI, N. "La realidad de la mujer en el Islam". 2014. Op.cit, p. 30.

⁴⁷ "La distribución de la herencia en el Islam". (www.islamweb.net, www.islam-qa.com), 2013. p. 6.

⁴⁸ SEDIRI, N. "La realidad de la mujer en el Islam". 2014. Op.cit, p. 32.

⁴⁹ DFID (Department for International Development). "Promoting women's rights through Sharia in Northern Nigeria". DFID (Department for International Development, 2006, p.30).

⁵⁰ "El Sagrado Corán". Edición Electrónica: Mustafa Al-Salvadori. Centro Cultural Islámico «Fátimah Az-Zahra» (Azora 9,71), 2005, p.75.

Más puede citarse de referencia el ejemplo de la reina de Saba, la cual gobernaba un grandioso reino lleno de riquezas y con ayuda de sus consejeros protegió al pueblo de una guerra mediante un convenio de paz con Salomón entregando así su reinado^{51, 52, 53}.

Otro ejemplo a citar en el cual destaca la capacidad de la mujer para acceder a un cargo político es la figura de Arwa Bint Ahmad, la cual, lideró Yemen transformando las armas por las tareas agrícolas⁵⁴.

El Derecho Islámico establece los requisitos que tienen que cumplir quienes quieran ocupar un cargo político, tanto hombres como mujeres y dichos requisitos aplicables para ambos son los siguientes:

- 1º) Tiene que ser musulmán.
- 2º) Alcanzar la mayoría de edad así como tener capacidad mental.
- 3º) Que goce de libertad y responsabilidad.
- 4º) Deben ser honestos.
- 5º) Tiene que ser valiente y buscar remedios para afrontar circunstancias complicadas en aquellas situaciones en las que haya guerra.
- 6º) Que conozca lo suficiente el cargo al que se presenta.
- 7º) Que no esté indisposto físicamente para cumplir con su deber laboral.
- 8º) Tiene que ser ciudadano del pueblo al que quiere acceder al cargo y por último,
- 9º) Tiene que lograr el cargo por votación del pueblo.⁵⁵

Sin embargo, no solamente la mujer puede acceder a cargos políticos, pues, estas tienen derecho de voto y derecho a ir a congregaciones políticas⁵⁶.

CAPÍTULO II. ASPECTOS DEL REPUDIO Y DEL DIVORCIO

1. Aspectos generales

Pues bien, antes de introducirnos en el período legal de espera, tenemos que señalar que, toda vez que se tiene que aludir sobre la relevancia del matrimonio para los musulmanes, del cual se desprende en un hadiz popular del Profeta que dispone que el matrimonio sea la mitad de la religión⁵⁷.

Los capítulos referidos a la ruptura matrimonial pueden requerirse por la mujer ante un juez (Cadi); esta disolución ante el juez es conocida con el término Faskh por las escuelas Hanafí, Shafií y Hanbalí y la escuela Shiíta, mientras que la escuela Malikí es conocido como Talaq ad cadi⁵⁸. Así pues, este análisis comienza con la premisa de que el Juez a través de una simulación jurídica se sitúa en la posición del esposo para poner en libertad a la mujer de lo que implica la figura del matrimonio por medio de un decreto expedido por él únicamente en casos que la propia ley considere⁵⁹.

⁵¹ "El Sagrado Corán". Edición Electrónica: Mustafa Al-Salvadori. Centro Cultural Islámico «Fátimah Az-Zahra» ("Las hormigas" Sura 27, 23-34), 2005, p.141.

⁵² SEDIRI, N. "La realidad de la mujer en el Islam". 2014. Op.cit, p. 21.

⁵³ EL HADRI, S. "Los derechos de la mujer en el Islam y su Estatuto personal en el Magreb". 2010. Op.cit, p. 55.

⁵⁴ "Los Derechos de la Mujer en el Islam". Islam y Ciencia. <http://www.islamyciencia.com/la-mujer-en-el-islam/derechos-de-la-mujer-en-el-islam.html>

⁵⁵ SEDIRI, N. "La realidad de la mujer en el Islam". 2014. Op.cit, p. 21.

⁵⁶ KHAMENEI, S.M. "Los Derechos de la Mujer en el Islam". Referencia: "Woman's Human Rights Book", U.M.M.A (Unión de Mujeres Musulmanas Argentinas), 2002.

⁵⁷ ANDÚJAR, N. "El divorcio en la ley islámica". Ponencia presentada en el II Congreso Internacional de Feminismo Islámico, el 4 de noviembre de 2006 en Barcelona. Recuperado de: http://www.webislam.com/articulos/30422-el_divorcio_en_la_ley_islamica.html.

⁵⁸ PÉREZ ÁLVAREZ, S. "Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español". Ilu. Revista de Ciencias de las Religiones. 2008, p. 191.

⁵⁹ PÉREZ ÁLVAREZ, S. "Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español". 2008. Op.cit, p.192.

No obstante, la consideración más aceptada sobre lo concerniente al repudio es la propia de la escuela Malíki, recordemos que esta escuela considera el repudio la establecida tanto por el propio esposo como por los cónyuges en común acuerdo. Más, cabe decir que, toda vez que la expresión Talaq se utiliza en la Sharia para referirse a aquellos capítulos en los que tiene lugar la ruptura matrimonial en el Islam, mientras que, el repudio es una figura concreta de Talaq, la cual, implica la ruptura del vínculo matrimonial por parte del marido ya sea consentido o no por la esposa o a demanda de ésta⁶⁰.

2. El talaq

Si bien el Talaq, que significa dejar en libertad, implica una cuestión importante en la actualidad para las sociedades árabes.

El repudio, es, pues, un derecho unilateral sin que haya motivo alguno por parte del esposo ni permiso de su esposa así como tampoco siendo necesaria la actuación de un juez⁶¹.

El repudio viene significando el rechazo a la mujer; esto es usado por la doctrina cuando se alude al Talaq que, como se ha explicado anteriormente, consiste en la disolución del matrimonio por parte del marido o bien por parte del hombre y la mujer.

Más un gran número de juristas establecen que el repudio está prohibido, el cual, se acepta únicamente cuando fuese necesario, encontrando su razón de ser en algunos versículos tales como "Y convivid con vuestras esposas en forma honorable; pues si os desagradan, puede ser que os desgrade algo que Dios vaya a hacer fuente de mucho bien"⁶². Y en algunos dichos del Profeta destacando la siguiente frase "De todas las cosas que están permitidas, la que más odia Dios es el divorcio" (*Ibn Maÿa, Sunan, título 1, parte 318*)⁶³.

Así pues el talāq consiste en la disolución del vínculo matrimonial a voluntad del marido, si bien es cierto que también puede ceder este derecho a su mujer.

En caso de que la mujer pidiera el repudio, ambos tanto el hombre como la mujer tienen que ponerse de acuerdo así como la esposa, para que tenga lugar el repudio, tiene que dar una compensación o bien podría solicitar el divorcio por vía judicial.

Una vez, aclarado esto, procederemos a señalar las distintas figuras de Talaq⁶⁴.

Pues, se resaltan diversos tipos de repudio encontrándonos así con el revocable, irrevocable y dentro del irrevocable podemos diferenciar el repudio irrevocable perfecto o repudio irrevocable imperfecto⁶⁵.

Por tanto, en el repudio revocable el hombre tiene la facultad de regresar con su esposa antes de que hubiese terminado su plazo legal de espera siendo innecesario volver a casarse

⁶⁰ PÉREZ ÁLVAREZ, S. "Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español". 2008. Op.cit, p. 192.

⁶¹ SALINAS ARANEDA, C. "El matrimonio islámico y su reconocimiento por el derecho positivo del estado de Chile según la nueva ley de matrimonio civil". 2005. Op.cit, p. 500.

⁶² "El Sagrado Corán". Edición Electrónica: Mustafa Al-Salvadori. Centro Cultural Islámico «Fátimah Az-Zahra». E-book Nº 0008 (www.islamelsalvador.com). 2005.

⁶³ ANDÚJAR, N. "El divorcio en la ley islámica". Ponencia presentada en el II Congreso Internacional de Feminismo Islámico, el 4 de noviembre de 2006 en Barcelona. Recuperado de: http://www.webislam.com/articulos/30422-el_divorcio_en_la_ley_islamica.html.

⁶⁴ ANDÚJAR, N. "El divorcio en la ley islámica". Ponencia presentada en el II Congreso Internacional de Feminismo Islámico, el 4 de noviembre de 2006 en Barcelona. Recuperado de: http://www.webislam.com/articulos/30422-el_divorcio_en_la_ley_islamica.html.

⁶⁵ GIMÉNEZ COSTA, A. "El matrimonio musulmán: problemas de adaptación al derecho español". *Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI*: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia, 2004, p.16.

así como no tiene que entregarle otra dote⁶⁶.

En cuanto al repudio irrevocable menor o imperfecto, se caracteriza por, no haber el marido repudiado a su esposa tres veces y siempre que el matrimonio no haya podido consumarse; aunque si bien la mujer tiene que guardar un plazo legal de espera, tenemos que decir que, una vez terminado este plazo, el hombre puede casarse de nuevo con ésta, más resulta necesaria la autorización de la mujer teniendo que haber otro convenio y otra dote⁶⁷.

En el repudio irrevocable perfecto o irrevocable mayor es aquella situación en la que el hombre ha repudiado tres veces a la mujer⁶⁸. En este caso, si el varón quiere volver a contraer matrimonio tiene que esperar a que la mujer se case nuevamente y que el actual marido con el que se case fallezca o bien proceda a divorciarse de ésta para que pueda la mujer casarse con el anterior marido⁶⁹.

Cuestión a añadir es que el repudio es válido incluso sin que hubiere testigos aunque esto es un requerimiento imprescindible para otros⁷⁰; hay expertos en el repudio procedentes de las escuelas sunnitas establecen que los testigos comportarían más bien un papel menor, facultativo.

Por otra parte, la intención del hombre es totalmente prescindible pues pudo haberse equivocado en cuanto al repudio se refiere, es decir, no quiso separarse pero al haberlo dicho y si bien no tenía deseos de quererlo, sin embargo, el proceso sigue adelante.

Dato curioso sobre el divorcio es el repudio que se emite cuando el marido se encuentra ebrio o el que emitió estando enfadado; en este caso, esto tiene su razón de ser señalando que es una especie de sanción; de hecho este divorcio es aceptado por la escuela Hanafi⁷¹, mientras que este divorcio no tiene cabida así como tampoco el acompañado con intimidación para los shias, alegando estos que tienen que haber dos testigos y sobretodo intención del hombre para poder separarse.

Acerca de esta figura, hay otra modalidad denominada repudio condicional y consiste en que el esposo haga depender el repudio de la realización de alguna cosa con posterioridad; este repudio es empleado en su gran mayoría, lo cual, produce graves dilemas⁷².

En cuanto al derecho al repudio que se le encomienda a la mujer, cabe decir que, el hombre puede otorgar este derecho a su mujer, si bien, la mujer no tiene por sí sola derecho al divorcio necesitando para ello el permiso de su esposo⁷³.

⁶⁶ ANDÚJAR, N. "El divorcio en la ley islámica". Ponencia presentada en el II Congreso Internacional de Feminismo Islámico, el 4 de noviembre de 2006 en Barcelona. Recuperado de: http://www.webislam.com/articulos/30422-el_divorcio_en_la_ley_islamica.html.

⁶⁷ EL HADRI, S. "Los derechos de la mujer en el Islam y su Estatuto personal en el Magreb". 2010. Op.cit, p. 191.

⁶⁸ GIMÉNEZ COSTA, A. "El matrimonio musulmán: problemas de adaptación al derecho español". [Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI](#): XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia, 2004. Op.cit, p.17.

⁶⁹ EL HADRI, S. "Los derechos de la mujer en el Islam y su Estatuto personal en el Magreb". 2010. Op.cit, p.192.

⁷⁰ SALINAS ARANEDA, C. "El matrimonio islámico y su reconocimiento por el derecho positivo del estado de Chile según la nueva ley de matrimonio civil". 2005. Op.cit, p. 500.

⁷¹ SALINAS ARANEDA, C. "El matrimonio islámico y su reconocimiento por el derecho positivo del estado de Chile según la nueva ley de matrimonio civil". 2005. Op.cit, p. 500.

⁷² ANDÚJAR, N. "El divorcio en la ley islámica". Ponencia presentada en el II Congreso Internacional de Feminismo Islámico, el 4 de noviembre de 2006 en Barcelona. Recuperado de: http://www.webislam.com/articulos/30422-el_divorcio_en_la_ley_islamica.html.

⁷³ ANDÚJAR, N. "El divorcio en la ley islámica". Ponencia presentada en el II Congreso Internacional de Feminismo Islámico, el 4 de noviembre de 2006 en Barcelona. Recuperado de: http://www.webislam.com/articulos/30422-el_divorcio_en_la_ley_islamica.html.

Asimismo podemos hablar del repudio unilateral y bilateral⁷⁴.

Con respecto al repudio bilateral merece destacar el acto de repudio hecho a solicitud de uno de los cónyuges y el repudio por convenio entre los cónyuges.

El repudio hecho por petición de uno de los cónyuges⁷⁵ es aquel en el que la mujer pide a su marido que éste la repudie o bien es el marido quien a través de una proposición, repudia a la mujer siempre que ésta le haga una compensación.

En la misma línea puede decirse que los pensamientos sunitas de la escuela Hanafi y Hanbalí así como los Shiitas han apreciado los versículos del Corán de forma que, si el esposo fue quién propuso a la mujer acabar con el matrimonio a través de este tipo de repudio y ésta acepta, en ese caso, el hombre no tiene derecho de revocación del repudio⁷⁶.

Por el contrario, si es la mujer quien decide poner fin al matrimonio, en este caso, ella tiene derecho a revocar su elección en el plazo de tres días que se computa desde que la propuesta se aceptó por el marido⁷⁷.

Las pautas especificadas por estas formas de pensamiento tradicionales se han recogido en las normas sobre el estatuto personal de Siria, Kuwait y Jordania, pues contemplan el derecho de cualquiera de retractarse en su elección de romper con el vínculo matrimonial, independientemente de que dicha proposición se aceptase o no⁷⁸.

En el supuesto de que la proposición de repudio no se admite por el otro cónyuge, cabe decir que, los versículos del Corán observan la probabilidad de que dichos cónyuges se presenten ante dos árbitros propios del Islam para que así den con la solución a la cuestión⁷⁹, si bien la decisión puede ser diferente según seas de una u otra escuela.

En caso de pertenecer a algunas de las escuelas Hanafí, Shafíí, Hanbalí o dotado de un pensamiento Shiíta, la decisión extrajudicial únicamente puede dictar la ruptura del matrimonio cuando el hombre que ha hecho la proposición lo permita o bien ambos cónyuges si la solicitud de repudio hubiere sido realizada por la esposa⁸⁰.

Por otro lado, la escuela Maliquí dispone que si el repudio fue pedido por el hombre, la decisión de los árbitros tienen que acoger el deber del mismo de manifestar el repudio unilateral, mientras que, si la proposición fuese por parte de la mujer, el fallo de los árbitros tiene que contemplar el derecho de repudio a sí misma a cambio de una compensación económica al marido.

En cuanto a los requisitos para que el repudio sea válido así como los efectos jurídicos del mismo, tenemos que decir que, si el repudio se hubiese hecho a solicitud de uno de los cónyuges, únicamente puede ser hecho por un hombre y una mujer que tengan plena capacidad, atendiendo a la doctrina de las escuelas del Islam⁸¹.

Más en el supuesto de la mujer, se requiere y precisa que tenga la capacidad total para disponer de sus bienes, ya que, si no contase con la mayoría de edad y tampoco tuviese la

⁷⁴ PÉREZ ÁLVAREZ, S. "Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español". 2008. Op.cit, p. 193.

⁷⁵ "El Sagrado Corán". Edición Electrónica: Mustafa Al-Salvadori. Centro Cultural Islámico «Fátimah Az-Zahra» (Sura 4, 127), 2005, p. 41.

⁷⁶ PÉREZ ÁLVAREZ, S. "Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español". 2008. Op.cit, p. 203.

⁷⁷ PÉREZ ÁLVAREZ, S. "Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español". 2008. Op.cit, p. 203.

⁷⁸ PÉREZ ÁLVAREZ, S. "Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español". 2008. Op.cit, p.. 203.

⁷⁹ PÉREZ ÁLVAREZ, S. "Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español". 2008. Op.cit, p. 203

⁸⁰ PÉREZ ÁLVAREZ, S. "Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español". 2008. Op.cit, p. 203.

⁸¹ PÉREZ ÁLVAREZ, S. "Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español". 2008. Op.cit, p. 204.

capacidad o bien fuese de forma judicial incapaz, el repudio solamente sería válido si media el consentimiento por el administrador legal de sus bienes⁸².

Se debe agregar que desde una perspectiva formal, el repudio puede emplearse en todo momento, ya sea por escrito, oralmente, por gestos que impliquen lo mismo, entre otros⁸³.

Sin embargo, el pensamiento Shiíta solamente acepta el Talaq ala mal que se ha manifestado oralmente durante un plazo de pureza de la mujer y contando con la presencia de dos Adules⁸⁴.

Así, este tipo de repudio supone la ruptura instantánea y de manera irrevocable del vínculo matrimonial, de forma que, tanto el esposo como la esposa pueden casarse nuevamente siempre que haya finalizado el plazo legal de espera de la mujer islámica.

Con respecto a las características del Talaq, este destaca por el hecho de que produce el deber de la esposa de dar un advenimiento a favor del esposo.

Siguiendo determinadas doctrinas, la finalidad de esto puede implicar en que la mujer que ha sido repudiada desista de todas las deudas que tienen que cumplirse por el marido como resultado de la ruptura del matrimonio destacando así, la dote, y si tienen descendencia, la retribución del deber de alimentos durante el plazo de espera (Idda).

Más distinta parte de la doctrina disponen que tanto el marido como la mujer tienen, ambos, que pactar la compensación económica que la esposa tienen que dar al marido en el momento de celebrarse el matrimonio⁸⁵.

Otro tipo de repudio es el de mutuo acuerdo⁸⁶ el cual implica la ruptura conyugal a través de un acto de repudiación manifestada por un convenio entre los cónyuges.

No obstante, esta modalidad de repudio es observada como un tipo concreto de repudio bilateral, determinadas escuelas tales como la Malíki y la Hanafí interpretan que es otro repudio hecho a solicitud de uno de los cónyuges.

Si bien es cierto que el repudio de mutuo acuerdo tiene las mismas condiciones tanto material como formal de valor que la declaración de repudio hecha a solicitud de uno de los esposos y las primordiales desavenencias que hay entre las dos clases de repudio (repudio a solicitud de uno de los cónyuges y repudio de mutuo acuerdo) competen a los efectos jurídicos que se deriva de la ruptura del vínculo matrimonial⁸⁷.

Por lo tanto, y siguiendo a Salvador Pérez Álvarez, en esta modalidad de repudio, esto es, el repudio de mutuo acuerdo, cualquiera de los cónyuges puede arrepentirse y rectificar el acuerdo que hubiese hecho con el otro cónyuge sobre la finalización del matrimonio en las circunstancias siguientes a la manifestación del repudio⁸⁸.

Salvador Pérez Álvarez nombra a Estévez Brasa⁸⁹, y según esta, el repudio de mutuo acuerdo genera el fin matrimonial revocable o no atendiendo a la intención que tengan los esposos aunque influye más bien la del marido.

⁸² PÉREZ ÁLVAREZ, S. "Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español". 2008. Op.cit, p. 204.

⁸³ PÉREZ ÁLVAREZ, S. "Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español". 2008. Op.cit, p. 204.

⁸⁴ PÉREZ ÁLVAREZ, S. "Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español". 2008. Op.cit, p. 204.

⁸⁵ PÉREZ ÁLVAREZ, S. "Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español". 2008. Op.cit, p. 205.

⁸⁶"El Sagrado Corán". Edición Electrónica: Mustafa Al-Salvadori. Centro Cultural Islámico «Fátimah Az-Zahra» (Sura 2,187), 2005, pp. 18-19.

⁸⁷ PÉREZ ÁLVAREZ, S. "Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español". 2008. Op.cit, p.206.

⁸⁸ PÉREZ ÁLVAREZ, S. "Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español". 2008. Op.cit, p. 206.

⁸⁹ ESTÉVEZ BRASA, M.T. " Derecho civil islámico". Buenos Aires, DEPALMA, 1981, p. 458.

Sin embargo, esto no se admite por la escuela Shiíta, ya que, solamente acoge la rescisión del repudio hecha por uno de los esposos o por los dos en el plazo legal de espera de la esposa.

Llegados a este punto del repudio, debe resaltarse otro tipo, el llamado repudio unilateral⁹⁰; así conforme a la Sharia, el hombre solamente puede manifestar el repudio unilateral en las condiciones dispuestas en la Sunna y sobretodo el Corán; estos preceptos tenían un objetivo principal, el cual era confirmar seguridad jurídica a la musulmana contra las injusticias por parte del marido en las antiguas poblaciones islámicas así como prohibir el hábito de los musulmanes más leales a la era preislámica de hacer un acto de repudiación secreto a sus mujeres⁹¹.

De igual modo los musulmanes creyentes siguientes a Mahoma siguieron cometiendo actos de repudiación a sus esposas sin atender a las normas previstas en los versículos del Corán, por lo tanto, estas prácticas se volvieron a legalizar a causa de la interpretaciones hechas por las Escuelas sunitas.

Por otra parte, la certificación de estas prácticas del preislamismo llevadas a cabo por las costumbres islámicas es lo que ha generado la diferenciación entre el repudio irregular y el repudio sunita⁹².

Por lo que se refiere al repudio irregular, el mismo destaca por implicar la ruptura matrimonial de forma unilateral a través de la manifestación continuada y de tres emisiones de repudio por el esposo hacia su mujer cuyo resultado no es otro que la disolución del matrimonio⁹³.

Al mismo tiempo, la legalidad ética y jurídica del repudio irregular únicamente es aceptada por escuelas sunitas; por el contrario, la ideología Shiíta rehúsa de ello.

Para algunos países, la postura aceptada por este grupo ha supuesto tal relevancia en el Derecho del matrimonio, que no tienen en consideración este tipo de repudio; algunos de estos países son Marruecos, Libia, Siria, Kuwait, entre otros⁹⁴.

El repudio irregular es irrevocable totalmente para aquella persona que la empleó implicando que el hombre no puede casarse, como bien se ha explicado en anteriores reseñas, por segunda vez con la mujer repudiada hasta que la misma no vuelva a casarse con otro y que éste la repudie o se divorcien.

Acerca del repudio del pensamiento o ideología Sunnita, hay que destacar que tiene también como finalidad la ruptura matrimonial a través, y como se ha establecido anteriormente, del marido que repudia a la mujer en un plazo de pureza de la misma⁹⁵, destacando así dos tipos de repudio, prestando atención a si el hombre repudió a su esposa mientras ésta se encontrase en un período o tres períodos de pureza.

Dicho lo anterior, debe señalarse que el plazo legal de espera de la mujer en caso de repudio es de tres meses si se trata del repudio Talaq ahsan^{96 97}, tres períodos de pureza en

⁹⁰ PÉREZ ÁLVAREZ, S. "Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español". 2008. Op.cit, p. 194.

⁹¹ PÉREZ ÁLVAREZ, S. "Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español". 2008. Op.cit, p. 194.

⁹² PÉREZ ÁLVAREZ, S. "Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español". 2008. Op.cit, p.194.

⁹³ ANDÚJAR, N. "El divorcio en la ley islámica". Ponencia presentada en el II Congreso Internacional de Feminismo Islámico, el 4 de noviembre de 2006 en Barcelona. Recuperado de: http://www.webislam.com/articulos/30422-el_divorcio_en_la_ley_islamica.html .

⁹⁴ PÉREZ ÁLVAREZ, S. "Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español". 2008. Op.cit, p. 194.

⁹⁵ EL HADRI, S. "Los derechos de la mujer en el Islam y su Estatuto personal en el Magreb". 2010. Op.cit, p.193.

⁹⁶ PÉREZ ÁLVAREZ, S. "Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español". 2008. Op.cit, p.196.

caso del repudio Talaq hasan⁹⁸ ⁹⁹ y durante el tiempo en que la mujer se encuentre embarazada siempre que el marido la repudiase cuando su esposa estuviere en estado¹⁰⁰.

Así pues, cuando la mujer se encuentra en el plazo legal de espera supone e implica la interrupción temporal de todo lo que conlleva la figura del matrimonio; la misma puede seguir en el hogar aunque diversos estudios establecen que en caso de haber razón motivada, la mujer puede abandonar la casa.

