

Álvaro Sánchez Bravo (Editor)

Sensibilidad, Sociología y Derecho

Libro homenaje al Profesor
Dr. José Alcebiades de Oliveira Junior



AADMS
ASOCIACIÓN DE ACADÉMICOS
DE LA FACULTAD DE DERECHO
DE LA UNIVERSIDAD DE SAN CARLOS
DE GUATEMALA

am

Álvaro Sánchez Bravo (Editor)

SENSIBILIDAD,
SOCIOLOGÍA Y DERECHO

Libro homenaje al
Prof. Dr. José Alcebiades de Oliveira Junior

Sensibilidad, Sociología y Derecho

VV. AA.

Editado por:

Alvaro Sánchez Bravo

elialva@us.es

Impreso en España

ISBN eBook: 978-84-19090-86-7

Maquetación, diseño y producción: Álvaro Sánchez Bravo

© 2021 Álvaro Sánchez Bravo

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización por escrito de los titulares del copyright, bajo las sanciones establecidas por las leyes, la reproducción parcial o total de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de esta edición mediante alquiler o préstamos públicos.

ÍNDICE

APRESENTAÇÃO	13
LAUDATORIA AL PROFESOR JOSÉ ALCEBÍADES DE OLIVEIRA JUNIOR, CON MOTIVO DE SU JUBILACIÓN	15
ESTADO DE DERECHO, INFODEMIA Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA Álvaro A. Sánchez Bravo	23
POR UN NUEVO CONTRATO SOCIAL. DEMOCRACIA, CONSTITUCIÓN Y DERECHOS SOCIALES EN EL ORDEN GLOBAL Alfonso de Julios-Campuzano	67
A APLICAÇÃO DA NÃO JURISDIÇÃO PÓS COVID André Jobim de Azevedo	97
DE LA PERIFERIA A LA CENTRALIDAD. LA CONSTRUCCIÓN DEL ESTADO AMBIENTAL DE DERECHO EN ESPAÑA Antonio Luis Faya Barrios	117
A ATUAÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NAS QUESTÕES DOS DESCA Clovis Gorczewski	141
ANÁLISIS CRÍTICO DEL PODER CONSTITUYENTE David Sánchez Rubio	157

NOTAS SOBRE O COMUM ACORDO COMO MODO DE RESILIÇÃO DO CONTRATO DE EMPREGO NO DIREITO BRASILEIRO E O MUTUO ACUERDO NO DIREITO ESPANHOL. Eugenio Hainzenreder Júnior	185
DERECHO ADMINISTRATIVO. VISIÓN EN ÉPOCAS DE EMERGENCIA. REFERENCIA AL RÉGIMEN URUGUAYO Felipe Rotondo.....	211
LA VULNERABILIDAD DE LAS PERSONAS MAYORES EN TIEMPOS DE PANDEMIA Fernando H. Llano Alonso	235
NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO E LIBERDADE SINDICAL Gilberto Stürmer	253
PANDEMIA, DESIGUALDAD Y VULNERABILIDADES EN ARGENTINA. Gonzalo Salerno.....	283
LA ECONOMÍA CIRCULAR, UNA REALIDAD YA EN FUNCIONAMIENTO Guadalupe Medina	305
POLÍTICA NACIONAL DE MEIO AMBIENTE E INTERAÇÃO SOCIAL NO BRASIL Jacson Roberto Cervi.....	327
CIDADANIA, RECONHECIMENTO E SOLIDARIEDADE: sinais de uma fuga João Martins Bertaso	349

PROPUESTA DE POLÍTICA PÚBLICA PARA LA TUTELA EFECTIVA EN LA PROTECCIÓN DE DEFENSORES DE DERECHOS HUMANOS Y PERIODISTAS: INICIATIVA PARLAMENTARIA DESDE LA ÓPTICA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN LA EXPERIENCIA DE LA LXIV LEGISLATURA DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN DE MÉXICO	
José Luis Leal Espinoza	377
AS TEORIAS DA COMUNICAÇÃO E AÇÃO COMUNICATIVA: UM REPENSAR SOBRE OS NOVOS DIREITOS	
Liton Lanes Pilau Sobrinho.....	393
TRIBUTACIÓN E INGRESOS BÁSICOS: CÓMO MINIMIZAR ALGUNOS EFECTOS DE LA PANDEMIA	
Marciano Buffon	417
HACIA UNA CONVIVENCIA PACÍFICA EN EL CONTEXTO EDUCATIVO UNIVERSITARIO: INSTRUMENTOS Y PROCEDIMIENTOS	
Nuria Belloso Martín Universidad de Burgos	439
IMPLICAÇÕES DA PANDEMIA DO COVID-19 NO MERCADO DE TRABALHO DO BRASIL	
Paulo Cesar Amaral de Pauli.....	461

SENSIBILIDAD,
SOCIOLOGÍA Y DERECHO

Libro homenaje al
Prof. Dr. José Alcebiades de Oliveira Junior



Turin, 22-9-'25

Caro prof. de Oliveira,

Dirigo a lei quello che ho scritto all'amico
prof. Baratta. Sto compiendo 50 anni. Ricordo
libri, articoli, lettere da molte parti. Non
posso rispondere a tutti. Chiedo scusa a lei
colui che non ricevo risposta. Chiedo scusa anche a
lei. Sono molto affaticato. Ogni anno le mie
energie fisiche e mentali declinano. Faccio quello
che posso. Ma quello che ancora posso fare mi
costa molta fatica, e, contemporaneamente, lascio
insoddisfatti molti miei corrispondenti.

Non dovete smentire prima, lo so, ma, a
parte il fatto che leggo con un senso spesso di prole
ghe, ho sempre una certa difficoltà a
leggere scritti (recensioni o saggi o libri) che
si occupano di me. E il più delle volte li ignoro.

Però li ho letti e ho anche preso qualche
appunto. Non esite a dire che lei ha scritto un
buon libro, non solo per la eccellente conoscenza che ha
della mia opera, dai primi anni agli ultimi, sia per
la conoscenza della letteratura secondaria, e dei filosofi del
diritto più giovani: come Scarpelli, Barbato, Quasthoff,
Cotta.

In generale direi che nel parlare di me
è di troppo importante all'analisi del linguaggio,
e ne parlo ancora. Ma ha certo torto anche lei.

mi ha colpito favorevolmente il motto israeli: le et
potestas conservatur. Penso che lei riprende alla fine,
se io dovessi dire quale sia il tema alla fine degli
incontri delle mie riflessioni sul diritto propri
questo dello stretto rapporto fra il diritto e il
potere, a cui sono stato condotto dall'aver insegnato
sia la filosofia del diritto sia la filosofia politica,
di esercizi continuamente esercitati nelle mie lezioni
e nei miei studi sia nella storia del pensiero giuridico
sia in quella del pensiero politico.

Naturalmente questi incontri fra filosofia
giuridica e filosofia politica ~~che~~ si avvenivano a poco a
poco, ed è diventato chiaro anche a me stesso
soltanto negli ultimi anni, quando l'influenza del
pensiero di Kelsen si è avvicinata con quella del
pensiero di Max Weber.

L'analisi del linguaggio e la filosofia
analitica sono il punto di partenza, necessari per
intromporre la tradizione della filosofia del diritto del
positivista e quindi il corso della filosofia del diritto del
giurista, ma non è il punto di arrivo.

La lettura del suo libro mi ha aiutato
a riflettere sul corso dei miei studi e dei miei
pensieri, e a chiarire a me stesso i passaggi da
una fase all'altra della mia opera, come non ~~mai~~ mi era
mai accaduto prima.

Accolgo i miei cordiali saluti, e il mio
più vivo rallegramento per il suo lavoro.

Karl von Popper

APRESENTAÇÃO

Como coordenador do Programa de Pós-Graduação Mestrado e Doutorado em Direito, da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI de Santo Ângelo, externo minha grata satisfação em escrever esta breve apresentação, de uma obra organizada pelo Prof. Dr. Álvaro Sánchez Bravo da Universidade de Sevilha-Espanha. Prof. Álvaro tem sido um parceiro acadêmico, já de longo tempo, de um conjunto de Universidades Brasileiras representadas nesta apresentação. Uma parceria que tem enriquecido tanto as relações de amizade e de fraternidade, quanto àquelas que envolvem as pesquisas acadêmicas conjuntas.

A obra organizada pelo Prof. Álvaro tem por alvo homenagear o Prof. Dr. José Alcebíades de Oliveira Junior. O conjunto das pesquisas abordadas materializa, em alguma medida, o reconhecimento dos amigos e amigas que desfrutaram nos diferentes momentos de sua exitosa carreira acadêmica, do privilégio de compartilhar momentos de conhecimentos. O Prof. Alcebíades, ao longo de sua trajetória acadêmica de pesquisador da Filosofia e da Teoria do Direito, ofereceu e oferece relevantes contribuições à Pós-Graduação em Direito do Brasil e da Espanha.

Em tempos difíceis e complexos como os atuais, a presente e merecida homenagem a este pesquisador das ciências jurídicas, releva o papel da pesquisa e convoca a academia e seu olhar científico para o “mundo da vida”, mais hoje que ontem, já que à Ciência, cabe resistir ao obscurantismo evangelizado dos tempos atuais.

Enfim, ao desejar a todos uma “saborosa” leitura, com densas surpresas narrativas, a presente Obra expressa o devir de uma iniciativa que por certo, fortificará o intercâmbio acadêmico e cultural que estamos trilhando.

Prof. Dr. João Martins Bertaso
Coordenador do Programa de Pós-Graduação - Stricto Sensu - em Direito da URI

LAUDATORIA AL PROFESOR JOSÉ ALCEBÍADES DE OLIVEIRA JUNIOR, CON MOTIVO DE SU JUBILACIÓN

Las buenas relaciones académicas, como los buenos amigos, no entienden de fronteras ni de distancia geográfica. Entre dos países separados por el mar Atlántico, como son Brasil y España, se han forjado, desde hace casi una treintena de años, unas relaciones que superan con creces el ámbito puramente académico, pudiendo hablar con mayúscula de amistad, compañerismo, cariño, solidaridad, colaboración, y gratitud. La lejanía entre ambos países, que en los inicios del camino de la vida académica venía marcada por la inexistencia de internet, de correos electrónicos, de videoconferencias, o de los ahora tan comunes webinar, no constituyó obstáculo para ir forjando unas colaboraciones institucionales y, sobre todo y más importante, personales, que tanta satisfacción nos reportan en el momento presente. Al fin y al cabo, los “laureles” y éxitos académicos poco representan y quedan vacíos de significado si no van acompañados de los momentos vividos, no con las instituciones, sino con las personas que son la imagen humana de tales instituciones.

No resulta fácil escribir unas páginas de un libro en homenaje a la trayectoria académica de una persona. No es fácil cuando tal trayectoria ha venido acompañada de un trabajo incansable, constante y desarrollando una actividad prolífica y muy respetada. Pero, más difícil todavía que resumir en unas líneas los muchos y esforzados años de estudio e investigación, dedicación a la academia, a los estudiantes, a los compañeros y a las instituciones en la que ha desarrollado su periplo profesional, resulta establecer un laudatoria a la persona que está detrás de todos esos logros académicos. Porque junto a la faceta académica está la personal, y José Alcebíades de Oliveira Junior, ha mantenido siempre una talla personal al mismo o superior nivel, de su talla académica.

Lejos de la figura de su homónimo, el militar y político griego Alcebíades, educado por su primo Pericles y que compartió amistad con Sócrates, y del que se ha destacado el contraste entre el talento y la educación recibida, con su deslealtad y falta de escrúpulos al servir, primero a Esparta y, después a Atenas, enemigos irreconciliables, el profesor Alcebíades ha mostrado siempre transparencia y coherencia en sus ideas así como lealtad a las instituciones en que ha desempeñado sus funciones académicas y a su misión de docente universitario.

Fue en septiembre del año 1995 cuando tuve la oportunidad de conocer al profesor José Alcebíades de Oliveira Junior, en la Universidad Federal de Santa Catarina. Mi siempre recordado y muy querido Luis Alberto Warat, a quien tuve la fortuna de conocer en el V Congreso Brasileiro de Filosofía, organizado en la USP por el Profesor Miguel Reale, me invitó a acercarme a la Universidad catarinense y a conocer a sus colegas. Son esos encuentros casuales que dejan una huella en la experiencia vital, como fue en mi caso, al haber podido gozar de la amistad y de las reflexiones siempre provocadoras y agudas de Warat, como seguro que también habrá dejado una impronta imborrable en el Profesor Alcebíades.

Me presentaron al Profesor De Oliveira Junior como un especialista en el filósofo italiano Norberto Bobbio. Bien fuera por ese hilo umbilical de estudio de filósofos europeos o por otras razones, la conexión académica y personal fue excelente. Oliveira Junior siempre ha sido una persona discreta, trabajadora, equilibrada, respetuosa de las ideas o líneas de trabajo de colegas que podían ser muy diferentes a las suyas. Una de las imágenes que tengo grabadas en mi mente es la del Profesor Alcebíades, en una tarde que, aunque ya de noche, con viento y lluvia, me decía que no podía irme de Florianópolis sin ver el famoso puente Hercílio Luz iluminado, puente del que, por supuesto, pude disfrutar de una magnífica vista desde una colina estratégica. Sus líneas de investigación versaban entonces sobre la teoría del derecho kelseniana y la filosofía del derecho bobbiana, en una Universidad en la que la

corriente de los llamados “alternativos” (Derecho alternativo) tenía su fuerza.

Los contactos académicos mantenidos a lo largo de estos más de veinticinco años continuaron gracias a la generosidad académica de Oliveira Junior, quien me invitó a participar de dos libros colectivos que coordinó, respectivamente, en 1997 y en 1998 (*O novo em Direito e Política*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1997; y *O poder das metáforas. Homenagem aos 35 anos de docência de Luis Alberto Warat*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1998), así como en otros eventos y reuniones científicas.

Unos cinco años más tarde, sobre el año 2000, el Profesor Alcebíades De Oliveira Junior, con ocasión de su participación en un Congreso que se celebraba en Moscú, hacía parada algunos días en Madrid, lo que me brindó la oportunidad de poder invitarle a que impartiera una conferencia en mi Universidad de Burgos. Era la época en que Luis Alberto Warat había empezado a trabajar sobre la mediación, temática que también ha cultivado muy acertadamente el Profesor De Oliveira Junior.

Ha sido una colaboración desde la distancia, con diversos encuentros presenciales a lo largo de los años en Congresos, Seminarios, Jornadas, bien fueran en Brasil o en España (Sevilla, Burgos).

Las instituciones en las que el Profesor Alcebíades ha desarrollado sus actividades académicas son de las más prestigiosas de Brasil (Universidade Federal de Santa Catarina, Universidade Federal de Rio Grande do Sul), volviendo finalmente a la Universidad en la que se formó, la Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI, Santo Ângelo. Su visión internacionalista ha estado presente en sus actividades como gestor, en cuanto integrante del conjunto de professores fundadores do CDEA - Centro de Estudos Europeus e Alemães, Porto Alegre, -en colaboración con la UFRGS - PUC de RS-.

La Teoría del Derecho, la Filosofía y la Sociología del Derecho han sido las materias principales en las que se han centrado sus investigaciones. A ello hay que sumar, además de la mediación y el arbitraje, el Derecho Constitucional y los Derechos fundamentales, debiendo destacarse el meritorio capítulo de la obra colectiva "Direitos Fundamentais das Pessoas em situação de rua", que fue galardonada, en el año 2015, con el 57 Prêmio Jabuti, en la categoría de Derecho. Y es que el Profesor Alcebíades ha tenido siempre una especial sensibilidad con respecto a los colectivos vulnerables.

Investigador principal de varios Grupos de Investigación (Direitos Fundamentais e Novos Direitos e Sociologia Judiciária, y Clínica de estudos interdisciplinares sobre o Direito, a Justiça e o Poder Judiciário), coordinador general do Projeto de Extensão Mediação: uma alternativa à judicialização -SAJ- UFRGS - y editor Jefe de la Revista *Cadernos do Programa de Pós-Graduação em Direito* de la UFRGS -en la que, como siempre, tuvo la amabilidad de invitarme a publicar algunos artículos-, son sólo algunos de los muchos méritos que integran un curriculum académico, trabajado con solvencia y rigor.

La carrera académica universitaria, en la última década, se ha tornado excesivamente burocratizada, despertando en no pocos profesores un temor a que el tiempo, siempre escaso del que se dispone para la adecuada preparación y actualización de sus clases, para la atención a los estudiantes, para desarrollar la investigación y para una pausada lectura de tantas publicaciones valiosas que van viendo la luz, se tenga que concentrar en tareas administrativas. Se produce así un contraste entre la Universidad clásica, que conocimos de estudiantes y que alumbró nuestros primeros años cuando entramos a formar parte de la comunidad académica, con la Universidad actual. Cada una tiene sus defectos y sus virtudes, pero no cabe duda de que algunas de las esencias características de esa comunidad de saber, de la verdadera Universidad, era la clase magistral, en la que el profesor transmitía

sus conocimientos sobre un determinado tema, como un verdadero *magister*. En las ocasiones en que he podido asistir a la impartición, bien fuera de alguna clase, conferencia o ponencia, el profesor De Oliveira Junior ha puesto de relieve ese especial talento de saber comunicar, de transmitir su conocimiento a todos aquéllos que le escuchaban. No todos los grandes investigadores están dotados de esa habilidad para transmitir su conocimiento.

Lo realmente relevante cuando un profesor cruza el umbral de su jubilación es poder reconocer en muchos de quiénes ahora, o bien continúan la vida académica y son brillantes jóvenes docentes o investigadores, o en operadores jurídicos que en sus actuaciones descubren esa impronta que con las clases de Teoría del derecho y de Filosofía del derecho se ha pretendido dejar: la incansable búsqueda de la justicia, la solidaridad hacia los demás, la defensa de la libertad, el argüir límites contra el poder, la inteligencia de saber aplicar principios jurídicos que permitan salvar normas injustas, el inculcar el interés por los desheredados del mundo. Esa es la mayor satisfacción que se puede tener, en percibir en quiénes has formado, que esa semilla de lucha por la justicia, ha sido entendido, ha germinado y se expandirá en todas las acciones y actos presentes y futuros que lleven a cabo.

Lejos de quien se regodea contemplando sus medallas y distinciones, sus reconocimientos y premios, todos ellos méritos que quedarán en un cajón olvidados, la satisfacción del docente reside en lo que ha podido transmitir a todos esos miles de estudiantes que, a lo largo de sus años, han seguido sus clases y sus materias. También con todo aquello que en su actividad investigadora haya podido aportar al conocimiento y a la sociedad. El profesor Alcebíades viene a representar con creces esa vocación docente e investigadora. Ha sabido aunar ambas facetas, articulando esa imagen que corresponde a un “profesor de Universidad” en mayúsculas. Enseñanza, conocimiento, rectitud,

virtud, son algunos de los términos que bien pueden compendiar su magisterio.

La jubilación no es el fin de la vida, no equivale a una “muerte civil”, y menos para un profesor cuya afán por el conocimiento, la avidez por la lectura, la emoción al descubrir una obra motivante, el deseo de seguir aprendiendo y, a la vez, comunicándolo, enseñando, continuará intacta.

La vida tiene sus tiempos y sus etapas. El paso del tiempo es inexorable. Pero lo importante es haber sabido aprovechar sus emociones, sus experiencias, los encuentros que la vida universitaria favorece para descubrir amistades que durarán siempre, de compartir el dolor por aquéllos que ya no están, de sentirse apoyado, comprendido, escuchado en los momentos duros que siempre los hay. Si se ha vivido plena e intensamente todo ello, cuando llega el momento de retirarse, poder volver la vista atrás y contemplar el periplo vital con satisfacción, proporciona la serenidad y paz de espíritu tan ansiada y buscada a lo largo de la vida. Estoy convencida que el profesor Oliveira Junior es uno de esos afortunados, que se siente en paz cuando echa la vista atrás del camino recorrido y, sobre todo, se siente querido por todos quienes hemos tenido ocasión de compartirlo con él, en algunos tramos. Pero Alcebíades debe saber, que su camino no ha concluido, y que aún tiene mucho que aportar. Y que sus amigos y compañeros, seguiremos caminando junto a él durante, confiemos, un largo trayecto.

Concluyo con un breve poema del insigne poeta español, Manuel Machado, para el MAESTRO, mi estimado Alcebíades.

Caminante, son tus huellas
el camino y nada más;
Caminante, no hay camino,
se hace camino al andar.
Al andar se hace el camino,

y al volver la vista atrás
se ve la senda que nunca
se ha de volver a pisar.
Caminante no hay camino
sino estelas en la mar.

Y con dos últimas estrofas de una canción de Joan Manuel Serrat

Todo pasa y todo queda
Pero lo nuestro es pasar
Pasar haciendo caminos
Caminos sobre la mar

Nunca perseguí la gloria
Ni dejar en la memoria
De los hombres mi canción
Yo amo los mundos sutiles
Ingrávidos y gentiles

Nuria Belloso Martín
Hospital del Rey, Burgos
Julio, 2021

ESTADO DE DERECHO, INFODEMIA Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN EN LA UNIÓN EUROPEA

Prof. Dr. Álvaro A. Sánchez Bravo.
Facultad de Derecho. Universidad de Sevilla.

Al querido Mestre, Amigo e, sobre tudo Irmão, Jose Alcebiades de Oliveira (Jr), “garrapato nas cadeiras”.

1. INTRODUCCION

En un Estado de Derecho, todos los poderes públicos actúan siempre dentro de los límites fijados por la ley, de conformidad con los valores de la democracia y los derechos fundamentales, y bajo el control de órganos jurisdiccionales independientes e imparciales ¹.

Conforme al art. 2 del Tratado de la Unión Europea, “*La Unión se fundamenta en los valores de respeto de la dignidad humana, libertad, democracia, igualdad, Estado de Derecho y respeto de los derechos humanos, incluidos los derechos de las personas pertenecientes a minorías. Estos valores son comunes a los Estados miembros en una sociedad caracterizada por el pluralismo, la no discriminación, la tolerancia, la justicia, la solidaridad y la igualdad entre mujeres y hombres.*”²

¹ COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO Y AL CONSEJO. Reforzar en mayor medida el Estado de Derecho en la Unión. *Situación y posibles próximas etapas*. COM (2019) 163. Bruselas, 03.04.2019, p. 1.

² VERSIÓN CONSOLIDADA DEL TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA. DOUE C 83. 30.03.2010. Igualmente, conforme al art. 49 TUE, el respeto del Estado de Derecho es un requisito para imprescindible para la adhesión a la UE.