El hombre si bien repudia a la mujer, a su vez, tiene que cumplir con el deber de cuidarla, excepción en caso que pruebe y con la presencia de dos testigos que ha mediado una justificación de suficiente importancia.

Al igual que en el divorcio, si el hombre repudia a su esposa antes de que consume el matrimonio, el repudio despliega todos sus efectos al momento.

Caso contrario es si el hombre repudió a la mujer una vez hubo consumido el matrimonio, en ese caso, el repudio únicamente genera la ruptura de la unión matrimonial cuando hubiere pasado tres períodos de pureza de la mujer en la modalidad de Talaq ahsan o bien en caso de que el esposo repudiase por tercera vez conforme a la modalidad Talaq hasan. Todo esto se explica con más detalle en el siguiente capítulo.

En cuanto a las características del repudio sunnita, hay que destacar que es revocable de forma que el hombre puede o no retractarse del acto de repudio y volver o no con la mujer; en la misma línea debe decirse que el arrepentimiento y retractación se puede manifestar por medio de señas o palabras o si marido y mujer permiten tener relaciones sexuales con anterioridad a que termine el matrimonio por transcurrir el tiempo de aislamiento de la esposa¹⁰¹.

Si bien, el repudio sunnita implica la ruptura de la vida conyugal de forma irrevocable, esto supone que el hombre puede volver a casarse con la esposa repudiada. El Shiísmo comparte esta ideología¹⁰².

Sin embargo, en la escuela Malikí queda totalmente restringido que el hombre se case con la mujer que repudió si ha mediado un motivo de infidelidad por parte de ésta, a no ser que el esposo se arrepienta de tal hecho¹⁰³.

En cuanto a la fuerza del repudio unilateral, debe decirse que, los matrimonios que son válidos en cuanto a su constitución, pueden estimarse nulos y anulables por un órgano con jurisdicción, pero no pueden romperse por la decisión unilateral de los cónyuges así como tampoco por un juez. Asimismo, el repudio se encuentra condicionado por unos requisitos de capacidad, por lo que el hombre tiene que tener una serie de condiciones de capacidad para poder casarse y que el matrimonio, a su vez, resulte válido; así pues, no pueden repudiar los musulmanes que no tengan la mayoría de edad ni tampoco los niños¹⁰⁴.

⁹⁷ SALINAS ARANEDA, C. "El matrimonio islámico y su reconocimiento por el derecho positivo del estado de Chile según la nueva ley de matrimonio civil". 2005. Op.cit, p. 500.

⁹⁸ PÉREZ ÁLVAREZ, S. "Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español". 2008. Op.cit, p.196.

⁹⁹ SALINAS ARANEDA, C. "El matrimonio islámico y su reconocimiento por el derecho positivo del estado de Chile según la nueva ley de matrimonio civil". 2005. Op.cit, p. 500.

¹⁰⁰ PÉREZ ÁLVAREZ, S. "Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español". 2008. Op.cit, p. 196.

¹⁰¹ PÉREZ ÁLVAREZ, S. "Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español". 2008. Op.cit, p.197.

¹⁰² PÉREZ ÁLVAREZ, S. "Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español". 2008. Op.cit, p.197.

¹⁰³ PÉREZ ÁLVAREZ, S. "Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español". 2008. Op.cit, p. 197.

¹⁰⁴ PÉREZ ÁLVAREZ, S. "Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español". 2008. Op.cit, p. 198.

No pueden repudiar los enfermos mentales, el hombre que repudió a la esposa mediando miedo o intimidación, si bien hay países que aceptan como válidos tales repudios¹⁰⁵.

Según Natalia Andújar señala que los fuqahâ tienen como fundamentación lo dicho por el Corán referido a las mujeres del Profeta¹⁰⁶.

Así pues, según la sura 33 dispone lo siguiente "28. ¡Profeta! Di a tus esposas: «Si deseáis la vida de acá y su ornato, ivenid, que os proveeré y os dejaré en libertad decorosamente! 29. Pero, si buscáis a Dios, a Su Enviado y la Morada Postrera, entonces, Dios ha preparado una recompensa magnífica para aquéllas de vosotras que hagan el bien"¹⁰⁷.

Asimismo Natalia Andújar señala que hay diferentes posturas, pues para los malikís se distinguen distintas modalidades de procuración en el divorcio siendo estos, la orden para la separación o divorcio, la transmisión de este derecho y el derecho de opción; por tanto, la musulmana tiene que hacer la elección precisa con anterioridad a que ésta mantenga relaciones conyugales con el esposo¹⁰⁸.

Siguiendo el mismo artículo de la mencionada autora, se dice que los fuqahâ de la escuela Hanbalí disponen que el hombre si así lo precisa le puede arrebatar a su esposa la procuración antes de que se ejecute éste¹⁰⁹.

2.1 Repudio mediante compensación

Tema distinto es el repudio en el que media una compensación económica pues hay que decir que ha habido mucha controversia en cuanto a la compensación de la mujer hacia el marido no habiendo una opinión coincidente para ello.

Esta controversia se debe a que hay quienes disponen que la retribución de la mujer no tiene que sobrepasar la dote¹¹⁰, sin embargo, esto depende de las circunstancias del hombre, es decir, de si tiene un patrimonio generoso o no; de todas formas no tiene cabida que el hombre pidiese una indemnización a la esposa si ha mediado abusos y vejaciones contra ésta¹¹¹.

Asimismo el repudio por compensación es reconocido como un derecho de la esposa de no permanecer al lado del esposo, si bien, el hombre no puede imponerle a que solicite el repudio por compensación para no tener que pagarle la manutención.

Muchas veces este tipo de situaciones es difícil de llevar, pues el marido que pretende separarse de su esposa, sin intención de pagarle manutención alguna, supone una dificultad para la mujer, pues ésta no se atrevería en ese caso a solicitar el mismo.

Aunque la religión prohíbe el divorcio, desde el punto de vista jurídico esta figura se

¹⁰⁵ PÉREZ ÁLVAREZ, S. "Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español". 2008. Op.cit, p. 199.

¹⁰⁶ ANDÚJAR, N. "El divorcio en la ley islámica". Ponencia presentada en el II Congreso Internacional de Feminismo Islámico, el 4 de noviembre de 2006 en Barcelona. Recuperado de: http://www.webislam.com/articulos/30422-el_divorcio_en_la_ley_islamica.html.

¹⁰⁷ "El Sagrado Corán". Edición Electrónica: Mustafa Al-Salvadori. Centro Cultural Islámico «Fátima Az-Zahra» (Sura 33, 28-29), 2005, p. 156.

¹⁰⁸ ANDÚJAR, N. "El divorcio en la ley islámica". Ponencia presentada en el II Congreso Internacional de Feminismo Islámico, el 4 de noviembre de 2006 en Barcelona. Recuperado de: http://www.webislam.com/articulos/30422-el_divorcio_en_la_ley_islamica.html.

¹⁰⁹ ANDÚJAR, N. "El divorcio en la ley islámica". Ponencia presentada en el II Congreso Internacional de Feminismo Islámico, el 4 de noviembre de 2006 en Barcelona. Recuperado de: http://www.webislam.com/articulos/30422-el_divorcio_en_la_ley_islamica.html.

¹¹⁰ EL HADRI, S. "Los derechos de la mujer en el Islam y su Estatuto personal en el Magreb". 2010. Op.cit, p. 195.

¹¹¹ ANDÚJAR, N. "El divorcio en la ley islámica". Ponencia presentada en el II Congreso Internacional de Feminismo Islámico, el 4 de noviembre de 2006 en Barcelona. Recuperado de: http://www.webislam.com/articulos/30422-el_divorcio_en_la_ley_islamica.html.

admite, de hecho hay escuelas jurídicas que consideran que el hombre puede convenir con su esposa para darle una indemnización sin importar la causa y la cantidad, si bien la escuela jurídica Malikí es la única que acepta que las esposas protesten ante un Cadi o juez en caso de haber agravios y vejaciones¹¹².

Si bien la compensación comporta que las mujeres desistan de la dote, esto causa una inseguridad en ellas pues la mayor parte lo han invertido en educar a sus hijos¹¹³.

Así la compensación económica de la mujer que ha sido repudiada por el repudiador, debe destacarse que la ruptura del vínculo conyugal de forma irrevocable a través del acto de repudiación supone el otorgamiento de la guarda y custodia de los hijos a la esposa solamente hasta que sean adolescentes o bien al alcanzar los 10 años según algunas escuelas islámicas¹¹⁴.

No obstante y volviendo al tema central, la esposa repudiada por el marido puede recibir una cantidad dineraria o posesiones que haya percibido por parte del marido cuando estos se hubieren casado o comúnmente llamado la dote. Más si el marido repudió a su mujer una vez hubieron consumado el matrimonio, éste únicamente tiene el deber de devolver a su esposa la mitad de la misma¹¹⁵.

Si bien la cantidad dineraria que debe pagar el hombre puede la misma ser alterada atendiendo a su capacidad económica y no tiene por qué ser dinero, también puede pagar mediante bienes sean muebles o inmuebles¹¹⁶.

La compensación económica puede modificarse según de qué países se traten y esta compensación puede ser o bien la entrega de una cantidad de dinero sin restricciones de ningún tipo o bien la entrega de una cantidad dineraria pero que no puede sobrepasar la misma de la cantidad que el hombre designase al sustento de la esposa durante un año de relación marital, dos o tres según en qué país se trate¹¹⁷.

2.2 Divorcio judicial

Atendiendo a este tipo de disolución matrimonial, habría que estar si se trata de un divorcio a causa del marido por no cuidar a su esposa; si bien la escuela Malikí lo acepta, aunque si fuese un divorcio revocable, esto es, si el hombre puede ayudar y cuidar de su esposa, ésta puede volver con ella aun permaneciendo la mujer en el plazo legal de espera.

En caso de que la esposa haya padecido algún tipo de peligro y daño, ésta puede acudir a un tribunal y demandar tales circunstancias, si bien a ella corresponde la carga de la prueba¹¹⁸.

Cuestión a destacar es que la esposa se puede divorciar y si bien el divorcio judicial es irrevocable, ésta puede disfrutar de su derecho de manutención e incluso cuando el motivo de la separación no sea causa de ésta, el hombre debe mantener a la mujer durante un

¹¹² ANDÚJAR, N. "El divorcio en la ley islámica". Ponencia presentada en el II Congreso Internacional de Feminismo Islámico, el 4 de noviembre de 2006 en Barcelona. Recuperado de: http://www.webislam.com/articulos/30422-el_divorcio_en_la_ley_islamica.html.

¹¹³ ANDÚJAR, N. "El divorcio en la ley islámica". Ponencia presentada en el II Congreso Internacional de Feminismo Islámico, el 4 de noviembre de 2006 en Barcelona. Recuperado de: http://www.webislam.com/articulos/30422-el_divorcio_en_la_ley_islamica.html.

¹¹⁴ PÉREZ ÁLVAREZ, S. "Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español". 2008. Op.cit, p. 201.

¹¹⁵ PÉREZ ÁLVAREZ, S. "Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español". 2008. Op.cit, p. 201.

¹¹⁶ PÉREZ ÁLVAREZ, S. "Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español". 2008. Op.cit, p. 201.

¹¹⁷ PÉREZ ÁLVAREZ, S. "Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en el derecho del estado español". 2008. Op.cit, p. 202.

¹¹⁸ ANDÚJAR, N. "El divorcio en la ley islámica". Ponencia presentada en el II Congreso Internacional de Feminismo Islámico, el 4 de noviembre de 2006 en Barcelona. Recuperado de: http://www.webislam.com/articulos/30422-el_divorcio_en_la_ley_islamica.html.

prolongado período de tiempo¹¹⁹.

Una de las causas más frecuentes por las que tiene lugar la separación judicial y que también se caracteriza por su irrevocabilidad, es cuando el marido se ausenta del domicilio conyugal, aunque para que esta causa pueda comportar motivo de separación, el abandono del hombre no debe justificarse, para que de esta forma, la mujer pueda observarse como abandonada y así poder separarse¹²⁰.

CAPÍTULO III. EL PLAZO LEGAL DE ESPERA EN LA MUJER ISLÁMICA

1 Plazo legal de espera

1.1 Introducción

El plazo legal de espera únicamente es un plazo aplicable a las mujeres implicando la prohibición de que ésta pueda casarse e incluso no puede hacer planes de boda; este plazo se lleva a cabo para comprobar que la mujer no está en estado de gestación así como observar que no hay problema en cuanto a la paternidad del niño, si bien también el plazo legal de espera se aplica para las mujeres que están embarazadas también cuyo plazo acaba una vez nazca el niño¹²¹.

También hay un plazo legal de espera para la divorciada, y durante ese tiempo el hombre, en caso de querer contraer matrimonio con alguien con quien está prohibido, tiene que esperar éste a que finalice el período de espera de su ex-esposa para poder hacerlo¹²².

Con respecto a las modalidades de plazo legal de espera, destaca el plazo de la mujer que ha enviudado, el plazo de espera de la mujer que se ha divorciado sin tener en cuenta su historial menstrual o si es menopáusica y el plazo legal de espera de una mujer que está en estado de gestación¹²³.

1.2 Aspectos del plazo legal de espera de la mujer

Ahora bien, en cuanto al plazo legal de espera en el divorcio tenemos que decir que, en caso de que hubiere un divorcio o una separación antes de que se consuma el matrimonio, es decir, el hombre recién casado se divorcia de su mujer, en ese supuesto no habría tal plazo legal de espera pues no hay probabilidad alguna de que la esposa estuviese embarazada¹²⁴.

No obstante, si en caso de que el hombre reconozca que en algunos momentos mantuvo relaciones sexuales con su esposa, es imprescindible que la misma contemple el plazo legal de espera o Iddah pues la consumación ha tenido lugar por medio de la confesión del hombre¹²⁵.

En cuanto al plazo legal de espera después del divorcio cabe decir que dicho plazo comienza inmediatamente después de que el marido pronunciase el divorcio no siendo necesario que la esposa lo sepa.

En el supuesto de que el divorcio se hiciera por escrito, el plazo de espera se iniciará en el instante en el que el marido escribió el divorcio y no cuando la mujer recibiere el

¹¹⁹ ANDÚJAR, N. "El divorcio en la ley islámica". Ponencia presentada en el II Congreso Internacional de Feminismo Islámico, el 4 de noviembre de 2006 en Barcelona. Recuperado de: http://www.webislam.com/articulos/30422-el_divorcio_en_la_ley_islamica.html .

¹²⁰ ANDÚJAR, N. "El divorcio en la ley islámica". Ponencia presentada en el II Congreso Internacional de Feminismo Islámico, el 4 de noviembre de 2006 en Barcelona. Recuperado de: http://www.webislam.com/articulos/30422-el_divorcio_en_la_ley_islamica.html .

¹²¹ SHAKIR 'ALI NOORIE, M.M."Divorce and Waiting Period" .Publicado por: Maktab e Taibah (Sunni Dawat e Islami), 2010, p. 15.

¹²² SHAKIR 'ALI NOORIE, M.M."Divorce and Waiting Period" . 2010. Op.cit, p.15.

¹²³ SHAKIR 'ALI NOORIE, M.M."Divorce and Waiting Period" . 2010. Op.cit, p.16.

¹²⁴ "El Sagrado Corán". (2005). Edición Electrónica: Mustafa Al-Salvadori. Centro Cultural Islámico «Fátimah Az-Zahra» (Sura 33,49), pág 157.

¹²⁵ MASEEHUL-ULOOM, M. "Rules and regulations of the Iddat". 2010, p.5. Recuperado de: <https://thequranblog.files.wordpress.com/2010/09/rulesoftheiddat.pdf>.

escrito¹²⁶.

No obstante, el plazo legal de espera tendrá comienzo en el momento en el que la mujer recibe la notificación en caso de que en la carta escrita por el esposo y dirigida a su mujer dispusiere que en el momento en el que ésta obtenga el escrito ambos estén divorciados.

Asimismo para que pueda haber un perfecto cómputo del período legal de espera para la mujer, debe contener la fecha en la que se escribió el divorcio o separación¹²⁷.

En cuanto a la duración del plazo legal de espera debe destacarse que hay distintas duraciones a tenor de lo dispuesto por la Sharia para este tipo de Iddah y cada plazo es aplicado a distintos tipos de mujeres, destacando así el plazo legal para una mujer que tiene la menstruación, el plazo de una mujer embarazada y el período de espera para aquellas mujeres que no tiene menstruaciones mensuales^{128 129}.

Con respecto al período de espera durante la menstruación de la mujer cabe decir que una mujer que menstrua cada mes, su plazo es de tres períodos menstruales o separados; asimismo si tuvo lugar el divorcio entre el hombre y la mujer estando ésta en período menstrual, pues, el inicio del plazo de espera comienza al instante, es decir, en ese mismo momento¹³⁰.

No obstante, solamente puede computarse la duración de tres menstruaciones a partir del siguiente.

Esto es, que la mujer tiene que esperar a que la actual menstruación finalice, que pase un período limpio para, posteriormente, comenzar a computar tres períodos menstruales separados. Por tanto, la menstruación durante la cual se emitió el divorcio no es tenida en cuenta¹³¹.

Por un lado, el plazo legal de espera de una mujer musulmana que tiene una menstruación fijada antes de 10 días únicamente expira después de que ésta se bañe por completo.

Si bien antes de que tenga lugar tal circunstancia, la mujer islámica seguirá en plazo legal de espera o comúnmente conocido como Iddah.

Más, si durante el tercer haidh la sangre fluye por diez días completos, ésto va a indicar que el plazo legal de espera ha concluido la terminación de su Iddah. Ante tal situación, este plazo legal de espera termina de forma inmediata después de que haya transcurrido diez días¹³².

Así en este caso la finalización del período legal de espera no depende de la expiración de un período de salah completo, ni sobre la circunstancia de que se bañe.

Sin embargo, si el flujo menstrual sigue alargándose durante más de 10 días, la mujer islámica volverá a regirse por el ciclo menstrual fijo.

Así pues, no se tienen en consideración todos los días añadidos durante los cuales la mujer había estado sangrando y su período legal de espera habrá finalizado después de la menstruación mensual fija, tras el paso de un tiempo de salah completo, o bien después de tomar un baño¹³³.

El plazo legal de espera de una mujer que no sangra, cabe destacar que, su plazo legal de espera para este tipo de mujeres es de tres meses y esto es aplicable a las mujeres menopáusicas; normalmente y atendiendo las normas de los expertos en las disciplinas

¹²⁶ MASEEHUL-ULOOM, M. "Rules and regulations of the Iddat". 2010. Op.cit, p. 6.

¹²⁷ MASEEHUL-ULOOM, M. "Rules and regulations of the Iddat". 2010. Op.cit, p. 6.

¹²⁸ MASEEHUL-ULOOM, M. "Rules and regulations of the Iddat". 2010. Op.cit, p. 6.

¹²⁹ EL HADRI, S. "Los derechos de la mujer en el Islam y su Estatuto personal en el Magreb". 2010. Op.cit, pp. 201-202.

¹³⁰ MASEEHUL-ULOOM, M. "Rules and regulations of the Iddat". 2010. Op.cit, p. 6.

¹³¹ MASEEHUL-ULOOM, M. "Rules and regulations of the Iddat". 2010. Op.cit, p. 7.

¹³² MASEEHUL-ULOOM, M. "Rules and regulations of the Iddat". 2010. Op.cit, p. 7.

¹³³ MASEEHUL-ULOOM, M. "Rules and regulations of the Iddat". 2010. Op. cit, p.7.

religiosas y jurídicas del Islam, la menopausia tiene lugar entre los 50 o 55 años^{134 135}.

Idéntico plazo de espera, esto es, de tres meses es aplicable para las mujeres que se han sometido a una intervención quirúrgica a través del cual se le han extirpado total o de forma parcial el útero y ante esta circunstancia ella no menstrua o bien si ha injerido medicamentos que le impida menstruar¹³⁶.

Con respecto al plazo legal de espera en el caso de una mujer que tiene o presenta irregularidades en su período menstrual, su plazo durará un año entero¹³⁷.

Pasado ese tiempo, el plazo legal de espera termina y la mujer si así lo quiere puede casarse nuevamente, si bien, su menstruación regresa, la mujer tiene que volver a guardar un plazo de espera de tres ciclos menstruales.

Esta circunstancia puede comportar un plazo de espera, cuanto menos extenso, y en todo caso si su período menstrual regresase a final del año.

Así pues, si la mujer que no menstrua volviese a hacerlo, su plazo de espera será de tres meses (mismo plazo que para la mujer que está en su ciclo menstrual)¹³⁸.

También se considera irregularidad, la inestabilidad que presentan las mujeres en sus menstruaciones produciendo así un problema y obstáculo para el desarrollo de la vida de la mujer; por tanto, si la mujer tiene que guardar un plazo de espera, tiene que consultar con los ulemas y facilitarles por escrito el historial de menstruos, para que, de esta forma, los ulemas puedan resolver dicha cuestión, pues ante tal circunstancia resulta complicado precisar qué leyes son las que resultan aplicables para las mujeres que presentan este tipo de situaciones¹³⁹.

Las mujeres deben dejar constancia y hacer un seguimiento en cuanto a sus variaciones menstruales, pues de no hacerlo constituiría una mala conducta hacia Dios.

Otro plazo legal de espera a reflejar es el de una mujer en estado de gestación; así pues, una mujer embarazada tiene que guardar un plazo legal de espera hasta que nazca su hijo, sin importar cuanto tiempo permanezca en tal situación pudiendo estar en período legal de espera hasta más de nueve meses¹⁴⁰.

En este caso, el plazo de espera se dará por terminado después de que la mujer dé luz a su hijo, de forma que, si el niño no se ha desprendido por completo del útero materno su plazo no finaliza¹⁴¹.

Así, para que el plazo legal de espera termine no es necesario que ella deba bañarse para eliminar las impurezas de la placenta así como tampoco si el niño con posterioridad a su nacimiento, vive poco tiempo.

No es preciso, a su vez, que la mujer guarde un tiempo de espera a que finalice su recuperación completa del aparato reproductor posterior al parto.

Por tanto, si el niño viene al mundo poco después de tener lugar el divorcio, en ese caso, la mujer termina su plazo legal de espera y si ella quiere, puede contraer nupcias otra vez, por lo que, el plazo legal de espera en tales circunstancias no tiene una permanencia

¹³⁴ MASEEHUL-ULOOM, M. "Rules and regulations of the Iddat". 2010. Op.cit, p. 8.

¹³⁵ "Nigerian Journal of food, drugd and healthy law". NJFDHL Vol.2, 2009, ISSN: 2006-6902. FACULTY OF LAW, KOGI STATE UNIVERSITY, ANYIGBA-NIGERIA. Recuperado de: http://unilorin.edu.ng/publications/saaduhi/Iddah_A%20Receding%20Concept%20in%20Islamic%20Law.pdf, pp. 86-87.

¹³⁶ MASEEHUL-ULOOM, M. "Rules and regulations of the Iddat". 2010. Op.cit, p.8.

¹³⁷ EL HADRI, S "Los derechos de la mujer en el Islam y su Estatuto personal en el Magreb". Op.cit, p. 201.

¹³⁸ MASEEHUL-ULOOM, M. "Rules and regulations of the Iddat". 2010. Op.cit, p.8.

¹³⁹ MASEEHUL-ULOOM, M. "Rules and regulations of the Iddat". 2010. Op.cit, pp. 8-9.

¹⁴⁰ MASEEHUL-ULOOM, M. "Rules and regulations of the Iddat". 2010. Op.cit, p.9.

¹⁴¹ GONZÁLEZ VÁZQUEZ, A. "La idea del niño dormido (raqed) embarazo, estrategias sociales femeninas e islam en el norte de Marruecos". [El Pajar: Cuaderno de Etnografía Canaria](#), ISSN 1136-4467, Nº. 25, 2008, p. 5.

definida, pues todo obedece a la durabilidad y desarrollo de la gestación¹⁴².

Hechos que también dan lugar a la finalización del plazo de espera son aquellos en los que el bebé nace con deformidades o defectos o bien nace sin vida¹⁴³.

En caso de que la mujer padezca una interrupción involuntaria con anterioridad a los ciento veinte días de embarazo, el período legal de espera no finaliza, pues siguiendo a lo establecido en la Sharia, el feto no es considerado un niño al no estar formado por completo, por lo que, el plazo legal de espera a fijarse es el indicado de tres ciclos menstruales en el supuesto de menstruar o de tres mensualidades si no menstrúa¹⁴⁴.