No obstante estos importantes valores, acontecimientos en algunos Estados miembros (por ejemplo, los casos de Polonia³ y Hungría⁴) han demostrado la falta de respeto a los mismos, y como la Unión Europea carece de mecanismos adecuados para responder rápidamente a las amenazas a que pueda estar sometida la democracia en un Estado miembro.

El respeto a la democracia y los valores en que se fundamenta constituye, a nivel europeo, el soporte de la confianza entre los Estados y el basamento de la garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos. Los derechos humanos y la democracia se refuerzan mutuamente. Si bien, los sistemas democráticos pueden manifestarse de diferentes formas, todos ellos tienen el común denominador de lograr el respeto de los derechos humanos, ya sean civiles y políticos o económicos, sociales y culturales⁵.

Además, como ha señalado el CESE⁶, *“la Unión Europea no es sólo un mercado común; es una unión de valores comunes...Estos valores, en los que se basa la Unión Europea, constituyen el fundamento de la integración y forman parte de la integridad europea”*⁷.

Pero junto a la democracia y los derechos humanos, el Estado de Derecho constituye uno de los tres pilares de la arquitectura axiológica de la Unión, constituyendo la columna vertebral de las democracias constitucionales modernas, que derivan de las

³ Recomendación (UE) 2017/146 de la Comisión, de 21 de diciembre de 2016, sobre el Estado de Derecho en Polonia que complementa la Recomendación (UE) 2016/1374.

⁴ Recomendación (UE) 2016/1374 de la Comisión, de 27 de julio de 2016, relativa al Estado de Derecho en Polonia

⁵ INFORME ANUAL DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA DEMOCRACIA EN EL MUNDO EN 2015, OPOUE, Luxemburgo, 2016, p. 34.

⁶ Comité Económico y Social Europeo

⁷ Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “El mecanismo europeo de control del Estado de Derecho y los derechos fundamentales”, DOUE C34, 02.02.2017.

tradiciones constitucionales comunes a todos los Estados miembros de la Unión⁸.

Ahora bien, el contenido concreto de los principios y normas que se derivan del Estado de Derecho pueden manifestarse de manera diferente en cada Estado miembro. Inicialmente, los sistemas constitucionales y la estructura del poder judicial de los diferentes Estados Miembros UE, están teóricamente establecidos y dotados de mecanismos para proteger a los ciudadanos de las amenazas que sobrevuele el Estado de Derecho, pero, en la realidad, se ha demostrado que la violación del Estado de Derecho, y demás valores democráticos, puede convertirse en un grave problema. En los casos en que la Unión ha tenido que hacer frente a estas situaciones, no en todos los casos se ha conseguido articular una respuesta eficaz y rápida frente a las amenazas que se han presentado⁹.

2. EL ESTADO DE DERECHO EN LA UNIÓN EUROPEA

Señala Pérez Luño (2003), como *“la idea guía del Estado de Derecho, en el que los derechos fundamentales no aparecen como concesiones, sino como el corolario de la soberanía popular, a través de cuyo principio la ley no sólo implica un deber, sino también un derecho para el individuo. Se cumplía así el axioma a tenor del cual el hombre sólo puede ser libreen un Estado libre, y el Estado sólo es libre cuando se edifica sobre un conjunto de hombres libres”*¹⁰.

Estas esclarecedoras palabras nos indican también como dentro de la UE, y dada su arquitectura organizativa, el Estado de Derecho, reviste una importancia capital, constituyendo un elemento

⁸ COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO Y AL CONSEJO. Un nuevo marco de la UE para reforzar el Estado de Derecho. COM (2014) 158. Estrasburgo, 11.03.2014, p.2.

⁹ Ibidem.

¹⁰ PÉREZ LUÑO, A.E., *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 8º edic., Tecnos, Madrid, 2003, p. 212.

imprescindible para la defensa de todos los derechos y obligaciones que derivan de los Tratados y del Derecho Internacional. Como ha señalado la Comisión, la confianza de todos los ciudadanos y de las autoridades nacionales en los demás ordenamientos de todos los Estados Miembros es crucial para el funcionamiento conjunto de la UE “como un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores”¹¹.

Además no debe olvidarse que estamos hablando de derechos de las personas, no de los gobiernos ni de los Estados Miembros, por lo que la prioridad en su defensa debe ser inmediata¹².

Con anterioridad a que el principio del Estado de Derecho se mencionara explícitamente en los Tratados, fue el Tribunal de Justicia, en su jurisprudencia, el que ha determinado como el Estado de Derecho es la fuente de principios plenamente justiciables aplicables en el ordenamiento jurídico de la UE¹³.

Siguiendo lo establecido por la propia Comisión Europea, y transcribiendo su propia iniciativa, indicar que los principios que pueden incardinarse dentro del Estado de Derecho son los siguientes:

a) El principio de legalidad, que en términos sustanciales implica la existencia de un proceso legislativo transparente, responsable, pluralista y democrático. El Tribunal de Justicia ha confirmado el principio de legalidad como un principio fundamental de la Unión, al afirmar que «[...] en una comunidad de Derecho, debe garantizarse debidamente el respeto de la legalidad»¹⁴.

¹¹ COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO. Un nuevo marco de la UE para reforzar el Estado de Derecho, cit., p. 5.

¹²Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “El mecanismo europeo de control del Estado de Derecho y los derechos fundamentales”, cit.

¹³ ANEXOS de la COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO. Un nuevo marco de la UE para reforzar el Estado de Derecho. COM (2014) 158. Estrasburgo, 11.03.2014, ANNEXES 1 to 2, p. 1.

¹⁴Asunto C-496/99 P, Comisión contra CAS Succhi di Frutta Rec. 2004, I-03801, apartado 63

b) La seguridad jurídica, que requiere, entre otras cosas, que las normas sean claras y previsibles y no puedan modificarse retroactivamente. El Tribunal de Justicia ha puesto de relieve la importancia de la seguridad jurídica al afirmar que, en virtud de los principios de seguridad jurídica y de protección de la confianza legítima, «[...] los efectos de la legislación de la [Unión] deben ser claros y previsibles para quienes están sujetos a ella [...]». El Tribunal declaró también que «[...] el principio de seguridad jurídica se opone a que un acto [de la Unión] entre en vigor antes de su publicación, y que solo podría ser de otro modo, con carácter excepcional, cuando la finalidad que debe conseguirse lo exija y cuando se respeten debidamente las expectativas legítimas de los afectados»¹⁵.

c) Prohibición de arbitrariedad de los poderes ejecutivos. El Tribunal de Justicia ha declarado lo siguiente: «Sin embargo, en todos los sistemas jurídicos de los Estados miembros las intervenciones de los poderes públicos en la esfera de actividad privada de cualquier persona, sea física o jurídica, han de tener un fundamento legal y estar 1 La primera referencia al Estado de Derecho figura en el preámbulo del Tratado de Maastricht de 1992. El Tratado de Ámsterdam hace referencia al Estado de Derecho en el artículo 6, apartado 1, en términos sustancialmente idénticos a los del actual artículo 2 del TUE. 2 Asunto 294/83, «Les Verts» contra Parlamento Europeo, Rec. 1986, 01339, apartado 23. 3 Asunto C-496/99 P, Comisión contra CAS Succhi di Frutta Rec. 2004, I-03801, apartado 63. 4 Asuntos acumulados 212 a 217/80 Amministrazione del Finanze dello Stato contra Salumi, Rec. 2735, apartado 10. 1 justificadas por las causas previstas en la Ley, y, en consecuencia, dichos sistemas prevén, con diferentes modalidades, una protección frente a las intervenciones que fueren arbitrarias o desproporcionadas. La

¹⁵Asuntos acumulados 212 a 217/80 Amministrazione del Finanze dello Stato contra Salumi, Rec. 2735, apartado 10.

exigencia de esta protección debe, por tanto, ser reconocida como un principio general del Derecho [de la Unión] [...]»¹⁶.

d) Tutela judicial efectiva e independiente, incluido el respeto de los derechos fundamentales. El Tribunal reiteró que «la Unión es una Unión de Derecho cuyas instituciones están sujetas al control de la conformidad de sus actos, en particular, con los Tratados, con los principios generales del Derecho y con los derechos fundamentales». El Tribunal especificó que esto supone, en particular, que «los particulares deben poder disfrutar de una tutela judicial efectiva de los derechos que les confiere el ordenamiento jurídico [de la Unión]». El Tribunal ha precisado claramente que el derecho a dicha tutela «forma parte de los principios generales del Derecho que resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros. Este derecho también ha sido consagrado en los artículos 6 y 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos»¹⁷.

e) Además, por lo que respecta a la relación entre el derecho a un juicio justo y la separación de poderes, el Tribunal declaró expresamente que «[...] el principio general del Derecho [de la Unión] según el cual toda persona tiene derecho a un juicio justo, principio que se inspira en el artículo 6 del CEDH [...] implica el derecho a un tribunal independiente, en particular del poder ejecutivo [...]»⁷. El principio de la separación de poderes, desde luego, es un elemento importante para garantizar el respeto del principio del Estado de Derecho. No obstante, puede adoptar diferentes formas, dados los distintos modelos parlamentarios y los diferentes grados en que este principio se aplica en el ámbito nacional. A este respecto, el Tribunal de Justicia se refería a la separación operativa de los poderes, que implica una tutela judicial independiente y efectiva, señalando que «[...] el Derecho de la Unión no se opone a que un Estado miembro reúna las funciones de legislador,

¹⁶Asuntos acumulados 46/87 y 227/88, Hoechst contra Comisión, Rec. 1989, 02859, apartado 19.

¹⁷Asunto C-583/11 P Inuit Tapiriit Kanatami y Otros contra Parlamento y Consejo, apartado 91; asunto C-550/09 E y F, Rec. 2010, I-06213, apartado 44; asunto C-50/00 P Unión de Pequeños Agricultores Rec. 2002I-06677, apartados 38 y 39.

administrador y juez, siempre que estas se ejerzan respetando el principio de separación de poderes propio del funcionamiento de un Estado de Derecho»¹⁸.

f) Igualdad ante la ley. El Tribunal ha destacado el papel de la igualdad de trato como principio general del Derecho de la UE, señalando que «procede recordar que el principio de igualdad de trato constituye un principio general del Derecho de la Unión, consagrado por los artículos 20 y 21 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea»¹⁹²⁰.

La labor jurisprudencial desarrollada por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, confirma como estos principios no son requisitos meramente formales y procedimentales, o hasta cosméticos, como pretenden algunos y algunos Estados, sino que son el instrumento canalizador que garantiza el respeto y cumplimiento de los derechos fundamentales y de la democracia.

Porque la erosión del Estado de Derecho, la gobernanza democrática y los derechos fundamentales constituye una grave amenaza para la seguridad, estabilidad y prosperidad de la Unión. Como señala el Parlamento Europeo, *“la definición de los valores y principios fundamentales es un proceso permanente y dinámico, y, que si bien dichos valores y principios pueden evolucionar con el tiempo, deben protegerse frente al cortoplacismo y los cambios ad hoc resultantes de la sucesión de diferentes mayorías políticas”*²¹.

Como indicamos anteriormente la Unión Europea no se encuentra en su mejor momento. Fenómenos de diversa etiología e

¹⁸Asunto C-279/09 DEB, Rec. 2010, I-13849, apartado 58.

¹⁹Asunto C-550/07 P Akzo Nobel Chemicals y AkrosChemicals contra Comisión, Rec. 2010 I-08301, apartado 54.

²⁰ ANEXOS de la COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO..., cit., pp. 1-2.

²¹ Parlamento Europeo. INFORME con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el establecimiento de un mecanismo de la Unión para la democracia, el Estado de Derecho y los derechos fundamentales, 2015/2254 (INL), 05.04.2016, p. 5.

intensidad contribuyen a esta situación. Por un lado, un deficiente sistema institucional y normativo que carece de contundencia para resolver estas cuestiones, o que como veremos posteriormente, solo actúa en casos de violación “persistente y grave”. A nivel de los Estados miembros, algunas democracias han girado, bien desde sus gobiernos, bien desde sus parlamentos, hacia posiciones extremas, de corte nacionalista y autoritarias, comprometiendo gravemente el respeto de los derechos fundamentales en sus territorios. Por otro lado, la Unión europea vive una crisis sanitaria planetaria²², y muchas decisiones adoptadas frente a la pandemia cuestionan nuestro sistema democrático y los valores que fundamentan la Unión, y generan graves disensiones entre los Estados miembros, e incluso, con algunas organizaciones internacionales.

Todo esto ha puesto a prueba los valores y la solidaridad de la Unión. Frente a estos desafíos, es esencial salvaguardar los valores comunes de la democracia, los derechos fundamentales y el Estado de Derecho²³.

Ante esta realidad, y el hecho que algunos Estados nieguen que el respeto de los principios y valores de la Unión sean una obligación derivada de los Tratados o que la Unión tenga poder para obligar a su cumplimiento, da un paso más y propone, y sobre la base del art. 295 TFUE²⁴, la elaboración de un Pacto de la Unión sobre la Democracia, el Estado de Derecho y los Derechos Fundamentales, que incluyan elementos preventivos y correctores, y se apliquen a

²² Sánchez Bravo, A., “Estrategia ambiental europea de recuperación pos-Covid: Plan Verde”, en Sánchez Rubio y Sánchez Bravo (ed), Temas de teoría y filosofía del derecho en contextos de pandemia, Dykinson, Madrid, 2020.

²³INFORME DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES Informe de 2015 sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. COM (2016) 265. Bruselas, 19.05.2016, p. 2.

²⁴ El Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión llevarán a cabo consultas recíprocas y organizarán de común acuerdo la forma de su cooperación. A tal efecto y dentro del respeto de los Tratados, podrán celebrar acuerdos interinstitucionales que podrán tener carácter vinculante.

todos los Estados miembros, así como a las tres instituciones fundamentales de la Unión.

La Comisión acogió con satisfacción el objetivo general de la Resolución, que consiste en garantizar que los valores comunes de la UE se apliquen y se respeten. La Comisión considera, no obstante, que es preciso hacer el mejor uso posible de los instrumentos existentes, evitando los solapamientos. Una serie de agentes e instrumentos existentes ya aporta un conjunto de medios complementarios y eficaces para promover y defender los valores comunes. La Comisión seguirá valorando y aprovechando esos medios. Una de las ideas subyacentes del Parlamento fue hacer que los diferentes datos e informes existentes sobre la situación de los derechos fundamentales en los Estados miembros sean más accesibles y visibles, también en el ámbito nacional. La Comisión acogió con satisfacción esta idea, ya que otros muchos agentes -incluidos el Consejo de Europa y su Comisión de Venecia, la Agencia de los Derechos Fundamentales de la UE (FRA) y las ONG- recogen información sobre el Estado de Derecho, la democracia y los derechos fundamentales en los Estados miembros²⁵.

La Comisión Europea publicó el 3 de diciembre de 2020, el Primer Informe a escala de la UE sobre el Estado de Derecho²⁶.

Muestra que muchos Estados miembros tienen altos estándares de Estado de Derecho, pero existen importantes desafíos para el Estado de Derecho en la UE. El informe cubre cuatro pilares fundamentales con un fuerte impacto en el Estado de Derecho: sistemas

²⁵ COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES. Informe de 2016 sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, COM (2017) 239. Bruselas, 18.05.2017.

²⁶ COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES. Informe sobre el Estado de Derecho en 2020. Situación del Estado de Derecho en la Unión Europea. COM (2020) 580. Bruselas. 30.09.2020.

nacionales de justicia, marcos anticorrupción, pluralismo y libertad de los medios, y otras cuestiones institucionales relacionadas con los controles y equilibrios esenciales para un sistema eficaz de gobernanza democrática.

Todos los Estados miembros cuentan con marcos jurídicos para proteger la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación, y los ciudadanos de la UE disfrutan de altos niveles de libertad y pluralismo. La libertad de expresión, la libertad y el pluralismo de los medios de comunicación y el derecho de acceso a la información están generalmente consagrados en la Constitución o en el derecho derivado. El pluralismo y la libertad de los medios de comunicación son factores claves para el funcionamiento del Estado de Derecho, la rendición de cuentas democrática y la lucha contra la corrupción.

Su objetivo es ampliar los mecanismos de que dispone la Unión Europea, o una nueva herramienta preventiva y poner en marcha un debate inclusivo y una cultura del Estado de Derecho en toda la UE.

3. ESTADO DE DERECHO Y LIBERTAD DE EXPRESIÓN. DESINFODEMIA

La Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea²⁷, establece en su artículo 11, relativo a la libertad de expresión e información, que: 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión. Este derecho comprende la libertad de opinión y la libertad de recibir o comunicar informaciones o ideas sin que pueda haber injerencia de autoridades públicas y sin consideración de

²⁷ Unión Europea. CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA. (2016/C 202/02). DOUE C 202. 07.06.2012

fronteras. 2. Se respetan la libertad de los medios de comunicación y su pluralismo.

El derecho a la información se basa, como ha señalado la Unesco²⁸, en el derecho más amplio a la libertad de expresión, el cual abarca no sólo el derecho a brindar opiniones e información, sino también el derecho a buscar y recibir este tipo de contenido. En tanto derecho, el acceso la información es particularmente importante en lo que respecta a la información oficial en poder de las autoridades públicas. El objetivo 16 de Objetivos de Desarrollo Sostenible²⁹ llama a todos los Estados miembros de las Naciones Unidas a promover sociedades pacíficas e inclusivas para el desarrollo sostenible, a garantizar el acceso la justicia para todos y a crear instituciones eficaces, inclusivas y que rindan cuentas en todos los niveles. Concretamente, la Meta 16,10 hace referencia a “garantizar el acceso público a la información y proteger las libertades fundamentales, de conformidad con las leyes nacionales y los acuerdos internacionales”.

En el precitado Primer Informe sobre el Estado de Derecho en la UE, en lo relativo a la a libertad de medios y pluralismo, los ciudadanos europeos disfrutaban en general de elevados niveles de libertad y pluralismo en los medios de comunicación. Especialmente durante la pandemia de coronavirus, los medios de comunicación han demostrado ser esenciales para combatir la desinformación. No obstante, el informe plantea preocupaciones sobre la eficacia y los recursos adecuados, así como los riesgos de politización de las autoridades sobre los medios de comunicación en algunos Estados miembros. Algunas evaluaciones de países han identificado casos en los que se han expresado serias preocupaciones con respecto a la presión política sobre los medios.

Por su parte, las autoridades reguladoras de los medios de comunicación son agentes claves para garantizar el pluralismo de los

²⁸ <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf-0000370686>

²⁹ <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/>

medios de comunicación. Al aplicar la regulación específica de los medios de comunicación y las decisiones políticas en la materia, su independencia de los intereses económicos y políticos y la imparcialidad de sus decisiones tienen un impacto directo en la pluralidad del mercado de la independencia política del entorno de los medios de comunicación.

La independencia y competencia de las autoridades reguladoras de los medios de comunicación están establecidas por ley en todos los Estados miembros. Sin embargo, existe preocupación sobre el riesgo de politización de estas autoridades en el caso de Hungría, Malta, y Polonia. También preocupa la efectividad de algunas de estas autoridades nacionales reguladoras teniendo en cuenta los recursos de que disponen, en el caso de Bulgaria, Grecia, Luxemburgo, Rumanía y Eslovenia.

Las vulnerabilidades y los riesgos para el pluralismo de los medios de comunicación aumentan cuando la independencia política se ve amenazada por la falta una regulación que evite las injerencias políticas, o como resultado de normas que permitan a los agentes políticos poseer medios de comunicación.

En los capítulos por países se han identificado una serie de casos en los que las partes interesadas han expresado serias preocupaciones, tales son las situaciones en Bulgaria, Hungría, Polonia, y Malta.

En lo tocante al derecho de acceso la información, además de constituir este una condición previa fundamental para el debate democrático y el control de las instituciones públicas, es de vital importancia para los medios de comunicación y también, de forma más general, para defensa del Estado de Derecho. Se basan en la transparencia de la administración pública y de la toma de decisiones. Este derecho está garantizado en la Constitución o en el derecho derivado en todos los Estados miembros, pero algunos capítulos por país señalan obstáculos o retrasos a la hora de facilitar la

información. Tales son las situaciones en Chequia, Malta y Rumania.³⁰.

Por su parte, el Plan de Acción para la Democracia Europea³¹, surge de la constatación que la democracia en la UE se enfrenta a retos derivados del auge del extremismo, la injerencia electoral, la difusión de información manipuladora y las amenazas contra periodistas.

En una democracia sana y próspera, los ciudadanos pueden expresar libremente sus opiniones, elegir a sus líderes políticos y tener voz sobre su futuro. Los ciudadanos deben poder tomar decisiones electorales en un espacio público donde puedan expresarse libremente diferentes puntos de vista. Los medios de comunicación libres, el mundo académico y la sociedad civil deben poder desempeñar su papel en el fomento de un debate abierto y libre de injerencias maliciosas, ya sean extranjeras o nacionales.

El Plan de Acción para la Democracia Europea se ha concebido para empoderar a los ciudadanos y construir democracias más resilientes en torno a tres pilares fundamentales, entre los cuales se encuentra reforzar la libertad de los medios de comunicación y el pluralismo. A este respecto, en los últimos años la seguridad ha seguido deteriorándose debido a las amenazas, e incluso los ataques físicos y en línea, contra periodistas en numerosos Estados miembros de la UE. Es por ello, que se propondrán un paquete amplio de medidas tendente a garantizar la seguridad de los periodistas frenar el uso abusivo de las demandas contra la participación pública, apoyar el pluralismo de los medios, e incluso, constituir un

³⁰ COMISIÓN EUROPEA. COMUNICACIÓN CONJUNTA AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES. La lucha contra la desinformación acerca de la COVID-19: contrastando los datos. JOIN (2020) 8. Bruselas. 10.06.2020.

³¹ COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES sobre el Plan de Acción para la Democracia Europea. COM (2020)790. Bruselas. 03.12.2020.

sistema de financiación sostenible para proyectos de asistencia jurídica y práctica a periodistas.

El Plan de Acción para la Democracia Europea establece una respuesta global, basada en la labor actual de la UE y firmemente arraigada en los valores y principios europeos. Protege la libertad de expresión y el derecho de las personas a acceder a contenidos legales.

Ahora bien, la situación de pandemia a nivel mundial ha incorporado unas medidas excepcionales que delimitan una nueva realidad en todos los ámbitos. Especialmente a considerar son las medidas excepcionales adoptadas por los Estados para hacer frente a esta situación crítica.

Hay que asegurar la aplicación de las normas de derechos humanos internacionales y regionales relacionados con la libertad de expresión y la privacidad, cuando fallen en casos que involucran las respuestas de los Estados al brote de coronavirus que incidan en la libertad de expresión, la libertad de prensa, el acceso la información, la privacidad y la seguridad de los periodistas.

Cuando se recurre a la facultad de decretar un estado de emergencia para enfrentar la pandemia de coronavirus, los Estados deben cumplir con las exigencias, los criterios y los procedimientos establecidos por los instrumentos legales internacionales y regionales a fin de salvaguardar los derechos fundamentales de los ciudadanos y evitar abusos y arbitrariedades.

En los últimos meses, las autoridades de varios países declararon Estados de emergencia, restringiendo muchos de los derechos fundamentales, tales como la libertad de expresión, el acceso la información y la privacidad. Además, algunos gobiernos han aprobado leyes para combatir la desinformación, y es probable que las autoridades judiciales pronto tengan que fallar en casos relacionados

con la libertad de prensa y la libertad de expresión debido a estas medidas.

Los sistemas de gobierno de las sociedades liberales y democráticas se vieron alterados, al menos de forma temporaria. Se postergaron campañas políticas y elecciones, las sesiones parlamentarias se llevan a cabo con un reducido número de participantes o por videoconferencia, el funcionamiento los órganos de justicia está suspendido o demorado, y el suministro los servicios públicos esenciales se ha visto seriamente afectado. En muchos casos, el derecho a la información ha quedado suspendido, lo que afecta al acceso de los ciudadanos a datos relacionados con las tasas de infección, los sistemas de realización de pruebas, los acuerdos de contratación realizados por el gobierno y el gasto de los fondos públicos durante la pandemia. Los mecanismos institucionales que constituyen la parte medular de los sistemas del Estado de Derecho y sus sistemas de equilibrio de poderes se han visto considerablemente afectados. Ésta una crisis afectado particularmente al ejercicio de la libertad de expresión, la situación en actividad los periodistas y los medios de comunicación y el derecho de los ciudadanos al acceso de la información pública. Muchas disposiciones de emergencia se han utilizado para restringir directamente el ejercicio de los derechos y para introducir más controles dentro de la lógica de la necesidad de proteger la salud pública.

De acuerdo con el derecho internacional, cuando surja una emergencia pública que amenace la vida de las naciones, los Estados pueden tomar medidas que deroguen algunas de las obligaciones y los compromisos relacionados con los derechos humanos, según lo establecido en los instrumentos legales internacionales y regionales, en la estricta medida en que lo exija la situación. En su Declaración del 24 de abril de 2020, sobre derogaciones del pacto en relación con la pandemia del Covid-19, el Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas³² ha establecido que la libertad de expresión y el acceso la información y un espacio cívico donde

³² <https://search.ohchr.org/Documents/HRBodies/CCPR/COVIDstatementSP.pdf>

pueda celebrarse un debate público constituyen garantías importantes para asegurar que los Estados partes que recurran a las facultades excepcionales en relación con la pandemia de Covid-19 cumpla con sus obligaciones seguras normas internacionales y regionales de derechos humanos.

Por su parte el 14 de julio de 2020, el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas³³ exhortaba a todos los Estados a abstenerse de utilizar las leyes de salud pública para restringir el derecho a la libertad de opinión y expresión de manera contraria a sus obligaciones en virtud del derecho internacional, entre otras cosas asegurándose de que todas las medidas adoptadas para contrarrestar las amenazas relacionadas con la salud pública se ajusten plenamente a las obligaciones internacionales en materia de derechos humanos.

La adjudicación de poderes excepcionales, en especial los relacionados con el ámbito el ejercicio de importantes derechos fundamentales, aumenta la necesidad de contar con un sistema sólido de equilibrio de poderes a los efectos de evitar cualquier abuso o arbitrariedad. Además de los mecanismos tradicionales del Estado de Derecho, el derecho a la libertad de expresión y la libertad de información respalda una serie de conclusiones de vital importancia. Esto significa que en vez de apoyar la imposición de limitaciones o condiciones al derecho a libertad de expresión y a la libertad de información, el contexto actual de crisis de salud pública requiere que las autoridades públicas, incluido el poder judicial, brinden protección especial a los diferentes ángulos del ejercicio de ese derecho. Dicho de otra forma, la libertad de expresión y el acceso libre a la información pública deben considerarse como instrumentos poderosos para luchar contra la pandemia y mejorar la salud de la población en las diferentes circunstancias actuales³⁴.

³³ <http://undocs.org/es/A/HRC/44/L.18/Rev.1>

³⁴ UNESCO. Covid-19: El papel de los operadores judiciales y la protección y promoción del derecho a la libertad de expresión. DIRECTRICES. 2020

Estas restricciones a la libertad de expresión se justifican ante la existencia, cuestionada, incluso con virulencia, por algunos sectores sociales y políticos, de un nuevo marco comunicativo que se define como *Desinfodemia*, y que pondría en jaque los esfuerzos públicos y privados en la lucha contra los efectos de la pandemia a escala planetaria.

Las democracias de todo el mundo se enfrentan a una proliferación de información falsa que puede desestabilizar sus instituciones democráticas y socavar la confianza de los ciudadanos. Para hacer frente a la información errónea, la desinformación y las injerencias extranjeras, son necesarias distintas respuestas políticas.

Las medidas para combatir la desinformación deben evitar las prohibiciones generales sobre la difusión de información y evaluar los impactos en la libertad expresión, aplicando siempre el llamado test tripartito (ser establecidas por la ley, perseguir propósitos legítimos, y ser necesarias y proporcionales de una sociedad democrática) para evitar la conformidad con las normas internacionales de derechos humanos.

La Organización Mundial de la Salud (OMS)³⁵, ha enfatizado que el mensaje correcto, en el momento correcto, a través del mensajero correcto, y a través del medio correcto puede salvar vidas; y, por consiguiente, la desinformación por los mensajes incorrectos puede costar vidas. En particular, la OMS usa el término Desinfodemia para referirse al problema de la proliferación masiva de mensajes que hace difícil distinguir entre información y contenido inadecuado (desinformación e información errónea), en el contexto de la crisis sanitaria. Se puede caracterizar como una verdadera “segunda enfermedad” que acompaña a la Pandemia, que es “una sobreabundancia de información, algunas veces precisa, otras

³⁵ <https://who.int/teams/risk-communication/infodemic-management>

no, que dificulta que las personas encuentren fuentes fidedignas y orientación confiable cuando lo necesitan”.

Mientras que la información fortalece, la Desinformación desempodera, al poner en peligro vidas y conducir a la confusión y la discordia.

El problema del contenido falso (engañosos y excesivamente restringido, también conocido como noticias falsas o fake news) va más allá de la pandemia, tomando más relevancia en este contexto.

Según los estándares internacionales de la libertad de expresión, para lidiar con este tipo de contenido deben tomarse en cuenta las siguientes consideraciones:

- Las prohibiciones generales sobre la difusión de información basada en ideas confusas y ambiguas, que incluyan las noticias falsas o e información no objetiva, no son compatibles con los estándares internacionales para las restricciones sobre la libertad de expresión.
- Los agentes estatales no deben realizar, el promocionar, promover ni difundir declaraciones que saben o razonablemente deberían saber que son falsas (desinformación), o que demuestran una indiferencia temeraria por la información verificable (propaganda).
- Los agentes estatales deben, según sus obligaciones legales nacionales e internacionales, y sus funciones públicas, ocuparse de asegurar que difunden información confiable y fiable y, lo que incluya asuntos de interés público, como la economía, la salud pública, la seguridad y el medio ambiente.
- A fin de evitar y desestimular la desinformación, y contrarrestar sus efectos negativos, las autoridades públicas deben promover un entorno de comunicaciones libre, independiente y diverso, incluida la diversidad de medios, asegurar la existencia de medios de

comunicación públicos sólidos, independientes y con recursos suficientes, y adoptar medidas para promover la alfabetización digital y mediática.

Por su parte, la Unesco³⁶ ha advertido que la información falsa se está extendiendo tan rápido como el propio virus. Estas falsedades pueden categorizarse como desinformación (producidas y compartida por motivos maliciosos) e información errónea (cuando las falsedades se difunden sin malas intenciones). Nos encontramos, por tanto, ante una desinfectemia tóxica de desinformación e información errónea.

A este respecto se han señalado algunas directrices relacionadas con la desinformación en la pandemia, y que pueden concretarse en: los agentes estatales deben atenerse de difundir o promocionar declaraciones no verificadas y a veces imprudentes, así como otras afirmaciones nocivas; en el de protección del consumidor, deben restringirse y castigarse las prácticas de curas prometedoras que en realidad constituyen un fraude; cualquier esfuerzo del gobierno para contrarrestar la desinformación debe basarse en la completa, honesta y creciente comunicación con el público, la promoción y la protección de una prensa independiente, y la corrección cuidadosa y pública de la información errónea que podía llegar a dañar la salud pública; los Estados deben tomar medidas para asegurar un ambiente propicio para el funcionamiento de medios de comunicación independientes y marcos educativos que promuevan la alfabetización mediática, y de alguna manera brindará las presiones herramientas del pensamiento crítico para distinguir entre declaraciones verificables y no verificables; y, las medidas para combatir la desinformación nunca deben impedir que los periodistas y los actores de los medios de comunicación desempeñen su trabajo ni provocar el bloqueo indebido de contenido en Internet. En este sentido, cualquier imposición a los medios de comunicación y a los periodistas para que se base exclusivamente en

³⁶ Unesco: Comunicado “Periodismo, libertad de prensa y Covid-19”. https://en.unesco.org/sites/default/files/unesco_covid-brief-es.pdf

fuentes oficiales para llevar a cabo su actividad informativa representará una interferencia excesiva e injustificada en su derecho de buscar y difundir información libremente.³⁷

En la UE, el Plan de Acción contra la Desinformación³⁸, de diciembre de 2018 expuso cuatro pilares para la lucha de la UE contra la desinformación: 1) Mejora de la capacidad para detectar, analizar y exponer la desinformación. 2) Refuerzo de las respuestas coordinadas y conjuntas, por ejemplo, mediante el sistema de alerta rápida de la UE. 3) Movilización del sector privado para combatir la desinformación. 4) Aumento de la sensibilización y la capacidad de respuesta de la sociedad.

Por mandato del Consejo Europeo de marzo de 2020, y con el fin de atajar la desinformación y reforzar la resiliencia de las sociedades europeas, la Comisión Europea ha presentado el 10 de junio de 2020 una iniciativa para luchar contra y la desinformación en torno a la pandemia de coronavirus, que viene acompañada de una enorme oleada de información falsa o engañosa, incluso con tentativas de agentes externos de influir en los ciudadanos y debates en la UE³⁹.

Esta crisis, constituye una prueba que ha puesto de manifiesto cómo se desenvuelven la Unión Europea y sus sociedades democráticas ante el reto de la desinformación. Los siguientes aspectos son elementos claves para conseguir una UE más fuerte y resiliente. Seis argumentos articulan la iniciativa europea:

³⁷ <http://undocs.org/es/A/HRC/44/49>.

³⁸ COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES. La lucha contra la desinformación en línea: un enfoque europeo. COM (2018) 236. Bruselas. 26.04.2018. <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/code-practice-disinformation>

³⁹ COMUNICACIÓN CONJUNTA AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES La lucha contra la desinformación acerca de la COVID-19: contrastando los datos. JOIN/2020/8. Bruselas. 10.06.2020)

Comprender. Es importante distinguir entre contenido ilegal y contenido pernicioso, pero no ilegal después, las fronteras son difusas entre las diversas formas de contenido falso o engañoso: desde la desinformación, que se define como deliberada, a la información errónea, que puede no ser intencionada. Es necesario, por tanto, calibrar la respuesta a cada uno de estos retos. Por otra parte, hay que facilitar más datos para escrutinio público y mejorar las capacidades analíticas.

Comunicar. Durante la crisis, la UE ha ido incrementando su labor para informar a los ciudadanos sobre los riesgos e intensificar la cooperación, otros agentes internacionales con el fin de combatir dicha desinformación. Agentes externos y determinados países terceros, en particular a Rusia y china, han participado en operaciones de influencias y campaña de desinformación en la UE, su vecindad y en todo el mundo.

Cooperación. Ha sido una piedra angular de la lucha contra la desinformación. De un lado con el parlamento europeo y el consejo y entre las instituciones de la UE y los Estados miembros, estableciendo canales como el Sistema de Alerta Rápida y el Dispositivo de la UE de Respuesta Política Integrada. Por otro lado, con socios internacionales, terceros países y a través de la Red de Cooperación para la Protección de los Consumidores.

Transparencia. La Comisión Europea ha seguido de cerca las acciones de las plataformas en línea con arreglo al Código de Buenas prácticas en materia de Desinformación.

Garantizar la libertad de expresión y el debate democrático plural. Es un elemento crucial para nuestra respuesta a la desinformación. La comisión continuará controlando el impacto de las medidas de emergencia adoptadas por los Estados miembros en el contexto del coronavirus, en la legislación y los valores de la UE. La crisis demostró el papel de los medios de comunicación libres e

independientes como un servicio esencial que aportan a los ciudadanos información fiable y verificada, y contribuye a salvar vidas.

Empoderar y sensibilizar a los ciudadanos e incrementar la resiliencia de la sociedad. Ello implica permitir a los ciudadanos participar en el debate democrático preservando el acceso a la información y la libertad de expresión, promoviendo medios de comunicación, y la cultura de la información de los ciudadanos, incluido el pensamiento crítico y las cibercompetencias.

4. DE PLATAFORMAS Y NACIONALISMOS DIGITALES

Señala Bartlett (2008), que tenemos una antigua democracia analógica con instituciones, reglas y normas que fueron diseñadas para un mundo offline. Y, por otro lado, contamos con una tecnología digital que no sigue esa misma lógica, así que nos topamos con un problema de incompatibilidad.

Se refuerza de nuevo, por tanto, la ya clásica discusión acerca de los límites y potencialidades de los avances tecnológicos, y su relación con el ejercicio democrático del poder.

Por un lado, se alzan voces manifestando que parecen no haberse tomado en consideración los efectos negativos de la revolución digital cuando se nos prometió que su naturaleza universal horizontal y fácilmente accesible, la haría un idílico espacio de participación ciudadana. La tecnología ha ido avanzando, pero probablemente nosotros los ciudadanos hemos fallado en la correcta consideración de los nuevos entornos tecnológicos. Se pensaba que las leyes abrirían nuevos cauces para participar en las decisiones políticas dando voz y presencia a grupos sociales que hasta el momento disfrutaban de escasa representatividad social y mediática.

Por otro, se asiste entusiásticamente a los avances tecnológicos como modelo liberador de las penurias y limitaciones humanas.

Internet, y las grandes redes de telecomunicaciones, permitirán una verdadera comunidad de comunicación e interacción, contribuyendo a mayores niveles de democratización y de igualdad social.

Ahora bien aquí no caben posiciones pesimistas, ni entusiastas si no entendemos los actores que participan y controlan estos procesos, y si nos encontramos con la paradoja de que pretendiendo defender los derechos de los ciudadanos, los cercenamos apelando a falsos nacionalismos, tutelas estatales y protección de intereses superiores, que, generalmente, ni se explican ni se justifican.

El modelo de negocios en las redes sociales es considerado por una parte de los usuarios como gratis, pero de hecho no lo es. Pagamos con datos y publicidad. Así, como señala, nuevamente, Bartlett (2008), todo incentiva a las compañías a mantenernos enganchados el mayor tiempo posible y a seguir realizando pruebas a escala industrial para captar y mantener nuestra atención. El resultado es una democracia cada vez más incapaz de concentrarse sin consultar dispositivos, lo cual daña nuestra propia capacidad para manejar ideas y argumentos políticos complejos, matizados y elaborados... El contenido populista, emocional y divisivo funciona muy bien en la red porque es más sugestivo para captar nuestra atención y mantenernos leyendo y haciendo clic.

Frente a la idea primigenia de unas redes de comunicaciones abiertas y solidarias, la realidad evidencia como la Red se ha convertido en un campo de batalla, de lucha por el poder, entre corporaciones titulares de las tecnologías y oligarquías estatales neoimperiales.

Y a ello se une el hecho de que los propios Estados y las corporaciones usan las redes digitales para sus fines propagandísticos propios, muchas veces con mensajes extremistas y sensacionalistas, cuando no abiertamente falsos. Aunque hay una cierta sensación de descentralización, la propaganda sigue estando en manos de

quien realmente puede hacerla, ya sea los Estados, gobiernos, grupos de poder. Como señala Pablo Sapag M. (2017), la propaganda sólo es efectiva si se hace de forma profesional y quienes tienen capacidad de hacer propaganda no son los individuos son las organizaciones, ya sean estatales o de otro tipo.

Señala Plaza López (2018) que de los cinco “países” más grandes del mundo, Facebook, WhatsApp, China, India e Instagram, tres son propiedad de una sola corporación. Estas grandes corporaciones que detentan un poder superior al de muchos países, no deben sin embargo rendir cuentas ante la sociedad, no fueron elegidos por sus usuarios, y, por tanto, están excluidos del control democrático propio de los Estados de derecho.

Por su parte, la hegemonía de Google desde comienzos del siglo XXI ha propiciado lo que Shosana Zuboff (2020) denominó “capitalismo de vigilancia”. A partir de ese momento, las grandes plataformas tecnológicas comenzaron a liderar el ejército de “guardianes de acceso” que hoy deciden sobre la libertad de expresión en las redes.

Incluso, las grandes empresas tecnológicas se han unido en un consorcio (Partnership on AI)⁴⁰ cuya misión, al menos la oficial, es estudiar y formular las mejores prácticas en tecnologías de IA. La realidad, es que actúan como un grupo de presión a la búsqueda de normas, y ausencia de ellas, que puedan beneficiar a sus intereses asegurándose así su participación en las cumbres internacionales y universidades referentes en la investigación sobre la materia.

De esta forma, se presentan ante la opinión pública como empresas responsables, comprometidas con el uso correcto de las nuevas tecnologías lo cual le garantiza aún más, la aprobación de los usuarios. No obstante, como ha señalado Markou (2021) nos encontramos ante un teatro de ética de la industria de la inteligencia

⁴⁰ <https://www.partnershiponai.org/annual-report-2020/> Consultado el 14 de febrero de 2021.

artificial: un intento de lavado de cara ante la invocación de la ética, de que pocas tecnologías escapan. Por tanto, no debemos aceptar el escenario en el que los gobiernos y los ciudadanos confíen solamente en las potestades de autorregulación de estas empresas sólo porque diga que se comprometen a actuar éticamente, de forma responsable o de cualquier otra forma atrayente que consiga distraer a los ciudadanos.

Más contundente ha sido el Relator del Informe de la Cámara de los Comunes del Reino Unido⁴¹ (2019), Damian Collins, al señalar que a estas empresas no se les debe permitir comportarse como pandilleros digitales en el mundo online, bajo la consideración de que están por delante y más allá de la ley.... La democracia está en riesgo debido al ataque de desinformación malicioso e implacable contra los ciudadanos.... Necesitamos un cambio radical en el equilibrio de poder entre las plataformas y las personas. La era de la autorregulación debe llegar a su fin. Los derechos de los ciudadanos deben establecerse por ley y exigir que las empresas tecnológicas se adhieran a un código de conducta en una ley parlamentaria revisada por reguladores independientes.

En el ámbito UE, el Plan de Acción contra la Desinformación de diciembre de 2018 expuso cuatro pilares para la lucha de la UE contra la desinformación: 1) Mejora de la capacidad para detectar, analizar y exponer la desinformación. 2) Refuerzo de las respuestas coordinadas y conjuntas, por ejemplo, mediante el sistema de alerta rápida de la UE. 3) Movilización del sector privado para combatir la desinformación. 4) Aumento de la sensibilización y la capacidad de respuesta de la sociedad.

En octubre de 2018, Facebook, Google, Twitter y Mozilla, así como asociaciones comerciales que representan a las plataformas en línea, el sector de la publicidad, y los anunciantes firmaron el Código de Buenas Prácticas como instrumento autoregulatorio para

⁴¹ Digital, Culture, Media and Sport Committee Disinformation and 'fake news': Final Report Eighth Report of Session 2017-19

combatir la desinformación. Microsoft se adhirió al Código en 2019⁴²; el mismo año en que se han presentado los, hasta el momento presente, primeros informes de autoevaluación⁴³.

El 16 de marzo de 2020, Facebook, Google, LinkedIn, Microsoft, Reddit, Twitter y YouTube emitieron una declaración conjunta

⁴² COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES. La lucha contra la desinformación en línea: un enfoque europeo. COM (2018) 236. Bruselas. 26.04.2018. <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/code-practice-disinformation>

⁴³ Desde enero, todas las plataformas han avanzado con relación a la transparencia de la propaganda política y su divulgación en bibliotecas que ofrecen herramientas útiles para analizar el gasto en propaganda de los agentes del panorama político de la UE. Facebook ha adoptado medidas para garantizar la transparencia de la publicidad relativa a cuestiones sociales, mientras que Google y Twitter necesitan ponerse al mismo nivel.

Los esfuerzos para garantizar la integridad de los servicios han contribuido a reducir el alcance de los intentos de manipulación dirigidos a las elecciones de la UE, pero es necesario que las plataformas expliquen mejor el modo en que el desmantelamiento de bots y cuentas falsas ha limitado la difusión de la desinformación en la UE. Google, Facebook y Twitter declararon mejoras en el análisis de la colocación de anuncios para limitar las prácticas malintencionadas de ciberanuelo y reducir los ingresos publicitarios de quienes difunden la desinformación. No obstante, no se ha avanzado lo suficiente en la creación de herramientas para mejorar la transparencia y la fiabilidad de los sitios web que albergan anuncios.

A pesar de los logros, todavía hay aspectos que se deben mejorar. Todas las plataformas en línea deben ofrecer información más detallada que permita detectar a los agentes malintencionados y a los Estados miembros objeto de su actividad. Además, estas plataformas deben incrementar su colaboración con los verificadores de información y capacitar a los usuarios para que detecten mejor la desinformación. Finalmente, las plataformas deben ofrecer a la comunidad investigadora un acceso significativo a los datos, coherente con las normas de protección de datos personales. A este respecto, la reciente iniciativa de Twitter para liberar conjuntos de datos relevantes con fines investigadores abre el camino para facilitar la investigación independiente en torno a las operaciones de desinformación de agentes malintencionados. Además, la Comisión insta a las plataformas a que pongan en marcha sus políticas relativas a la transparencia de la propaganda política de cara a las próximas elecciones nacionales.

Annual self-assessment reports of signatories to the Code of Practice on Disinformation 2019. <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/annual-self-assessment-reports-signatories-code-practice-disinformation-2019>

https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/IP_19_2914 Consultados el 25 de marzo de 2021.

sobre su compromiso de combatir la información falsa relacionada con el coronavirus⁴⁴.