No obstante, si tuviese lugar un aborto después de transcurrido cuatro meses, el plazo legal de espera finalizaría, aunque está terminantemente prohibido que tenga lugar un aborto después de pasado los cuatro meses pues, según en el Derecho Islámico, el feto tiene "alma" transcurrido este plazo.

Por tanto, en los meses iniciales de embarazo (cuatro meses), la mujer puede abortar siempre que tenga una justificación razonable tal como puede ser el padecimiento de una enfermedad o bien que esta haya sido violada. Sin embargo, una vez que el feto tenga "alma", este ya es considerado persona y no puede la mujer en ese caso abortar aun cuando haya motivos para ello¹⁴⁵.

Ahora bien, el plazo de espera en el caso de una mujer embarazada de más de un niño termina cuando nace el último hijo.

En resumen como hemos podido observar el plazo legal de espera o Iddah contempla un tiempo de espera de nueve meses y tres ciclos menstruales, pero en otras ocasiones también puede computarse en días en unos casos y en meses otros.

Una mujer que menstrua padece tres ciclos menstruales antes de que su período finalice; sin embargo, en el caso de que esté en gestación tiene que tener lugar el parto para que su tiempo de espera termine.

En el caso del plazo de espera para la mujer que no menstrua es de tres meses islámicos, si este plazo concurre con el comienzo del mes islámico, en ese caso, únicamente expirará con el cuarto mes de luna nueva^{146 147}.

De la misma forma, si el esposo de la mujer muere cuando tiene lugar el inicio de un mes lunar, hay que computar cuatro meses y diez días, de forma que el plazo legal de espera concluirá pasado los 10 días del quinto mes^{148 149}.

No obstante, si el plazo legal de espera comenzó en cualquier momento de un mes lunar, el plazo legal de espera se computará en ese caso en días, siendo, una espera de 90 días¹⁵⁰.

El plazo de espera finalizará en el mismo instante del día que comenzó. Asimismo, se comienza a contar el tiempo legal de espera al día siguiente de haber tenido lugar el repudio o bien la muerte del esposo.

De no ser así, el plazo legal de espera daría su conclusión un día antes de lo esperado.

Así pues, el período legal de espera de la mujer islámica tiene que acabar en el mismo tiempo que cuando comenzó, de forma que si la mujer no conoce cuando va a finalizar su plazo, la misma tiene que esperar un poco más de tiempo para poder dar por concluida su período de espera.

¹⁴² MASEEHUL-ULOOM, M. "Rules and regulations of the Iddat". 2010. Op.cit, p.9.

¹⁴³ MASEEHUL-ULOOM, M. "Rules and regulations of the Iddat". 2010. Op.cit, p.9.

¹⁴⁴ MASEEHUL-ULOOM, M. "Rules and regulations of the Iddat". 2010. Op.cit, p.9.

¹⁴⁵ MASEEHUL-ULOOM, M. "Rules and regulations of the Iddat". 2010. Op.cit, p.10.

¹⁴⁶ MASEEHUL-ULOOM, M. "Rules and regulations of the Iddat". 2010. Op.cit, p. 10.

¹⁴⁷ "Nigerian Journal of food, drug and healthy law". NJFDHL Vol.2, 2009, ISSN: 2006-6902. FACULTY OF LAW, KOGI STATE UNIVERSITY, ANYIGBA-NIGERIA. Op.cit, p. 86.

¹⁴⁸ MASEEHUL-ULOOM, M. "Rules and regulations of the Iddat". 2010. Op.cit, p. 10.

¹⁴⁹ "Nigerian Journal of food, drug and healthy law". NJFDHL Vol.2, 2009, ISSN: 2006-6902. FACULTY OF LAW, KOGI STATE UNIVERSITY, ANYIGBA-NIGERIA. .Op.cit, p. 87.

¹⁵⁰ MASEEHUL-ULOOM, M. "Rules and regulations of the Iddat". 2010. Op.cit, p. 10.

Deben guardar un plazo de espera las niñas que a los quince años son mujeres y han presentado una menstruación irregular, sin embargo, en caso de que se hayan divorciado tendrá que contemplar un plazo de espera de meses, es decir, tiene que esperar un año después de divorciarse y transcurrido ese período, tiene que esperar por otros tres meses¹⁵¹.

Una mujer de treinta años y que no ha pasado tres días enteros de flujo, debe aguardar un plazo de tres meses mientras que, las menopáusicas para ser consideradas como tal tienen que estar por lo menos seis meses sin menstruar.

Las mujeres jóvenes que de forma espontánea han sufrido una interrupción en su período, únicamente empezará a computar el plazo legal de esperar desde que la interrupción se prolongue al menos por un año¹⁵².

Cuestión a destacar es aquella en la que la mujer que permanece en período de espera está sujeta a determinadas prohibiciones tal como salir del domicilio teniendo como límites la parte delantera y el patio trasero.

Así pues, una mujer divorciada no puede salir durante su plazo legal de espera de los límites de su hogar, situación que incluye las salidas a familiares, amigos, entre otros^{153 154}.

Si bien, puede salir del hogar siempre que su vida esté en peligro o produzca un perjuicio para su integridad física aunque tiene que volver una vez haya pasado el riesgo.

El marido que ha repudiado a su mujer y no la ha echado de casa en un principio, entonces éste no puede echar a su mujer del domicilio conyugal antes de que el plazo legal de espera finalice, facilitando, por un lado, la reconciliación entre ellos¹⁵⁵.

Sin embargo, el marido puede expulsar a la mujer del domicilio conyugal si han mediado abusos, faltas de respeto contra éste o su familia, en ese caso, el marido la repudia y la expulsa y ésta tiene permiso para guardar su tiempo legal de espera en distinto sitio de su hogar¹⁵⁶.

El hombre no puede hacerle la vida imposible a la mujer que ha repudiado para que ésta tome la decisión de irse del hogar, al contrario, éste tiene que poner todo lo necesario para que la mujer se hospede pues no puede ser expulsada de forma prematura una vez se ha divorciado¹⁵⁷.

La mujer en estado de gestación puede estar con el hombre hasta que ésta le dé el niño al hombre.

No obstante, su plazo de espera, como bien se ha dicho, acaba una vez nazca el hijo y, por tanto, el cuidado y alimentación del hijo ya no corresponde a la madre, en caso de que el hombre quiera que la mujer lo alimente, éste ha de pagarle y en caso de que no pueda asumir dicho pago por cualesquier motivo, ya sea porque la mujer ha contraído nupcias con otro hombre y éste no quiere que su esposa cuide al niño o bien porque el padre de la criatura no puede afrontar el pago que pida la mujer, entonces él puede decidir que otra persona cuida de su hijo¹⁵⁸.

Tampoco puede salir del hogar en aquellos supuestos en los que la mujer sea mantenida o tenga alguna fuente de ingreso; caso único en el que puede salir del domicilio es aquel en el que haya enviudado y tenga que ganarse por sí sola el sustento siempre que no tenga a nadie para que la ayude, si bien tiene que salir durante el día pero regresar cuando se pone el sol.

¹⁵¹ MASEEHUL-ULOOM, M. "Rules and regulations of the Iddat". 2010. Op.cit, pp. 11-12

¹⁵² MASEEHUL-ULOOM, M. "Rules and regulations of the Iddat". 2010. Op.cit, p. 12.

¹⁵³ MASEEHUL-ULOOM, M. "Rules and regulations of the Iddat". 2010. Op.cit, p. 12.

¹⁵⁴"Nigerian Journal of food, drug and healthy law". NJFDHL Vol.2, 2009, ISSN: 2006-6902. FACULTY OF LAW, KOGI STATE UNIVERSITY, ANYIGBA-NIGERIA. Op.cit, p. 83.

¹⁵⁵ SHAKIR 'ALI NOORIE, M.M."Divorce and Waiting Period". 2010. Op.cit, p. 18.

¹⁵⁶SHAKIR 'ALI NOORIE, M.M."Divorce and Waiting Period". 2010. Op.cit, p. 18.

¹⁵⁷ SHAKIR 'ALI NOORIE, M.M."Divorce and Waiting Period". 2010. Op.cit, p. 19.

¹⁵⁸ SHAKIR 'ALI NOORIE, M.M."Divorce and Waiting Period". 2010. Op.cit, p. 20.

Más, si bien la mujer que ha enviudado puede salir para mantenerse, la misma no puede acudir a otros sitios en el tiempo que dure su período de espera, de hecho, si es posible que pueda trabajar y seguir adelante dentro de los confines de su hogar, tampoco puede salir; en resumen, durante la Iddah no puede hacer planes de ocio¹⁵⁹.

Concluyendo con este capítulo, cabe decir que la mujer que está en su plazo legal de espera y si tiene una fuente de ingresos, no puede peregrinar a la Meca si bien tampoco es obligatorio acudir.

CAPÍTULO IV. SITUACIÓN ANÁLOGA DIFERENTE. LA TEORÍA DEL FETO DORMIDO.

1. Breve introducción

Tema paralelo a lo expuesto hasta ahora, viene a ser la teoría del feto dormido.

El feto dormido es aquella situación por la que una madre no quiere que su hijo nazca de forma inmediata por diversos motivos tal como viene siendo el adulterio, es decir, los hombres muchas veces para encontrar trabajo deben irse del domicilio conyugal dejando a la mujer embarazada, de esta forma, ella aguarda el momento del parto hasta el regreso de su cónyuge como muestra de su fidelidad.

Esta práctica permite la protección tanto de la mujer como del niño, es decir, si el hombre, padre de la criatura, falleciera, la mujer si así lo quiere puede dar luz años después de fallecido el esposo.

El período de gestación puede durar meses aunque también años¹⁶⁰.

2. La teoría del feto dormido

Pues bien, el feto dormido tal como se ha explicado puede parar su crecimiento dentro de la madre, pudiendo deberse a motivos inherentes a él o por motivos intencionados por parte de ésta, pudiendo así los fetos seguir dormitando, incluso después de los nueve meses que dura la gestación, hasta que la mujer dé a luz; asimismo el feto dormido, debido a esta circunstancia poco natural puede llegar a perecer y, por tanto, tener que sacarlo del vientre de la madre¹⁶¹.

No obstante, también tiene que resaltarse que el Islam siempre ha visto necesario regular todo lo relativo a la maternidad, destacando así legislaciones sobre paternidad, duración de la gestación, entre otros; si bien hay diversidad de posturas, destacando quienes muestran su conformidad de que el embarazo dure mucho más de los nueve meses, hay quienes establecen que el embarazo tiene que durar únicamente el período ordinario de gestación (9 meses) (Escuela Zahiri)¹⁶².

Asimismo y siguiendo a Camille Lacoste-Dujardin, dispone que el feto dormido es una tradición muy antigua en la que la madre lo comunica y es corroborado por la matrona. Esta figura viene siendo un "golpe de estado" respecto a los hombres y la organización de parentesco¹⁶³.

Explicado de manera general la teoría del feto dormido, cabe decir que, toda vez, la

¹⁵⁹SHAKIR 'ALI NOORIE, M.M."Divorce and Waiting Period". 2010. Op.cit, pp.21-22.

¹⁶⁰ GONZÁLEZ VÁZQUEZ, A. "La idea del niño dormido (*raqed*) embarazo, estrategias sociales femeninas e islam en el norte de Marruecos". El Pajar: Cuaderno de Etnografía Canaria, ISSN 1136-4467, Nº. 25, 2008 (Ejemplar dedicado a: Mujer e identidad), P. 1.

¹⁶¹ GONZÁLEZ VÁZQUEZ, A. "La idea del niño dormido (*raqed*) embarazo, estrategias sociales femeninas e islam en el norte de Marruecos". El Pajar: Cuaderno de Etnografía Canaria, ISSN 1136-4467, Nº. 25, 2008 (Ejemplar dedicado a: Mujer e identidad), P. 1.

¹⁶² "L'enfant endormi dans le ventre de sa mère". Histoire et sciences sociales, médecine/science 1999; 15: 260-3. Recuperado de: http://www.ipubli.inserm.fr/bitstream/handle/10608/1322/1999_2_260.pdf?sequence=1.

¹⁶³ LACOSTE-DUJARDIN, C. "La maternité in Islam". Lectora, 14: 13-29. ISSN: 1136-5781 D.L. 395-1995, 2008, P.24. Recuperado de: DIALNET, dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3102592.pdf.

figura de "al raqed" no está muy alejada del plazo legal de espera, pues, puede implicar la extensión del mismo, y por ende, durante este tiempo la mujer no puede contraer nupcias hasta pasado tres meses en el supuesto de que se haya divorciado o bien cuatro meses y 10 días en el supuesto de la viuda.

Por tanto, la mujer que está embarazada no se puede casar hasta que no haya dado luz, y una vez lo haga, el niño que nace es hijo del marido anterior, destacando de esta manera que el feto dormido protege los derechos del hombre en la sociedad islámica, con lo cual, si las mujeres no quieren, no tendrían que casarse otra vez y quedarse en el hogar del padre de manera ilimitada. Si bien aunque nos ocuparemos más tarde de esto, cabe resaltar que el feto dormido contribuiría a que la mujer no se separase o no fuese repudiada por el repudiador en caso de infecundidad por parte de la mujer o bien no haber tenido aún un niño varón y, por tanto, conseguir tiempo para quedarse embarazada¹⁶⁴.

Pues bien, como se ha descrito anteriormente la teoría del feto puede comportar que el bebé permanezca "dormido" más allá de los nueve meses de gestación pudiendo implicar años. Si la mujer así lo quiere puede interrumpir este "sueño del niño" y dar a luz.

Esta teoría, y siguiendo a Joel Colin¹⁶⁵ viene a destacar la importancia del mismo en distintas situaciones tales como el temor a que la mujer no pueda quedarse embarazada, la filiación y también la legitimación de un hijo comúnmente denominado como "bastardo".

Es decir, tal como se ha explicado de forma general, en el caso de que la mujer no pueda quedarse embarazada utiliza la teoría del feto con el objetivo de poder quedarse en estado tiempo después o bien evitar que el esposo las repudie por no poder quedarse encinta mientras que, en el caso de las mujeres que están embarazadas y sus esposos deban abandonar la casa por motivos diversos, las mujeres pueden esperar con el niño dentro de ellas hasta el regreso de sus cónyuges para que no haya lugar a dudas acerca de la paternidad. Sin embargo, caso distinto es aquel en la que la mujer ha sido infiel y se queda embarazada, aquí, ella puede tener dentro a su hijo con el fin de que nadie pueda saber sobre la infidelidad¹⁶⁶.

Sin embargo, y siguiendo a Araceli González Vázquez¹⁶⁷ que cita a su vez, a Anke Bosaller¹⁶⁸ explica que la teoría del niño dormido no es otra cosa sino unos ideales creados a través de exámenes clínicos relacionados con el embarazo.

Y mediante estos exámenes pueden destacarse que aquellas enfermedades relacionadas con el embarazo pueden ser la retención en el útero del feto fallecido, tumores, comienzo de la menopausia, entre otros¹⁶⁹. Aunque hay quienes relacionan y justifican la figura del "al raqed" por obra de un djin (espíritu o genio) o mediante "encantamientos mágicos"¹⁷⁰.

¹⁶⁴ ALKAFALA "Los niños dormidos de Marruecos". 2010. <https://alkafala.wordpress.com/2010/09/15/los-ninos-dormidos-de-marruecos/>.

¹⁶⁵ COLIN, J. "L'enfant endormi dans le ventre de sa mère. Etude ethnologique et juridique d'une croyance au Maghreb", Perpignan, Presses Universitaires de Perpignan, 1998. (Archives de sciences sociales des religions) (éditions EHESS). Recuperado de: <https://assr.revues.org/20873> . [Consulta el 24 de abril de 2015].

¹⁶⁶ COLIN, J. "L'enfant endormi dans le ventre de sa mère. Etude ethnologique et juridique d'une croyance au Maghreb", Perpignan, Presses Universitaires de Perpignan, 1998. (Archives de sciences sociales des religions) (éditions EHESS). Recuperado de: <https://assr.revues.org/20873> . [Consulta el 24 de abril de 2015].

¹⁶⁷ GONZÁLEZ VÁZQUEZ, A. "La idea del niño dormido (raqed) embarazo, estrategias sociales femeninas e islam en el norte de Marruecos". 2008. Op.cit, pp 5-6.

¹⁶⁸ BOSSALLER, A. "Schlafende Schwangerschaft" in Islamischen Gesellschaften. Entstehung und soziale Implikationen einer weiblichen Fiktion. Würzburg: Ergon. (2004).

¹⁶⁹ GONZÁLEZ VÁZQUEZ, A. "La idea del niño dormido (raqed) embarazo, estrategias sociales femeninas e islam en el norte de Marruecos". 2008. Op.cit, pp.5-6.

¹⁷⁰ ALKAFALA "Los niños dormidos de Marruecos". 2010. Recuperado de: <https://alkafala.wordpress.com/2010/09/15/los-ninos-dormidos-de-marruecos/>.

CAPÍTULO V. EL TIEMPO LEGAL DE ESPERA EN LOS CÓDIGOS DE CONDUCTA

1. Introducción

Al realizar un análisis comparativo de los diferentes códigos de conducta en relación con el tiempo de espera en la mujer repudiada, divorciada o viuda, tenemos en primer lugar que afirmar que los distintos códigos de conducta rompen tajantemente con la tradicional costumbre del feto dormido.

Concretamente, Marruecos recoge como fecha máxima del embarazo el de un año desde la fecha del repudio o del fallecimiento¹⁷¹. La misma normativa se recoge en el código de Omán¹⁷².

Son cuatro las cuestiones en las que se mantienen distintas matizaciones en los códigos de conducta referente al tiempo legal de espera y son las siguientes:

1) La diversidad de situaciones que se contemplan con respecto a la mujer tanto en el caso del repudio, del divorcio, de la viudez o de separación del esposo como en el caso de que la mujer sea o no sea menopáusica o tenga una enfermedad o problema de menstruación

2) La situación de la mujer en cuanto al domicilio conyugal si debe o no permanecer en el mismo.

3) El derecho de manutención de la mujer en el tiempo legal de espera por parte del esposo.

4) La obligación o no de mantener el tiempo legal de espera por la esposa.

1.1 El plazo legal de espera y la consumación del matrimonio

Lo primero que tenemos que afirmar es que en algunos códigos de conducta el plazo legal de espera **no es obligatorio** cuando no existe consumación del matrimonio.

Así se recoge en el código argelino¹⁷³ también el Líbano en el art 145 de la ley de 1917; Marruecos¹⁷⁴, Mauritania,¹⁷⁵ Omán¹⁷⁶, Siria¹⁷⁷, Túnez¹⁷⁸, Yemen¹⁷⁹, Jordania¹⁸⁰ y por último Kuwait¹⁸¹.

1.2 Distinción entre mujer embarazada y mujer no embarazada

Se recoge una distinción entre la mujer embarazada y la mujer que no se encuentra embarazada. Con esta distinción se contempla en la mujer distintos plazos y así se recoge que el plazo normal en la mujer embarazada es hasta dar a luz¹⁸².

En el código argelino se especifica que el plazo máximo del embarazo sea el de 10 meses desde la fecha del divorcio o fallecimiento¹⁸³. Y existen códigos que asimilan la misma fecha para el caso de un posible aborto así se contemplan por Marruecos¹⁸⁴, Siria¹⁸⁵ y Kuwait¹⁸⁶.

¹⁷¹ Art. 135 de la Ley 3 de febrero de 2004.

¹⁷² Art. 122 del Decreto Ley 32/1997.

¹⁷³ Art. 58 Del Código del estatuto personal de la Ley 11/1984.

¹⁷⁴ Art. 130 de la Ley 3 de febrero de 2004.

¹⁷⁵ Art. 118 de la Ley de junio de 2001.

¹⁷⁶ Art. 121 del Decreto Ley 32 de 1997.

¹⁷⁷ Art. 121 de la Ley 59 de 1953.

¹⁷⁸ Art. 36 de la Ley del 74 de 1973

¹⁷⁹ Art. 80 de la Ley 20 de 1992 modificada por la Ley 34 de 2002.

¹⁸⁰ Por la Ley 61 de 1976 en su art. 142.

¹⁸¹ Art. 155 de la Ley 51 de 1984.

¹⁸² Así se contempla en los códigos de Irak, Líbano, Libia, Marruecos, Mauritania, Omán, Siria y Sudán.

¹⁸³ Art. 60 de la Ley 11 de 1984.

¹⁸⁴ Art. 133 op.cit. Art. 120 op.cit.

¹⁸⁵ Art. 124 op.cit.

¹⁸⁶ Art. 157 op.cit.

1.3 Situación de la mujer menopáusica

Para la divorciada o repudiada que no se encuentre embarazada se distingue en cuanto al plazo legal de espera que su situación sea el de menopáusica y así en el código argelino en el art 58 la mujer debe de observar un plazo legal de espera de tres menstruaciones en el caso de que sea fértil y de tres meses desde la fecha de declaración del divorcio cuando sea menopáusica.

Idéntico plazo se contempla en el código Iraquí¹⁸⁷, en el código Libanés¹⁸⁸, Marruecos¹⁸⁹, Yemen¹⁹⁰, Jordania¹⁹¹ y Kuwait¹⁹².

1.4 La situación de viudez

La situación de viudez y de separación del esposo mantiene también un plazo especial en el tiempo de espera que suele ser idéntico y que consta de cuatro meses y 10 días. Así lo recoge el código argelino¹⁹³, libanes¹⁹⁴, libia¹⁹⁵, código marroquí¹⁹⁶, código mauritano¹⁹⁷, código omani¹⁹⁸, código sirio¹⁹⁹, código sudanés²⁰⁰, código tunecino²⁰¹, código jordano²⁰² y código de Kuwait²⁰³.

2. La mujer repudiada o divorciada y el domicilio conyugal

Sobre este aspecto los códigos recogen diversas situaciones; la primera es la mantenida por el código argelino que en su artículo 61 impone que la divorciada repudiada o viuda no abandonara el domicilio conyugal durante el plazo legal de espera excepto en el caso de un evidente adulterio.

La misma situación es recogida por el código libio en su artículo 52²⁰⁴, Mauritania en el art 119²⁰⁵, Sudán en el art 208²⁰⁶, y Jordania en el art 144²⁰⁷.

Una segunda situación es la que se contempla en aquellos códigos en el que se determinan el domicilio conyugal sólo que por causa de necesidad se determine otra vivienda, es decir, así lo recoge el código kuwaití en su artículo 161 de la ley 51 de 1984 que establece "La mujer en estado de idda por un repudio revocable cumplirá su idda en la casa conyugal salvo en caso de necesidad que se trasladará a la casa que le designe el juez".

Una tercera situación es en la que no se impone como obligatoria la estancia en el domicilio conyugal. Así se recoge en el código marroquí en su art 131 de 3 de febrero de 2004 que dispone lo siguiente "La mujer divorciada y la viuda cumplirán el período de

¹⁸⁷ Art. 48 de la Ley 188 de 1958.

¹⁸⁸ Art. 52 de la Ley 10/1984.

¹⁸⁹ Art. 136 de Ley 3 de febrero de 2004.

¹⁹⁰ Art. 82 de la Ley 20 de 1992.

¹⁹¹ Art. 135 de la Ley 61 de 1976.

¹⁹² Art. 167 de la Ley 51 de 1984.

¹⁹³ Art. 59 de la Ley 11 de 1984.

¹⁹⁴ Art. 143 de la Ley del 84.

¹⁹⁵ Art. 52 de la Ley 10 de 1984.

¹⁹⁶ Art. 132 de la Ley de 2004.

¹⁹⁷ Art. 113 de la Ley de junio de 2001.

¹⁹⁸ Art. 120 y 32 de la Ley de 1997.

¹⁹⁹ Art. 123 de la Ley 59 de 1959.

²⁰⁰ Art. 209 de la Ley 42 de 1991.

²⁰¹ Art. 36 de la Ley 74 de 1993.

²⁰² Art. 134 de la Ley 61 de 1976.

²⁰³ Art. 167 de la Ley 51 de 1984.

²⁰⁴ Ley 10 de 1984.

²⁰⁵ Ley 26 d junio d 2001.

²⁰⁶ Ley 42 de 1991.

²⁰⁷ Ley 61 de 1976.

espera legal (Idda) en el domicilio conyugal o en cualquier otro domicilio que les sea destinado.”