No obstante, estas medidas, la realidad evidencia como las actividades adoptadas por las empresas no son suficientes para luchar contra la información falsa. Si bien las donaciones financieras para mecanismos de verificación de datos y para los medios constituyen una ayuda importante, estas cantidades suelen ser todavía bastante pequeñas en comparación con las ganancias globales de estas empresas. Además, Estas donaciones tampoco logran compensar las pérdidas de ingresos que contengan sufriendo los medios de comunicación, una tendencia que, desafortunadamente, precedían a la crisis actual⁴⁵.

Por su parte, como indicado anteriormente, los Estados con el fin de adoptar medidas para contrarrestar la pandemia Covid-19 de la manera más rápida y eficiente posible, han recurrido a "poderes de emergencia" y han declarado el estado de emergencia. Se trata de regímenes especiales desarrollados para afrontar situaciones excepcionales de crisis, donde emergencia, urgencia y necesidad de las medidas a tomar requieren procedimientos rápidos que derogan el funcionamiento normal del Estado democrático basado en controles y equilibrios y el pleno disfrute de derechos y libertades fundamentales.

Por su propia naturaleza, dichos regímenes plantean un riesgo, y la historia europea demuestra que un estado de emergencia puede transformar una democracia basada en el Estado de Derecho y

⁴⁴ En una publicación en Twitter, Facebook ha asegurado que tanto Microsoft, Reddit, LinkedIn, Google, YouTube y Twitter, están colaborando frente al Covid-19. "Estamos ayudando a millones de personas a mantenerse conectadas al tiempo que combatimos conjuntamente el fraude y la información errónea sobre el virus, elevamos el contenido autorizado en nuestras plataformas y compartimos actualizaciones críticas en coordinación con las agencias gubernamentales de atención médica de todo el mundo". <https://www.expansion.com/economia-digital/companias/2020/03/17/5e709ef4e5fdea42598b465c.html> Consultado el 30 de marzo de 2021.

⁴⁵ Unesco (2020 a)

derechos fundamentales en un régimen totalitario, opresivo y agresivo⁴⁶.

Desde el punto de vista tecnológico parece consolidarse una tendencia a lo que podría denominarse de nacionalismo digital. Este aspecto es especialmente interesante, dado que, en lugar de proteger a los usuarios, la aplicación de esta soberanía nacional al ciberespacio ha propiciado que las autoridades nacionales tomen medidas enérgicas contra los derechos humanos, sin tener en cuenta las objeciones de la sociedad civil local y la comunidad internacional. A este respecto, China se constituye como el pionero en este campo y el peor abusador mundial de la libertad de Internet; no seguido muy de lejos por Rusia.

Pero, lo alarmante es que este tipo de prácticas ser exclusiva de los regímenes más represivos del mundo, sino que los países de todo el espectro democrático están estableciendo sus propias fronteras digitales en una señal de que la confianza en la Internet abierta se está desgastando.

Sirva como ejemplo la disputa sostenida por la administración norteamericana, bajo mandato del Presidente Trump contra Tik Tok, ByteDance y Tencent. Estados Unidos se une así, entre otros, a China, India y Rusia, países que bloquean o han amenazado con cerrar Internet, o crear el suyo propio; y hace cada vez más difícil diferenciar si las reglas que tratan de imponer se basan en una preocupación legítima de seguridad nacional o son simples expresiones de nacionalismo. Como indica Vega (2020), el claroscuro papel que representan las grandes tecnológicas en nuestras vidas no se soluciona con acciones unilaterales improvisadas, y la clase política no parece preparada para acoplar a la sociedad los grandes cambios que las empresas están imponiendo. Los representantes

⁴⁶

[https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/651343/IPOL_BRI\(2020\)651343_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/651343/IPOL_BRI(2020)651343_EN.pdf)

BRIEFING. Requested by the LIBE committee. Monitoring Group on Democracy, Rule of Law, Fundamental Rights. The Impact of Covid-19 Measures on Democracy, the Rule of Law and Fundamental Rights in the EU. Consultado el 17 de febrero de 2021.

políticos parecen estar de acuerdo en que las grandes compañías tecnológicas constituyen un problema social que hay que acotar. Pero su capacidad y preparación para encontrar una solución es escasa.

Bajo el sugerente título de La Libertad en la Red, Freedom House (2020) ha elaborado un completo informe donde constata como los gobiernos de todo el mundo han utilizado la pandemia como cobertura para expandir la vigilancia en línea y la recopilación de datos, censurar el discurso crítico único y construir un nuevo sistema tecnológico de control social. Por su relevancia y pertinencia transcribimos sus resultados.

La pandemia está acelerando un progresivo declive en la libertad global de Internet. Los usuarios estamos experimentando un deterioro generalizado en los derechos y se está contribuyendo a una crisis más amplia de la democracia en todo el mundo. Porque la conectividad no es una conveniencia, sino una necesidad. Como hemos señalado anteriormente, actores estatales y no estatales, en muchos países, ahora están aprovechando las oportunidades creadas por la pandemia para constituir nuevas narrativas consistentes en, censurar el discurso crítico, y construir nuevos sistemas tecnológicos de control social.

Tres tendencias pueden señalarse:

En primer lugar, los líderes políticos han utilizado la pandemia como pretexto para limitar el acceso a la información. Las autoridades, a menudo, han bloqueado sitios de noticias independientes e incluso han perseguido a personas con imputaciones dudosas de difundir noticias falsas. Cuando la realidad es que fueron los propios Estados y sectores privados los que difundieron información falsa engañosa con el objetivo de difuminar los datos exactos, de atraer al público ante respuestas políticas ineficaces y colocar la culpa en los otros. Algunos Estados, incluso cortado la

conectividad para determinados grupos sociales, aumentando con ello aún más las brechas digitales existentes.

En segundo lugar, las autoridades se basaron en la pandemia para justificar la ampliación de los poderes de vigilancia y el despliegue de nuevas tecnologías, que en muchos casos han resultado excesivamente intrusivas. Dichos procesos, a menudo, han carecido de transparencia, supervisión independiente y vías de reparación.

En tercer lugar, hemos asistido un proceso que podemos denominar de “división de Internet”, en una carrera hacia la “soberanía cibernética”, con cada gobierno imponiendo sus propias regulaciones de la red de una manera que restringe el flujo de información a través de las fronteras nacionales.

Llegados a este punto, la razón capital radica en determinar cuál es la responsabilidad de cada uno de estos dos sectores en disputa en lo tocante a garantizar la lucha contra los contenidos considerados inadecuados, y que actuaciones son coherentes e imprescindibles en un Estado de Derecho para salvaguardar la libertad de expresión y los derechos de los ciudadanos.

5. CONTROL VS. CENSURA

Como ha quedado de manifiesto existe información maliciosa, y la lucha contra ella constituye también una obligación de los Estados de derecho. Ahora bien, la cuestión es dilucidar qué mecanismos son los adecuados para ello. A la vista de las medidas excepcionales de los Estados, y la cierta pasividad de las multinacionales de telecomunicaciones, ¿la solución sería el control de la Red?

El acceso a Internet se convirtió en una precondition básica para el ejercicio pleno y efectivo de los derechos de libertad de expresión y libertad de información. De esa forma, la interrupción del

acceso a Internet o a parte de éste, aplicada a poblaciones enteras o a determinados segmentos del público... No puede estar justificada en ningún caso, ni siquiera por razones de orden público o seguridad nacional⁴⁷. Esto también es aplicable a las interrupciones en el acceso a plataformas o servicios en línea específicos. Así, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos⁴⁸, en el caso Ahmed Yildirim c. Turquía, estableció que el bloqueo de la totalidad de un nombre de dominio con el propósito de lidiar con un contenido presuntamente ilegal siempre exige “buscar si hubiera podido adoptarse una medida menos grave”.

En la misma línea, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU⁴⁹, ha establecido que “los mismos derechos que tienen fuera de línea las personas también deberían protegerse en línea, en particular la libertad de expresión, lo que es aplicable independientemente de las fronteras y por conducto de cualquier medio de su propia elección”... al evaluar la proporcionalidad de una restricción a la libertad de expresión en Internet, se debe ponderar el impacto que dicha restricción podría tener en la capacidad de Internet para garantizar y promover la libertad de expresión respecto de los beneficios que la restricción reportaría para la protección de otros intereses.

Específicamente sobre la situación vivida a causa de la pandemia, el Relator Especial de las Naciones Unidas⁵⁰, subrayó lo siguiente:

- En momentos de pandemia mundial, el acceso a Internet es un elemento fundamental de la práctica y la política de salud pública, de la información pública y hasta del derecho a la vida.

⁴⁷ <http://undocs.org/es/A/HRC/35/22>

⁴⁸ <https://ddhh.es/tribunal-europeo-de-derechos-humanos/convenio-europeo-derechos-humanos/libertad-expresion/yildirim-turquia/>

⁴⁹ Resolución de 4 de julio de 2018. A/HRC/38/L.10/Rev.1

⁵⁰ <http://undocs.org/es/A/HRC/44/49>

- Los bloqueos a Internet durante una pandemia afectan a todos los ciudadanos que buscan información confiable. Las restricciones al acceso a Internet en tiempos de una emergencia de salud afectan a todos, desde el nivel más local hasta el nivel mundial.

- La importancia del acceso digital a la información de salud resalta la profunda necesidad de ampliar la infraestructura para, en primer lugar, permitir el acceso.

Como ha señalado Unesco (2020 a) algunas restricciones adoptadas en el contexto de la pandemia han limitado el derecho de las personas para acceder a la información y la capacidad de los medios de comunicación para luchar contra las falsedades.

La libertad de expresión y la libertad de prensa se han limitado a través de leyes propuestas para compartir la desinformación o las noticias falsas. Estas leyes podrían tener como efecto la criminalización de los periodistas, a menudo simplemente por emitir una crítica o comentar sobre debates políticos.

El derecho de acceso a la información se ha visto afectado debido a la suspensión, en algunos casos, del derecho público a solicitar información. Este derecho constituye la otra cara del derecho a la libertad de prensa, y destaca la importancia de que los gobiernos pongan a disposición la máxima información posible. El acceso a Internet es igualmente importante, y, sin embargo, varios países no han logrado remediar los obstáculos preexistentes.

Las intrusiones a la privacidad a través de una vigilancia aumentada (a menudo relacionada con el rastreo de contagios y la aplicación de cuarentenas), son a veces desproporcionadas, y podría correr el riesgo de continuar (permitiendo su abuso para otros fines) mucho después del fin de la pandemia.

El control de la Red, por tanto, es claramente antidemocrática y atenta contra los derechos y libertades de los ciudadanos; siendo,

ante el exponencial desarrollo de las tecnologías, prácticamente imposible. Cuando las medidas jurídicas se hayan adoptado, probablemente las nuevas tecnologías habrán superado el marco regulatorio, y vuelta a empezar. “Sísifo en la era digital”.

Las decisiones unilaterales de los Estados, basadas, en ese nacionalismo cibernético, tienen escaso valor, pero en muchos casos son improvisadas, y más cosméticas que efectivas. A mayor abundamiento, en muchos casos se ha constatado que estas medidas han tenido repercusiones desproporcionadas, y han fallado en cumplir con los requisitos establecidos para la restricción de estos derechos.

Como indica Freedom House (2020), si algo ha constatado la crisis sanitaria mundial es que abordar los retos de un mundo interconectado requiere una coordinación efectiva entre los responsables políticos y la sociedad civil a nivel planetario. Las nuevas instituciones creadas en la era digital pueden manejar problemas transnacionales que no caen claramente bajo la jurisdicción de un solo gobierno garantizando al mismo tiempo que los usuarios de países más pequeños o menos poderosos tecnológicamente reciba la misma protección y atención que sus contrapartes en las grandes democracias.

Por ello considera que el mejor método para evitar el surgimiento de esta soberanía cibernética parece ser el restaurar la confianza en la legitimidad y eficacia del modelo de múltiples partes interesadas existente. Esto significa, visualizar nuevos sistemas de gobernanza de Internet y plataformas que defiendan los principios democráticos de representación y participación populares. Los mecanismos actuales de autorregulación encuentran dificultades cuando el interés público se enfrenta, el interés propio de la industria tecnológica. Si bien, la escala de la discusión internacional, y de las propias plataformas líderes en el sector, dificultan la incorporación de aportes de todos los miembros del público, las organizaciones de la sociedad civil global pueden proporcionar experiencia y

supervisión independientes necesarias para abordar algunos de los problemas que rodean el impacto de las nuevas tecnologías en los derechos humanos.

Las iniciativas futuras sobre la gobernanza de las plataformas y la moderación de contenido deberían ir más allá de la mera transparencia. Tendrá que asegurarse que las deficiencias sistémicas en materia de derechos humanos, señaladas por diversas evaluaciones independientes, se abordan y se reemplazan efectivamente con prácticas y políticas actualizadas de respeto a los derechos para toda la industria de Internet y de las telecomunicaciones.

Por otro lado, resulta de capital importancia determinar cuál es el papel de las redes sociales, y plataformas tecnológicas, especialmente las grandes empresas mundiales, y su papel en la difusión y control de los contenidos de información, incluidos los potencialmente dañinos.

Como ya habíamos indicado parece claro que la simple autorregulación no sirve a estos propósitos; máxime en este contexto. A pesar del compromiso expresado por las grandes empresas de tecnología de abordar adecuadamente la desinformación sobre la pandemia, la falta de una total transparencia hace difícil evaluar hasta qué punto y de formas se maneja este fenómeno. Las empresas de redes sociales redujeron o personal para la moderación de contenido y confiaron en mucha mayor medida en herramientas automáticas. Esto genera preocupaciones sobre la excesiva eliminación del contenido, e incrementa la posibilidad de cometer errores al eliminar contenido legítimo. En particular, deben tenerse en cuenta las siguientes consideraciones: deberán llevarse a cabo una diligencia debida continúa para determinar el impacto de sus políticas de contenidos en los derechos a la salud y a la vida; deben aspirar a la máxima transparencia de sus políticas; y, deben revisar especialmente sus políticas y prácticas para asegurar que los moderadores de contenido están disponibles tan pronto como sea

necesario, teniendo en cuenta depender sólo del automatización puede tener un impacto nocivos sobre los derechos humanos⁵¹.

En consecuencia, se hace capital una adecuada regulación de las grandes plataformas tecnológicas, y evitar que se conviertan en los únicos “guardianes de acceso”, que decidan sobre la libertad de información y expresión en la Red.

La Propuesta de Reglamento sobre un mercado único de servicios digitales⁵², donde se abordará la reforma del código de buenas

⁵¹ Unesco (2020 b)

⁵² (Propuesta de REGLAMENTO DEL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO, relativo a un mercado único de servicios digitales (Ley de servicios digitales) y por el que se modifica la Directiva 2000/31/CE. COM (2020) 825. Bruselas.15.12. 2020.

Las nuevas normas son proporcionadas, favorecen la innovación, el crecimiento y la competitividad, y facilitan la expansión de las plataformas más pequeñas, las pymes y las empresas emergentes. Hay entre los usuarios, las plataformas y las administraciones públicas un equilibrio de responsabilidades que se basa en los valores europeos y pone en el centro a los ciudadanos. Las normas protegen mejor a los consumidores y sus derechos fundamentales online; establecen un sólido marco de transparencia y rendición de cuentas para las plataformas online; e impulsan la innovación, el crecimiento y la competitividad en el mercado único.

La Ley de Servicios Digitales mejora significativamente los mecanismos de eliminación de contenidos ilícitos y protección efectiva de los derechos fundamentales de los usuarios, incluida la libertad de expresión. Además, la Ley introduce una mayor supervisión pública de las plataformas, en particular las que llegan a más del 10% de la población de la UE.

En concreto, esto implica: a) medidas para luchar contra los bienes, servicios o contenidos ilícitos online, tales como un mecanismo para que los usuarios denuncien este tipo de contenidos y para que las plataformas cooperen con “alertadores fiables”, b) nuevas normas sobre trazabilidad de empresas usuarias en los mercados online para ayudar a identificar a los vendedores de bienes o servicios ilegales, c) garantías eficaces para los usuarios, incluida la posibilidad de impugnar las decisiones de los moderadores de contenidos de las plataformas, d) medidas de transparencia para las plataformas online, inclusive sobre los algoritmos utilizados para las recomendaciones, e) obligación para las plataformas muy grandes de evitar abusos de sus sistemas gracias a medidas basadas en el riesgo y auditorías independientes de su gestión de riesgos, f) acceso de los investigadores a los datos clave de las plataformas más grandes a fin de comprender cómo evolucionan los riesgos online, y g) estructura de supervisión adecuada a la complejidad del ciberespacio: los países de la UE desempeñarán el papel principal, con el apoyo de un nuevo Consejo Europeo de Servicios Digitales; en el caso de las plataformas muy grandes, supervisión y ejecución reforzadas por parte de la Comisión.)

https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/new-push-european-democracy/european-democracy-action-plan_es

prácticas sobre desinformación en un marco de corregulación de obligaciones y responsabilidad de las plataformas en línea, constituye en el ámbito de la UE el nuevo camino a delinear en la regulación y control de las actividades de las plataformas tecnológicas.

No se trata de que las plataformas digitales sean meros espectadores ajenos al fomento de los avances en la lucha contra los contenidos ilegales, pero en los Estados de Derecho la palabra última la tiene la Ley. Normas jurídicas que, de manera irrenunciable, deben basarse en el respeto de los derechos humanos universales. De lo contrario la democracia y los Estados de derecho se dejarían arrastrar por los sectores privados, y sus privados intereses; asumiendo éstos las funciones legislativas, sin mandato de los representantes democráticos, generando normas sin transparencia ni responsabilidad.

La regulación de las plataformas (Unesco, 2020 b) debe abordarse con el foco puesto en asegurar las medidas correctivas y la transparencia de la empresa para permitir que el público tome decisiones acerca de la forma y la conveniencia de participar en foros en línea. Las autoridades sólo pueden restringir el contenido en virtud de la orden de una autoridad judicial independiente e imparcial, y según el debido proceso y los estándares de legalidad, necesidad y legitimidad. Si, como señala Freedom House (2020), las plataformas de comunicación digital quieren promover verdaderamente la causa de los derechos humanos en el siglo XXI, el movimiento por la libertad de Internet debe elevar sus ambiciones desde simplemente exigir políticas que respeten los derechos básicos, hasta construir estructuras de gobernanza sólidas que consagran y hacen cumplir esas protecciones.

Asimismo, los Estados deberán atenerse de promulgar leyes o concertar acuerdos que requiera la vigilancia o el filtrado “activo” de

https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/europe-fit-digital-age/digital-services-act-ensuring-safe-and-accountable-online-environment_es Consultado el 2 de marzo de 2021.

contenido, que es incompatible con el derecho a la privacidad y puede ser equivalente a la censura previa a la publicación. Sabemos que los derechos no son ilimitados, pero en los Estados democráticos los límites los marca la ley, tomando en consideración los impactos o riesgos para otros derechos constitucionales amparados.

Porque no deben ser las corporaciones, ni las plataformas, sino las instituciones democráticas y los jueces y Tribunales los que decidan suprimir una información o mensaje que se considere ilegal. En el contexto actual de crisis sanitario global es necesario que las autoridades públicas, a la cabeza las autoridades judiciales, ofrezcan protección especial a las diferentes sensibilidades respecto al ejercicio de los derechos fundamentales a la libertad de expresión y libertad de información.

Establecer censuras previas puede conllevar un grave riesgo para la libertad y el pluralismo, que cuestionen el basamento democrático de las libertades. La situación actual no es sostenible. Debemos constituir Estados de derecho fuertes, con una educación digital que contribuya a fomentar un espíritu crítico respecto a los avances tecnológicos, y que reviertan las tendencias antidemocráticas y censoras en la Red. No sólo es irrenunciable en la hora presente, sino que servirá como freno a posibles ataques futuros que puedan surgir, y ser más peligrosos, ante el imparable avance de las tecnologías digitales futuras.

6. BIBLIOGRAFÍA

ANEXOS de la COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO Y DEL CONSEJO. Un nuevo marco de la UE para reforzar el Estado de Derecho. COM (2014) 158. Estrasburgo, 11.03.2014, ANNEXES 1 to 2.

Bartlett, J. *The people vs, Tech: how the Internet is killing democracy (and how we save it)*, (2018) London: Ebury Press.

COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL CONSEJO Y AL PARLAMENTO EUROPEO SOBRE EL ARTÍCULO 7 DEL TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA - Respeto y promoción de los valores en los que está basada la Unión, COM (2003) 606. Bruselas 15.10.2003.

COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO Y AL CONSEJO. Un nuevo marco de la UE para reforzar el Estado de Derecho. COM (2014) 158. Estrasburgo, 11.03.2014.

COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES. Informe de 2016 sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, COM (2017) 239. Bruselas, 18.05.2017.

COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES. La lucha contra la desinformación en línea: un enfoque europeo. COM (2018) 236. Bruselas. 26.04.2018.

COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO Y AL CONSEJO. Reforzar en mayor medida el Estado de Derecho en la Unión. Situación y posibles próximas etapas. COM (2019) 163. Bruselas, 03.04.2019.

COMISIÓN EUROPEA. COMUNICACIÓN CONJUNTA AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES. La lucha contra la desinformación acerca de la COVID-19: contrastando los datos. JOIN (2020) 8. Bruselas. 10.06.2020.

COMISIÓN EUROPEA. COMUNICACIÓN CONJUNTA AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO EUROPEO, AL CONSEJO,

AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES. La lucha contra la desinformación acerca de la COVID-19: contrastando los datos. JOIN (2020) 8. Bruselas. 10.06.2020.

COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN. Orientaciones sobre las aplicaciones móviles de apoyo a la lucha contra la pandemia de covid-19 en lo referente a la protección de datos. DOUE C 124. 17.04.2020.

Deakin, S. y Markou, C., (2021) *Is Law Computable?: Critical Perspectives on Law and Artificial Intelligence*, London: Hart Publishing.

EUROPEAN PARLIAMENT. BRIEFING. Requested by the LIBE committee. Monitoring Group on Democracy, Rule of Law, Fundamental Rights. The Impact of Covid-19 Measures on Democracy, the Rule of Law and Fundamental Rights in the EU. [https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/651343/IPOL_BRI\(2020\)651343_EN.pdf](https://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2020/651343/IPOL_BRI(2020)651343_EN.pdf) Consultado el 26 de enero de 2021.

Freedom House (2020). *Freedom on the Net 2020. The Pandemic's Digital Shadow*. https://freedomhouse.org/sites/default/files/2020-10/10122020_FOTN2020_Complete_Report_FINAL.pdf Consultado el 4 de marzo de 2021.

Germán M. Teruel Lozano (2020). <https://agendapública.es/censura-redes-sociales-y-pluralismo> Consultado en 21 de enero de 2021.

House of Commons. Digital, Culture, Media and Sport Committee *Disinformation and 'fake news': Final Report Eighth Report of Session 2017-19*. Report, together with formal minutes relating to the report. Ordered by the House of Commons to be printed 14 February 2019.

<https://publications.parliament.uk/pa/cm201719/cmselect/cmcmds/1791/1791.pdf> Consultado el 22 de enero de 2021.

INFORME ANUAL DE LA UNIÓN EUROPEA SOBRE LOS DERECHOS HUMANOS Y LA DEMOCRACIA EN EL MUNDO EN 2015, OPOUE, Luxemburgo, 2016.

INFORME DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES Informe de 2015 sobre la aplicación de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE. COM (2016) 265. Bruselas, 19.05.2016.

Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos. Declaración de 14 de julio de 2020. <http://undocs.org/es/A/HRC/44/L.18/Rev.1> Consultado el 25 de enero de 2021.

Naciones Unidas. Comité de Derechos Humanos. Declaración de 24 de abril de 2020. <https://search.ohchr.org/Documents/HRBodies/CCPR/COVIDstatementSP.pdf>. Consultado el 25 de enero de 2021.

Parlamento Europeo. INFORME con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre el establecimiento de un mecanismo de la Unión para la democracia, el Estado de Derecho y los derechos fundamentales, 2020/2070 (INI), 29.09.2020.

Partnership on AI. www.partnership.org/anual-report-2020. Consultado el 14 de febrero de 2021.

Pérez Bernárdez, C. (2016), “La Unión Europea frente a la erosión del Estado de Derecho: las respuestas jurídico-políticas al caso polaco”, *Revista General de Derecho Europeo*, 40, 49-94.

PÉREZ LUÑO, A.E. (2003) *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 8º edic., Madrid, Tecnos.

Plaza López, J. (2018) ¿Aún podemos evitar que internet se cargue la democracia?, en El País. Retina. https://elpais.com/retina/2018/11/22/tendencias/1542891648_062737.html Consultado el 8 de enero de 2021.

Recomendación (UE) 2016/1374 de la Comisión, de 27 de julio de 2016, relativa al Estado de Derecho en Polonia.

Recomendación (UE) 2017/146 de la Comisión, de 21 de diciembre de 2016, sobre el Estado de Derecho en Polonia que complementa la Recomendación (UE) 2016/1374.

Recomendación (UE) 2020/518 DE LA COMISIÓN de 8 de abril de 2020 relativa a un conjunto de instrumentos comunes de la Unión para la utilización de la tecnología y los datos a fin de combatir y superar la crisis de la COVID-19, en particular por lo que respecta a las aplicaciones móviles y a la utilización de datos de movilidad anonimizados, DOUE L 114. 14.04.2020.

Sánchez Bravo, A. (2017) “Algunas reflexiones sobre la crisis de refugiados en Europa: de la solidaridad a los muros”, en la obra colectiva, edic. a cargo de A. Sánchez Bravo y J. L. Mialhe, Refugiados e Migrações no século XXI: direitos fundamentais e relações internacionais, Belo Horizonte-MG, Arraes Editores.

Sánchez Bravo, A., (2017 b) “Reforzar el Estado de Derecho en la Unión Europea” en Sánchez Bravo A (ed), Derechos Humanos, Ciudadanía y Globalización, Punto Rojo Libros, Sevilla, pp. 170-186.

Sánchez Bravo, A. (2020 a). COVID-19. Impactos y efectos: una reflexión desde el inicio del fin del confinamiento, en Covid-19 e seus paradoxos, en Pilau L. et al., Univali, Itajaí.

Sánchez Bravo, A. (2020 b) “Estrategia ambiental europea de recuperación pos-Covid: Plan Verde”, en Sánchez Rubio D. y Sánchez

Bravo A. (ed), Temas de Teoría y Filosofía del Derecho en contextos de pandemia, Dykinson, Madrid, pp. 79-94.

Sapag M. P. (2017). Siria en perspectiva. De una crisis internacionalmente mediatizada al histórico dilema interno, Ediciones Complutense, Madrid

SERVICIO EUROPEO DE ACCIÓN EXTERIOR (2020). COVID-19 DISINFORMATION. EEAS Especial Report. 2 de diciembre de 2020. <https://euvsdisinfo.eu/eeas-special-report-update-short-assessment-of-narratives-and-disinformation-around-the-covid-19-pandemic-update-may-november/> Consultado el 25 de enero de 2021.

Unesco. (2020 a) Comunicado “Periodismo, libertad de prensa y Covid-19”. https://en.unesco.org/sites/default/files/unesco_covid-brief-es.pdf Consultado el 25 de enero de 2021.

Unesco. (2020 b) Covid-19: El papel de los operadores judiciales y la protección y promoción del derecho a la libertad de expresión. DIRECTRICES. 2020 <https://es.unesco.org/news/protegiendo-libertad-expresion-durante-crisis-covid-19-unesco-publica-directrices-operadores> Consultado el 25 de enero de 2021.

Unión Europea. CARTA DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UNIÓN EUROPEA. (2016/C 202/02). DOUE C 202. 07.06.2012

Unión Europea. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-279/09 DEB, Rec. 2010, I-13849, apartado 58.

Unión Europea. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-496/99 P, Comisión contra CAS Succhi di Frutta Rec. 2004, I-03801, apartado 63

Unión Europea. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-583/11 P Inuit TapiriitKanatami y Otros contra Parlamento y Consejo, apartado 91; asunto C-550/09 E y F, Rec. 2010, I-06213, apartado 44; asunto C-50/00 P Unión de Pequeños Agricultores Rec. 2002I-06677, apartados 38 y 39.

Unión Europea. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asunto C-550/07 P Akzo Nobel Chemicals y AkrosChemicals contra Comisión, Rec. 2010 I-08301, apartado 54.

Unión Europea. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asuntos acumulados 212 a 217/80 Amministrazione delle finanze dello Stato contra Salumi, Rec. 2735, apartado 10.

Unión Europea. Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Asuntos acumulados 46/87 y 227/88, Hoechst contra Comisión, Rec. 1989, 02859, apartado 19.

Unión Europea. VERSIÓN CONSOLIDADA DEL TRATADO DE LA UNIÓN EUROPEA. DOUE C 83. 30.03.2010

Vega, J. Nacionalismo para afrontar el desafío digital, en El País. Retina. https://retina.elpais.com/retina/2020/08/30/tendencias/1598806953_815858.html Consultado el 8 de enero de 2021.

Zuboff, S., (2020) La era del capitalismo de vigilancia. La lucha por un futuro humano frente a las nuevas fronteras del poder, Editorial Planeta, Barcelona.

POR UN NUEVO CONTRATO SOCIAL. DEMOCRACIA, CONSTITUCIÓN Y DERECHOS SOCIALES EN EL ORDEN GLOBAL

Alfonso de Julios-Campuzano
Universidad de Sevilla

1. EL PRINCIPIO SOCIAL Y LA LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA

Un análisis superficial de la historia reciente nos puede llevar a la conclusión de que el gran triunfador de nuestro tiempo es el sistema democrático como forma de organización política. Pero, desafortunadamente, no parece que esta conclusión sea del todo correcta. Cierto es que la democracia moderna -entendida como sistema de organización política que distribuye el poder entre la ciudadanía mediante formas representativas de gobierno- es hoy una realidad triunfante, generalmente extendida más allá del contexto geográfico en que vino a nacer. Pero podemos plantearnos si ese sistema de organización política responde efectivamente a las exigencias de articulación de formas esencialmente democráticas de organización social, esto es, si la democracia es, en nuestros días, un modelo de organización social que obedece a los postulados emancipatorios de libertad e igualdad reales, o si se trata tan sólo una forma de reparto de cuotas de poder entre élites dominantes¹. La democracia capitalista articulada en el sistema de partidos²

¹ El propio Habermas indica la degradación a la que se ve sometida la democracia en nuestro tiempo: "La democracia ya no persigue el fin de racionalizar el poder social mediante la participación de los ciudadanos en procesos discursivos de formación de la voluntad; más bien tiene que posibilitar compromisos entre las élites dominantes" (Habermas, J., *Problemas de legitimación en el capitalismo tardío*, Amorrortu, Buenos Aires, 1975, p. 148).

² Aunque son muchas y variadas las definiciones que se han proporcionado del partido político como fenómeno, nos parece muy sugerente la definición proporcionada por Max

puede entrar en colisión con las exigencias de legitimidad del modelo democrático de organización que identificamos con el Estado social de Derecho, que llevaron a Habermas a referirse a un olvido de la idea de legitimidad en el horizonte político de nuestro tiempo³.

En efecto, en las sociedades contemporáneas la idea de soberanía popular viene siendo desplazada del ámbito político en beneficio de una legitimación técnica⁴ por razón de la eficacia de las decisiones, que son absorbidas por el ordenamiento jurídico en función de un análisis técnico de la repercusión de las medidas en la productividad del sistema capitalista⁵.

El problema de la legitimidad se muestra así como una de las características de nuestro tiempo, pues, en la medida en que el pluralismo procura compatibilizar las crecientes exigencias sociales, políticas y económicas de las sociedades modernas, las decisiones no atienden a las necesidades del Estado contemporáneo, cuya eficiencia presupone rapidez y flexibilidad en el proceso decisorio.

Weber en *The theory of social and economic organization*, The Free Press, New York, 1947, p.407; Cfr. también, Lapalombara, Joseph y Weiner, Myron, *The Origin and Development of Political Parties*, en Lapalombara, Weiner, *Political Parties and Political Development*, Princeton U.P., Princeton, 1966, p. 6. Desde el punto de vista funcional resulta de obligada referencia la definición de Raymond Aron en *Introduction à l'étude des partis politiques* en Association française de science politique, Paris, F.N.S.P., 1949, p. 11: "La organización regular o duradera (o el grupo regular o duradero) de un cierto número de individuos de cara al ejercicio del poder, es decir, bien de la conquista, bien de la conservación del poder".

³ cit. por Pérez Luño, A.E, *Derechos Humanos, Estado de Derecho y Constitución*, Tecnos, Madrid, 1990, p.198.

⁴ Sobre la problemática de la tecnocracia en las sociedades democráticas de nuestro tiempo puede consultarse el volumen colectivo *Tecnocracia e ideología*, Tempo Brasileiro, Rio de Janeiro, 1975.

⁵ Sobre este mismo particular Warat pone de manifiesto que el sistema capitalista necesita de una forma de gobernabilidad sin política, de una simbología meramente retórica de la democracia en la que queden excluidas -por absorbidas pero irresueltas- las demandas sociales. En otras palabras, entiende el autor que la expansión internacional del modo de producción capitalista está intentando generar la convicción de que existe una incompatibilidad funcional -y en cuanto tal irresoluble- entre el desarrollo del capital y la radicalización de la democracia a través del ejercicio pleno del Estado de Derecho (Cfr. Warat. L.A., La ciudadanía sin ciudadanos: tópicos para un ensayo interminable", Revista Brasileira de Filosofia, vol. XLII, abril-junho, 1995, pp. 142-168).

Esto nos revela que todo proceso decisorio ocurre en un espacio social concreto en el que actúan elementos materiales, individuales, actitudes, grupos, clases, sindicatos, influencias y presiones⁶.

La pérdida de valor legitimador del principio de soberanía popular en el horizonte de nuestro tiempo ha vaciado de contenidos materiales las exigencias del Estado moderno en aras de la exaltación de la eficacia que, en el peor de los casos, termina por hacer abdicar al Estado de su misión emancipatoria mediante la inanición de las demandas sociales. Esa fractura entre la clase dirigente y la sociedad tiene también una consecuencia en la dinámica legitimadora del Estado desde el punto de vista de la ciudadanía: ya no importa tanto quien gobierne ni de qué manera lo haga, sino qué resultados se consigan, es decir, se produce un desplazamiento del valor de la ideología en beneficio también de la eficacia, contemplada ya desde el punto de vista individual de los intereses particulares y cuantificada únicamente desde la perspectiva mercantil del bienestar personal. Se consume así la supeditación de los intereses públicos a los ya consagrados apetitos privados.

De este modo, la soberanía popular queda vaciada: desde el poder porque las exigencias materiales han sido desplazadas por la eficacia -que no es más que una coartada de quienes intentan preservar situaciones de dominio-, desde la ciudadanía porque ya no importa que el poder se ejerza legítima -es decir, fundado no sólo en el consentimiento, sino de acuerdo con los valores colectivamente asumidos por la sociedad- y democráticamente -de acuerdo con las exigencias de participación real de los ciudadanos que el principio democrático impone-sino que también aquí el punto de vista imperante es el de la eficacia, de una eficacia interpretada en clave individual, que rechaza la afirmación de valores colectivos y otorga carta de naturaleza a las apetencias y deseos privados de los individuos. El individualismo irrumpe así en el espacio público: es el individualismo del bienestar que disuelve los vínculos de

⁶ Vid. Faria, J.E., *Poder e legitimidade*, Perspectiva, São Paulo, 1978, especialmente pp. 105-114.

solidaridad social y amenaza con convertir lo político en simulacro. Quizá por ello, Byung Chul Han, ha insistido en que el hipercapitalismo de nuestro tiempo se traduce, a la postre, en la alienación definitiva de la banalización y del consumismo que cosifica al ser humano víctima de su propia libertad y despoja al hombre de su dignidad reemplazándola por el valor de mercado⁷.

La eficacia es el nuevo valor de lo público ahora revalorizado y ensalzado desde el confinamiento en lo privado: la ciudadanía otorga su aquiescencia a quien es eficaz en el gobierno, y esa eficacia se mide por la constatación de la salud del mercado; si éste funciona, si los intercambios se multiplican y el dinero circula, la gestión habrá de recibir un *placet* colectivo de los consumidores ciudadanos.

El Estado se subordina a la economía y en este proceso la ciudadanía pierde protagonismo y la legitimidad democrática retrocede en beneficio de una legitimación técnica de las decisiones en términos de análisis coste/beneficio. La ciudadanía conserva, eso sí, una posición última en el proceso de legitimación, pero esta legitimación no es ni fundamento ni justificación, sino únicamente la corroboración de un *status* desvaído de democracia sobre el que el sistema político descansa sus monolíticas e inmóviles estructuras y asienta su propia estrategia de poder que, sobre la eficacia, oculta la realidad más la exclusión, ya sea por razones étnicas, políticas, económicas o culturales⁸.

⁷ Han, B.C., *La sociedad del cansancio*, 2ª edic. ampliada, Herder, Barcelona, 2020, p.117.

⁸ El vaciamiento progresivo de los contenidos democráticos en la estructura estatal es abordado por Touraine, A., *¿Qué es la democracia?*, Temas de Hoy, Madrid, 1994. En los cap. I y II (pp.19-80) se describe la situación de abdicación y de pérdida de la conciencia de ciudadanía. Para Touraine, el mundo moderno sólo puede ser recompuesto desde el sujeto como punto de conciliación entre las tendencias centrífugas de la modernidad. La racionalidad instrumental y las identidades culturales pueden actuar en un mismo sentido. La tarea de la democracia consistirá en hacer posible la unidad y la diversidad, la universalidad y el particularismo; la democracia como liberación exige recuperar la conciencia de ciudadanía y fomentar los cauces de participación, algo que está ausente en las democracias contemporáneas: *"La conciencia de ciudadanía se debilita, bien porque muchos individuos se sientan más consumidores que ciudadanos y más cosmopolitas que nacionales, bien, por el contrario,*

Se produce así una instrumentalización del poder en interés de la clase dirigente que utiliza la estructura del Estado como medio para sus fines particulares y que tiene sus más sólidos cimientos en el despoblamiento del espacio público, en el desinterés de la ciudadanía y en la manipulación de la democracia como forma de dominio de los intereses de los más poderosos. La democracia de partidos es, muchas veces, una promesa incumplida, cuya deficiente realización provoca la indignación de la ciudadanía a medida que se evidencia el carácter oligárquico y la insuficiente cualificación y honestidad de los representantes⁹.

La seducción del consumo, de los pequeños placeres, alimenta este narcisismo del individuo que se aísla para vivir en la inmediatez del goce y el placer que banaliza al propio individuo en la sociedad digital de consumo¹⁰. El individualismo del bienestar se erige en el más firme aliado de la deserción y abandono del espacio público. Toda referencia emancipatoria queda así borrada del discurso político que, a su vez, resulta ser mediatizado por la economía; los valores se desplazan ante la invocación del primado de la competitividad, de la libertad económica o de la eficacia, y la soberanía acaba por encarnar un principio de legitimación del poder establecido: el aval popular se asocia al poder mediante una dinámica de vaciamiento de los contenidos democráticos que no resulta difícil de entender: falto el Estado de estructuras democráticas, los contenidos emancipatorios han sido descartados por exigencias técnicas de eficacia, y la soberanía opera en el reducido espacio político a través de elecciones periódicas como fundamento y

porque cierto número de ellos se sientan marginados o excluidos de una sociedad en la que ya no se sienten participar, por razones políticas, económicas, étnicas o culturales" (pp.22-23).

⁹ Colomer, J.M., y Beale, A.L., *Democracia y globalización. Ira, miedo y esperanza*, Anagrama, Barcelona, 2021, pp.254-256.

¹⁰ En esta era digital, ese narcisismo individualista del consumo desemboca en una alienación mercantilista extrema en la que los propios individuos se convierten en mercancías. Así lo indica Buyng Chul Han: "Vivimos en unos grandes almacenes transparentes en los que nos vigilan y manejan como si fuéramos clientes transparentes" (Han, B.C., *La sociedad del cansancio*, cit., p. 118).

legitimación de la estructura económica que penetra todos los demás ámbitos vitales.

La complejidad del Estado social, su volumen y extensión, hacen del aparato de poder un conjunto de estructuras autónomas que subsiste como sistema independiente de la sociedad y de los ciudadanos. El Estado no es ahora un instrumento de autoorganización, sino que, mediatizado por las relaciones de poder, cae de lleno en el terreno de las pugnas de grupos dominantes, de los tecnócratas, de la clase política y de la burocracia. Esta situación ha provocado una mutación funcional del Estado: ya no es un instrumento de liberación frente a las desigualdades y la arbitrariedad, sino que se erige en sistema independiente, se opone a la sociedad y reniega de una articulación auténticamente democrática de sus estructuras.

El Estado social ha dejado de ser el guardián de las libertades y de la igualdad para convertirse en la barricada donde el poder se atrinchera y resiste frente a los embates de la sociedad. Esta situación ha sido descrita por Habermas. El Estado es desbordado por el poder y termina revelándose la contradicción que el proyecto del Estado social lleva en su seno. Quiso ser un medio, un instrumento para la realización de un proyecto social de emancipación colectiva, y terminó por ser enajenado por la economía capitalista. El Estado quedó aprisionado entre las formas que venía a dominar ahora manifestadas con nuevos ropajes: el capitalismo transnacional, los oligopolios, la burocracia, los tecnócratas... No se sometió a otro poder, pero sí que repartió el poder y acabó por generar en su seno la contradicción entre los principios y la práctica:

"Hoy se ha vuelto visible la contradicción que el proyecto del Estado social como tal lleva en su seno. Su meta sustancial fue liberar formas de vida igualitariamente estructuradas que simultáneamente abriesen espacios para la autorrealización y la espontaneidad individuales; pero con la creación de nuevas formas de

vida el medio 'poder' quedó desbordado. Tras haberse diferenciado como un subsistema funcional más, regido por el medio 'poder', el Estado ya no puede ser considerado como una instancia central de regulación o control, en que la sociedad concentrara sus capacidades de autoorganización. A los procesos de formación de opinión y voluntad colectivas en un espacio público general,..., se enfrenta un subsistema -el subsistema político- que se ha vuelto autónomo, que rebasa con mucho el horizonte del mundo de la vida, que se cierra a toda perspectiva global y que por su parte sólo puede percibir ya la sociedad global desde su propia perspectiva de subsistema"¹¹.

La constatación fáctica de esta realidad conlleva a la vez un reto para quienes practican y teorizan sobre la democracia. Se trata de una exigencia que requiere de respuestas urgentes si queremos recuperar ese horizonte emancipatorio que el modelo normativo del Estado social representa. En este contexto, se hace preciso reformular los parámetros de la democracia moderna, para restablecer el nexo entre el principio social y el democrático que subyace a nuestros modelos constitucionales, cuya vocación regulativa tropieza con la desterritorialización de los procesos económicos, la crisis de la estatalidad, la globalización y el debilitamiento irreversible de la soberanía. La territorialidad ha sido no solo un componente esencial del Estado nación, sino también, históricamente, su mayor activo. Las circunstancias, es evidente, han experimentado un cambio sustancial que se ha acelerado en las últimas décadas a partir de la creciente dificultad de los Estados para controlar los

¹¹ La contradicción del Estado social se pone especialmente de manifiesto en la actualidad, en opinión de Habermas, en el distanciamiento que el Estado ha operado respecto de la sociedad; absorbido por el poder, ya no es un instrumento de autoorganización social sino que se convierte en un subsistema independiente con una lógica propia. El Estado social se libera de los principios que lo hicieron nacer y reclama para sí el papel de actor principal de lo político (Vid. Habermas, J., *El discurso filosófico de la modernidad*, Taurus, Madrid, 1993, p. 427).

flujos económicos y financieros¹². Hacer frente a la realidad de nuestro tiempo requiere una *teoría compleja de la democracia*, capaz de restablecer la relación equilibrada entre sus diferentes elementos y de manejar la complejidad creciente de las sociedades globales del conocimiento¹³.

La actual eclosión populista, que se está convirtiendo en la tendencia dominante de la política democrática, imprime a esta tarea una particular premura: en la medida en que el descontento de la ciudadanía crece, la democracia se debilita y pierde el poder de seducción que otrora exhibía: ya no suscita las adhesiones de antaño y ha perdido el inmenso potencial y la fuerza embriagadora que poseía¹⁴.