3. El derecho de manutención en el tiempo legal de espera

En cuanto al derecho de manutención por la esposa repudiada en el tiempo legal de espera podemos encontrar tres situaciones diferentes.

1º) La situación mayoritaria es la de que la mujer tiene derecho a una manutención, así se recoge concretamente en los códigos de Argelia²⁰⁸, Irak²⁰⁹, Líbano²¹⁰ y Túnez²¹¹.

2º) El código de conducta egipcio no solo impone el derecho de manutención sino además una indemnización que se fija en la cuantía de por lo menos la manutención de dos años teniéndose en cuenta la situación de solvencia o insolvencia del repudiador y la duración del matrimonio.

Se le permite al repudiador el pago de la indemnización a plazos²¹².

3º) Situaciones diferentes son las contempladas por los códigos de conducta de Jordania²¹³ y de Kuwait²¹⁴ en las que la mujer pierde el derecho a la manutención en el plazo legal de espera esté o no embarazada cuando el esposo ha fallecido.

CONCLUSIONES

PRIMERA

En primer lugar, tenemos que reflejar que, en la mayoría de los países occidentales se tiene un concepto generalista de la condición jurídica de la mujer islámica en el sentido de que carece de derechos, lo cual no es cierto porque en el derecho islámico depende la condición jurídica de la mujer de la escuela coránica que rija en cada estado, bien sea Chiíta o Sunnita. Y dentro de la mayoría de los estados donde se rige la corriente Sunnita también existen diferencias por las distintas escuelas Sunnitas que ya hemos reflejado. Asimismo tendríamos que reflejar los códigos de conducta donde en la minoría de ellos la mujer tiene derechos casi equiparables a la mujer occidental como ocurre en el código tunecino.

SEGUNDA

En segundo lugar, hemos querido reflejar, a su vez, la situación de subordinación de la mujer hacia el hombre antes las crisis matrimoniales tanto con respecto al repudio revocable que se asemeja en cierta manera a lo que entendemos por separación matrimonial en las legislaciones occidentales como en el repudio irrevocable en el que queda roto el vínculo matrimonial así como en el divorcio judicial en el Derecho Islámico.

TERCERA

La situación de plazo legal de espera mantiene una situación de dependencia de la mujer hacia el hombre tanto en sus derechos sociales, civiles y económicos, ya que, la mujer dentro del derecho de la Sharia está obligada normalmente a permanecer en el domicilio conyugal sin poder salir de la casa sin el permiso del repudiador, derecho a ser mantenida por el repudiador ya que no puede trabajar fuera del hogar conyugal.

CUARTA

También se ha querido observar una actitud paralela como es la teoría del feto dormido que viene en cierta manera a ocultar situaciones infames como la infecundidad o de adulterio que conllevaría a la muerte civil de la adultera y hasta la lapidación.

No obstante, la teoría del feto dormido también se observa en aquellos casos de

²⁰⁸ Art. 61 de la Ley argelina de 1984.

²⁰⁹ Art. 50 de la Ley iraquí número 188 de 1959.

²¹⁰ Art. 150 de la Ley libanesa de 1917.

²¹¹ Art. 86 de la Ley tunecina numero74 de 1993.

²¹² Art. 17 de la Ley de 1985.

²¹³ Art. 144 de la ley 61 de 1976.

²¹⁴ Art. 61 de la ley 51 de 1984.

filiación, es decir, para asegurar la paternidad y así preservar los derechos del padre cuando éste debe ausentarse del domicilio conyugal para buscar trabajo.

QUINTA

Analizando los códigos de familia del derecho islámico se manifiestan contrarios totalmente a la teoría del feto dormido y por otro lado no mantienen una solución unánime en cuanto al plazo legal de espera y los efectos del mismo. Ya que, en unos se impone el domicilio conyugal y en otros se le da libertad a la mujer a que resida en otro lugar.

Además en unos códigos como hemos expuesto se fija una compensación económica y el derecho a manutención por parte del marido hacia la mujer repudiada y en otros no se fijan nada al respecto.

SEXTA

También en los códigos de conducta se recoge en algunos de ellos dentro del repudio por compensación la libertad del esposo para no tener derecho a mantener a la mujer repudiada.

Otra distinción a resaltar que en todos los códigos se diferencian en cuanto a los efectos de la mujer en el plazo legal de espera por un lado si ha sido o no consumado el matrimonio y por otro lado si la mujer se encuentra en estado o no de embarazo.

BIBLIOGRAFÍA

- AL-HIBRI, A. "Islam, Law and Custom: Redefining Muslim Women's Rights". American University International Law Review 12, nº1(1997): 1-44. Recuperado de: http://digitalcommons.wcl.american.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1384&context=aui_ir . [Consulta el 2 de marzo de 2015].
- ANDÚJAR, N. "El divorcio en la ley islámica". Ponencia presentada en el II Congreso Internacional de Feminismo Islámico, el 4 de noviembre de 2006 en Barcelona. Recuperado de: http://www.webislam.com/articulos/30422el_divorcio_en_la_ley_islamica.html . [Consulta el 20 de abril de 2015].
- BOSSALLER, A. "Schlafende Schwangerschaft" in Islamischen Gesellschaften. Entstehung und soziale Implikationen einer weiblichen Fiktion. Würzburg: Ergon. (2004).
- BRAMON PLANAS, D. "La condición de la mujer en el Islam: Del texto del Corán a su interpretación". Mujeres que miran a mujeres: la comunidad pakistaní / coord. por María Ángeles Goicoechea Gaona, María Josefina Clavo Sebastián, ISBN 978-84-96487-71-0, 2012, págs. 25-3. Recuperado de: DIALNET, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3985476> . [Consulta el 15 de marzo de 2015].
- COMBALÍA, Z. "Estatuto de la Mujer en el Derecho Matrimonial Islámico". Aequalitas: Revista jurídica de igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres, ISSN 1575-3379, Nº 6, 2001, págs.14-20. Recuperado de: DIALNET, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=201562> . [Consulta el 22 de marzo de 2015].
- EL HADRI, S. "El estatuto inferior de la mujer musulmana en la jurisprudencia islámica". Cuadernos electrónicos de filosofía del derecho, ISSN-e 1138-9877, Nº. 8, 2003 (Ejemplar dedicado a: Textos para la discusión en el Seminario "Ciudadanía europea y conflictos culturales". Valencia, 29, 30 y 31 de octubre de 2003). Recuperado de: DIALNET, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=759140> . [Consulta el 6 de abril de 2015].
- EL HADRI, S. "Los derechos de la mujer en el Islam y su Estatuto personal en el Magreb". Editorial: CeiMigra. Colección: 1ª Edición / 246 págs. / Rústica / Castellano / Libro. ISBN13:9788498765540, 2010. Recuperado de: http://www.ceimigra.net/observatorio/images/stories/Derechos_mujer_Islam_web.pdf . [Consulta el 2 de abril de 2015].

- ESTÉVEZ BRASA, M.T. "Derecho civil islámico". Buenos Aires, DEPALMA, 1981, p. 458.
- FERNÁNDEZ-CORONADO, A. "Matrimonio islámico, orden público y función promocional de los derechos fundamentales". Revista Española de Derecho Constitucional ISSN: 0211-5743, núm. 85, enero-abril (2009), págs. 125-156. Recuperado de: DIALNET, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2976312> . [Consulta el 21 de marzo de 2015].
- FERNÁNDEZ GUERRERO, O. "Las mujeres en el Islam: Una aproximación" Brocar: Cuadernos de investigación histórica, ISSN 1885-8309, Nº 35, 2011 (Ejemplar dedicado a: Perspectiva de género), págs. 267-286. Recuperado de: DIALNET, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3932991> . [Consulta el 31 de marzo de 2015].
- GARIBO, A.P. "La condición jurídica de las mujeres en el mundo islámico". Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Vol.8.2007 (233-260). Recuperado de: <http://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/view/ANDH0707110233A> . [Consulta el 2 de marzo de 2015].
- GIMÉNEZ COSTA, A. "El matrimonio musulmán: problemas de adaptación al derecho español". Perspectivas del derecho de familia en el siglo XXI: XIII Congreso Internacional de Derecho de Familia / coord. por Carlos Lasarte Álvarez, Araceli Donado Vara, María Fernanda Moretón Sanz, Fátima Yáñez Vivero, 2004, ISBN 84-609-3858-1. Recuperado de: grupgrec.free.fr/opinions/00/collaboracio/matrimonio_musulman.doc. [Consulta el 22 de abril de 2015].
- GONZÁLEZ VÁZQUEZ, A. "La idea del niño dormido (raqed) embarazo, estrategias sociales femeninas e islam en el norte de Marruecos". El Pajar: Cuaderno de Etnografía Canaria, ISSN 1136-4467, Nº. 25, 2008 (Ejemplar dedicado a: Mujer e identidad), págs.167-181. Recuperado de: http://www.academia.edu/264179/La_idea_del_ni%C3%B1o_dormido_raqed_Embrazo_estrategias_sociales_femeninas_e_Islam_en_el_norte_de_Marruecos . [Consulta el 26 de abril de 2015].
- IMAN, A., FIJABI, M., AKILU-ATTA, H. "Women's Rights in muslim laws". BAOBAB for Women's Human Rights, ISBN: 978-35104-6-0, 2005. Website: www.baobabwomen.org. Recuperado de: <http://www.weldd.org/sites/default/files/Women%27s%20Rights%20in%20Muslim%20Laws%20English%20%282%29.pdf> . [Consulta el 17 de mayo de 2015].
- LACOSTE-DUJARDIN, C. "La maternité in Islam". Lectora, 14: 13-29. ISSN: 1136-5781 D.L. 395-1995, 2008. Recuperado de: DIALNET, dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3102592.pdf. [Consulta el 2 de abril de 2015].
- LLORENT BEDMAR, V. "Mujer y educación en sociedades islámicas". Revista: Omnia, vol. 19, núm. 3, septiembre-diciembre, 2013, pp. 117-132. Universidad del Zulia, Maracaibo, Venezuela. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/pdf/737/73730059010.pdf>. [Consulta el 4 de marzo de 2015].
- MASEEHUL-ULOOM, M. "A study in Islamic Culture for women". Primera edición: Rajab 1420/November 1999. Recuperado de: http://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:mWf5B2NA74QJ:www.islamicfocus.co.za/index.php%3Foption%3Dcom_docman%26task%3Ddoc_download%26gi_d%3D49%26Itemid%3D9+&cd=1&hl=es&ct=clnk&gl=es . [Consulta el 16 de abril de 2015].
- MASEEHUL-ULOOM, M. "Rules and regulations of the iddat". 2010. Recuperado de: <https://thequranblog.files.wordpress.com/2010/09/rulesoftheiddat.pdf> . [Consulta 16 de abril de 2015].
- MERCAN, Z. "El estatus de la Mujer en el Islam. La inviolabilidad de sus derechos". Publicado por: Editorial La Fuente, (www.editoriallaufente.es), 2005. Recuperado de: <https://books.google.es/books?id=HUODAwAAQBAJ&pg=PT28&lpg=PT28&dq=val>

- or+testimonio+islam&source=bl&ots=EAcSrDsiQt&sig=RbESf-Hqx
QloR6HvorOcgFNkIk&hl=es&sa=X&ved=0CEQQ6AEwBmoVChMIjODS2P7mxgIV5ZrbC
h37MABn#v=onepage&q=valor%20testimonio%20islam&f=false. [Consulta el 7 de
junio de 2015].
- MUTAHHARI, M. "La condición de la mujer en la visión general del Islam". Fundación Cultural
Oriente, www.islamoriente.com, 2015. Recuperado de:
<http://islamoriente.com/content/article/la-condicion-de-la-mujer-en-la-visi%C3%B3n-general-del-islam>. [Consulta el 7 de abril de 2015].
- ORTIZ VIDAL, M.D. "El repudio en el código de familia de Marruecos y la aplicación del
derecho marroquí en la UE". Cuadernos de Derecho Transnacional (Octubre 2014),
Vol. 6, Nº 2, pp. 201-244 ISSN 1989-4570 - www.uc3m.es/cdt. Recuperado de:
<http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CDT/article/view/2267>. [Consulta el 10 de mayo
de 2015].
- PÉREZ ÁLVAREZ, S. "Las tradiciones ideológicas islámicas ante el repudio. Su eficacia civil en
el derecho del estado español". Ilu. Revista de Ciencias de las Religiones, 2008.
Recuperado de:
<http://revistas.ucm.es/index.php/ILUR/article/viewFile/ILUR0808440183A/25740>.
[Consulta el 10 de mayo de 2015].
- PÉREZ COFFIE, C. "La mujer y el Islam: Continuidad y cambio". Publicado por:AuthorHouse,
2012. Recuperado de:
<https://books.google.es/books?id=OJ2Ghn1grMC&pg=PA218&lpg=PA218&dq=valor+testimonio+islam&source=bl&ots=SBN15r>
FRRe&sig=WcWov6SydoFo4ujGBTwpTgaSLzQ&hl=es&sa=X&ved=0CFMQ6AEwCWoVC
hMIjODS2P7mxgIV5ZrbCh37MABn#v=onepage&q=valor%20testimonio%20islam&f=false. [Consulta el 5 de junio de 2015].
- ROQUE ALONSO, M.A. "El Islam Plural". Icaria : Institut Europeu de la Mediterrània. ISBN:
84-7426-671-8, 2003. Recuperado de:
[https://books.google.es/books?id=F2vOitlGawoC&pg=PR5&lpg=PR5&dq=Institut+Europeu+de+la+Mediterr%C3%A0nia+el+islam+plural&source=bl&ots=AcDW8O8be&sig=qavbdqDmcQfOm0AxJZ7hq7qGEmk&hl=es&sa=X&ved=0CC0Q6AEwA2oVChMI78L
Iys38xgIVQ80UCH1RcQjd#v=onepage&q&f=false](https://books.google.es/books?id=F2vOitlGawoC&pg=PR5&lpg=PR5&dq=Institut+Europeu+de+la+Mediterr%C3%A0nia+el+islam+plural&source=bl&ots=AcDW8O8be&sig=qavbdqDmcQfOm0AxJZ7hq7qGEmk&hl=es&sa=X&ved=0CC0Q6AEwA2oVChMI78L
Iys38xgIVQ80UCH1RcQjd#v=onepage&q&f=false). [Consulta el 2 de abril de 2015].
- RUÍZ ALMODÓVAR, C "El enclastramiento de la mujer en la sociedad islámica". ESTUDIOS
DE HISTORIA Y DE ARQUEOLOGÍA MEDIEVALES (02129515)- 1985, v. 5/6 -pp. 65-
68. Recuperado de: <http://rodin.uca.es/xmlui/handle/10498/10625>. [Consulta el 5 de
abril de 2015].
- RUÍZ-ALMODÓVAR, C. "El repudio en las leyes de familia de los países árabes". Tiempo de
Paz, 81 (2006), 60-68. Recuperado de:
http://www.academia.edu/240025/El_reputio_en_las_leyes_de_familia_de_los_pa%C3%ADses_%C3%A1rabes. [Consulta el 5 de abril de 2015].
- RUÍZ-ALMODÓVAR, C. "Las mujeres y la legislación en los países árabes". Recuperado de:
<http://www.fmyv.es/ci/es/Mujer/50.pdf>. [Consulta el 7 de mayo de 2015].
- SALINAS ARANEDA, C. "El matrimonio islámico y su reconocimiento por el derecho positivo
del estado de Chile según la nueva ley de matrimonio civil". Revista de Derecho de la
Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXVI (Valparaíso, Chile, 2005, Semestre
II) [pp. 473 - 532]. Recuperado de:
<http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=173620162015>. [Consulta el 15 de mayo de
2015].
- SAMIR KHALIL, S. "Cien preguntas sobre el Islam", Ediciones Encuentro, Madrid, 2006.
Recuperado de:
[https://books.google.es/books?id=yFwrljGFA8C&pg=PA140&lpg=PA140&dq=samir+khalil+cien+preguntas+sobre+el+islam&source=bl&ots=LwVhUYsjnV&sig=2U5FRKPV
mzRqSdqzSET3cWUwFXU&hl=es&sa=X&ved=0CFMQ6AEwCGoVChMI9NXjkrbxgIVybM](https://books.google.es/books?id=yFwrljGFA8C&pg=PA140&lpg=PA140&dq=samir+khalil+cien+preguntas+sobre+el+islam&source=bl&ots=LwVhUYsjnV&sig=2U5FRKPV
mzRqSdqzSET3cWUwFXU&hl=es&sa=X&ved=0CFMQ6AEwCGoVChMI9NXjkrbxgIVybM)

- UCh3W9QH1#v=onepage&q=samir%20khalil%20cien%20preguntas%20sobre%20el%20islam&f=false. [Consulta el 2 de marzo de 2015].
- SEDIRI, N. "La realidad de la mujer en el Islam". Tesis de Máster. Oviedo. Universidad de Oviedo, 2014. Recuperado de: http://digibuo.uniovi.es/dspace/bitstream/10651/27833/6/TFM_Nassira%20Sediri.pdf . [Consulta el 6 de abril de 2015].
- SHAKIR 'ALI NOORIE, M.M. "Divorce and Waiting Period". Publicado por: Maktab e Taibah (Sunni Dawat e Islami), 2010. Recuperado de: <http://www.sunnidawateislami.net/pdf/84.pdf> . [Consulta el 14 de abril de 2015].
- TERRÓN CARO, T. "La mujer en el Islam. Análisis desde una perspectiva socioeducativa". El Futuro del Pasado, nº 3, 2012, pp. 237-254 ISSN: 1989-9289. Recuperado de: DIALNET, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3941216> . [Consulta el 22 de mayo de 2015].
- VILLELAS ARIÑO, M. "Bajo el burka: experiencia, supervivencia y resistencia de las mujeres afganas durante el conflicto armado". Artículo publicado en: Apaolaza, C. y R. Martí (eds.) Las mujeres en las sociedades de tradición musulmana, mitos y realidades. Fundeso Euskadi y Diputación Foral de Bizkaia, 2007. Recuperado de: <http://escolapau.uab.es/img/programas/alerta/articulos/08articulo063.pdf> . [Consulta el 18 de febrero de 2015].
- WALENTOWITZ, S. "« Enfant de Soi, enfant de l'Autre » La construction symbolique et sociale des identités à travers une étude anthropologique de la naissance chez les Touaregs (Kel Eghlal et Ayttawari de l'Azawagh, Niger)". ÉCOLE DES HAUTES ÉTUDES EN SCIENCES SOCIALES PARIS, 2003. Recuperado de: http://www.santeallaitementmaternel.com/se_former/histoires_allaitement/documents/TtheseSaskiaWalentowitz.pdf . [Consulta el 27 de junio de 2015].
- WARREN, C. "Quitando el velo: mujeres y derecho islámico". Anuario de Derechos Humanos. Nueva Época. Vol. 9. 2008 (621-660). Recuperado de: <http://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/view/ANDH0808110621A>. [Consulta el 25 de mayo de 2015].

OTRAS FUENTES

- ALI, M., ALI, A. "La liberación de la mujer a través del Islam". Publicado en inglés por el Instituto de Información y Educación Islámica de Chicago, Estados Unidos, en <http://www.alrahman.org/women.htm>, 2013. Recuperado de: <http://infoumma.blogspot.com.es/2013/04/la-liberacion-de-la-mujer-traves-del.html> . [Consulta el 18 de mayo de 2015].
- ALKAFALA "Los niños dormidos de Marruecos". 2010. Recuperado de: <https://alkafala.wordpress.com/2010/09/15/los-ninos-dormidos-de-marruecos/> . [Consulta el 28 de abril de 2015].
- CANO, J.E., YACOVINO, M.L. "Es status desigual de la mujer en el islam". De(s)generando el género. 2013. Recuperado de: <http://desgenerandoelgenero.blogspot.com.es/2013/10/es-status-desigual-de-la-mujeren-el.html> . [Consulta el 5 de abril de 2015].
- COLIN, J. "L'enfant endormi dans le ventre de sa mère. Etude ethnologique et juridique d'une croyance au Maghreb", Perpignan, Presses Universitaires de Perpignan, 1998. (Archives de sciences sociales des religions) (éditions EHESS). Recuperado de: <https://assr.revues.org/20873> . [Consulta el 24 de abril de 2015].
- Comunicado de la Comisión Islámica de España sobre Zakat el Fitr. (2014). FEERI (Federación Española de Entidades Religiosas Islámicas). Recuperado de: <http://feeri.es/comunicado-de-la-comision-islamica-de-espana-sobre-zakat-el-fitr/> . [Consulta el 20 de abril de 2015].
- DFID (Department for International Development). "Promoting women's rights through Sharia in Northern Nigeria". DFID (Department for International Development. 2006.

- Recuperado de: http://www.ungei.org/resources/1612_800.html . [Consulta el 28 de mayo de 2015].
- "*El Sagrado Corán*". Edición Electrónica: Mustafa Al-Salvadori. Centro Cultural Islámico «Fátimah Az-Zahra» E-book Nº 0008 (www.islamelsalvador.com), 2005. Recuperado de: <http://www.inmental.net/el-coran-es.pdf>. [Consulta el 10 de febrero de 2015].
- "*El Tercer Pilar del Islam: Caridad Obligatoria*". IslamReligion.com, 2008. Recuperado de: <http://www.islamreligion.com/es/articles/46/el-tercer-pilar-del-islam/> . [Consulta el 20 de abril de 2015].
- KHAMENEI, S.M. "*Los Derechos de la Mujer en el Islam*". Referencia: "Woman's Human Rights Book" .U.M.M.A (Unión de Mujeres Musulmanas Argentinas), 2002. Recuperado de: <http://www.umma.org.ar/?p=246> . [Consulta el 30 de abril de 2015].
- "*La condición de la mujer en el Islam*". Recuperado de: <http://www.islamenlinea.com/lamujer/m18.html> . [Consulta el 10 de junio de 2015].
- "*La distribución de la herencia en el Islam*". (www.islamweb.net, www.islamqa.com), 2013. Recuperado de: IslamHouse.com, <http://islamhouse.com/es/books/439192/> . [Consulta el 29 de mayo de 2015].
- "*La herencia de la mujer en el Islam*". Islam y Ciencia. Recuperado de: <http://www.islamyciencia.com/la-mujer-en-el-islam/la-herencia-de-la-mujer-en-elislam.html> . [Consulta el 29 de mayo de 2015].
- "*La mujer en el Islam*". Recuperado de: <http://www.islamenlinea.com/lamujer/m2.html> . [Consulta el 10 de junio de 2015].
- "*La mujer en el Islam*". Islam y Ciencia. Recuperado de: <http://www.islamyciencia.com/la-mujer-en-el-islam.html> . [Consulta el 29 de mayo de 2015].
- "*La mujer y el trabajo*". MUSULMANASENELISLAM. Recuperado de: <http://musulmanasenelislam.jimdo.com/la-mujer-y-el-trabajo/> . [Consulta el 2 de abril de 2015].
- "*L'enfant endormi dans le ventre de sa mere*". Histoire et sciences sociales, médecine/science 1999; 15: 260-3. Recuperado de: http://www.ipubli.inserm.fr/bitstream/handle/10608/1322/1999_2_260.pdf?sequence=1 . [Consulta el 17 de mayo de 2015].
- LÓPEZ CAMPILLO, A. "*La inferioridad de la mujer*". (ISLAM ETERNO 200101-12)Libertad Digital, 2001. Recuperado de: <http://www.libertaddigital.com/opinion/antoniolopez-campillo/5-la-inferioridad-de-la-mujer-1785/> . [Consulta el 17 de mayo de 2015].
- "*Los Derechos de la Mujer en el Islam*". Islam y Ciencia. Recuperado de: <http://www.islamyciencia.com/la-mujer-en-el-islam/derechos-de-la-mujer-en-elislam.html> . [Consulta el 29 de mayo de 2015].
- NAYAT, L. "*El Islam y el Mundo del trabajo*". Recuperado de: <http://www.musulmanesandaluces.org/publicaciones/Islam%20y%20trabajo/Islam%20y%20trabajo%20-2.htm> . [Consulta el 18 de mayo de 2015].
- "*Nigerian Journal of food,drug and healthy law*". NJFDHL Vol.2, 2009, ISSN: 2006-6902. Faculty of law, Kogi State University,Anyigba-Nigeria. Recuperado de: http://unilorin.edu.ng/publications/saaduhi/Iddah_A%20Receding%20Concept%20in%20Islamic%20Law.pdf . [Consulta el 19 de junio de 2015].
- "*¿Por qué disminuir el valor del testimonio de la mujer?*" Islam Radio Onda Magazine, 2014. Recuperado de: <http://islamonda.com/wp/valormujerislam/> . [Consulta el 9 de junio de 2015].
- "*Trabajo y Papel de la Mujer en el Islam*". Islam y Ciencia. Recuperado de: <http://www.islamyciencia.com/la-mujer-en-el-islam/trabajo-y-papel-de-la-mujer-en-elislam.html> . [Consulta el 29 de mayo de 2015].