2. EL MERCADO GLOBAL Y LA CRISIS DE LOS DERECHOS SOCIALES

La expansión indefinida de los mercados ha traído consigo una crisis del modelo estatal, en la medida en que la quiebra de la alianza entre mercado y soberanía introduce un factor desestabilizador que incide directamente sobre las instancias de producción jurídica. Las nuevas instancias de producción y distribución de los bienes y servicios escapan ya al control de las instituciones estatales: el tiempo del capitalismo desorganizado es, primordialmente, el tiempo del capitalismo desterritorializado; de un capitalismo que ha trascendido más allá de las fronteras estatales y cuyo control resulta inasumible por las insuficientes y anacrónicas instancias nacionales. Se trata de un proceso de suplantación paulatina de las instancias de control públicas-nacionales por nuevas instancias privadas-supranacionales que se traduce en la ruptura de la simetría entre el espacio político y el espacio económico, entre el Estado y

¹² Mounk, Y., *El pueblo contra la democracia. Por qué nuestra libertad está en peligro y cómo salvarla*, 1ª edic., 3ª impr., Paidós, Barcelona, 2019, p. 227.

¹³ Innerarity, D., *Una teoría de la democracia compleja. Gobernar en el siglo XXI*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2020, p. 109.

¹⁴ Runciman, D., *Así termina la democracia*, Paidós, Barcelona, 2019, pp. 83 y 90.

el mercado, que era el presupuesto del gobierno de la economía. La mundialización de la economía provoca su desterritorialización, que propicia una redefinición de los presupuestos, de los actores y de los poderes en torno a los cuales se implementaba hasta ahora el gobierno del sistema económico¹⁵.

El nuevo mercado es ya un macromercado de carácter supranacional cuya propia capacidad autorregulativa desafía continuamente aquella noble aspiración política de la modernidad que hacía del Estado la instancia última de regulación y control. Un modelo que encontraría cumplida respuesta, sin duda, en el Estado keynesiano como culminación de un proceso de racionalización del poder político y económico: el derecho regulador como arquetipo de la decisión pública colectiva y cauce para la realización de la justicia, como garantía de una distribución equitativa de las rentas y como corrector de los desequilibrios internos del propio sistema económico, mediante la tutela de derechos de índole económica y social. La crisis del modelo social ha comportado, paralelamente, una crisis del propio Estado en la medida en que su propia capacidad regulativa queda en entredicho: la fuerza imparable de la desregulación y la liberalización trastoca de continuo el modelo jurídico-institucional vigente, sin que, aparentemente, éste se vea afectado en su vigencia¹⁶.

La intensificación de los flujos comerciales en el ámbito transnacional y la creciente dependencia de los Estados respecto de las corporaciones transnacionales, de las grandes instancias económicas y de las fuerzas que operan en el mercado global tienen consecuencias directas sobre la capacidad de control del Estado, sobre sus iniciativas de gobierno y sus programas políticos. La globalización económica se caracteriza por el debilitamiento progresivo de los controles institucionales del sistema capitalista a nivel

¹⁵ Mercado Pacheco, P., "El "Estado comercial abierto": la forma de gobierno de una economía desterritorializada", en Capella Hernández, J.R. (coord.), *Transformaciones del derecho en la mundialización*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 1999, p. 127.

¹⁶ Cfr. Sánchez Barrilao, J.F., *Pluralismo ordinamental y derecho constitucional: el derecho como relaciones entre ordenamientos jurídicos*, Aranzadi, Cizur Menor, 2021, pp. 39 ss.

internacional provocada por la fragilidad del sistema de *Bretton Woods*: un retorno a la ideología del *laissez faire* agudizado por las consecuencias bárbaras de un capitalismo desterritorializado que opera a nivel global: esta ausencia de control, propiciada por una confianza en la propia capacidad del sistema para autorregularse, se convierte, en realidad, en una seria amenaza para la preservación del sistema de libertades de la sociedad abierta y pluralista¹⁷.

En este contexto, la soberanía se diluye en una compleja red de interdependencias en la que todo queda condicionado y trabado por las fuerzas incontrolables de un mercado global¹⁸. Desde estos parámetros es fácil concluir que la incapacidad de los individuos de intervenir en los procesos de decisión global determina su (in)capacidad para actuar como ciudadanos en el ámbito del Estado, puesto que la interdependencia transnacional de las relaciones económicas sustrae un amplio repertorio de competencias estatales a la decisión democrática. Y esto provoca, también, inevitablemente, una fragmentación de la ciudadanía cuyos derechos de participación y decisión quedan formalmente incólumes, pero fácticamente limitados y reducidos a la mera expresión de una voluntad electoral. No podemos omitir, sin embargo, que las consecuencias de este fenómeno afectan no solamente al *status* activo de la ciudadanía sino que alcanza de lleno a la ciudadanía social: aquella que surge vinculada a una concepción sustantiva de la ciudadanía a partir de la eclosión del Estado social de Derecho.

El retroceso de los contenidos sociales y de las políticas redistributivas determina una erosión profunda del contenido de la ciudadanía de suerte que ésta queda cercenada en beneficio de la

¹⁷ Cfr. Soros, G., *La crisis del capitalismo global. La sociedad abierta en peligro*, Debate, Madrid, 1999, pp. 158 ss. Sobre la pretendida falibilidad del sistema capitalista, Soros rechaza la creencia generalizada de que los asuntos económicos estén sometidos a leyes inexorables como las que rigen el mundo físico y añade que "las decisiones y las estructuras que se basan en esta creencia son desestabilizadoras económicamente y peligrosas desde el punto de vista político" (Soros, G., *La crisis del capitalismo global*, cit., p. 61).

¹⁸ Cfr. Colliot-Théléne, C., *Democracia sin demos*, Herder, Barcelona, 2020, p. 250; Cfr. también, Delmas-Marty, M., *Le pluralisme ordonné*, Seuil, Paris, 2006.

gobernabilidad global del sistema, lo cual entraña la reducción de la ciudadanía a su dimensión estrictamente cívico-política¹⁹. Este proceso de paulatina sumisión del Estado al poder económico transnacional, con la correlativa pérdida de competencias y de control sobre sus políticas en el ámbito interno, reviste diversas formas²⁰. Debe advertirse, entonces, que tras la presunta inevitabilidad de la ortodoxia económica, se ocultan preferencias organizativas y axiológicas que no son en absoluto asépticas, y que la teoría del mercado, nacida para ofrecer un modelo explicativo de la realidad, funciona, frecuentemente, como un paradigma regulativo, un modelo normativo al cual se pretende conformar la realidad²¹. El imperialismo de lo económico y la supremacía consiguiente de la razón instrumental comporta un desplazamiento de la racionalidad teleológica y del discurso de los derechos que, condicionados por los requerimientos técnico-económicos, quedan debilitados. La desterritorialización de los mercados se traduce, a la postre, en un vaciamiento de la democracia.

Afrontar este desafío requiere redefinir la democracia como una forma de organización capaz de trascender la territorialidad estatal y generar formas de gobernanza acordes con nuestro mundo global en un contexto de reciprocidades e interdependencias, pues la vinculación entre la democracia moderna y la forma estatal no es necesaria, sino contingente, y el hecho de que históricamente ambas hayan estado asociadas no significa que la democracia no pueda revestir formas diferentes o darse en otras circunstancias²².

¹⁹ Cfr. Procacci, G., "Ciudadanos pobres, la ciudadanía social y la crisis del Estado del bienestar", en García, S., y Lukes, S. (comps.); *Ciudadanía: justicia social, identidad y participación, siglo XXI de España*, Madrid, 1999, pp. 15-44.

²⁰ Cfr. Amin, S., *El capitalismo en la era de la globalización* (Paidós, Barcelona, 1999); Cfr. también Cavanagh, J., Wysham, D. y Arruda, M. (eds.); *Alternativas al orden económico global. Más allá de Bretton Woods*, Icaria, Barcelona, 1994.

²¹ Ovejero, F., *Sobrevivir al naufragio. El sentido de la política*, Página Indómita, Barcelona, 2020, pp. 276-277.

²² Innerarity, D., *Una teoría de la democracia compleja. Gobernar en el siglo XXI*, cit., p. 436.

3. EL IMPACTO DE LA GLOBALIZACIÓN SOBRE EL CONSTITUCIONALISMO

A la vista de lo anterior, resultaría una evasión injustificable omitir una referencia explícita al impacto del fenómeno de la globalización sobre el ordenamiento constitucional, toda vez que los sistemas jurídicos estatales, nucleados piramidalmente en torno a la Carta Magna como norma suprema del ordenamiento, reciben directamente los embates desestabilizadores del pluralismo iusprivatista del mercado transnacional, ante la implosión regulatoria de la multiplicidad de productores de juridicidad. La quiebra del monismo jurídico que representaba el modelo westfaliano de producción jurídica y la dilución de la soberanía se traduce en la pluralización de los poderes heterogéneos y no jerarquizados como elemento distintivo de la globalización²³. La multiplicidad de instancias productoras de juridicidad se traduce no sólo en la difuminación de los límites entre el derecho público y el derecho privado sino también en una dispersión de las fuentes del derecho, creando niveles de legalidad paralelos, simultáneos o superpuestos que merman y condicionan el alcance normativo del derecho público estatal, a la luz de la creciente influencia de ordenamientos de origen privado en la esfera pública que ha permitido hablar a algún autor de “reprivatización de amplias zonas del ordenamiento jurídico”²⁴.

La inmersión en el terreno del constitucionalismo se nos antoja una labor inexcusable, admitiendo, desde ahora, como presupuesto, que nuestras reflexiones discurrirán por la senda de la perspectiva constitucional, que constituye una de las facetas del Derecho constitucional, cuyo cometido se cifra en la indagación sobre los caminos de superación de las crisis jurídicas, de agotamiento de los órganos e instituciones políticas y constitucionales, proporcionando

²³ Cfr. Colliot-Thélène, C., *Democracia sin demos*, cit., p. 260.

²⁴ Cfr. Sánchez Barrilao, J.F., *Pluralismo ordinamental y derecho constitucional: el derecho como relaciones entre ordenamientos jurídicos*, cit., p. 70. Sánchez Barrilao cita aquí a Paolo Grossi (Grossi, P., *De la codificación a la globalización del Derecho*, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona, 2010).

elementos para la construcción de nuevos edificios normativos acordes con las demandas históricas de una humanidad en mutación²⁵.

El proceso de vaciamiento de las propias estructuras jurídicas estatales conlleva un vaciamiento del propio orden constitucional que queda desprovisto de fuerza normativa para regular las complejas y conflictivas interacciones sociales. Al socaire de la interdependencia cada vez mayor de los procesos sociales, productivos y financieros, las nuevas formas de juridicidad transnacional (formal o informal) e internacional interseccionan con las formas clásicas de la juridicidad estatal. La constitución queda aprisionada, así, por la emergencia de un paradigma jurídico global que torna incontrollables los procesos económicos: la regulación de los mercados se aleja del ámbito público estatal y se desplaza hacia ámbitos privados inaccesibles a un control democrático. Emerge así, un **constitucionalismo mercantil global** cuya esencia es principalmente desreguladora; un constitucionalismo de los grandes intereses económicos transnacionales que es, por su propia configuración, anti-constitucional, pues trata de evadirse a todo control y de blindarse contra toda intervención. De esta suerte, la constitución económica del mercado global brota desde la más pura expresión de los intereses privados a nivel transnacional, incidiendo directamente en los procesos regulatorios de los Estados²⁶.

Estas interacciones sitúan al paradigma jurídico constitucional en una difícil y a la vez falsa dicotomía: la de ignorar esos procesos que trascienden su propio ámbito territorial pero que determinan la aplicabilidad del texto constitucional a riesgo de perder eficacia, o la de someterse a esos nuevos condicionamientos socio-jurídicos de carácter *inter-trans-nacional* e *infra-estatal* para seguir

²⁵ Cfr. Sánchez Barrilao, J.F., *Pluralismo ordinamental y derecho constitucional: el derecho como relaciones entre ordenamientos jurídicos*, cit., pp. 46-47; cfr. también, Colomer Viadel, A., *Constitución, Estado y Democracia en el umbral del siglo XXI*, Nomos, Valencia, 1995, p. 31.

²⁶ Sousa Santos, B. de, *Reinventar la democracia. Reinventar el Estado*, Sequitur, Madrid, 1999, p. 10.

manteniendo un mínimo de cohesión interna del ordenamiento y una razonable pretensión de eficacia normativa. Claro que la opción por esta segunda alternativa no es gratuita, puesto que su articulación normativa reclama el recurso a una serie de técnicas jurídicas no exentas de costo en la preservación de la autonomía del poder político.

Por consiguiente, el texto constitucional debilita los niveles de tutela jurídica para ciertas clases de derechos -aquellos que se vinculan al Estado-providencia por su carácter prestacional- e incrementa el número de normas programáticas cuya articulación intraordenamental resulta imposible de acuerdo con las exigencias del sistema técnico-productivo, lo cual se traduce en una privación de mecanismos de protección jurisdiccional y de defensa ciudadana de los derechos económicos, sociales y culturales consagrados en solemnes proclamas constitucionales.

De la misma manera, la constitución se muestra ahora en este ámbito más proclive a la indefinición, mediante el uso de conceptos jurídicos indeterminados en muchos de sus preceptos, e incorpora redacciones esencialmente abiertas de su articulado, cuya interpretación queda encomendada a la propia gobernabilidad funcional del sistema mediante el correspondiente desarrollo legislativo.

Se hace, entonces, evidente la insuficiencia creciente del modelo político estatal y de su correspondiente estructura jurídica para seguir garantizando niveles aceptables de igualdad material y de justicia social: el contenido prestacional de los derechos queda así fuertemente condicionado por circunstancias externas y se reaviva el debate en torno a la naturaleza constitucional de estos derechos-prestación, desempolvándose en virtud de esta quiebra parcial del modelo jurídico estatal, los argumentos aducidos en el constitucionalismo germano por Ernst Forsthoff y Carl Schmitt. Al privar de vigor constitucional a estos derechos, se vuelve a insistir en que la dimensión social del Estado corresponde al ámbito de la Administración y que constituye una distorsión inadmisiblesu

plena incorporación como derechos constitucionales dotados de una efectiva protección jurídica, subrayándose que la realización de los programas socioeconómicos debe ceñirse estrictamente al terreno político-administrativo y que, por su naturaleza, es enteramente ajeno a la normatividad constitucional, por quebrantar la garantía de igualdad formal inherentes al Estado de Derecho²⁷. Este renacimiento del debate en torno a los derechos sociales encubre en realidad una andanada contra la constitución como paradigma regulativo que asume la tarea de la transformación social, conforme al programa keynesiano en orden a la realización plena de los derechos humanos.

En este escenario, los Estados-nación pierden de manera alarmante su propia capacidad de dirección, de regulación y de control sobre los procesos socio-económicos. Estamos ante una *crisis generalizada del estado-nación*²⁸: el capitalismo ha conseguido liberarse de los grilletes, zafarse de la guardia y esquivar los controles. Libre de trabas, sigue sus propios instintos, dicta sus reglas y dispone la ordenación del mundo. El Estado renuncia a sus pretensiones y se pliega a las de su contricante. Y si la racionalidad económica demanda concesiones, habrá que satisfacer sus exigencias. De este modo, el Estado se convierte en aliado del capitalismo transnacional, se arrinconan los contenidos sociales del programa

²⁷ Pérez Luño, A. E., *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, cit., p. 225. El cuestionamiento de los derechos sociales provoca una desmaterialización, individualización y fragmentación de éstos como consecuencia de la quiebra del modelo regulativo del programa keynesiano. De este modo, como apunta Alonso: "*La subordinación parcial del Estado nacional a los mercados financieros mundiales ha hecho que las políticas sociales de los Estados centrales hayan ido dispersándose y refugiándose en ámbitos locales y municipales, desmigajándose por el territorio en función de las posibilidades políticas y económicas...de instituciones diversas que más que contar con un modelo de razón universal pública y de solidaridad orgánica y normativa para su acción, ahora se legitiman con actuaciones parciales y defensivas de corto o medio alcance (...) En suma, los derechos sociales se han transformado y recompuesto..., en el paso de un modo de regulación fordista..., fundamentalmente industrial y keynesiano, a un modo de regulación postfordista con alta diversificación de productos y mercados*" (Cfr. Alonso, L.E., "Ciudadanía, sociedad del trabajo y Estado de bienestar: los derechos sociales en la era de la fragmentación", en Pérez Ledesma, M. (comp), *Ciudadanía y Democracia*, Editorial Pablo Iglesias, Madrid, 2000, pp. 176-177).

²⁸ Ianni, O., "A política mudou de lugar", en Dowbor, L., Ianni, O., y Resende, P.E.A. (eds.), *Desafios da globalização*, 2ª edic, Vozes, Petrópolis, 1999, p. 17.

keynesiano, y se produce un vaciamiento de la democracia y una instrumentalización de los derechos humanos, cuya precariedad constituye una de las grandes incertidumbres de nuestro tiempo. Y es que, como ha apuntado Capella, esos nuevos fenómenos históricos sintetizados en el término globalización, "desgarran el tejido conceptual de la "teoría política" moderna"²⁹. La teoría política tradicional ha perdido capacidad explicativa ante el empuje de este vasto conjunto de fenómenos que limitan fácticamente el propio ámbito de actuación del Estado como actor principal del orden jurídico-político³⁰.

Conviene, sin embargo, advertir que el sistema económico desafía sus propias exigencias de legitimidad al erigirse en amenaza contra el sistema de libertades de la democracia capitalista. No es ocioso recordar que el nuevo sistema de producción escapa con facilidad, a través de la desterritorialización de los centros productivos, a las pretensiones recaudatorias de los Estados, que se ven abocados, como consecuencia de ello, a una crisis financiera que amenaza los niveles de bienestar social. La descentralización productiva provoca, entonces, una crisis de la sociedad del trabajo que alcanza de lleno a los sistemas de prevención social, haciendo que se resientan los pilares del Estado del bienestar, pues como ha notado Beck, "cuando el capitalismo global de los países más desarrollados destruye el nervio vital de la sociedad de trabajo, se resquebraja también la alianza histórica entre capitalismo, Estado asistencial y democracia"³¹.

El incremento de las expectativas vitales de la población en los países avanzados acrecienta el alcance de la crisis social, pues los

²⁹ Capella, J.R., "Estado y Derecho ante la mundialización: aspectos y problemáticas generales", en Capella Hernández, J.R. (coord.), *Transformaciones del derecho en la mundialización*, cit., p. 104.

³⁰ Capella, J.R., "Estado y Derecho ante la mundialización: aspectos y problemáticas generales", cit., p. 106.

³¹ Beck, U., *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, Paidós, Barcelona, 1998, p. 97. Sobre la fractura entre Estado social, democracia y capitalismo cfr. también Martín, H.P. y Schumann, H., *La trampa de la globalización. El ataque contra la democracia y el bienestar*, 3ª edición, Taurus, Madrid, 2001.

Estados encuentran cada vez mayores dificultades para cumplir con sus obligaciones en materia de pago de pensiones, de financiación de la sanidad y de atención a las personas mayores, lo cual obliga a reducir el costo de prestaciones sociales y la garantía de derechos con traducción inmediata en términos presupuestarios³².

La amenaza a los contenidos sociales es, en definitiva, una amenaza a la libertad política y a la democracia, pues el capitalismo socialmente amortiguado no es una buena obra social, sino un hecho de Ilustración aplicada: "*Se sustenta en el razonamiento de que sólo los hombres que tienen una vivienda y un puesto de trabajo seguro, y con ello un futuro material, son o llegan a ser ciudadanos que se apropian de la democracia y la convierten en algo vivo. La verdad desnuda es ésta: sin seguridad material no puede existir libertad política, ni por tanto democracia alguna*"³³. Estamos, como Lash y Urry han puesto de relieve, ante el fin del capitalismo organizado³⁴.

Desde esta perspectiva, la globalización se nos presenta como un reto al proceso de expansión de la racionalidad occidental que, durante siglos, pugnó por domesticar el poder, la política y la economía a través del derecho y que ahora se ve asediada por el proceso de autonomización de la racionalidad económica. La globalización se caracteriza, justamente por la pérdida de referentes, por la liberación de un sistema económico que repele toda tentativa de control desde el poder político³⁵. La nueva era que se abre ante nuestros ojos se distingue, justamente, por la ausencia de control sobre el sistema económico: la era del capitalismo desorganizado, un capitalismo incontrolado cuya desorganización es sólo aparente, pues encubre todo un entramado normativo que se sobrepone a los ordenamientos jurídicos estatales y que condiciona

³² Mounk, Y., *El pueblo contra la democracia. Por qué nuestra libertad está en peligro y cómo salvarla*, cit., pp. 235-236.

³³ Beck, U., *¿Qué es la globalización? Falacias del globalismo, respuestas a la globalización*, cit., pp. 97-98.

³⁴ Cfr. Lash, S. y Urry, J., *The end of organized capitalism*, Polity Press, Cambridge, 1987.

³⁵ Cfr. Bauman, Z., *Globalização. As consequências humanas*, Zahar, Rio de Janeiro, 1999, p. 67.

drásticamente la efectividad y el alcance de las legislaciones estatales. Es el *laissez faire* a nivel internacional, construido a partir de la fragilidad de los Estados para responder a estos procesos económicos globales.

4. LA CRISIS DEL DERECHO REGULADOR Y DE LA CONSTITUCIÓN DIRIGENTE

Esta flexibilización de lo jurídico en el nivel constitucional se ve gráficamente reflejada con perspicacia en la idea del *derecho dúctil* de Zagrebelsky. Para el profesor de la Universidad de Turín, la transformación de la soberanía estatal determina una transformación del paradigma constitucional que permita su adecuación a las actuales circunstancias del Estado contemporáneo, que se ve constreñido por nuevos procesos que alteran la comprensión original de la soberanía estatal. Entre esos "*factores demoleedores de la soberanía*", como Zagrebelsky los denomina, destacan el pluralismo social y político a nivel interno, la formación de espacios de poder alternativos de ámbito supraestatal que operan en el campo económico, político, cultural y religioso y la progresiva institucionalización de contextos que integran los poderes estatales sustrayéndolos a la disponibilidad de los Estados particulares. La independización del sistema económico y su desbordamiento transnacional revela, con diáfana claridad, la crisis del modelo de Westfalia, basado en la capacidad reguladora del Estado-nación. Como Richard Falk ha mostrado, la estructura político-institucional basada en el orden instaurado tras la paz de Westfalia facilitó el establecimiento de una elaborada arquitectura normativa durante el último medio siglo. La dinámica de la globalización, sin embargo, ha socavado la voluntad y la capacidad de muchos Estados para cumplir sus obligaciones, especialmente en lo referente a los derechos económicos y sociales. La globalización está debilitando las estructuras del Estado especialmente en relación a su capacidad para promover bienes públicos globales, su función tradicional de incrementar la calidad de vida dentro de los límites del Estado y aquella otra más

reciente de asistir y proteger a los más vulnerables dentro de sus fronteras³⁶.

A juicio de Zagrebelsky, el rasgo más notorio del derecho constitucional contemporáneo no es la sustitución radical de las categorías tradicionales, sino la pérdida de centralidad, lo cual comporta una decisiva mutación en el ámbito jurídico-constitucional puesto que la ciencia del derecho público se ve abocada a adecuar sus propias condiciones de trabajo: al estar privada de un punto unificador ya no puede formular sus categorías dotándolas de un significado concreto determinado *a priori*, sino que el significado debe ser construido³⁷. Lejos pues de la afirmación del carácter cerrado, unívoco y predeterminado de las normas constitucionales, parece imponerse la idea de un derecho constitucional en construcción, cimentado sobre un conjunto de materiales normativos flexibles, versátiles y dúctiles que permitan la adaptación a circunstancias cambiantes, acorde con la célebre concepción hartiana de la norma como una textura abierta (*as an open texture*).

¿Qué papel se le reserva entonces al texto constitucional en este nuevo escenario? Siguiendo a Faria³⁸, hemos de reconocer que las nuevas circunstancias socio-económicas y técnico-productivas determinan seriamente el papel del texto constitucional en los ordenamientos contemporáneos hasta el punto de que el modelo de constitución dirigente resulta actualmente inviable. En el periodo de apogeo del *Welfare State* la norma suprema ejercía la doble función de establecer, a) por un lado, un *estatuto organizativo*, que distribuía competencias y establecía procesos en el ámbito del

³⁶ Falk, R., "The challenge of genocide and genocidal politics in an era of globalisation", en Dunne, T., y Wheeler, N.J., *Human Rights in Global Politics*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999, pp. 181 y 190.

³⁷ Cfr. Zagrebelsky, G., *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, Trotta, Madrid, 1995, pp. 10 ss.

³⁸ Cfr. Faria, J.E., *O Direito na economia globalizada*, 1ª reimpr., Malheiros, Sao Paulo, 2000., pp. 33 ss. Para un análisis de las carencias y aporías del modelo de constitución dirigente, cfr. Gomes Canotilho, J.J., "¿Revisar la/o romper con la constitución dirigente? Defensa de un constitucionalismo moralmente reflexivo", *Revista Española de Derecho Constitucional*, Año XV, 43, enero-abril de 1995, pp. 9-23.

derecho estatal, y b) por otro, un *estatuto político*, en el que se determinaban las directrices programáticas y principios constitucionales que debían guiar la acción de legisladores y gobernantes. Sin embargo, en la situación actual, las condiciones sociales determinan un debilitamiento de esta segunda función, agravado fundamentalmente en las dos últimas décadas y especialmente en lo relativo a los derechos económicos, sociales y culturales. Y es que la irrupción de los procesos de producción a escala global y la gradual interdependencia de los mercados financieros y de mercancías determina, sin duda, una nueva fase en el constitucionalismo contemporáneo que se ve absorbido por la fuerza centrípeta de los grandes intereses económicos transnacionales, articulados estratégicamente en estructuras de aliento global cuya capacidad de influir en el desarrollo de las políticas estatales es prácticamente ilimitada.

Por eso, el debilitamiento del Estado y el desbordamiento del ordenamiento jurídico³⁹ alcanza de lleno al texto constitucional, aunque éste siga manteniendo esa apariencia de unidad y concordancia que tan esencial resulta a la propia conformación del Estado de Derecho. Quiero decir, en suma, que el repliegue de las funciones del Estado por obra de la expansión frenética del subsistema económico, alcanza a las cartas constitucionales cuyos contenidos programáticos pierden vigor, condicionados por la gobernabilidad sistémica, cuyas reglas son establecidas por grandes instancias económicas transnacionales. Esto, obviamente, afecta a la fuerza normativa de la constitución, cuyas cláusulas sociales quedan al albur de las fuerzas imprevisibles del mercado, en la medida en que la ausencia de mecanismos efectivos de protección y tutela propicia que legisladores y gobernantes puedan sacrificar el pleno desarrollo de las ya de por sí frágiles demandas constitucionales en beneficio de la competitividad y eficiencia del sistema productivo. Queda, eso sí, incólume el estatuto organizativo diseñado en la constitución, cuyas cláusulas permanecen absolutamente indemnes, al menos desde un punto de vista estrictamente formal. Sería un insuperable ejercicio de candidez pensar que las grandes

³⁹ Cfr. Pérez Luño, A.E., *El desbordamiento de las fuentes del derecho*, La Ley, Madrid, 2011.

estructuras económicas transnacionales no afectan fácticamente al estatuto organizativo estatal; como si los dictados de las grandes instancias supranacionales no incidieran en la distribución competencial que realiza la norma constitucional. ¿Acaso las competencias del poder ejecutivo no quedan condicionadas por vía de hecho por los programas de intervención económica del Banco Mundial y por los proyectos financieros del Fondo Monetario Internacional? ¿Y qué decir de la Organización Mundial del Comercio? ¿Dónde quedan las presiones de las grandes corporaciones y de los *lobbies* transnacionales sobre el diseño de las políticas económicas públicas? ¿No asistimos, también, de *facto*, a una drástica limitación competencial del estatuto organizativo del Estado constitucional?

Este dominio que el sistema capitalista ejerce sobre el espacio político restringe el ámbito público y limita drásticamente el discurso democrático, cercenando con ello la capacidad de la ciudadanía para vertebrar acciones estratégicas y programas políticos específicos. De esta manera, la capacidad decisoria del Estado queda profundamente erosionada al producirse una merma de su capacidad para controlar su propio futuro democrático. Esta disminución de la autonomía estatal abre una brecha entre la dinámica de la economía política contemporánea y el principio democrático según el cual la comunidad política decide su propio futuro⁴⁰. Esto quiere decir, ni más ni menos, que la democracia se convierte en reo del mercado y que la política se diluye ante la intensidad creciente y el empuje irrefrenable de las fuerzas expansivas del capitalismo, lo cual genera una sensación de frustración y desánimo en la ciudadanía que provoca la deserción de ésta del espacio público: *"Se verifica así un ostensivo debilitamiento de la democracia liberal, que es reforzado, por un lado, por los procesos en curso de intensa fragmentación de la sociedad civil (...), y, por otro, por el debilitamiento de los antiguos componentes de identidad y organización colectiva (especialmente los vinculados al mundo del trabajo),*

⁴⁰ Huelga subrayar que esta situación se produce con mayor virulencia en los países subdesarrollados o en vías de desarrollo (Cfr. Held, D., *La democracia y el orden global. Del Estado moderno al gobierno cosmopolita*, Paidós, Barcelona, 1997, p. 166).

*derivado del efecto combinado de la reestructuración global de la producción y de la propia implementación de las reformas económicas neoliberales pro-mercado*⁴¹.

La persistencia de esta situación, en cualquiera de sus manifestaciones, provoca el retroceso del Estado regulador: un modelo de Estado que surge a partir de la segunda posguerra y que se caracteriza por la planificación estatal, por la intervención gubernamental, por la utilización del derecho como instrumento de control, gestión y dirección y por políticas sociales formuladas con el objetivo de asegurar niveles mínimos de igualdad⁴². La globalización ha provocado la crisis definitiva del modelo keynesiano y ha sacudido los pilares del acuerdo social sobre el que se sustentaba, combinando durante décadas altas tasas de crecimiento económico, bajo desempleo e inflación y propiciando la expansión progresiva del Estado de bienestar⁴³. Este modelo ha entrado hoy en crisis ante el avance imparable de la globalización y del desarrollo tecnológico que han creado las condiciones para una nueva fase expansión de los mercados, que han dejado de estar vinculados estrictamente al territorio.

Constreñido por estas circunstancias, el Estado se ve obligado a retroceder en sus programas de acción social y económica y a abdicar de los contenidos básicos del derecho regulador, perdiendo progresivamente el control sobre sus competencias tradicionales.

⁴¹ Gómez, J.Mª, *Política e democracia em tempos de globalização*, Vozes, Petrópolis, 2000., p. 40.

⁴² Cfr. Faria, J.E., *O Direito na economia globalizada*, cit., p. 111. Para Faria, el agotamiento del programa keynesiano se hace especialmente evidente a partir de la crisis del petróleo, de la inestabilidad monetaria y de la crisis financiera de los años 70 que agudiza los problemas de financiación de los Estados para el mantenimiento del gasto social. Como consecuencia de ello se producen la aceleración de la inflación, la caída de la recaudación fiscal, el aumento de los gastos públicos y la elevación de las tasas de desempleo, con la consiguiente ampliación de las tensiones laborales y de las presiones sindicales. Al entrar en crisis el círculo virtuoso entre crecimiento y corrección de desigualdades, el repertorio de fórmulas, métodos, estrategias e instrumentos regulatorios de las políticas keynesianas y del Estado social que las implementaba acabó agotando sus virtualidades (Cfr. Faria, J.E., *O Direito na economia globalizada*, cit., p. 116).

⁴³ Cfr. Simón, P., *Corona. Política en tiempos de pandemia*, Debate, Barcelona, 2020, p. 137.

La nueva estética del capitalismo transnacional parece imponer sus cánones: el Estado social responde a un modelo estético anacrónico, semejante al que Rubens exhibe con jocundidad en las *Tres Gracias*, grosera expresión de una belleza de grandes dimensiones. Los programas sociales son juzgados como la "celulitis" política de nuestro tiempo, una carga de grasa informe, innecesaria y superflua que se recomienda eliminar.

5. EL CONSTITUCIONALISMO COOPERATIVO Y EL NUEVO CONTRATO SOCIAL

La pérdida de protagonismo del texto constitucional en la ordenación social y su cada vez más palmaria incapacidad para someter los procesos socioeconómicos a la fuerza normativa de sus postulados agrava la crisis del derecho regulador y del Estado social que se ve compelido a plegarse a los dictados de la economía transnacional y a las exigencias del nuevo orden global. De este modo, la consciencia de crisis del modelo constitucional se ha ido haciendo cada vez más explícita, hasta el punto de que algunos autores han proclamado la reducción de la constitución a su valor simbólico; y es que las considerables limitaciones que el nuevo contexto transnacional impone al paradigma constitucional del Estado social provoca, como he apuntado, un vaciamiento de las cláusulas de la norma fundamental.

Y aunque en los últimos tiempo ha cobrado vigor los planteamientos que insisten en proyectar las tesis cosmopolitas sobre el constitucionalismo, parece necesario recordar que el Estado nación continúa siendo la unidad básica de agregación política e institucional desde la que forjar el *locus* de la legitimidad. La idea de un derecho constitucional global queda aún tan lejos como las estrellas en el firmamento y no es posible concebir un horizonte temporal en el que se vislumbre la definitiva desaparición de la fórmula política estatal. Cabe, sin embargo, reforzar las vías institucionales de cooperación, implementar nuevos desarrollos normativos en el ámbito internacional y establecer mecanismos jurisdiccionales que

consoliden los derechos al tiempo que se les dota de garantías. Es posible, desde esta óptica, apostar por una mayor constitucionalización del derecho internacional, promoviendo incluso el desarrollo de un constitucionalismo verdaderamente transnacional⁴⁴.

En esta senda, Häberle preconiza la necesidad de un Estado Constitucional cooperativo firmemente comprometido en el desarrollo de sus contenidos axiológicos a nivel internacional; un modelo de Estado Constitucional que no renuncia a su implicación directa en el orden internacional y que asume su implicación directa en el complejo entramado de relaciones internacionales. Frente a la concepción autárquica del ordenamiento jurídico constitucional, Häberle advierte una nueva fase de desarrollo del constitucionalismo que rebasa las fronteras estatales y que colisiona con la vieja concepción estanca de la soberanía territorial, un modelo constitucional en transición poroso y permeable, siempre abierto a las cambiantes circunstancias de un mundo cada vez más interdependiente que recaba un compromiso solidario a nivel inter y supranacional⁴⁵.

Consecuentemente, el Estado constitucional cooperativo no se desentiende de cuanto pasa a su alrededor, ni le resultan extraños los problemas que aquejan al mundo como globalidad ni a la humanidad en cuanto especie, antes bien se implica de forma activa en la resolución de los problemas que le trascienden y muestra una disposición firme hacia la participación en las instituciones supranacionales⁴⁶. Con ello, la identidad política se redefine más allá de

⁴⁴ Sánchez Barrilao, J.F., *Pluralismo ordinamental y derecho constitucional: el derecho como relaciones entre ordenamientos jurídicos*, cit., pp. 234-235.

⁴⁵ "Estado constitucional cooperativo será pues aquel Estado cuya identidad incluso a nivel internacional se halla dentro de un complejo tejido de relaciones inter y supranacionales, así como en la medida en que toma plenamente conciencia de la colaboración internacional y se responsabiliza también de ella como parte de la propia solidaridad" (Häberle, P., *Pluralismo y Constitución. Estudios de Teoría Constitucional de la sociedad abierta*, Estudio preliminar y traducción de Emilio Mikunda-Franco, Tecnos, Madrid, 2002, pp. 258-259).

⁴⁶ Cfr. Häberle, P., *Pluralismo y Constitución*, cit., p. 259. Con todo, este modelo no se halla aún plenamente desarrollado, pues adolece de estructuras completas, procedimientos,

sus propios límites geográficos, ensalzando el contenido axiológico de la propia identidad constitucional y su dimensión cooperativa en el desarrollo de las relaciones internacionales, en la "apertura hacia el otro" y en la disponibilidad para la práctica de la solidaridad y para la consolidación de la paz: *"El susodicho tipo de Estado constitucional cooperativo es aquel Estado cuya identidad se perfila a través del derecho internacional, de las múltiples relaciones entabladas a nivel suprarregional e internacional, en la colaboración que presta a nivel internacional, en su nivel de responsabilidad y, finalmente, en el grado de predisponibilidad con el que se encuentra listo para practicar la solidaridad acudiendo cada vez que existan situaciones que hagan peligrar la paz mundial"*⁴⁷. En razón de ello, el Estado constitucional cooperativo entraña una apuesta por el desarrollo de un nuevo orden internacional en el que el constitucionalismo pueda inspirar las relaciones entre Estados auspiciando el surgimiento de nuevas estructuras supranacionales de naturaleza constitucional sin que ello suponga la renuncia a sus propios perfiles y una abdicación de su identidad. Sólo que esta identidad es concebida ahora desde una perspectiva abiertamente integradora y solidaria, frente a la tentación del aislamiento y la exclusión. De este modo, el esquema interior-exterior se diluye y se cuestiona la doctrina de la impermeabilidad normativa y el monopolio estatal de las fuentes del derecho. Su configuración esencialmente cooperativa promueve, por tanto, un nuevo modelo de relaciones a nivel internacional partiendo de una nueva identidad política desde la imbricación de los Estados con la comunidad de naciones y con organizaciones internacionales y avanza, finalmente, mediante el desarrollo de un Estado internacional cooperativo hacia la consecución de un Estado cooperativo común⁴⁸.

tareas y competencias de modo que su existencia resulta todavía imperfecta y fragmentaria: "Ahora bien, todo ello no supone obstáculo sino estímulo para seguir en la tarea de consolidar lo que podría ser "el futuro modelo de Estado constitucional cooperativo" (Häberle, P., *Pluralismo y Constitución*, cit., p. 260).

⁴⁷ Häberle, P., *Pluralismo y Constitución*, cit., p. 261.

⁴⁸ Cfr. Häberle, P., *Pluralismo y Constitución*, cit., p. 262.

Esa transformación del Estado constitucional es, justamente, la respuesta que el constitucionalismo tiene que proporcionar a los apremios de un mundo interdependiente y en continua mutación. Los desafíos del orden internacional no pueden seguir quedando al margen de la propia dinámica de los acontecimientos jurídicos y políticos de nuestras democracias contemporáneas. Esta convicción impulsa a Häberle a postular la necesidad de un constitucionalismo renovado capaz de salvar la fractura entre el mundo en cuanto globalidad y el Estado de Derecho como modelo organizativo a nivel del Estado-nación, permitiendo con ello la creación de lo que Häberle denomina "*un Derecho común de cooperación*"⁴⁹. Por esta vía, la identidad constitucional trasciende las fronteras estatales y emerge como el arquetipo inspirador de una identidad política cooperativa compatible con las propias identidades particulares: "*De este modo las Constituciones a nivel de Derecho interno serán cada vez más "comunes", y el vigor del Estado constitucional que así se intenta proyectar al exterior cosechará más éxitos a pesar de la llamada situación negativa que surge ante ciertos casos muy concretos*"⁵⁰.

Ese nuevo constitucionalismo debería articularse, siguiendo a Petrella, a partir de cuatro grandes contratos mundiales que sentarían las bases de un derecho global capaz de abordar con decisión los problemas del mundo contemporáneo. Esos cuatro compromisos son los siguientes:

a) *Un contrato global para la satisfacción de las necesidades básicas*, que permitiera la supresión de desigualdades socio-

⁴⁹ Häberle, P., *Pluralismo y Constitución*, cit., p. 263. Sobre la gestación de esta nueva forma de normatividad, Häberle insiste en la interpenetración del derecho internacional y el derecho constitucional, salvándose así la tradicional relación de oposición entre ambos: "El Estado "social cooperativo" no conoce la alternativa del llamado "primado" del Derecho internacional ni tampoco la del Derecho interno del Estado, sino que lo hace a través de las relaciones conjuntas del Derecho internacional y de las de los ordenamientos constitucionales nacionales internos hasta el extremo de que parte del Derecho interno constitucional y del internacional terminan por fundirse en una unidad, en un todo común inescindible" (Häberle, P., *Pluralismo y Constitución*, cit., *ibidem*).

⁵⁰ Häberle, P., *Pluralismo y Constitución*, cit., p.263.

económicas ilegítimas. La realización de este objetivo demandaría una reestructuración profunda del orden económico mundial y de sus instituciones emblemáticas, como el Fondo Monetario Internacional, el Banco Mundial o la Organización Mundial del Comercio.

b) En segundo lugar, habría que suscribir un *contrato global para la paz, la tolerancia y el diálogo entre culturas* que exigirá la articulación de un modelo de derechos humanos capaz de combinar universalismo y multiculturalidad.

c) Es necesario, igualmente, un *contrato planetario sobre el desarrollo sostenible*, que restablezca la armonía entre progreso y naturaleza, entre técnica y vida. La continuidad de la especie humana y del conjunto del planeta sólo se asegurará mediante una explotación racional de los recursos y un modelo de desarrollo que garantice el derecho de las generaciones futuras a una vida digna lo cual reclama redirigir la atención del planeta hacia lo terrestre en una tensión permanente entre lo global y lo local⁵¹.

d) Por último, todo lo anterior sería infructuoso sin un *contrato global democrático para un nuevo régimen político internacional*, que rehabilite los canales de participación democrática a nivel supranacional, proyectándose hacia instancias federales de integración política⁵².

6. A MODO DE CONCLUSIÓN

El recorrido que hemos realizado pone en evidencia la crisis del modelo normativo del Estado social; una crisis poliédrica que tiene múltiples perfiles y variadas implicaciones. El impacto de la crisis del Estado en el ámbito jurídico se traduce en una creciente

⁵¹ Latour, B., *Dónde aterrizar. Cómo orientarse en política*, 2ª edic., Taurus, Madrid, 2019, pp. 122 ss.

⁵² Petrella, R. (dir.), *Limits à la compétitivité . Por un nouveau contrat mondial*, Labor, Bruxelles, 1995, pp. 204 ss., cit. por Pisarello, G., "Globalización, constitucionalismo y derechos: las vías del cosmopolitismo jurídico", en Del Cabo, A. y Pisarello, G. (eds.), *Constitucionalismo, mundialización y crisis del concepto de soberanía. Algunos efectos en América Latina y en Europa*, Universidad de Alicante, Alicante, 2000., pp. 38-45.

pérdida de capacidad reguladora, en el debilitamiento del estatuto de las libertades y en amenazas para la garantía de los derechos humanos. El desajuste estructural entre la globalización del mercado y las instituciones locales del Estado-nación resulta ya alarmante. Los desafíos de nuestro mundo reclaman con premura un reajuste a partir del desarrollo de nuevos procesos institucionales de carácter global en los ámbitos jurídico y político.

El déficit institucional que la globalización genera exige respuestas inmediatas para neutralizar los efectos perversos de la expansión incontrolada de un capitalismo depredador. La globalización a través del mercado debe ser contrarrestada mediante el desarrollo de *un proyecto humanista y alternativo de globalización*, cuyo desarrollo institucional requiere la articulación de un sistema político de carácter global que no esté al servicio del mercado⁵³.

La pandemia ha agudizado estos procesos, evidenciando la necesidad de reforzar los vínculos y de fortalecer la cooperación, propiciando nuevos consensos que permitan superar la estratificación y la fragmentación que operan a nivel interno y a nivel transnacional. Al fin y al cabo, el género humano es cada vez más consciente de los riesgos que se ciernen sobre el planeta y sobre la especie y que existe una necesidad apremiante de afrontar desafíos que solo pueden ser abordados con éxito a escala planetaria. Por eso, a pesar de las reacciones autárquicas y regresivas que eventualmente puedan producirse inspiradas por el desorden emocional-populista, parece cada vez más evidente que los procesos globalizados continuarán avanzando, fortaleciéndose la tendencia a la cooperación y la regulación en un mundo de bienes comunes cada vez más integrado⁵⁴.

La globalización entraña rupturas, quiebras, discontinuidades y disfunciones que se muestran por doquier en numerosos aspectos de los ámbitos cultural, social, político y jurídico. Son las aristas de un

⁵³ Amin, S., *El capitalismo en la era de la globalización*, Paidós, Barcelona, 1999, p. 19.

⁵⁴ Innerarity, D., *Pandemocracia. Una filosofía de la crisis del coronavirus*, Galaxia Gutenberg, Barcelona, 2020, pp. 149-150.

nuevo orden que comienza a emerger de forma imparable, una fuerza irresistible que trastoca y que quebranta el orden ya existente porque muchas de las viejas categorías e instituciones resultan insuficientes o anacrónicas. La globalización introduce desafíos que nos inquietan, incertidumbres que nos aturden. Afrontarlas requiere una actitud decidida por elaborar respuestas institucionales en los ámbitos jurídico, político y económico. Detener su avance imparable es, sencillamente, inútil. La única respuesta atinada es la apuesta por la construcción de formas transnacionales de democracia que aseguren las conquistas históricas que representan los derechos económicos, sociales y culturales, especialmente amenazados en las circunstancias actuales⁵⁵.

El horizonte de la interdependencia y de la globalización, de la crisis ecológica, del desarrollo de las nuevas tecnologías, de la desregulación y de la redefinición de la estatalidad sugiere un nuevo contrato social global⁵⁶ para hacer frente a los desafíos de la democracia, de la igualdad, de la libertad y de la protección del medio ambiente, desde un planteamiento *realista*, que huyendo de maximalismos, aspire a consolidar las conquistas ya logradas y a conjurar los riesgos que se ciernen sobre este mundo desquiciado, teniendo como objetivo el aseguramiento de las condiciones básicas para la continuidad de la especie⁵⁷.