O desempenho do extinto Tribunal da Função Pública da União Europeia e a defesa dos direitos*

The performance of the former European Union Civil Service Tribunal and the defense of rights

*DORA RESENDE ALVES ***

Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Porto, Portugal

SUMÁRIO: Introdução; 1. O Tribunal da Função Pública da União Europeia; 2. Criação de outras câmaras jurisdicionais; 3. O estado da questão e a defesa de direitos; 4. A atividade do Tribunal da Função Pública da União Europeia; Conclusões.

RESUMO: O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) é uma das instituições comunitárias originárias, que realizou, ao longo de mais de 60 anos, uma contribuição essencial ao êxito da integração europeia tal como a conhecemos hoje em dia.

Esta instituição é constituída por mais do que uma jurisdição: o Tribunal de Justiça (TJ), o Tribunal Geral (TG) e a possibilidade de criação de câmaras jurisdicionais específicas com competência para conhecer certas categorias de litígios, nos termos do artigo 19.º do Tratado da União Europeia, de onde resultou o Tribunal da Função Pública da União Europeia (TFP).

A recente transferência, em 2016, por regulamento, para o TG da competência para decidir, em primeira instância, dos litígios entre a União Europeia e os seus agentes, resulta como a consequência da extinção do Tribunal da Função Pública, a funcionar desde 2005.

Pretende-se, com este acontecimento ainda recente, abordar o papel desenvolvido pelo TFP nestes seus cerca de dez anos de atividade, com referência aos documentos-chave do seu percurso, por referência ao jornal oficial da União Europeia e com menção ao papel das jurisdições comunitárias na defesa dos direitos fundamentais, não esquecendo a reforma institucional de aumento faseado do número de juízes da União.

PALAVRAS-CHAVE: Tribunal da Função Pública, União Europeia, juízes comunitários.

ABSTRACT: The Court of Justice of the European Union (CJEU) is one of the Community originating institutions that held over more than 60 years, an essential contribution to the success of European integration as we know it today.

* O texto teve como ponto de partida a comunicação apresentada no II CONGRESSO INTERNACIONAL “DIMENSÕES DOS DIREITOS HUMANOS”, 10 e 11 de Outubro, Universidade Portucalense Infante D. Henrique, Porto, Portugal.

** Doutora em Direito. Professora e Investigadora na Universidade Portucalense.

This institution consists of more than one jurisdiction: the Court of Justice (ECJ), the General Court (GC) and the possibility of establishing specific judicial panels with jurisdiction to hear certain categories of disputes, in accordance with article 19 of the EU Treaty, which resulted in the European Union Civil Service Tribunal (EUCSC).

The recent transfer, in 2016, by regulation, to the GC of the power to decide in the first instance in disputes between the European Union and its agents, results such as the eradication of the Civil Service Tribunal, operating since 2005.

It is intended, with this still recent event, address the role played by CST in these its approximately ten years of activity, with reference to the key documents of the journey, by reference to the Official Journal of the European Union and with mention of the role of courts Community in defense of fundamental rights, not forgetting the institutional reform phased increase in the number of EU judges.

KEYWORDS: the Civil Service Tribunal, European Union, Community judges.

Introdução

O Tribunal de Justiça da União Europeia (TJUE) é uma das instituições comunitárias originárias, que realizou uma contribuição essencial ao êxito da integração europeia tal como a conhecemos hoje em dia. A ela se deve a concepção do direito comunitário europeu como um sistema jurídico que não estabelece apenas normas entre os Estados, mas, transcendendo-os, alcança diretamente os cidadãos¹ e os seus direitos. É, talvez, a mais discreta e pior conhecida das instituições da União. Ainda que desempenhe uma função decisiva no desenvolvimento do processo de integração, passa despercebido excepto em momentos de notoriedade por algum sentença controvertida^{2,3}.

Esta instituição é constituída por mais do que uma jurisdição: o Tribunal de Justiça (TJ), o Tribunal Geral (TG) e a possibilidade de criação de câmaras judiciais específicas com competência para conhecer certas categorias de litígios, nos termos do artigo 19.º do Tratado da União Europeia (TUE).

A recente transferência, por regulamento, para o Tribunal Geral da competência para decidir, em primeira instância, dos litígios entre a União Europeia e os seus agentes, resulta como a consequência da extinção do Tribunal da Função Pública, a funcionar desde 2005⁴. Esta extinção fora sugerida pelo próprio Tribunal de Justiça em 2014⁵.

¹ RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos. *El Tribunal de Justicia y la reforma institucional de la Unión Europea*. 2000, p. 1.

² Como, entre muito outros, o Acórdão *Bosman* sobre a livre circulação de futebolistas, os Acórdãos *Kalanke* e *Marschall* sobre a legitimidade das quotas femininas ou o Acórdão *Kreil* sobre o direito de a mulher não ser discriminada no acesso às forças armadas.

³ RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos, *op.cit.*, p. 1.

⁴ Decisão do Presidente do Tribunal de Justiça que confirma a legal constituição do Tribunal da Função Pública da União Europeia, criado pela Decisão 2004/752/CE, Euratom do Conselho de 2 de Novembro de 2004 (JOUE L 333 de 09.11.2005), nos termos do artigo 225.º-A do TCE, no JOUE L 325 de 12.12.2005, pp. 1 e 2.

⁵ E antecipada no comunicado de imprensa n.º 35/16 "O Tribunal Geral da União Europeia prepara-se para a chegada de novos Membros", de 4 de abril de 2016.

O trabalho pretende dar uma retrospectiva da vida útil e da utilidade desta instância em prol da aplicação do direito da União Europeia e inerente defesa dos direitos humanos, numa abordagem focada num método de análise do conteúdo de documentos oficiais, seja de publicação no respetivo jornal oficial seja oriundos das instituições da União Europeia.

1. O Tribunal da Função Pública da União Europeia

Para exercer todas as competências de contencioso comunitário previstas nos tratados apenas se criou originariamente um único Tribunal.

O considerável aumento do número de processos no Tribunal de Justiça⁶ deu lugar, nos finais dos anos 80, à criação de uma outra jurisdição⁷ - o Tribunal de Primeira Instância⁸.

O nome de Tribunal de Primeira Instância não correspondia com exactidão ao conteúdo das suas funções, visto que o Tribunal de Justiça também funciona como tribunal de 1.ª instância e o Tribunal de Primeira Instância também funciona como tribunal de recurso. Assim, o Tratado de Lisboa alterou a designação para Tribunal Geral.

Progressivamente transferiram-se competências para o TG, para tratar dos processos interpuestos pelos particulares (pessoas singulares e colectivas), sem prejuízo de possibilidade de recurso para o Tribunal de Justiça, onde se contam processos de notoriedade pública pela envergadura económica como por exemplo os resultantes da aplicação das regras da concorrência⁹ ou sobre a legalidade das ajudas públicas¹⁰.

Em poucos dez anos¹¹, o então TPI consolidou-se completamente como um elemento essencial do sistema judicial comunitário, repartindo cada vez mais a competência com o TJ¹².

A criação do Tribunal de Primeira Instância, hoje Tribunal Geral, não fora, porém, suficiente para acabar com os problemas quantitativos¹³ enfrentados pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias, tornando a duração média de um

⁶ Evolução do número de processos perante o TJCE: 130 processos em 1975; 279 em 1980; 385 em 1988, já com 605 pendentes.

⁷ Hoje enunciado nos artigos 19.º do TUE e 254.º a 256.º do TFUE, foi criado pela Decisão *sui generis* do Conselho 88/591/CECA, CEE, Euratom de 24 de Outubro de 1988, JOCE L 319 de 25.11.1988, pp. 1 a 8, rectificada pelo JOCE L 241 de 17.08.1989, p. 4. Foi alterada pela Decisão do Conselho 93/350/CECA, CEE, Euratom de 8 de Junho de 1993 (JOCE L 144 de 16.06.1993, pp. 21 e 22), pelo Acto de Adesão de 1994 (JOCE C 241 de 29.08.1994, p. 24) e pela Decisão do Conselho 1999/291/CE, CECA, Euratom de 26 de Abril de 1999 (JOCE L 144 de 01.05.1999, pp. 52 e 53). Entretanto revogada pelo artigo 10.º do Tratado de Nice.

⁸ LÓPEZ, Fernando Ramón. La vías de consolidación de la planta orgánica del contencioso comunitário. 2007, pp. 551 a 573.

⁹ Pelo Regulamento (CE) n.º 1/2003 do Conselho de 16 de Dezembro de 2002, relativo à execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 81.º e 82.º do Tratado (JOCE L 1 de 04.01.2003) e que revoga o Regulamento n.º 17 do Conselho de 6 de Fevereiro de 1962, Primeiro regulamento de execução das regras de concorrência estabelecidas nos artigos 85.º e 86.º do Tratado (JO 13 de 21.02.1962), que vigorou até 30 de Abril de 2004.

¹⁰ Sobre os auxílios de Estado, artigos 107.º a 109.º do TFUE.

¹¹ A jurisdição celebrou, em 2014, 25 anos de atividade.

¹² Já, aliás, a previsão para partilhar a competência prejudicial, visto o artigo 256.º, n.º 3, do TFUE, porém ainda não aplicável por não ter sido ainda concretizada uma alteração ao Estatuto do TJUE.

¹³ Evolução do número de processos: 543 processos no TJCE e 384 no TPI em 1999; 896 no TJCE e 732 no TPI em 2000.

processo superior ao desejável¹⁴ para a efectividade da justiça e a confiança nos pleitos. Ainda que ambas as jurisdições cumpram a sua missão tendo em conta as dificuldades específicas de tradução em todas as línguas oficiais¹⁵, os sucessivos alargamentos e o melhor conhecimento do direito comunitário europeu por parte dos profissionais do direito e dos cidadãos tornaram necessárias novas soluções – como a criação de câmaras jurisdicionais específicas com competência para conhecer certas categorias de litígios (artigos 19.º do TUE e 257.º do TFUE).

Foi sugerida e pensada a criação de um órgão jurisdicional específico para o contencioso da função pública, fazendo parte integrante da instituição TJ, sem excluir o acesso de recurso ao TG¹⁶.

Em 2004, foi, então, criado o Tribunal da Função Pública da União Europeia¹⁷, composto por sete juízes nomeados pelo Conselho, por um período de seis anos renovável¹⁸.

O próprio artigo relativo ao Tribunal de Justiça da União europeia no seu todo (artigo 19.º do TUE) prevê esta decomposição em jurisdições que funcionam em harmonia, pensadas como um todo uno¹⁹.

Contudo, o próprio Tribunal de Justiça vem pensar a extinção deste Tribunal, através de processo decisório em 2016²⁰, concretizada em consequência²¹.

¹⁴ A título de exemplo, a duração para um processo de reenvio prejudicial, era de 6 meses em 1975 e de 21 meses em 1999, fora o decurso do processo no tribunal nacional de origem.

¹⁵ A justiça comunitária efectiva-se em todas as 23 línguas oficiais da UE (artigo 314.º do TCE) e na data de pronunciamento a sentença encontra-se disponível em todas essas línguas, mas com futuros alargamentos e aumento das competências atribuídas aos tribunais comunitários o problema de crescimento contínuo mantém-se quanto à insuficiência dos serviços de tradução que provocam atrasos.

RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos. *El Tribunal de Justicia y la reforma institucional de la Unión Europea*. 2000, p. 3, e TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *El futuro del sistema jurisdiccional ...* 1999, p. 10.

¹⁶ TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *El futuro del sistema jurisdiccional ...* 1999, p. 18, e LÓPEZ, Fernando Ramón. La vías de consolidación de la planta orgánica del contencioso comunitario. 2007, p. 565.

¹⁷ Pela Decisão do Conselho 2004/752/CE, Euratom de 2 de Novembro de 2004, foi criado o Tribunal da Função Pública da União Europeia, tendo em conta a previsão dos artigos 225.º-A e 245.º do TCE e a Declaração n.º 16 anexa ao Tratado de Nice (JOUE L 333 de 09.11.2004, pp. 7 a 11).

¹⁸ Pela Decisão do Conselho 2005/150/CE, Euratom, de 18 de Janeiro de 2005, estabelecem-se as regras a que devem obedecer a apresentação e instrução das candidaturas com vista à nomeação dos juízes do Tribunal da função pública da União Europeia (JOUE L 50 de 23.02.2005) e Regulamento (UE, Euratom) n.º 979/2012 do Parlamento Europeu e do Conselho de 25 de outubro de 2012 relativo aos juízes interinos do Tribunal da Função Pública da União Europeia, JOUE L 303 de 31.10.2012, pp. 83 e 84.

¹⁹ O que resulta em, por exemplo, documentos como a Informação oriunda das instituições e órgãos da União Europeia com o Código de Conduta do Tribunal de Justiça 2007/C 223/01, com certas obrigações para os membros do Tribunal de Justiça, do Tribunal de Primeira Instância e do Tribunal da Função Pública, no JOUE C 223 de 22.09.2007, pp. 1 e 2.

²⁰ Ver, de 14.10.2015, o documento A8-0296/2015 do Parlamento Europeu, da II Recomendação para segunda leitura referente à posição do Conselho em primeira leitura tendo em vista a adoção do regulamento do Parlamento Europeu e do Conselho que altera o Protocolo n.º 3 relativo ao Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia (09375/1/2015 – C8-0166/2015 – 2011/0901(B(COD))), na Comissão dos Assuntos Jurídicos, pelo Relator António Marinho e Pinto. Consultado em <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+CRE+20151027+ITEM-017+DOC+XML+V0//FR&language=fr&query=INTERV&detail=2-981-000> em 10 de julho de 2016.

²¹ Pelo Regulamento (UE, Euratom) 2016/1192 do Parlamento Europeu e do Conselho de 6 de julho de 2016 (JOUE L 200 de 26.07.2016, pp. 137 a 139) relativo à transferência para o Tribunal Geral da

O funcionamento do TFP relacionava-se muito com a aplicação do Estatuto dos Funcionários da União Europeia²², como jurisdição especializada no domínio do contencioso da função pública da União Europeia, competência anteriormente exercida pelo TJ e, a partir da sua criação em 1989, pelo Tribunal de Primeira Instância, e regia-se por um regulamento interno próprio²³.

Era competente para conhecer, em primeira instância, dos litígios entre as Comunidades e os seus agentes, por força do disposto no artigo 270.º TFUE, o que representava, em consequência, mais de 150 processos por ano²⁴, para um pessoal das instituições da União próximo das 40 000 pessoas²⁵. Estes litígios têm por objecto não só questões relativas às relações laborais propriamente ditas (remuneração, evolução da carreira, recrutamento, medidas disciplinares, etc.) mas, igualmente, ao regime de segurança social (doença, reforma, invalidez, acidentes de trabalho, abonos de família, etc.). É igualmente competente para os litígios entre qualquer órgão ou organismo e o seu pessoal, para os quais a competência é atribuída ao Tribunal de Justiça da União Europeia²⁶. Assim, em 2014, para além das questões processuais, as questões de mérito tratadas versaram: quanto aos requisitos gerais de validade dos atos: o dever de imparcialidade e o direito de ser ouvido; carreira dos funcionários e agentes, direitos e obrigações dos funcionários e agentes; no regime pecuniário e regalias sociais dos funcionários: subsídio de expatriação, prestações familiares e repetição do indevido; regime disciplinar; contencioso dos contratos²⁷. A duração média dos processos no TFP foi de 12,1 meses em 2015²⁸.

União Europeia da competência para decidir, em primeira instância, dos litígios entre a União Europeia e os seus agentes, com a consequência da extinção do Tribunal da Função Pública. Este Regulamento é aplicável a partir de 1 de setembro de 2016.

²² Documento difícil de seguir: o Estatuto dos Funcionários da União Europeia e o Regime aplicável a outros agentes da União Europeia, inicialmente aprovados em 1962 e instituídos pelo Regulamento (CEE, Euratom, CECA) n.º 259/68 do Conselho (JO L 56 de 04.03.1968, p. 1, com as últimas alterações pelo Regulamento (UE, Euratom) n.º 1080/2010 do Parlamento Europeu e do Conselho de 24 de Novembro de 2010 (JOUE L 311 de 26.11.2010, pp. 1 a 8), rectificado no JOUE 144 de 05.06.2012, p. 48, e alterado pelo Regulamento (UE, Euratom) n.º 1023/2013 do Parlamento Europeu e do Conselho de 22 de outubro de 2013, JOUE L 287 de 29.10.2013, pp. 15 a 62.

²³ O Regulamento de Processo do Tribunal da Função Pública da União Europeia de 21 de maio de 2014 (JOUE L 206 de 14.07.2014, pp. 1 a 45), a que acresciam as Instruções ao Secretário do Tribunal da Função Pública da União Europeia, de 21 de maio de 2014 (JOUE L 206 de 14.07.2014, pp. 46 a 51) e as Instruções Práticas às partes sobre a tramitação dos processos no Tribunal da Função Pública da União Europeia, de 21 de maio de 2014 (JOUE L 206 de 14.07.2014, pp. 52 a 75).

²⁴ As estatísticas judiciárias do ano de 2015 revelam que o número de processos entrados (167) aumentou pouco relativamente ao ano anterior (157), conforme o comunicado de imprensa n.º 34/16 "Estatísticas judiciárias de 2015: novos recordes de produtividade e de processos entrados no Tribunal de Justiça da UE", de 18 de março de 2016.

²⁵ COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE. *Rapport annuel 2015*. 2016, p. 31.

²⁶ Informação disponível em http://curia.europa.eu/jcms/jcms/T5_5230/pt/, consultada em 2 de agosto de 2016.

²⁷ Conforme o TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Relatório anual 2014, 2015*, pp. 213 e seguintes.

²⁸ Fora de 12,7 meses em 2014 e 14,7 meses em 2013. Conforme o comunicado de imprensa n.º 34/16, cit.

As decisões proferidas pelo TFPUE permitem recurso para o TG²⁹, no prazo de dois meses, limitados às questões de direito³⁰. Aconteceu, sobre esta matéria, em 6 de Dezembro de 2005, o Tribunal de Primeira Instância decidir, que, para o período compreendido entre 12 de Dezembro de 2005 e 31 de Agosto de 2007, os recursos das decisões do Tribunal da Função Pública seriam atribuídos, a uma secção do TPI encarregada especificamente de conhecer desses recursos³¹.

As decisões do Tribunal Geral sobre os recursos interpuestos das decisões do Tribunal da Função Pública da União Europeia podem ser reappreciadas a título excepcional pelo Tribunal de Justiça, nas condições previstas no Protocolo³².

O processo no Tribunal da Função Pública não estava sujeito a custas. No entanto, há despesas de parte e quando esta não tenha possibilidade de suportar as despesas da instância podia pedir apoio judiciário de acordo com os procedimentos próprios³³.

2. Criação de outras câmaras jurisdicionais

Desde há anos que a preocupação com a tendência para um desequilíbrio estrutural na capacidade para os órgãos jurisdicionais comunitários lidarem com o aumento de processos pendentes tem sido declarado pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias e esse assunto não está concluído, com a importância crescente do direito comunitário na vida quotidiana dos cidadãos e das empresas da Comunidade e na actividade dos órgãos jurisdicionais nacionais³⁴.

O caminho para a criação de câmaras jurisdicionais específicas com competência para conhecer certas categorias de litígios está já previsto para o Conselho, que deste modo permite o conhecimento de um conjunto de processos antes que cheguem ao TPI, tal como fora criado para os litígios dos funcionários comunitários³⁵.

Com o Tratado de Lisboa mantém-se a previsão da criação de secções de competência especializada, mas a designação altera-se de "câmaras jurisdicionais" para "tribunais especializados" (novos artigos 19.º do TUE e 257.º do TFUE).

Existe já um contencioso relativo à marca comunitária³⁶, cujo registo se efectua no Gabinete da Marca, estabelecido em Alicante, de cujas decisões se pode

²⁹ Vejam-se exemplos recentes em JOUE C 251 de 11.07.2016, 2016/C 251/54, p. 48, ou JOUE C 243 de 04.07.2016, 2016/C 243/50, p. 45.

³⁰ LÓPEZ, Fernando Ramón. *La vías de consolidación de la planta orgánica del contencioso comunitario*. 2007, p. 566.

³¹ Secção encarregada de conhecer dos recursos das decisões do Tribunal da Função Pública (2006/C 10/36), no JOUE C 10 de 14.01.2006, p. 19.

³² Embora não da competência do TFP, porque sendo um comissário um funcionário da UE tem estatuto privilegiado, curioso o caso relativo à demissão do comissário de Malta, John Dalli, em 16 de outubro de 2012 (que deu origem ao processo T-562/12), em que houve tentativa de recurso para o TJ (C-394/15 P) mas sem sucesso (despacho ainda não publicado).

³³ Pelo Guia aos requerentes de apoio judiciário e formulário obrigatório, que fora publicado no JOUE L 260 de 27.09.2012, p. 13.

³⁴ TRIBUNAL DE JUSTIÇA, *op. cit.*, p. 1.

³⁵ RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos. *El Tribunal de Justicia y la reforma institucional de la Unión Europea*. 2000, p. 4.

³⁶ Ver a Directiva 2008/95/CE do Parlamento Europeu e do Conselho de 22 de Outubro no JOUE L 299 de 08.11.2008, p. 25, e ainda o Regulamento (UE) 2015/2424 do Parlamento Europeu e do Conselho, de 16 de dezembro de 2015, que altera o Regulamento (CE) n.º 207/2009 do Conselho e o

recorrer para o TPI, e que já atinge um volume de várias centenas de processos por ano com recurso possível das resoluções adoptadas pelos órgãos do Gabinete de Harmonização do Mercado Interior relativos à marca comunitária desde 1993³⁷. Na verdade, foram já criadas algumas câmaras de recurso (*Boards of Appeal* ou *Chambres de Recours*), em outras matérias como a protecção das variedades vegetais desde 1994, a segurança aérea desde 2002 e ainda as patentes comunitárias que asseguram garantias de objectividade na via administrativa de recurso, mas que não são parte do mapa jurisdicional comunitário. São órgãos administrativos especializados na resolução de reclamações interpostas pelos interessados contra actos comunitários em matérias especializadas, cujos actos são passíveis de recurso de anulação nos termos do artigo 263.º do TFUE.

Não pode porém antecipar-se a eventual criação de câmaras jurisdicionais nestas ou noutras matérias³⁸. Menos ainda com este recente desenvolvimento que pode significar o abandono da via de criação destas.

3. O estado da questão e a defesa de direitos

A recente extinção do Tribunal da Função Pública da União Europeia resulta, conforme justificado no regulamento, da transferência para o Tribunal Geral da competência para decidir, em primeira instância, dos litígios entre a União e os seus agentes ao abrigo do artigo 270.º do TFUE e, nos termos do artigo 256.º, n.º 1, do TFUE, essa transferência de competência pressupõe a extinção do Tribunal da Função Pública da União Europeia e ainda de outra medida sobre o aumento do número de juízes da União.

Em 2011, o TJ veio solicitar o aumento do número de juízes para pôr termo à sobrecarga de trabalho sentida pelo TJUE³⁹, o que vem a resultar em alteração ao próprio Estatuto⁴⁰. Primeiro, pediu 12 juízes suplementares, mais tarde, informalmente, mas com resultado normativo, propôs que o número de juízes fosse aumentado progressivamente até chegar aos 56 em 2019 (dois por cada Estado-Membro) e, já nessa formulação, seriam integrados no TJ os postos dos juízes do TFP. Tal porque, na sequência do alargamento progressivo da sua competência

Regulamento (CE) n.º 2868/95 da Comissão relativo à execução do Regulamento (CE) n.º 40/94 do Conselho sobre a marca comunitária.

³⁷ RODRÍGUEZ IGLESIAS, *op.cit.*, p. 3, atento que o Regulamento (CE) n.º 2869/95 da Comissão relativo às taxas a pagar ao Instituto de Harmonização do Mercado Interno (marcas, desenhos e modelos), altera a denominação do Instituto de Harmonização do Mercado Interno que é substituída pela denominação «Instituto da Propriedade Intelectual da União Europeia», JO L 341 de 24.12.2015, p. 21.

³⁸ LÓPEZ, Fernando Ramón. *La vías de consolidación de la planta orgánica del contencioso comunitario*. 2007, pp. 567 a 572.

³⁹ Documento COM(2015)569 final com Parecer da Comissão de 12.11.2015 e documentos Posição (UE) n.º 11/2015 do Conselho em primeira leitura 2015/C 239/03, adotada pelo Conselho em 23 de junho de 2015 e Nota justificativa do Conselho 2015/C 239/04 à Posição (UE) n.º 11/2015, em JOUE C 239 de 21.07.2015, pp. 14 a 19.

⁴⁰ Regulamento (UE, Euratom) n.º 2015/2422 do Parlamento Europeu e do Conselho de 16 de dezembro de 2015, que altera o Protocolo n.º 3 relativo ao Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia, para aumentar o número de juízes do Tribunal Geral até 2019, JOUE L 341 de 24.12.2015, pp. 14 a 17. Tendo em conta a provável evolução do volume de trabalho do Tribunal Geral, o número de juízes deverá ser fixado em 56 no final de um processo em três etapas, sendo que em nenhum momento poderá haver mais de dois juízes do Tribunal Geral nomeados sob proposta do mesmo Estado-Membro. Serão 40 juízes a partir de 25 de dezembro de 2015; 47 juízes a partir de 1 de setembro de 2016 e dois juízes por Estado-Membro (56) a partir de 1 de setembro de 2019.

desde a sua criação, o número de processos instaurados no Tribunal Geral tem vindo a aumentar regularmente ao longo dos anos. O Conselho considerou que esta reforma do Tribunal Geral é necessária, uma vez que a acumulação de processos pendentes e a duração excessiva dos processos em 2015 são muito mais acentuadas do que em 2011, quando o Tribunal apresentou a sua iniciativa legislativa inicial de 12 juízes suplementares. Em 2010, o número de novos processos era de 636. Em 2014, houve 912 novos processos, o que representa um aumento de cerca de 43% em quatro anos. Isto conduziu a uma situação em que as partes esperam algumas vezes mais de quatro anos para obter um julgamento, especialmente os operadores económicos em processos de concorrência e de auxílios estatais, durante os quais são bloqueados montantes elevados que não podem, portanto, ser injetados na economia europeia.

Assim⁴¹, o Tribunal Geral, composto por 40 juízes desde 25 de dezembro de 2015, passa a ser composto por 47 juízes a partir de 1 de setembro de 2016⁴², e por dois juízes por Estado-Membro a partir de 1 de setembro de 2019, através da integração de mais sete juízes em 1 de setembro de 2016⁴³. Julga o TG⁴⁴ que esta sua nova estrutura preservará a coerência do sistema, conservando a formação de três juízes como formação de julgamento normal; facilitará a remessa dos processos a formações de cinco juízes; facilitará a substituição em caso de impedimento de juízes dentro da mesma secção e atribuirá aos presidentes de secção um papel reforçado na coordenação e na coerência jurisprudencial.

O próprio TFP vira a renovação parcial dos seus juízes ocorrer em recentemente⁴⁵.

Como já temos referido⁴⁶, a versão originária dos tratados institutivos das Comunidades Europeias, com objetivos económicos, não continha disposições específicas sobre a protecção dos direitos fundamentais. Coube ao Tribunal de Justiça trilhar um caminho de defesa de direitos fundamentais à medida que as situações iam surgindo na sua alcada⁴⁷ e utilizando outras fontes de direito como as

⁴¹ Pelo artigo 48.º do Protocolo n.º 3 relativo ao Estatuto do Tribunal de Justiça da União Europeia, com a nova redação.

⁴² Decisão (UE, Euratom) 2016/484 dos Representantes dos Governos dos Estados-Membros, de 23 de março de 2016, que nomeia cinco juízes do Tribunal Geral, para o período até 31 de agosto de 2016, e dois juízes para o período até 31 de agosto de 2019, JOUE L 87 de 02.04.2016, pp. 31 e 32.

⁴³ Decisão (UE, Euratom) 2016/485 dos Representantes dos Governos dos Estados-Membros, de 23 de março de 2016, que nomeia oito juízes do Tribunal Geral, para o período compreendido entre 1 de setembro de 2016 e 31 de agosto de 2022, dado o parecer de adequação do comité criado pelo artigo 255.º do TFUE, por caducarem em 31 de agosto de 2016 os mandatos de catorze juízes JOUE L 87 de 02.04.2016, pp. 33 e 34 e Decisões (UE, Euratom) 2016/1654, 1655 e 1657 dos Representantes dos Governos dos Estados-Membros de 7 de setembro de 2016, que nomeiam quinze juízes do Tribunal Geral, JOUE L 247 de 15.09.2016, pp. 13, 15 e 18.

⁴⁴ Conforme revelado no comunicado de imprensa n.º 35/16, cit.

⁴⁵ Decisão (UE/Euratom) 2016/454 DO CONSELHO de 22 de março de 2016, que nomeia três juízes para o Tribunal da Função Pública da União Europeia, após parecer de adequação do comité de seleção, JOUE L 79 de 30.03.2016, pp. 30 e 31.

⁴⁶ Da autora, "Surgimento e afirmação dos textos europeus de defesa dos direitos das crianças", *Hermenêutica, Justiça Constitucional e Direitos Fundamentais*. 2016.

⁴⁷ São de mencionar dois processos ainda pendentes, cujos acórdãos finais serão também percursores de nova doutrina: a situação de reenvio prejudicial C-157/15 sobre aquele que vem sendo denominado o "processo do véu" sobre o despedimento de *Samira Achbita*, trabalhadora muçulmana despedida em França pelo uso de lenço na cabeça por motivos religiosos e ainda pendente (2015/C 205/24, JOUE C 205 de 22.06.2015, pp. 17 e 18). Ver em

Constituições dos Estados membros e os instrumentos internacionais, criando um precedente vinculativo num caminho que foi continuado pela jurisprudência do TFP na competência que lhe foi atribuída que, sendo especializada, permitiu um apuramento da qualidade nos aspectos trabalhados.

4. A atividade do Tribunal da Função Pública da União Europeia

A apresentação de resultados sobre a atividade do Tribunal da Função Pública da União Europeia constou dos relatórios anuais do TJUE⁴⁸ e das publicações do jornal oficial.

Consultando o Jornal Oficial da União Europeia⁴⁹ nas edições mais recentes, verificamos o número de publicações da atividade desta jurisdição nos: JOUE C 371 de 10.10.2016, 15 publicações JOUE C 364 de 03.10.2016, 43 publicações; JOUE C 350 e 343 de 26 e 19.09.2016, nenhuma publicação; JOUE C 335 de 12.09.2016, três publicações; JOUE C 326 de 05.09.2016, seis publicações; nos JOUE C 314, 305 de 29 e 22.08.2016, nenhuma publicação; JOUE C 296 de 16.08.2016, oito publicações; JOUE C 287 de 08.08.2016, seis publicações; JOUE C 279 de 01.08.2016, nenhuma publicação; JOUE C 270 de 25.07.2016, duas publicações; JOUE C 260 de 18.07.2016, duas publicações; JOUE C 251 de 11.07.2016, oito publicações; JOUE C 243 de 04.07.2016, uma publicação. Ficou determinado que os processos pendentes no TFP em 31 de agosto de 2016 são transferidos para o TG que continua a tratar esses processos na fase em que se encontram nessa data⁵⁰, o que provocou, já, alterações aos regulamentos do TG⁵¹.

Antes da sua extinção, era possível encontrar mais, ou menos publicações, consoante a atividade desenvolvida; após a sua extinção, há ainda algumas publicações por referência a processos anteriores porque a tarefa de publicação é por vezes tardia⁵².

<http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-05/cp160054pt.pdf>, as conclusões da advogada-geral J. Kokott. E em <http://curia.europa.eu/jcms/upload/docs/application/pdf/2016-07/cp160074pt.pdf>, as conclusões da advogada-geral E. Sharpston no processo C-188/15 de Asma Bougnaoui, mulher muçulmana que foi contratada como engenheira de projeto por uma empresa de consultoria informática, e usava, enquanto trabalhava, um lenço islâmico que lhe cobria a cabeça mas deixava a cara descoberta, vindo por tal a ser despedida (2015/C 221/03, JOUE C 221 de 06.07.2015, pp. 2 e 3).

⁴⁸ Os últimos dados no comunicado de imprensa n.º 34/16, cit.

⁴⁹ Nos termos do Regulamento (UE) N.º 216/2013 do Conselho de 4 de março de 2013, relativo à publicação eletrónica do *Jornal Oficial da União Europeia* (JOUE L 69 de 13.03.2013, pp. 1 a 3) e Relatório do Conselho 2015/C 97/03, p. 3.

⁵⁰ Regulamento (UE, Euratom) 2016/1192, cit., artigo 3.º e Critérios de atribuição dos processos às secções (2016/C 296/04) no JOUE C 296 de 16.08.2016, p. 2. O número de processos pendentes era de 231 em 31 de dezembro de 2015, conforme comunicado de imprensa n.º 34/16, cit. Importa, contudo, notar que, nos últimos dois anos, o TFP se viu obrigado a suspender a apreciação de um grande número de processos enquanto aguardava por decisões do TG.

⁵¹ Como as alterações ao Regulamento de Processo do Tribunal Geral (JOUE L 105 de 23.04.2015, pp. 1 a 66) de 13 de julho de 2016, no JOUE L 217 de 12.08.2016, pp. 73 a 77, ou as alterações às Disposições Práticas de Execução do Regulamento de Processo do Tribunal Geral de 20 de maio de 2015 (JOUE L 152 de 18.6.2015, pp. 1 a 30) de 13 de julho de 2016, no JOUE L 217 de 12.08.2016, pp. 78 a 80.

⁵² Veja-se, por exemplo, o que acontece nas publicações correspondentes ao Parlamento Europeu em que uma Resolução (2016/C 289/10) de 27 de novembro de 2014, sobre o 25.º aniversário da Convenção das Nações Unidas sobre os Direitos da Criança, aprovada em 1989, é publicada apenas no JOUE C 289 de 09.08.2016, pp. 57 a 64.

Conclusões

Crê-se que a atividade do Tribunal da Função Pública da União Europeia foi meritória, embora limitada, porque de competência circunscrita, útil ao percurso da integração europeia e reforçou o consolidar de aplicação do direito da União Europeia, onde se inscrevem direitos humanos. A sua extinção deve-se a uma gestão institucional por certo necessária, mas cujos resultados ainda estão por conhecer.

Atentas as datas ainda muito recentes da sua cessação, não é possível tirar conclusões sólidas sobre as consequências desta decisão.

Referências bibliográficas

- ALVES, Dora Resende. *Cronologia da Construção Europeia Comunitária*. Centro de Cópias da Universidade Portucalense. Policopiado. Junho, 2008, 99 páginas.
- _____. "Notas sobre O TRATADO DE LISBOA de 13 de Dezembro de 2007". *Revista Jurídica*. N.º 13. Universidade Portucalense, 2008, pp. 27 a 40.
- _____. e CASTILHOS, Daniela Serra. "Surgimento e afirmação dos textos europeus de defesa dos direitos das crianças". *Hermenéutica, Justiça Constitucional e Direitos Fundamentais*. Brasil. Editora Juruá Ltda., Curitiba, 2016.
- COSTA, José Manuel Moreira Cardoso da. "O Tribunal Constitucional português e o Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias". *Ab uno ad omnes – 75 anos da Coimbra Editora*. pp. 1363 a 1380.
- COUR DE JUSTICE DE L'UNION EUROPÉENNE. *Rapport annuel 2015*. Luxembourg. Office des publications de l'Union européenne, 2016.
- LÓPEZ, Fernando Ramón. "La vías de consolidación de la planta orgánica del contencioso comunitario". *Revista de Derecho Comunitario Europeo*. N.º 27, Año 11, mayo/Agosto. Madrid. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, pp. 551 a 573.
- RODRÍGUEZ IGLESIAS, Gil Carlos. *El Tribunal de Justicia y la reforma institucional de la Unión Europea*. Abril, 2000. Disponível em http://curia.europa.eu/pt/instit/presentationfr/index_savoirplus.htm. Acesso em 12.nov.2008.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA. *El futuro del sistema jurisdiccional de la Unión Europea*. 1999. Disponível em http://curia.europa.eu/pt/instit/presentationfr/index_savoirplus.htm. Acesso em 12.nov.2008.
- TRIBUNAL DE JUSTIÇA DA UNIÃO EUROPEIA. *Relatório anual 2014*. Luxemburgo: Serviço das Publicações da União Europeia, 2015. ISBN 978-92-829-1967-5, ISSN 2315-2419, doi:10.2862/34629.
- VILAÇA, José Luís da Cruz, *EU Law and Integration. Twenty years of judicial application of EU law*. Hart Publishing, 2014.

Control de la Administración Pública en Brasil: cambios institucionales recientes

Control of Public Administration in Brazil: Recent Institutional Changes

MARCOS AUGUSTO PÉREZ

Universidade de São Paulo

SUMARIO: 1. Introducción: la importancia del control de la administración pública y sus precedentes históricos en Brasil. 2. El control externo y el control interno. 3. La amplitud material del control. 4. La Ley contra la Corrupción y su aplicación. 5. Conclusión: un amplio sistema, pero todavía en construcción.

RESUMEN: en Brasil, el funcionamiento de los mecanismos de control interno y externo de la Administración ganó más importancia en el período posterior a la promulgación de la Constitución de 1988. Desarrollase entonces el control de constitucionalidad, de legalidad y de compatibilidad de las medidas con los principios generales del derecho administrativo. A todos estos controles se añadió la reciente legislación que reglamenta el sistema de control contra la corrupción.

PALABRAS CLAVE: Administración. Brasil. Control.

ABSTRACT: in Brazil, the functioning of internal and external control mechanisms of the public administration gained more importance in the period after the 1988 Constitution was enacted. At this period, the control of constitutionality, legality and compatibility with the general principles of administrative law was increased. All these controls were added by the recent issue of anticorruption act.

KEYWORDS: Administration. Brazil. Control.

1. Introducción : la importancia del control de la administración pública y sus precedentes históricos en Brasil

Es clásica la lección de Hauriou mediante la cual es función esencial del Derecho Administrativo emplazar el ejercicio del poder dentro de sus límites. En el momento actual, esta lección gana cada vez más importancia, ya que es del interés de los ciudadanos, de los agentes económicos y de la sociedad colectiva organizada, que las autoridades públicas no se excedan, no se desvíen en el ejercicio de cualquiera de sus poderes, y, al mismo tiempo que no omitan cumplir con sus deberes.

La Administración Pública contemporánea tiene tareas muy amplias, variadas, especializadas y complejas. Los padres fundadores del Derecho Administrativo seguramente no imaginaron que el Estado alcanzaría el grado de intervención social y económica de hoy. Sea en virtud de la necesidad de una intensa acción afirmativa para la realización de los

derechos fundamentales, o como resultado de una sociedad (o la existencia de movimientos sociales) cada vez más demandante, sea por la necesidad de intervenir constantemente en el ámbito económico para corregir las fallas del mercado o tomar medidas contra las recurrentes crisis económicas, o para ayudar a las personas sin recursos o condiciones económicas de supervivencia digna, lo cierto es que hoy el estado está presente en cada vez más ámbitos de la vida social¹.

La verdad es que, teniendo que asumir funciones que van desde la salud pública a las telecomunicaciones; desde la educación a los puertos o aeropuertos; desde la autorización para el comercio de medicamentos a la defensa nacional, desde la seguridad social a la intervención urbana, entre muchas y muchas otras funciones que, -aunque no sean prestaciones, tienen por objeto regular el comportamiento de múltiples agentes económicos para eliminar fallos y desequilibrios del mercado, o para imponer las conductas de interés público que el mercado por sí solo no puede hacer-, hoy se hace imposible para el administrador público tornarse un aplicador autómata, una "mano larga" de la voluntad de la ley, y de este hecho se deriva la creciente importancia del control. También se debe reconocer que los instrumentos de control de la Administración Pública son relacionados con el fenómeno de la democracia o, en otras palabras, se debe reconocer que el perfeccionamiento de las instituciones democráticas influye directamente en la maduración de los sistemas de control de la Administración Pública. Seguramente no importa a los gobiernos autoritarios o dictaduras que la Administración Pública sea controlada, sino como una manera de hacerla más centralizada. Es en la democracia que se fortalecen los diferentes instrumentos de control de la Administración, como salvaguarda contra la arbitrariedad y las decisiones caprichosas de los gobernantes.

Es precisamente por eso que, en Brasil, el período posterior a la promulgación de la Constitución de 1988 (poco más de 25 años atrás) es precisamente aquel en que el funcionamiento de los mecanismos de control de la Administración ganara más importancia, importancia material, no sólo formal, y poco a poco se convirtiera en eficaz.

2. El control externo y el control interno

Para una breve descripción del sistema de control de la administración pública en Brasil es suficiente decir que la Administración se somete a un control interno y a un control externo.

Se entiende por control interno o auto-control el deber de la Administración Pública de invalidar sus propios actos, cuando se cometan en violación de la ley. Es decir el control que ejerce la misma administración sobre actos emanados de la administración central o de la administración descentralizada, como el caso de las empresas estatales.

El control externo, a su vez, corresponde al control ejercido por el Poder Legislativo sobre la Administración, y la revisión jurisdiccional, valiendo señalar que Brasil no adopta el sistema de tribunales administrativos, sino el sistema de la unidad de jurisdicción, inspirado en la Constitución de Estados Unidos. De acuerdo con el art. 5, XXXV, de la Constitución

¹ Sobre el crecimiento de las funciones desempeñadas actualmente por la administración pública, leáse: **Di Pietro**, Maria Sylvia Zanella, Parcerias na Administração Pública, São Paulo, Atlas, 2002, p. 20-23 e **Moreira**, Vital, Administração Autônoma e Associações Públicas, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, p. 29-31.

Federal de Brasil, "la ley no debe excluir la revisión por parte del Poder Judicial de lesión o amenaza de lesión a derecho".

Los principales mecanismos de control interno son el recurso administrativo, la supervisión ministerial, la petición dirigida a los órganos correccionales internos y los procesos de toma de decisiones.

El recurso administrativo es una manifestación del derecho constitucional de petición; a través de su uso en el curso de un procedimiento administrativo o no, el solicitante pide la revisión de las medidas adoptadas por la administración, la revisión de la decisión administrativa.

La supervisión ministerial es el modo por el cual los ministerios controlan las entidades de la administración descentralizada: entidades autárquicas, fundaciones gubernamentales y empresas estatales.

En los últimos años proliferó la creación de órganos correccionales internos, generalmente llamados "Controladoras" (controladurías). Estos órganos, que disfrutan de cierta independencia, no solo hacen auditorías regulares, sino también reciben peticiones o reclamaciones hechas por cualquier parte interesada contra los empleados y las autoridades públicas.

Como medio de control previo e interno de la actividad administrativa, la Ley 9.784 de 1999 estableció normas de procedimiento administrativo. Por esta ley los actos administrativos que afecten intereses de los individuos o intereses colectivos o difusos, así como los actos normativos, deben ser precedidos de un proceso de toma de decisiones. Las reglas de la Ley 9.784 de 1999 establecen los casos en que la Administración puede valerse de mecanismos como las audiencias y consultas públicas. En caso, el proceso tiene como objetivo mejorar los métodos de producción de las decisiones administrativas, haciéndolas más razonables, más motivadas y por lo tanto más estables.

El control externo realizado por el legislador, a su vez, cuenta con los siguientes instrumentos: (1) las autorizaciones previas (como en el caso de la autorización para la producción de energía a través de las centrales nucleares); (2) la invalidación de reglamentos dictados por la Administración (en particular por las autoridades reguladoras independientes), por exorbitar las facultades delegadas por la ley; (3) la capacidad de la legislatura de convocar a los ministros a proporcionar información; (4) las comisiones parlamentarias de investigación, que mantienen las facultades de investigación equivalentes a las autoridades judiciales; (5) el proceso de "impeachment" por el cual se pretende condenar al Presidente de la República o los gobernadores y alcaldes por responsabilidad penal (expediente típico de los países donde rige el sistema de gobierno presidencial) y, por último, (6) el control financiero del presupuesto que se realiza por la Legislatura con la ayuda de una agencia de control externo: el Tribunal de Cuentas.

Por último, pero no menos importante, tenemos el amplio control jurisdiccional. El control se realiza en este caso, a través del ejercicio del derecho de acción ante diferentes instancias judiciales por las personas que la legislación considera legitimadas para la presentación.

La Constitución regula en términos generales la mayoría de estas acciones, que llamamos remedios o recursos constitucionales, a saber: (1) el "mandado de segurança" que tiene el objetivo de reforzar derechos individuales o colectivos contra el exceso o desviación de poder de las autoridades administrativas; (2) la "ação popular" (acción popular) que puede ser presentada por cualquier ciudadano contra un acto lesivo a la propiedad pública y

que afecte a la legalidad, la moralidad, el medio ambiente o el patrimonio histórico, cultural y artístico; (3) la acción directa de inconstitucionalidad y la denuncia de violación del precepto fundamental, que comprende diferentes acciones que realizan el control concentrado de la constitucionalidad y pueden ser incoadas por el Presidente; por la Mesa del Senado; por la Mesa de la Cámara de Diputados; por la Mesa de las Asambleas Legislativas o la Mesa de la Cámara del Distrito Federal; por los Gobernadores de los Estados o del Distrito Federal; por la Procuraduría General de la Republica; por el Consejo Federal de la Orden de Abogados de Brasil; por un partido político representado en el Congreso Nacional o confederación sindical o asociación profesional nacional; (4) el Habeas Data para proteger la esfera privada de los individuos contra: a) la utilización abusiva de los registros de datos personales recogidos por medios fraudulentos, desleales o ilícitos; b) la introducción de estos registros de datos sensibles (llamado el de origen racial, las opiniones políticas, filosóficas o religiosas, partido o sindicato, la orientación sexual, etc.) y c) la conservación de datos falsos o que no sean los autorizados por la ley; (5) el "mandado de injunção" medida que se puede utilizar siempre que la ausencia de una norma reglamentaria hace que sea imposible el ejercicio de los derechos y libertades constitucionales y de las prerrogativas inherentes a la nacionalidad, la soberanía y la ciudadanía y, por último, la medida actualmente más común, (6) la acción civil pública por actos carentes de probidad, destinada a luchar contra los actos administrativos deshonestos y practicados en violación de la ley, incluyendo los principios generales del derecho administrativo o actos que conducen al enriquecimiento ilícito de funcionarios públicos o que causan daño a la hacienda pública, la acción es presentada con frecuencia por el Ministerio Público.

3. La amplitud material del control

Tengamos en cuenta que el control, ya sea interno o externo, verifica la existencia de vicios en elementos de los actos administrativos, tales como la competencia del agente, la forma o el objeto del acto, así como también en su relación con el propósito y las razones de la decisión administrativa. El control verifica la constitucionalidad, la legalidad y la compatibilidad de las medidas con los principios generales del derecho administrativo. Se verifica el equilibrio entre costo y beneficio, la razonabilidad y proporcionalidad de los actos concretos que afectan a los intereses de una persona o una comunidad en particular, y de actos generales que afectan a un número indeterminado de personas (como reglamentos, políticas y planes). No hay, por lo tanto, ninguna cuestión que escape a los diferentes tipos de control.

4. La Ley contra la Corrupción y su aplicación

Más recientemente, en agosto de 2013, se promulgó la Ley 12.846, también llamada Ley contra la Corrupción, con el objetivo, según denuncia su título, de limitar la práctica de la corrupción y el pago ilegal de sobornos a funcionarios públicos.

La Ley se inspira en el FCPA de los Estados Unidos y la Comunicación de 2011, de la Comisión Europea (entre otras normas europeas), normas que son fruto de un nuevo consenso global sobre la base de la Convención de la ONU contra la Corrupción y formados a partir de la constatación de que la corrupción damnifica seriamente la economía y la sociedad en su conjunto, lo que debilita la democracia, la justicia social y el Estado de Derecho.

La ley, reglamentada por el Decreto 8.420, de 2015 induce a las empresas que desean mantener contratos con el gobierno para llevar a cabo programas de integridad corporativa ("compliance"), así que trata de abolir las prácticas comerciales de favoritismo a cambio de sobornos .

De acuerdo con la ley, es de competencia de la CGU (la Contraloría General de la Unión) acusar administrativamente a las empresas atrapadas en prácticas corruptas, aplicándoles multas que pueden llegar hasta el 20% (veinte por ciento) de los ingresos brutos de la empresa o tres veces el valor del ventaja económica ganada, lo que sea mayor. La misma CGU tiene competencia para celebrar acuerdos de clemencia con las empresas involucradas en actos de corrupción que: (1) acepten su participación en actividades ilegales y (2) cooperen con la investigación y proporcionen información sobre el caso.

Muchos casos se están investigando actualmente en la CGU en virtud de la participación en prácticas corruptas de una aparentemente amplia red de empresas, proveedores de servicios de Petrobras (la gigante petrolera estatal). Esta es una prueba importante para el nuevo sistema de control. Las virtudes de este nuevo sistema son claras, en diversos sectores económicos las empresas van a buscar una mejor gobernanza y desplegar sistemas de integridad corporativa para protegerse contra la práctica de la corrupción.

Pero los defectos del nuevo sistema también son claros, ya que hay algunos retrasos en los procedimientos (especialmente cuando se ejecutan en paralelo a los casos penales), porque se cuestiona la inseguridad que genera el hecho de que la indulgencia que prevé la ley no se asocia con los procedimientos penales. De ahí que la empresa que resuelve realizar un acuerdo de indulgencia corre el riesgo de que sus líderes sean perseguidos penalmente, hecho que resulta de no fomentar acuerdos de clemencia. En la práctica, la CGU y el Ministerio Público (titular de la acción penal) y a veces también el CADE (Consejo Administrativo de Defensa Económica: agencia antitrust) tratan de interactuar de manera que los acuerdos proporcionen la resignación o la modulación de las sanciones penales.

5. Conclusión : un amplio sistema, pero todavía en construcción

La conclusión de esta breve presentación sobre el sistema brasileño de control de la administración pública es el siguiente:

- Brasil cuenta con un sistema amplio de control, capaz de defender a los ciudadanos, las empresas y a la misma Administración contra actos ilegales y arbitrarios cometidos por las autoridades públicas, de acuerdo con los principios de la democracia y del Estado de Derecho;
- El sistema incluye varias herramientas que se pueden dividir entre los controles internos y externos (éstos hechos por los poderes legislativo y judicial);
- El sistema realiza el control de la legalidad no solo en el sentido formal, sino también el control de constitucionalidad, de los fines, de la motivación, de la razonabilidad y de la proporcionalidad de los actos administrativos;
- A todos estos controles se añadió la reciente legislación que reglamenta el sistema de control contra la corrupción, un sistema fuertemente inspirado en los EE.UU. y en normativas europeas, que

trata de fomentar la buena gobernanza y la integridad de las empresas que intentan contratar con en el sector público.

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que Brasil aún está probando y perfeccionando su sistema de control. Brasil es un país en que la democracia es un fenómeno históricamente reciente. Después de largos años de oscuridad y de dictadura, las malas prácticas demoran generaciones en ser superados. Sólo la profundización de la experiencia democrática es la que nos llevará al desarrollo y la consolidación del sistema de control en el futuro.

La retroactividad de la reclamación de alimentos en caso de determinación judicial de la filiación paterna

The retroactivity of the child support claim in case of judicial determination of the paternal filiation

MACARENA RUIZ MARÍN

Abogada

SUMARIO: I. Sentencia número 573/2016, de 29 de septiembre (JUR/2016/20799).

II. Sentencia número 574/2016, de 30 de septiembre (JUR/2016/210389).

RESUMEN: El Tribunal Supremo ha resuelto acerca de la retroactividad de la pensión de alimentos cuando la filiación es determinada judicialmente, incluso años después del nacimiento. En concreto, se analizan dos supuestos en los que las madres reclaman a los padres de sus hijos, el reembolso de las cuantías que ellas han estado abonando en exclusiva en el período comprendido entre el nacimiento de los hijos hasta la determinación judicial de la filiación. Es coincidente la Sala al determinar que la obligación de prestar alimentos será exigible desde el momento de la interposición de la demanda y no desde el nacimiento del hijo.

PALABRAS CLAVE: retroactividad, reclamación de alimentos, filiación

ABSTRACT: *The Supreme Court has determined on the retroactivity of the maintenance when the filiation is determinated in court, even years after the birth. In particular, two cases are studied where mothers sue their children's fathers the refund of the amounts that they had been paying exclusively in the period existent between the children's birth until the judicial determination of the filiation. The Court coincides in determining that the duty to support will be required from the filing of the lawsuit and not from the child's birth.*

KEYWORDS: retroactivity, maintenance claim, filiation

Es reciente el debate planteado entorno a la posibilidad de reclamar, de forma retroactiva, la pensión de alimentos como consecuencia de la determinación de la filiación paterna. Y ello por que el Tribunal Supremo, en dos sentencias dictadas por el Pleno de la Sala de lo Civil el pasado mes de septiembre, ha resuelto dos Recursos de Casación donde se planteaba, precisamente, tal cuestión que pasamos a analizar en las siguientes líneas.

El punto de partida ha de ser lo previsto en el Código Civil (en adelante, “CC”) que, con la combinación de distintas disposiciones relativas a este respecto, viene a dar la respuesta que el Alto Tribunal ha interpretado en sus sentencias. Tal es su importancia, que el Título VI del Libro Primero (artículos 142 a 153 CC), se denomina “*De los alimentos entre parientes*”.

En concreto, hemos de referirnos, en primer lugar, a lo previsto en el **artículo 142 CC**, que establece:

"Se entiende por alimentos todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido y asistencia médica.

Los alimentos comprenden también la educación e instrucción del alimentista mientras sea menor de edad y aún después cuando no haya terminado su formación por causa que no le sea imputable.

Entre los alimentos se incluirán los gastos de embarazo y parto, en cuanto no estén cubiertos de otro modo."

Siendo éste el concepto que el legislador otorgó a los alimentos, con determinación de lo que se ha de incluir en el mismo, debemos acudir a lo previsto en el **artículo 148 CC** a fin de determinar las condiciones de su exigibilidad, estableciéndose en el citado precepto lo siguiente:

"La obligación de dar alimentos será exigible desde que los necesitare, para subsistir, la persona que tenga derecho a percibirlos, pero no se abonarán sino desde la fecha en que se interponga la demanda. Se verificará el pago por meses anticipados, y, cuando fallezca el alimentista, sus herederos no estarán obligados a devolver lo que éste hubiese recibido anticipadamente. El Juez, a petición del alimentista o del Ministerio Fiscal, ordenará con urgencia las medidas cautelares oportunas para asegurar los anticipos que haga una Entidad pública u otra persona y proveer a las futuras necesidades."

De la lectura detenida de dicho precepto se extrae el *dies a quo* de la exigibilidad de la obligación de prestar alimentos, que será *"desde la fecha en que se interponga demanda"*.

Teniendo en cuenta el presente antecedente normativo, se analizarán, de forma separada, las últimas resoluciones del Tribunal Supremo en esta materia.

I. Sentencia número 573/2016, de 29 de septiembre (JUR/2016/20799)

El Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo resuelve el Recurso de Casación número 3326/2015, siendo ponente el Excmo. Sr. José Antonio Seijas Quintana.

Los antecedentes de hecho se concretan del siguiente modo: Don Eugenio, nacido en el año 1983 instó, cuando tenía 21 años, procedimiento judicial frente a su padre, Don José Daniel, a fin de que se determinara la filiación, sin que existiera en el escrito de demanda reclamación alguna por alimentos. El Juzgado conocedor del asunto dictó sentencia en fecha 4 de mayo de 2004 por la que reconoce la filiación, lo cual es confirmado por la Audiencia Provincial posteriormente, deviniendo firme.

Años más tarde, la madre de Don Eugenio, Doña Inmaculada, instó demanda de juicio ordinario frente a Don José Daniel, sobre la base de que, determinada la filiación con respecto del hijo común, el demandado debía reembolsarle la suma de 148.259,54 € en concepto de alimentos, por haber sido ella quien, de manera exclusiva, se había hecho cargo del hijo a lo largo de los años.

La sentencia de primera instancia, que estimó parcialmente la demanda y condenó al padre a abonar la cuantía de 45.000 €, entendió la retroactividad de filiación, por ser una obligación natural que surge desde el nacimiento y la acción de reembolso de las cuantías abonadas en exclusiva por la madre, todo ello sujeto al plazo de prescripción de 15 años.

José Daniel recurrió la resolución, que fue revocada por la Audiencia Provincial y desestimó íntegramente la demanda.

Doña Inmaculada interpone recurso, denunciando infracción del artículo 1158 CC, en relación al 112 y 154 del mismo cuerpo normativo, quedando el debate planteado en si,

determinada la filiación de una persona, puede reclamarse pensión de alimentos con efectos retroactivos; es decir, desde la fecha del nacimiento hasta la fecha en la que se determinó la filiación.

Se desestima el recurso interpuesto aludiendo al anteriormente transcritó artículo 148 CC, que establece que en ningún caso se abonarán alimentos sino desde la interposición de la demanda, con independencia de que se haya reconocido judicialmente la filiación. Continúa el punto segundo del Fundamento de Derecho Tercero de la sentencia diciendo:

"2.- El artículo 153 CC prevé la aplicación de las citadas disposiciones, "... a los demás casos en que por este Código, por testamento o por pacto se tenga derecho a alimentos..."; mientras que el artículo 112 del mismo texto, sobre filiación, señala que la filiación produce sus efectos desde que tiene lugar y su determinación tiene efectos retroactivos siempre que la retroactividad sea compatible con la naturaleza de aquellos y la ley no dispusiere lo contrario, como sucede con la deuda alimenticia, pues ello iría en contra del artículo 148 del CC ."

Alude asimismo la resolución comentada a la de 14 de junio de 2011, sobre alimentos a hijos menores, que remite a la de 5 de octubre de 1995, así como la de 18 de abril de 1913, que prevé que los alimentos no tienen efectos retroactivos "de suerte que no puede obligarse a devolver, ni en parte, las pensiones percibidas, por supuesto consumidas en necesidades perentorias de la vida".

Por último, la sentencia acepta que el propio artículo 148 CC ya contiene una mínima retroactividad, al fijar el *dies a quo* en la interposición de la demanda si bien lo argumenta del siguiente modo:

"Se trata, sin embargo, de una previsión legal establecida en beneficio del alimentante que atiende a la especial naturaleza de la deuda alimenticia y a un momento en que este conoce su deber de prestación frente al alimentista que ha dejado de cumplir y que finalmente le impone la sentencia. La reclamación fija el momento a partir del cual si el deudor interpelado por el acreedor no paga, incumple la obligación que le impone la ley de abonar una prestación alimenticia que hasta ese momento ha sido cubierta. Y si el alimentista carece de acción para ampliar su reclamación a un momento anterior, porque lo impide el artículo 148 del CC , con mayor motivo no la tendrá su madre a través de la acción de reembolso ejercitada al margen de las reglas propias que resultan de la obligación de proveer alimentos en orden a satisfacer las múltiples necesidades de los hijos. Puede haber, sin duda, una obligación moral a cargo de quien finalmente es declarado padre, pero lo cierto es que la ley no concede acción para pedir el cumplimiento de un deber de esta clase y considera igualmente justo negar acción para compensar una situación que puede considerarse injusta y pedir la devolución de lo pagado en aras de una regulación más ajustada al artículo 39 CE (RCL 1978, 2836) ; solución que solo sería posible mediante una modificación del artículo 148 del Código Civil , que extendiera la obligación de prestar alimentos a los hijos menores más allá de lo que la norma autoriza, al menos desde el día de la interpelación del obligado por medio fehaciente, siempre que se interponga la demanda en un determinado tiempo, e incluso facilitando la acción de reembolso de lo gastado al progenitor que asumió el cuidado del hijo en la parte que corresponde al progenitor no conviviente, con el límite de la prescripción, como ocurre en otros ordenamientos jurídicos."

Es por ello que desestima el recurso de casación interpuesto por Doña Inmaculada, a la que condena en costas.

II. Sentencia número 574/2016, de 30 de septiembre (JUR/2016/210389)

El Pleno de la Sala de lo Civil del Tribunal Supremo resuelve el Recurso de Casación número 2380/2014, siendo ponente el Excmo. Sr. Ángel Fernando Pantaleón Prieto.

En este supuesto, los antecedentes de hecho se resumen del siguiente modo: Don Cosme y Doña Clara tienen un hijo, Don Hipólito, cuya filiación se determinó mediante sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia número 1 de Bilbao en septiembre de 2008, confirmada por la Audiencia Provincial en mayo de 2009.

Es de reseñar que, al igual que en el supuesto analizado anteriormente, no se formuló reclamación de alimentos a la reclamación de paternidad.

Posteriormente y, en concreto, en el año 2012, Doña Clara insta demanda de medidas paternofiliales frente a Don Cosme, estableciéndose en sentencia la obligación del padre de abonar, en concepto de alimentos, el importe de 600 €, desde la fecha de presentación de la demanda.

Si bien dicha resolución no fue recurrida por ninguna de las partes, en 2013, Doña Clara vuelve a instar un procedimiento frente al padre de su hijo, esta vez en ejercicio de la acción de reembolso prevista en el artículo 1158 CC, reclamándole el 80 por cien de las cuantías que ella había sufragado en relación a su hijo, desde el nacimiento de éste hasta la fecha de la sentencia dictada en el procedimiento de medidas paternofiliales.

Se desestimó la demanda interpuesta por el Juzgado de Primera Instancia, que fue confirmada por la Audiencia Provincial, frente a lo cual Doña Clara recurre ante el Alto Tribunal que, asimismo, desestima la pretensión de la madre, invocando amplísima Doctrina y Jurisprudencia que se concreta en los apartados quinto y sexto del Fundamento de Derecho Tercero, que prevén:

"5. La justificación exacta para la desestimación de la demanda es la que alegó la representación de don Cosme en su contestación y reiteró, con las mismas palabras, en su oposición al recurso de apelación: «ninguna petición de reembolso cabe de cantidades cuyo pago no puede ser exigible»; o, dicho con mayor precisión aún: cuyo pago ya no podría ser exigido.

Si el legislador, con la norma del artículo 148.I in fine CC , ha querido proteger al deudor de alimentos -don Cosme , en el presente caso- frente al acreedor de los mismos -Hipólito , en nuestro caso-, denegando a éste acción para exigir los alimentos correspondientes al periodo mediante entre la fecha en que se produjo el supuesto de hecho generador de la obligación -en este caso, el nacimiento de Hipólito -, y la fecha en que se interpuso la demanda -el día 6 de mayo de 2012, en el presente caso-, comportaría una contradicción valorativa palmaria que tal protección legal decayera a favor de quien prestó aquellos alimentos -en este caso, doña Clara - en lugar del deudor, y viene luego a reclamar a éste que le reembolse su importe.

6. Cabe ciertamente discutir si es, o no, excesiva la protección que la repetida norma del artículo 148.I in fine CC concede al deudor de alimentos.

Tradicionalmente, se ha justificado con la máxima « *in praeteritum non vivitur* ». Pero, si fuese esa la justificación, el alimentista nunca podría exigir al alimentante el pago de pensiones alimenticias atrasadas: vivió sin ellas; y lo contrario se desprende del artículo 1966.1a CC . A lo que habría que añadir, contemplando la aplicación de aquella norma a la obligación del padre y de la madre de prestar alimentos a sus hijos menores de edad, que esa obligación no requiere que el hijo necesite los alimentos para subsistir.

La ratio de lo dispuesto en la frase final del artículo 148.I CC , lo que el legislador ha querido con tal disposición, es proteger al deudor de alimentos, evitando que le sea reclamada una cantidad elevada de dinero (hasta cinco años de pensiones, a tenor del art. 1966.1a CC) a quien podía desconocer o dudar razonablemente que era, o por qué importe era, deudor de alimentos."

De esta forma, deja meridianamente claro el Alto Tribunal la irretroactividad de la pensión de alimentos más allá de lo previsto en el artículo 148 CC en los términos expuestos, de forma que, con independencia de cuándo se determine la filiación, la exigibilidad de los alimentos comenzará en el momento de presentación de la demanda.

**Nueva doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
acerca de la provisión de enlaces en internet
(Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la
Unión Europea, de 8 de septiembre de 2016, en el asunto
C-160/15 [Caso GS Media])**

New doctrine of the Court of Justice of European Union about the provision of hyperlinks in the internet

JAVIER TORRES LÓPEZ
Abogado. Socio-Director de Asesores Fonseca.
Universidad Autónoma de Madrid.

SUMARIO: 1. Hechos. 2. Fundamentos de Derecho. 3. Comentario. 4. Bibliografía.

RESUMEN: El TJUE dictó el pasado 8 de Septiembre de 2016 una nueva sentencia reiterando su doctrina acerca de los hipervínculos y su consideración como actos de comunicación al público. La novedad de este nuevo pronunciamiento estriba en que el TJUE incorpora una serie de presunciones que descansan sobre el ánimo de lucro o no de la persona que provee el enlace y que determinará, salvo prueba en contrario, que la actividad de enlazar sea considerada un acto de puesta a disposición del público, en el sentido del artículo 3.1 de la Directiva 2001/29, sobre derechos de autor y derechos afines en la sociedad de la información (DASSI), así como el régimen de responsabilidad del proveedor del enlace.

PALABRAS CLAVE: Hipervínculo, acto de comunicación pública, puesta a disposición, ánimo de lucro, propiedad intelectual.

ABSTRACT: The Court of Justice of the European Union published last 8 September 2016 its judgment reiterating its doctrine about hyperlinks and consideration as acts of communication to the public. The novelty of this new standard is that the EUCJ incorporates a number of assumptions that rest on the profit or not the person who provide the link and will determine, unless proved otherwise, that the activity of linking is considered an act of making available to the public, according to Article 3 (1) of Directive 2001/29 EC of the European Parliament and of the Council of 22 May 2001 on the harmonization of certain aspects of copyright and related rights in the information society and the liability regime provider's link.

KEYWORDS: Hyperlink, communication to the public, making available to the public, profit, copyright.

1. Hechos

El pronunciamiento del TJUE se origina a raíz del litigio surgido entre Sanoma, editora de la revista Playboy, y GS Media, responsable del sitio web GeenStijl, como consecuencia de la colocación de un enlace en el mencionado sitio web y que dirigían al usuario a un nuevo sitio web con sede en Australia, Filefactory.com, donde se publicaban, sin autorización del titular, unas fotografías propiedad del Sr. C. Hermès, quien previamente había

autorizado, con carácter exclusivo, la publicación de las mismas a Sanoma. Tras la negativa de GS Media a dar cumplimiento a los sucesivos requerimientos por parte de Sanoma a fin de que procediera a retirar el hipervínculo que dirigía a las fotografías en sitios web de terceros, las fotografías puestas a disposición parcialmente en el sitio web GeenStijl, así como los comentarios de los internautas publicados en la referida página web los cuales incorporaban nuevos hipervínculos que redirigían a páginas web donde podían visualizarse las fotografías, Sanoma procedió a interponer una demanda ante el Tribunal de Primera Instancia de Ámsterdam solicitando, en síntesis, lo requerido extrajudicialmente al administrador del sitio web, alegando que la colocación del enlace y la vista parcial de las fotos en la página web GeenStijl vulneraba los derechos adquiridos por Sanoma. El Tribunal de Primera Instancia de Ámsterdam estimó parcialmente la demanda efectuada por Sanoma.

No obstante, el Tribunal de Apelación de Ámsterdam anuló dicha resolución al considerar que la colocación del hipervínculo en el sitio web GeenStijl no vulneraba los derechos de autor del Sr. Hermès porque las fotos se habían hecho públicas con anterioridad mediante la puesta a disposición en la página web Filefactory.com. En cambio, el mencionado Tribunal consideró que GS Media actuó de forma ilícita respecto a Sanoma al proveer un enlace que dirigía a las fotos puestas a disposición ilícitamente en el sitio web Filefactory.com, así como al difundir parcialmente en su sitio web GeenStijl.

GS Media recurrió ante el Tribunal Supremo de Países Bajos quién decidió suspender el procedimiento y plantear ante el TJUE las siguientes cuestiones prejudiciales:

1) a) ¿Existe una <<comunicación al público>> en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29, cuando una persona distinta del titular de los derechos de autor remite, mediante un hipervínculo colocado en un sitio de Internet que ésta explota, a otro sitio de Internet explotado por un tercero, que es accesible al conjunto de los internautas y en el que la obra se ha puesto a disposición del público sin la autorización del titular de los derechos de autor?

b) ¿Resulta relevante para responder a la cuestión anterior saber si con anterioridad la obra ya había sido puesta a disposición del público de otro modo sin el consentimiento del titular de los derechos de autor?

c) ¿Es pertinente a estos efectos que la persona que ha colocado el hipervínculo sepa o debiera saber que el titular de los derechos de autor no ha autorizado la publicación de la obra en el sitio de Internet del tercero al que se alude en la primera cuestión, letra a), y, en su caso, si éste sabía o debería haber sabido que la obra tampoco había sido puesta de otro modo a disposición del público con anterioridad con el consentimiento del titular?

2) a) En caso de que la respuesta a la primera cuestión, letra a), sea negativa: ¿se trata en este supuesto de una comunicación al público, o puede tratarse de ella, si el sitio de Internet al que reenvían el hipervínculo y, por lo tanto, la obra son plenamente accesibles para el público constituido por los internautas, aunque ello no sea fácil, de manera que la colocación del hipervínculo facilite en gran medida la localización de la obra?

b) ¿Tiene relevancia para la respuesta que se dé a la segunda cuestión, letra a), la circunstancia de que quien coloca el hipervínculo sepa o debiera saber que el público constituido por los internautas no puede encontrar fácilmente el sitio de Internet al que reenvía el hipervínculo o tener acceso a él?

3) ¿Deben tenerse en cuenta otras circunstancias para responder a la cuestión de si existe comunicación al público por el hecho de colocar en un sitio de Internet un hipervínculo que da acceso a una obra que aún no ha sido puesta a disposición del público con anterioridad con el consentimiento del titular de los derechos de autor?

Las cuestiones prejudiciales fueron planteadas por el Tribunal Supremo de los Países Bajos mediante resolución de 3 de abril de 2015, recibida en el TJUE el 7 de abril de 2015. Presentaron observaciones las partes en el procedimiento principal, los gobiernos alemán, francés, portugués, eslovaco y la Comisión Europea, fijándose la vista oral el 3 de febrero de 2016. El Abogado General presentó sus conclusiones, en audiencia pública, el 7 de abril de 2016¹.

2. Fundamentos de derecho

El TJUE decide en su pronunciamiento dar una respuesta conjunta a las tres cuestiones prejudiciales planteadas por el órgano remitente. El Tribunal comienza su fundamentación recordando que el concepto de comunicación al público debe entenderse en sentido amplio y en la que se asocian dos elementos cumulativos, a saber, la comunicación de una obra y que dicha comunicación se realice a un público nuevo. Igualmente, recuerda el TJUE los criterios complementarios, de naturaleza no autónoma y dependientes entre sí, que configuran el acto de comunicación pública; así, entre dichos criterios complementarios, debe tenerse en cuenta el papel del usuario y el carácter deliberado de su intervención en

¹ A pesar de la doctrina sentada en la STJUE, de 13 de Febrero de 2014 (Asunto Svensson), el Abogado General considera en sus conclusiones que los hipervínculos introducidos en una página web que reenvían a obras protegidas a las que puede accederse libremente en otro sitio web no pueden calificarse de <<acto de comunicación pública>> en el sentido de la Directiva, dado que la intervención del explotador de la página web que introduce el hipervínculo no es indispensable para poner las fotografías a disposición de los internautas, incluidos los que visiten el sitio GeenStijl. El Abogado General justifica su decisión en que una interpretación distinta del concepto de <<comunicación pública>> obstaculizaría el funcionamiento de Internet y atentaría contra el desarrollo de la sociedad de la información en Europa.

cuanto a la puesta a disposición de las obras objeto de protección. En segundo lugar, hace hincapié el Tribunal en el concepto de <<público>>, reiterando nuevamente su doctrina acerca de la necesidad de que se tome en consideración a un número indeterminado de destinatarios potenciales y que éstos constituyan un número considerable de personas. En todo caso, tal y como se estableció en el asunto Svensson² dicho acto de comunicación pública debe realizarse ante un <<público nuevo>>, esto es, un público que no fue tomado en consideración por los titulares de los derechos de autor cuando autorizaron la comunicación inicial de su obra al público. Por último, entre los criterios complementarios a los que alude el Tribunal se encuentra el del carácter lucrativo del acto de comunicación pública a efectos de considerarlo como tal.

Este último criterio mencionado es, a juicio del Tribunal, de vital importancia debido a que si la colocación de un hipervínculo que remite a una obra disponible libremente en otro sitio de Internet, sin la autorización del titular de los derechos de autor de dicha obra³, la realiza una persona sin ánimo de lucro, debe tenerse en cuenta que esa persona no sabe, y no pueda saber razonablemente, que la obra en cuestión ha sido publicada en Internet sin la debida autorización del titular de los derechos de autor. Ello es así porque el particular no actúa, por regla general, con pleno conocimiento de las consecuencias de su comportamiento en Internet. A *sensu contrario*, si se acredita que el enlazador sabe o debe saber que el hipervínculo da acceso a una obra publicada ilícitamente en Internet, en particular, por haber sido advertida de ello por los titulares de los derechos de autor, procede concluir que la provisión de dicho enlace constituye un acto de comunicación pública. Cabe llegar a la misma conclusión cuando el vínculo permita a los usuarios eludir medidas de restricción adoptadas por el sitio web donde se ubica la obra protegida al objeto de limitar el acceso a un público determinado.

Por otra parte, cuando la provisión del enlace se efectúa con ánimo de lucro, el TJUE considera que el proveedor debe realizar las comprobaciones necesarias para asegurarse que la obra no haya sido publicada ilegalmente en Internet, presumiéndose que la colocación del hipervínculo ha tenido lugar con el conocimiento pleno de la naturaleza protegida de la obra enlazada y la carencia de autorización de su puesta a disposición en la red por parte de los titulares. Dicha presunción es *iuris tantum* y, por tanto, podrá ser enervada por el enlazador.

² Vid. STJUE, de 13 de Febrero de 2014, Asunto C-466/12, *Svensson y otros*.

³ En el parágrafo 41 de la sentencia comentada, el TJUE alude específicamente que en los asuntos Svensson y BestWater Internacional las obras habían sido puestas a disposición del público con la autorización del titular de los derechos de autor de las obras. No obstante, en el asunto GS Media no deduce de los autos que Sanoma hubiese autorizado la publicación de las fotografías en los sitios web a los que enlazaba la página GeenStijl justificando, por tanto, el nuevo pronunciamiento del TJUE.

Por último, el Tribunal reitera el principio por el cual ante la inexistencia de un público nuevo no podrá considerarse que la colocación de un enlace que dirija hacia una obra protegida y puesta a disposición en otro sitio web tenga la consideración de acto de comunicación pública.

3. Comentario

La nueva sentencia del TJUE en relación a la problemática de los enlaces y su consideración de actos de comunicación pública reabre el debate existente tanto en la jurisprudencia⁴ como en la doctrina⁵ acerca de dicha cuestión. En mi opinión, la idea de considerar a los enlaces como actos de comunicación pública en su modalidad de puesta a disposición es errónea debido a la propia naturaleza de la actividad de enlazar. Así, quien coloca un hipervínculo que dirige a una obra sujeta a derechos de autor únicamente está facilitando el hallazgo de la misma, dado que previamente un tercero ha tenido que llevar a cabo dicha puesta a disposición al público. En todo caso, la admisión de los enlaces como actos de comunicación pública debería llevar aparejada la premisa de que la intervención de la persona que coloca el hipervínculo deba ser indispensable.⁶ En el caso enjuiciado la intervención del explotador del sitio web donde se coloca el enlace no es indispensable, ya que las fotografías en cuestión habían sido puestas a disposición del público en otro sitio web a través del cual podían visualizarse por el conjunto de internautas, limitándose la actividad del enlazador a facilitar el hallazgo de las mencionadas fotografías en internet.

⁴ Hasta la publicación de la STJUE, de 13 de febrero de 2014, asunto C-466/12, las Audiencias Provinciales españolas habían considerado de forma mayoritaria que la provisión de enlaces no vulneraban directamente derechos de propiedad intelectual. En este sentido, y entre otras, la SAP Barcelona, Sección 15º, de 7 de julio de 2011 señaló que "[...] el titular de la página web que facilita el enlace, además de la previa selección de los archivos, aunque contribuye indirectamente a esta infracción de los derechos de propiedad intelectual afectados por la comunicación pública, no lleva a cabo directamente estos actos. Por supuesto que no realiza ninguna reproducción, ya que se limita a suministrar el link, a ofrecer un enlace, a través del cual, eso sí, se podrá llevar a cabo un posterior acto de comunicación pública del archivo compartido. Pero el ofrecimiento del enlace no supone un acto de disposición del archivo, razón por la cual no cabe hablar de la "puesta a disposición" en que consiste la actividad tipificada en la letra i) del art. 20.2 TRLPI como acto de comunicación pública".

⁵ Numerosos autores han defendido la idea de que un hipervínculo no supone por sí mismo un acto de comunicación pública. Entre ellos, GARROTE FERNÁNDEZ DÍEZ, I, *El derecho de autor en internet. Los tratados de la OMPI de 1996 y la incorporación al Derecho español de la Directiva 2001/29/CE*, 2º ed, Comares, Granada, 2003, quien defiende la idea de que un enlace de superficie es una simple dirección URL, un mero dato fáctico que no realiza ningún acto de comunicación pública, ya que al activarlo no conduce a la obra o prestación protegida, sino a la página inicial de un sitio web. En términos parecidos se pronuncia DE MIGUEL ASENSIO, P.A., *Derecho Privado de Internet*, 5º ed, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015, quien considera que <<la mera inclusión de enlaces de hipertexto a páginas web de terceros no constituye en los supuestos típicos un acto de infracción de derechos de propiedad intelectual>>.

⁶A favor de esta idea, WATHELET, M, *Conclusiones del Abogado General*, de 7 de abril de 2016, parágrafo 57.

Por otra parte, el TJUE incorpora con esta resolución nuevos elementos para definir los enlaces como actos de comunicación pública y que, en mi opinión, desvirtúan el concepto de comunicación pública establecido en el artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29⁷. Definir los contornos del concepto de comunicación pública en base a criterios ajenos a la propiedad intelectual, tales como, la responsabilidad de los prestadores de servicios o la existencia o no de ánimo de lucro suponen, por una parte, llevar a cabo por parte del Tribunal una verdadera actuación legislativa reservada exclusivamente al Parlamento Europeo, introduciendo criterios no apuntados en la Directiva 2001/29 y, por otra parte, la incorporación del elemento del ánimo de lucro genera nuevamente una situación de inseguridad jurídica a los usuarios de internet. Comparto la reflexión de SUÑOL, acerca de qué debemos entender por ánimo de lucro, entendiéndose éste en relación al sujeto que establece el enlace, o bien respecto al objetivo que persigue la inclusión del hipervínculo, considerándose por la autora que debe prevalecer esta última opción al estimar la primera arbitraria o discriminatoria⁸.

Aun compartiendo con el Tribunal la solución de establecer una presunción *iuris tantum* a favor de la posibilidad de que por parte de los usuarios que carezcan de ánimo de lucro se puedan colocar libremente enlaces en internet, se establece en la sentencia un doble régimen sobre la consideración de los enlaces como actos de comunicación pública que complican aún más el estado de la cuestión. Asimismo, hacer depender la subsunción en el concepto de comunicación pública del hecho la concurrencia o no de ánimo de lucro en el proveedor del enlace que dirige hacia el sitio web donde se ha comunicado públicamente la obra no parece responder a ningún principio inserto en ninguna norma de propiedad intelectual aplicable a los Estados miembros, ni tampoco a ninguna propuesta por algún sector de la doctrina.⁹

Respecto a los usuarios que actúen en la red con ánimo de lucro se les hace responsables, *iuris tantum*, del establecimiento de enlaces que dirijan a obras puestas a disposición del público ilícitamente partiendo de la premisa de que dichos enlazadores tienen pleno conocimiento sobre la licitud o ilicitud de la obra enlazada o, en su caso, de la puesta

⁷ Vid. MAEZTU, D, "Enlaces y el concepto de comunicación pública. Caso GS Media", www.derechoynormas.com, 8 de septiembre de 2016.

⁸ Vid. SUÑOL LUCEA, A, "Enlaces profundos y derechos de propiedad intelectual en sentido estricto", www.almacendedderecho.org, 23 de septiembre de 2016.

⁹ Tras la publicación de la STJUE, de 13 de febrero de 2014, algún autor como SÁNCHEZ ARISTI, "La provisión de enlaces en internet y el derecho de puesta a disposición del público (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 13 de febrero de 2014, en el Asunto C-466/12 [Caso Svensson])", P.e. i. *revista de propiedad intelectual*, nº 46 (enero/abril 2014). quiso hacer valer la presunción de que el hipervínculo que dirija a un sitio web distinto de la página web donde la obra haya sido puesta a disposición del público con permiso del titular, deberá entenderse que la misma ha sido ubicada en este nuevo emplazamiento sin permiso del titular.

a disposición del público sin la debida autorización del titular supone una injerencia en el normal funcionamiento de internet que, en todo caso, debe evitarse.

En consonancia con lo anterior parece derogarse *ad hoc* la aplicabilidad del artículo 15 de la Directiva 2000/31/CE, para prestadores de mera transmisión, caching y alojamiento de datos a los que no se les impone una obligación general de supervisión¹⁰. A nivel nacional, dicha doctrina supone la inaplicación práctica del artículo 17 LSSI, precepto en el que se establece que el prestador de servicios no tiene un deber general de vigilancia.¹¹ Aun habiéndose ampliado el concepto de conocimiento efectivo por parte de la jurisprudencia del TS¹² español, quien ha considerado que el prestador de servicios no sólo tiene conocimiento efectivo de la ilicitud cuando recae una resolución judicial o administrativa, sino que puede tenerlo igualmente cuando la ilicitud es evidente por sí misma o ha existido una notificación fehaciente y fundamentada por la parte afectada, establecer a priori la presunción de que el enlazador que tiene ánimo de lucro tiene conocimiento efectivo de la ilicitud de las obras a las cuales enlazan entiendo que ocasiona problemas interpretativos y, por consiguiente, una enorme dosis de inseguridad jurídica para los enlazadores que tengan ánimo de lucro.

En cuanto al régimen de responsabilidad atribuido a la persona que provee un hipervínculo que dirige a obras puestas a disposición en sitios web de terceros, cabe preguntarse qué ocurre cuando el enlace se coloca por parte de un usuario en un foro administrado por una persona que tiene ánimo de lucro. Según MAEZTU el pronunciamiento del Tribunal es claro en el sentido de que el responsable es la persona que provee el enlace a la obra y serán las condiciones de éste las que deberán estar sujetas a análisis¹³. No obstante, me surgen dudas acerca de si el administrador del foro no tendrá un régimen de responsabilidad de segundo orden, en virtud de la doctrina del conocimiento efectivo y su concordancia con el régimen jurídico establecido en el artículo 17 LSSI.

A nivel interno, la consideración de que proveer un enlace suponga un acto de comunicación pública en el sentido del artículo 3, apartado 1, de la Directiva 2001/29, no es una cuestión meramente teórica. Los titulares de derechos de autor que consideren vulnerados los mismos como consecuencia de la provisión de enlaces a obras de su

¹⁰ Vid. AUREA LUCEA, S, "Enlaces profundos y derechos de propiedad intelectual en sentido estricto", www.almacendedderecho.org, 23 de septiembre de 2016.

¹¹ Vid. TORRES LÓPEZ, J, "La consideración de los enlaces como actos de comunicación pública (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 13 de febrero de 2014, en el asunto C-466/12 [Caso Svensson])", *Cadernos de Dereito Actual*, nº 2, Diciembre 2014, y MINERO ALEJANDRE, G, "Are hyperlinks covered by the right to communicate works to the public? The Svensson Case", *Queen Mary Journal of Intellectual Property*, 2014, Vol 4(4).

¹² Vid. STS, Sala de lo Civil, Sección 1º, de 9 de diciembre de 2009 y STS, Sala de lo Civil, Sección 1º, de 18 de mayo de 2010.

¹³ Vid. MAEZTU, D, "Enlaces y el concepto de comunicación pública. Caso GS Media", www.derechoynormas.com, 8 de septiembre de 2016.

titularidad, además de las acciones civiles que la Ley de Propiedad Intelectual les atribuye¹⁴, pueden ejercitar paralelamente las acciones penales en defensa de sus derechos de propiedad intelectual. En este sentido, el artículo 270¹⁵ del Código Penal impone penas de prisión que oscilan entre los seis meses y los cuatro años y multa de doce a veinticuatro meses al que, con ánimo de obtener un beneficio económico directo o indirecto y en perjuicio de tercero, comunique públicamente una obra¹⁶.

En opinión del Abogado General¹⁷, el titular de los derechos de autor sobre las obras puestas a disposición del público sin su autorización debería ejercitar una acción por vulneración de sus derechos de propiedad intelectual contra la persona que ha realizado la comunicación inicial al público sin su autorización y no contra los enlazadores que facilitan el acceso al sitio web donde la obra ha sido previamente puesta a disposición del público.

En conclusión, el nuevo pronunciamiento del TJUE acerca de la provisión de los enlaces como actos de comunicación pública, lejos de definir el concepto de comunicación pública, lo dificulta¹⁸, generando una indeseada inseguridad jurídica entre los usuarios de internet, quienes pueden ver limitados sus derechos de libertad de expresión e información motivados por la imprevisible respuesta del aparato judicial del Estado.

4. Bibliografía

DE MIGUEL ASENSIO, P, *Derecho privado de internet*, 5º ed, Thomson Reuters, Cizur Menor, 2015.

¹⁴ Vid. Artículo 138 y siguientes del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Propiedad Intelectual, regularizando, aclarando y armonizando las disposiciones legales vigentes sobre la materia.

¹⁵ Precepto que ha sido objeto de modificación conforme a la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

¹⁶ Estas penas pueden verse agravadas en virtud del artículo 271 del Código penal el cual establece que: <<Se impondrá la pena de prisión de dos a seis años, multa de dieciocho a treinta y seis meses e inhabilitación especial para el ejercicio de la profesión relacionada con el delito cometido, por un período de dos a cinco años, cuando se cometa el delito del artículo anterior concurriendo alguna de las siguientes circunstancias:

- a) Que el beneficio obtenido o que se hubiera podido obtener posea especial trascendencia económica.
- b) Que los hechos revistan especial gravedad, atendiendo el valor de los objetos producidos ilícitamente, el número de obras, o de la transformación, ejecución o interpretación de las mismas, ilícitamente reproducidas, distribuidas, comunicadas al público o puestas a su disposición, o a la especial importancia de los perjuicios ocasionados.
- c) Que el culpable perteneciere a una organización o asociación, incluso de carácter transitorio, que tuviese como finalidad la realización de actividades infractoras de derechos de propiedad intelectual.
- d) Que se utilice a menores de 18 años para cometer estos delitos>>.

¹⁷ Vid, Conclusiones del Abogado General, de 7 de abril de 2016, párrafo 81.

¹⁸ En contra, RAMOS GIL DE LA HAZA, "Sentencias que ponen puertas a internet", www.interiuris.com, 21 de septiembre de 2016, quien considera que con este nuevo pronunciamiento por parte del TJUE, unido a la anterior doctrina establecida en el asunto Svensson, queda establecida la naturaleza jurídica y la responsabilidad de los enlaces, conociendo el usuario en qué momentos y situaciones podrá enlazar legalmente, sin realizar un nuevo acto de comunicación pública o sin incurrir en responsabilidad.

- GARROTE FERNÁNDEZ DÍEZ, I, *El derecho de autor en internet. Los tratados de la OMPI de 1996 y la incorporación al Derecho español de la Directiva 2001/29/CE*, 2º ed, Comares, Granada, 2003.
- MINERO ALEJANDRE, G, "Are hyperlinks covered by the right to communicate works to the public? The Svensson Case", *Queen Mary Journal of Intellectual Property*, 2014, Vol 4(4).
- MAEZTU, D, "Enlaces y el concepto de comunicación pública. Caso GS Media", www.derechoynormas.com, 8 de septiembre de 2016.
- PEGUERA POCH, M, "Tratamiento jurisprudencial de los sitios web que proporcionan enlaces a obras y prestaciones protegidas", *pe. i. revista de propiedad intelectual*, nº 42 (septiembre/diciembre 2012).
- RAMOS GIL DE LA HAZA, A, "Sentencias que ponen puertas a internet", www.interuris.com, 21 de septiembre de 2016.
- SÁNCHEZ ARISTI, R, "La provisión de enlaces en internet y el derecho de puesta a disposición del público (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 13 de septiembre de 2014, en el Asunto C-466/12 [Caso Svensson])", *Pe. i. revista de propiedad intelectual*, nº 46 (enero/abril 2014).
- SUÑOL LUCEA, A, Enlaces profundos y derechos de propiedad intelectual en sentido estricto, www.almacendedderecho.org, 23 de septiembre de 2016.
- TORRES LÓPEZ, J, "La consideración de los enlaces como actos de comunicación pública (Comentario a la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de 13 de febrero de 2014, en el asunto C-466/12 [Caso Svensson])", *Cadernos de Dereito Actual*, nº 2, Diciembre 2014.
- WATHELET, M, *Conclusiones del Abogado General*, de 7 de abril de 2016.

Review of the book *Derechos Humanos y Juventud*, Coordination of Miranda Gonçalves, Rubén, Santiago de Compostela, Xunta de Galicia, 2015, 470 pp.

CAÍQUE PEREIRA SILVA¹

State University of Southwestern Bahia - Brazil

Human rights are essential to ensure that everyone can have the necessary conditions to develop their potential and may have a dignified and free life. That's why the importance of discuss human rights, and that's the reason for that summary exists. The book, *Derechos Humanos y Juventud* is coordinated by Rubén Miranda Gonçalves, has eighteen chapters written by researchers of several parts of the world, with different biases about human rights, and it was a result of the I Scientific International Symposium of Young Researchers, which was funded by the Youth General Directorate and Volunteer of the Junta of Galicia, Spain.

The first chapter, written by André Moysés Gaio and Antônio Pereira Gaio Júnior, "Youth and Fundamental Rights: Brief Reflections Beyond Crime", begins with a reflection on the concept of Human Rights, based in the conceptions of academics like Bobbio, Ferrajoli, Canotilho and Ingo Wolfgang, after this, they problematize the new configuration of the family and how it can affect the society, and points out the fails of the State as institute that was supposed to take care of the youth.

The second chapter, "The Government of Societies and Rights", written by Fábio da Silva Veiga, defends the state intervention in the legislation to protect the agentes like creditors, employees, customers, the public interest or the environment, involved in a relation with a company or society (stakeholders).

The chapter III, "Human Rights and Youth in Asia", by María Fernanda Caballero Martiz, is about the situation of human rights in Asia, focusing in Taiwan and Hong Kong. The author summarizes the history of those two territories with China, and tells how the youth in those places are mobilizing aiming improvements of the human rights with movements like Hong Kong's Yellow Umbrella Protest and Taiwan's Sunflower Movement.

In the chapter IV, "Reflections on Violence", Federico Aznar Fernández-Montesinos affirms that violence is something inherent to human being, and how it is used by them is a problem to the society as a whole. Throughout the text, the author also problematize war and the naturalization of the violence.

Ana Amarín Fernández, in the chapter V, "The Land of a Thousand Hills", talks about the genocide that happened in the Rwanda in 1994 and its peculiarities. Also describes the economic progress that this nation has experienced after the civil war, and discusses the violation of human rights there, in the present days, in areas such as freedom of expression and of the press, education, gender equality and child labor.

In the chapter VI, "The (Non) Application of The Principle of Best Interests of The Child in Institutions of Resocialization of Young People in Conflict with the Law", written by Bruna Uttyama Feliciano, Laura Maria Silva Cortez and Thiago Oliveira Moreira, the authors report how works the system of resocialization of young people with conflict with the law in

Brazil, and state that the principle of the best interests of the child are in the law, but don't actually work in practice, because there are serious violations of human rights in the Brazilian institutions of youth resocialization.

In the Chapter VII, "Human Rights in Asia: Special Consideration to the Death Penalty and the Role of Youth", written by Estefanía Ramos Gómez, the author talks about the death penalty in the constitution of the asian countries, and how the due process are disrespected in the process that condemns someone to that penalty in those countries. Besides, the writer points out the importance to educate the youth people on human rights, once they are considered the key to the abolition of the death penalty, and enumerates some international human rights organizations that work in Asia.

Talking about "The Application of Human Rights in Transnational Corporations", Camila Clarisse Romero Gomes in the chapter VIII, wonders whether human rights are respected in transnational companies, and observes that many of those companies are larger than several countries and potentially as harmful as then. Also, the writer points out the UN efforts to guarantee the human rights in those companies.

Rui Miguel Zeferino Ferreira, in the Chapter IX, "The Social Clause for the Protection of Human Rights and Reflexively Labour Rights", tells that the countries in development can commercializing its products at a low price thanks to a cheap labor force. Cheap products from developing countries bother developed countries which, using the argument of human rights, try to stipulate a international clause that limits the use of labor force, which never worked, since countries like Brazil, India and China argue that this clauses will just provoke more problems and do not respect the reality and cultural aspects of those nations. Also the author says that in face of the failure of the social clause, the UN stipulated several guidelines of human labor, and indicates soft laws as a way to prevent the violates of human rights in the work. Concludes talking about the need to create coercive international organizations that force fulfillment of the human rights conventions.

The chapter X, "The Implementation of the European Neighbourhood Policy on Human Rights, Democracy and Constitutional States: The Case of Ukraine", written by Violeta Morquecho Cobas, details how works the European Politics of Neighbourhood, especially the one that applies to the Ukraine. The author indicates that the politics are effective in some aspects, like the economic one, but more efforts need to be applied in other aspects, especially in the improvement of the human rights there.

In the chapter XI, "The Vulnerability of Young Prostitutes Integrated in the Drug Trafficking", written by Guilherme Augusto Sousa Godoy, the author makes a brief report of the history of the prostitution, then he discusses the drug legalization and also the prostitution legalization, and at the end tries to describe what would happen if both were legalized.

Francielle Vieira Oliveira, in the chapter XII, "Fundamental Rights: What Future After the 2/13 Sentence of the Court of Justice of the European Union? Brief comments", says that the proclamation of the Letter of Human Rights of the European Union was a great advance, due the fact that in the foundation of the EU didn't found explicit reference to protection of human rights. However, throughout the text, the author questions the non-membership of the EU the European Convention on Human Rights, which will be a important limitator of the european power, and a powerfull tool to prevent human rights violation.

In the chapter XIII, "Human Rights of Migrants and Excludent Globalization", written by Victor Scarpa de Albuquerque Maranhão and Thiago Oliveira Moreira, the authors say that

the situation of the migrants in the world are permeated of human rights violations, and they also said that the solution will be the creation of something like the "global citizen", in other words, build a society where every person can have rights regardless theirs nationality.

Larissa Costa Polak and Hellen Oliveira Carvalho in the chapter XIV, The Drug Politics and the criminalization of the brazilian youth, problematize the war on drugs and how it affects, especially, the poor and black brazilian youth, also they discuss how the drugs politics works in Brazil and the possible solutions for the problems related to the drug market.

The chapter XV, "Venezuela and Constitutionalism. When the Ends do Not Justify the Means", written by Rodrigo Andrés Poyanco Bugueño, the author analyze the origins of the "chavismo" in Venezuela, and the constitutional implications of that, indicating that this type of government can lead to serious constitutional injuries.

Rubén Miranda Gonçalves and Cristian Carbajales Neira, in the chapter XVI, "The Self-determination Law as a Human Right of the Saharawi People", the authors address the issues surrounding the geopolitics of the Western Sahara since its colonization to the present times, questioning its relationship with Spain, Morocco and even Mauritania over the years. There is also a discussion of the principle of self-determination of peoples, and the writers also denounce the serious human rights violations that occurred in Western Sahara in this process.

In the chapter XVII, "The Brazilian Rural Universe and Historical Violation of Fundamental Human Rights of Rural Youth", written by Amanda Dias Verrone and Elisabete Maniglia, the authors tell that in the brazilian countryside happens countless human rights violations, the focus of writers are the youth that live there, and the violation related to the education and recreation, and they indicate the importance of the organized social movements.

In the last chapter, "Youth and Human Rights", written by Gabriel Martín Rodríguez, the author makes a brief summary of the history of human rights, from the Middle Ages to the Universal Declaration of Human Rights. Then he talks about the importance of human rights and affirms that there are several kinds of human rights violations, including those made through social media, and points out to the role of the youth in the process towards to a better world.