El desarrollo de una sociedad civil global, el reforzamiento de la cooperación mediante la creación de espacios de decisión colectiva de carácter global requieren de un nuevo contrato social basado en el imperio de la ley, en la protección de los derechos humanos y en los principios social, ambiental y democrático de que dan vida al constitucionalismo. La democracia compleja de nuestro tiempo ha de ser necesariamente posnacional.

⁵⁵ Giddens, A., *La tercera vía y sus críticos*, Taurus, Madrid, 2001, pp. 170-171.

⁵⁶ Jeremy Rifkin aborda esta idea con una orientación fundamentalmente ecológica, refiriéndose al colapso medioambiental que pronostica en: Rifkin, J., *El Green New Deal Global*, Paidós, Barcelona, 2019.

⁵⁷ Arias Maldonado, M., *Desde las ruinas del futuro. Teoría política de la pandemia*, Taurus/Penguin Random House, Barcelona, 2020, p. 214.

A APLICAÇÃO DA NÃO JURISDIÇÃO PÓS COVID

André Jobim de Azevedo¹

1. INTRODUÇÃO

Para iniciar, o regozijo de participação em publicação de obra em homenagem ao querido amigo, Professor da Universidade Federal do Rio Grande do Sul Professor Doutor José Alcebiades de Oliveira Junior, tão bem organizada, pelo também irmão, Prof. Dr Álvaro Sanchez Bravo. Participar dos registros e alegria em favor do grande homem e jurista que é Alcebiades é uma honra.

Em tempos de pandemia, onde tudo se altera na vida, não desaparecem os conflitos. Ao contrário desafiadoramente se apresentam e demandam solução, a melhor possível. Conflitos são tão antigos quanto a própria sociedade. Como movimento, são essenciais à evolução social, ao crescimento, ao pensamento crítico e ao abandono do comodismo. De há tempos a jurisdição oficial se apresenta como forma civilizada para tanto, mas não exclusivamente. Desde muito se afastou a precária solução pela via da vindita, cujos resultados além de impróprios favoreciam, independentemente de razão ou justiça, aos mais fortes. Ao Estado delegou a sociedade o poder-dever de dizer e realizar o direito (jurisdição) e o

¹ Advogado sócio de Faraco de Azevedo Advogados; Mestre em Direito pela PUCRS; Especialista em Direito Internacional Econômico pela Unisinos e em Processo Civil pela PUCRS; Professor Graduação e Pós Graduação da PUC/RS, desde 1990 nas disciplinas de Direito do Trabalho e Processual do Trabalho e Processo Civil; Professor convidado nas Universidades PUCPR, Universidade de Sevilha, Universidade de Burgos, Ourense e de La Laguna (Espanha). Membro do Conselho superior do Comitê de Arbitragem da OAB/RS; Diretor da Federasul; Árbitro INAMA; Ex presidente da Câmara de Arbitragem da Federasul, atual Diretor Executivo; Ex-presidente da ASRDT Academia Sul-Rio-Grandense de Direito do Trabalho, atual diretor de relações internacionais, titular da cadeira nº2. Membro titular da cadeira nº89 da ABDT.

instrumento civilizado daí nascente é o Processo. E a chamada jurisdição oficial.

Na primeira Constituição do País, a Imperial de 1824, acionar o Poder Judiciário era meio subsidiário do insucesso do diálogo. Parece que a lógica foi se invertendo ao longo dos séculos.

Desde o final do século XX, a cultura da litigiosidade encontrou ambiente fértil para se propagar. O cenário contemporâneo das relações sociais é complexo e em vias de mudanças permanentemente, o que se reflete, por óbvio, nos conflitos e em suas soluções, também complexando-os em medida significativa.

Daí os problemas no método oficial de resolução de conflitos agravam-se sobremaneira, sendo vítima de insatisfação geral. Em que pese a inegável a relação intrínseca do direito de ação com a democracia, o Poder Judiciário se mostra ineficiente, analisado tanto pelo aspecto da celeridade quanto pelo aspecto da adequação.

Mais do que isso, a judicialização extremada desses conflitos, privilegia a cultura adversarial, no qual um conflito se torna uma competição baseada no modelo “perde-ganha”.

A Resolução CNJ nº. 125, a Lei da Mediação (Lei nº. 13.140/2015) e o Novo Código de Processo Civil (Lei nº 13.105/2015) vêm à ordem jurídica buscando recompor em termos mais próprios a finalidade maior a que se destina, a de bem resolver os conflitos postos aos efeitos da tão desejada paz social.

Aqui denominei como “Não jurisdição”. A finalidade deste texto é uma abordagem crítica e ao mesmo tempo propositiva no que respeita ao processo judicial, e especialmente aos MASCS (Métodos Adequados de Solução de Conflitos) no pós Covid - em verdade ainda Covid. Rondo igualmente a avaliação da atuação do advogado neste novo contexto que assume, mais do que nunca, papel importante na efetivação da justiça.

2. A CULTURA DO CONFLITO

Novos rumos são traçados pela busca efetiva da solução de conflitos. Da inadequação do método jurisdicional para resolução de todo e qualquer conflito à nova concepção de acesso à justiça, os chamados métodos adequados de resolução de conflitos passam a protagonizar os mais diversos foros, debates e obras de doutrina. A Arbitragem, conciliação e mediação, este último, se notabiliza pelas suas particularidades, que se constituem em verdadeiras vantagens na sua utilização.

Inicie-se por advertir que, no entanto, não se trata de tema novo. O ordenamento jurídico brasileiro há muito dispõe acerca da resolução consensual de conflitos. Desde o descobrimento do Brasil. Inicialmente era prevista nas Ordenações Afonsinas (Livro III, Título XVI), nas Ordenações Manuelinas (Livro III, Títulos 81 e 82), depois nas Ordenações Filipinas. Em seguida na Constituição do Império de 1824, nos Códigos de Processo Estaduais antes de 1939, no CPC de 1973, na Lei do Juizado Especial Cível. Atualmente, a mediação encontra suporte legal na Resolução CNJ nº. 125 de 2010, no Código de Processo Civil de 2015 e na Lei 13.140 de 2015.

A discordância é tão antiga quanto a humanidade. Desde o “homo sapiens” arcaico é possível verificar que os instintos sociais impossibilitavam que vivessem em grandes grupos. Grandes grupos não floresceriam porque não conseguiam concordar sobre quem deveria ser o líder ou sobre quem deveria caçar onde (HARARI, 2016, p. 35). O modo de se relacionar e de lidar com problema e questões da convivência vem sendo alterado substancialmente, desaguando numa sociedade de conflitos, como no caso da sociedade brasileira, altamente conflituosa.

O tempo que nos envolve no século 21 é o da pós-modernidade, movimento social que altera drasticamente as estruturas sociais vividas na era moderna. Valores e conceitos universais antigamente apregoados passam a ser reiteradamente questionados. A era é

das incertezas, instabilidade e mutações em todos os âmbitos, e pelo abandono de antigas referências antes vigentes de instituições, profissões e relações. Com um discurso evidentemente heterogêneo e diverso, tal desconstrução drástica propicia um nível de tensão que reflete no modo de se relacionar. As relações sociais são, sobretudo, heterogêneas e complexas, marcadas pelo alto grau de instabilidade e pela dificuldade na manutenção de vínculos. Esther Diaz define o período pós-moderno como tensional, “*La posmodernidad, por el contrario, agita las diferencias, las meclas sin respeto, las confunde sin pudor*” (DÍAZ, 2000, p. 44). O discurso da sociedade moderna, a despeito dos efeitos positivos, acentua discordâncias.

É nesta conjuntura que se insere um novo modelo de Estado. Após a derrocada dos regimes totalitários na Itália e na Alemanha, preponderou o constitucionalismo norte-americano, que estabelece a supremacia da Constituição (PACCA, 1978, p. 53) (OLIVEIRA; MITIDIERO, 2010, p. 62). Tal pensamento passou a contagiar toda a Europa desde o final da Segunda Guerra mundial, destinado a perpetuar princípios democráticos baseados na valorização do indivíduo (NOVELINO, 2015, p. 286).

Assim, se encara a dimensão substancial da democracia, revestida pelo reconhecimento da força vinculante e normativa dos direitos fundamentais individuais. É o ponto de vista substancial do Estado Democrático de Direito que exsurge democracia não mais como sinônimo de vontade da maioria, mas que encontra sustento em princípios, garantias e valores individuais que o Estado visa promover. No cenário nacional, revela-se a transição do Estado Liberal para Estado Social, acolhido pela Constituição Federal de 1988.

A conscientização social em torno da valorização dos indivíduos, com uma gama de garantias e direitos, fez com que os cidadãos passassem a perseguir a consecução dos seus direitos nos organismos jurisdicionais.

Desta forma, os cidadãos utilizam como sustentáculo da democracia o acesso à jurisdição para proteção a lesão ou ameaça de direito, assegurado no art. 5º, XXXV da Constituição Federal. Tal princípio, comumente chamado de princípio de acesso à justiça, passou por transformações atreladas aos movimentos constitucionais. Partindo da ideia de Canotilho (2003, p. 226), que a interpretação unitária da Constituição deve ser o “ponto de orientação”, o acesso à justiça deve guardar relação com os demais direitos previstos constitucionalmente. Neste sentido, Cappelletti e Garth (1988, p. 186):

A expressão ‘acesso à justiça’ é reconhecidamente de difícil definição, mas serve para determinar duas finalidades básicas do sistema jurídico – o sistema pelo qual as pessoas podem reivindicar seus direitos e/ou resolver seus litígios sob os auspícios do Estado. Primeiro, o sistema deve ser igualmente acessível a todos; segundo, ele deve produzir resultados que sejam individualmente e justos.

Em obra intitulada “Acesso à Justiça”, Cappelletti e Garth dividem o movimento de acesso à justiça em três ondas renovatórias: a primeira preconiza a assistência judiciária aos pobres; a segunda envolve a representação dos interesses de difusos; a terceira, os métodos “alternativos” de solução de conflitos.

A primeira onda ganha rigidez com a entrada em vigor da Lei 1.060 de 1950 e, mais de cinquenta anos depois, avigorada com a instituição da Defensoria Pública, mediante a Lei Complementar nº. 80 de 1994. Vincula o direito de acesso à justiça à condição vital, não sem antes exaltar a imprescindibilidade da advocacia, frisando os obstáculos econômicos enfrentados para tanto:

Afastar a “pobreza no sentido legal” – a incapacidade que muitas pessoas têm de utilizar plenamente a

justiça e as suas instituições - não era preocupação do Estado.

(...)

Os primeiros esforços importantes para incrementar o acesso à justiça nos países ocidentais concentraram-se, muito adequadamente em proporcionar serviços jurídicos para os pobres. Na maior parte das modernas sociedades, o auxílio de um advogado é essencial, senão indispensável para decifrar leis cada vez mais complexas e procedimentos misteriosos, necessários para ajuizar uma causa. Os métodos para proporcionar a assistência judiciária àqueles que não a podem custear são, por isso mesmo, vitais.

(...)

Isso faz necessárias grandes dotações orçamentárias, o que é o problema básico dos esquemas de assistência judiciária. A assistência judiciária baseia-se no fornecimento de serviços jurídicos relativamente caros, através de advogados que normalmente utilizam o sistema judiciário formal (CAPPELETTI; GARTH, 1988, ps. 47, 58 e 67)

Assegurado o acesso à justiça a todos os titulares de direito, as reformas discutidas na segunda onda trazem reflexões referentes à proteção dos direitos difusos e o (des)comprometimento dos tribunais na análise dos interesses coletivos:

A concepção tradicional do processo civil não deixava espaço para a proteção dos direitos difusos. O processo era visto apenas como um assunto entre duas partes, eu se destinava à solução de uma controvérsia entre essas mesmas partes a respeito de seus próprios

interesses individuais (CAPPELETTI; GARTH, 1988, p. 45)

Com o movimento, foi deixada de lado a visão individualista do processo do processo civil para então, preponderar a concepção social.

A terceira onda, momento em que se vive, supera a concepção formal de acesso à justiça como acesso universal de ingressar com demandas judiciais individuais ou coletivas, mas revela a preocupação com a qualidade e efetividade da resposta jurisdicional. A atenção, agora, é redirecionada à reforma dos procedimentos judiciais em geral. A atividade mais importante de reforma, explicam Cappelletti e Garth, talvez se esteja verificando com respeito a tipos particulares de causas. A mediação é apontada como uma terceira onda do Direito na solução de conflitos.

Nessa perspectiva, houve um deslocamento do eixo da ciência processual antes fulcrado na teoria da ação para uma perspectiva mais ampla, funcional, teleológica e instrumento da pacificação das controvérsias. Mais do que nunca o acesso à justiça guarda relação direta com os princípios constitucionais, com destaque da duração razoável do processo, da segurança jurídica e da paz social. A duração razoável, primeiro, a lembrar Rui Barbosa: “justiça tardia não é justiça, senão injustiça qualificada e manifesta”. A paz social, pois não é esse, senão, o objetivo do direito, como já preanunciado por Lhering (1975, p. 15) que “o fim do direito é paz”.

Historicamente buscando efetividade digladiava-se entre as importantes diretrizes da celeridade e segurança jurídica. Elementos indispensáveis nesta equação, mas cujo equilíbrio revela-se delicadíssimo.

No particular, o processo, quer cível, quer trabalhista, não mais atende aos anseios da sociedade organizada. Há muito o Estado se releva incapaz enquanto garantidor da justiça efetiva que se

propõe a tutelar. Desde que se afastou a precária solução pela via da vindita, a conhecida Lei de Talião, o “olho por olho, dente por dente”, ao Estado delegou a sociedade o poder-dever de dizer e realizar o direito, a chamada Jurisdição, “*Juris et dictio*”. O instrumento civilizado daí nascente é o Processo, que tramita sob o manto do Poder Judiciário.

Acontece que o Poder Judiciário ocupa o posto de poder estatal mais ineficiente (THEODORO JUNIOR, 2004, p. 11), por muitos aspectos: morosidade, altos custos, burocracia e inadequação das respostas judiciais.

No cenário contemporâneo das relações sociais, complexas e em vias de mudanças permanentemente, o que se reflete por óbvio nos conflitos e em suas soluções, consumou-se também a crença de que somente o Poder Judiciário pode dirimir os conflitos. Somados ambos os motivos, têm-se ações judiciais em números completamente desproporcionais às estruturas físicas, orçamentárias e institucionais do sistema forense. Somos um dos países, senão o maior, de mais litigiosidade do mundo.

O Conselho Nacional de Justiça (CNJ) divulga anualmente, desde 2004, o Relatório Justiça em Números, que reúne as estatísticas judiciárias oficiais apuradas nos anos antecessores. O trabalho, que teve como primeiro ano-base o ano de 2003, relevam a tendência da litigiosidade. A primeira edição do Relatório Justiça em Números revela que em 2003 foram apurados cerca de 9.941.381 (nove milhões novecentos e quarenta e um mil trezentos e oitenta e um) novos processos ingressados no primeiro grau, considerando somente a justiça estadual (CNJ, 2014). A última edição do Relatório disponibilizada em 2017, por sua vez, apura que no ano-base de 2016 esse número alcançou o montante colossal de 19.787.004 (dezenove milhões setecentos e oitenta e sete mil e quatro) (CNJ, 2017) somente na esfera estadual. Isso significa que em 13 anos o número de ingresso de novos processos na justiça estadual teve um aumento descomunal de 1.045% (mil e quarenta e cinco por

cento). Frise-se, que os números estarrecedores são relativos apenas aos processos que ingressaram na esfera estadual em 2016, e não englobam os processos com ingresso nas demais esferas do judiciário (federal, trabalhista, eleitoral e as demais).

Não é por acaso que o número total de processos (aqui, se contabilizam todas as esferas do poder judiciário) que ainda aguardam alguma solução definitiva chegou à marca dos 79,7 milhões no final do ano de 2016 (CNJ, 2017). O número se torna ainda mais assombroso quando traçado um paralelo com o número de habitantes. Segundo estatísticas oficiais publicadas pelo IBGE no ano corrente, o Brasil comporta cerca de 207 milhões de habitantes. Isso significa um processo judicial a cada dois habitantes. É, de fato, inconcebível que a situação permaneça assim.

Não se pode mais falar em “crise do Poder Judiciário”, porque importaria aceitar que é situação passageira, quando na verdade se demonstra estrutural, séria, crescente e duradoura, alicerçada em problemas que transcendem o âmbito jurídico.

Aí também de salientar que nos processos judiciais identifica-se que há uma posição adversarial que contrapõe as partes, o que se percebe que se projeta para muito além da demanda e do seu término, quiçá rompendo para sempre as relações das partes e inviabilizando novas ou futuras.

As espantosas constatações, palpáveis diariamente para todos os operadores do sistema judiciário e, sobretudo para os cidadãos que se valem do sistema oficial para ver seus anseios atendidos, urgiram a revisitação do modelo tradicional e histórico de solução, conduzida por significativa mudança no paradigma cultural de solução de conflitos.

Atentando-se a isso, novos rumos são traçados e se apresentam eficazmente. Em que pese não se negue a existência no ordenamento jurídico de outros meios de solução de conflitos que não os

judiciais, a relembrar da Constituição Imperial de 1824, na qual a tentativa de composição era tratada como condição de procedibilidade para propositura de demanda judicial e tantas outras legislações (v.g. Lei 9.099/95), somente em 2015 os contornos da mediação foram devidamente delineamentos.

O Código de Processo Civil sancionado em 2015 (Lei 13.105/15) prestigia a cooperação e a busca de instrumentos consensuais de resolução de conflitos, reforçado, no mesmo ano, pela Lei da Mediação (Lei nº. 13.140/15), incumbida de regulamentar o procedimento de mediação extrajudicial e judicial. É a mudança cultural adequada para afastar a adversarialidade, sempre antes praticada.

Às vésperas de completar cinco anos de vigência, é possível observar que, mesmo ainda incipiente, a mediação vem despertando o interesse nos âmbitos acadêmicos e profissionais, que reconhecem o seu indiscutível potencial de tutela adequada e célere dos direitos. O desempenho, porém, ainda é tímido (CNJ, 2017).

A indispensabilidade do advogado para a Justiça, conferida pela Constituição Federal no artigo 133, agora assume nova responsabilidade, reafirmada no artigo 26 da Lei da Mediação, que prevê a necessidade de as partes serem assistidas por advogados. Não há dúvidas de que são elementos chaves em todas as etapas para que todos os benefícios da mediação possam ser sentidos. Mais um papel importante recai sobre o profissional do direito no particular exercício da advocacia, no sentido de se readequarem à nova organização social, repensadas sob os novos ideais de justiça. Os advogados são compelidos de um indispensável papel na condução da pacificação social e do abandono da cultura “*ad judicium*”.

3. A IMPORTÂNCIA DA MEDIAÇÃO

A mediação se destaca em momentos pós Covid, que mais ainda necessita urgência e acerto na solução dos conflitos. A mediação compõe o gênero dos Meios Adequados de Solução de Conflitos

(MASCs), antes nominados Métodos *Alternativos* de Solução de Conflito. Parte da doutrina prefere, ainda, qualificar como sistema “multiportas”, em menção à expressão *Multi-door Courthouse System*, articulada pelo professor de direito de Harvard Frank Sander. Independente da nomeação, os métodos se consubstanciam na ideia central de que a resolução de conflitos deve ser conduzida de acordo com a técnica mais apropriada ao caso.

Professor Frank E. A. Sander of Harvard Law School has proposed a concept for properly linking cases to appropriate forums for settlement - the Multi-Door Courthouse (also referred to as the Multi-Door Dispute Resolution Center, or simply Multi-Door Center). The ideal model proposed by Professor Sander includes a center offering sophisticated and sensitive intake services along with an array of dispute resolution services under one roof. A screening unit at the center would "diagnose" citizen disputes, then refer the disputants to the appropriate "door" for handling the case. Hence, the title "Multi-Door Courthouse. (RAY; CLARE, 2016).

Tratam de caminhos distintos da via oficial do Processo judicial e que são, inclusive, distintos entre si. Subdividem-se em heterocompositivos e autocompositivos. O primeiro, composto pela arbitragem, favorece a mesma política adversarial da via jurisdicional estatal, pelo qual as partes delegam a função de solucionar o conflito à terceiro. Já os métodos autocompositivos decorrem de resolução consensual de litígios, munindo as partes de autonomia para transigirem de acordo com os seus próprios interesses. São eles: a negociação, conciliação e a mediação.

A mediação é procedimento informal, mas estruturado, conduzido por terceiro neutro, comprometido com o mesmo binômio imparcialidade-autonomia exigido do juiz natural, incumbido de manejar a comunicação para que as partes envolvidas cheguem, eles

próprios, ao consenso. O mediador deve agir como executor da despolarização de discursos, motivando as partes a encontrar pontos congruentes para que cheguem aos caminhos de resolução.

Atualmente, rege-se pelas disposições da Resolução CNJ nº. 125 de 2010, pelo Código de Processo Civil de 2015 e pela Lei 13.140 de 2015 (Lei da Mediação). É orientada pelos princípios da imparcialidade, isonomia, oralidade, informalidade, autonomia, consecução do consenso, confidencialidade e boa-fé, conforme artigo 2º da Lei da Mediação.

Podendo ser judicial ou extrajudicial, tem abrangência limitada a todos os direitos disponíveis ou indisponíveis que admitam a transação. Neste ponto, importante salientar que o método exclui a via judicial, mas não a jurisdição. A interação se consigna no plano da adequação e complementaridade (NERY JUNIOR, 2016, p. 80).

Misturam-se suas vantagens e características. A possibilidade da construção de um acordo consensual a partir do diálogo traz consigo grandes vantagens.

A via da mediação decorre do princípio da Autonomia da Vontade e nela se concretiza, desde a eleição consciente do método resolutivo até o acordo.

Cumpra bem com o papel de justiça célere, vítima de recorrente de críticas. Segundo levantamento mais atualizado do CNJ mensura-se que o tempo médio que o magistrado da esfera estadual leva para proferir uma sentença de 1º grau na fase de conhecimento é de dois anos e um mês. Havendo recurso, soma-se a esse tempo nove meses até que seja proferido o acórdão. Mais onze meses, havendo recurso especial, até que seja julgado no STJ e, ainda, mais cinco anos e quatro meses até a prolação de sentença na fase de execução. O tempo médio de duração dos processos, considerando os parâmetros supra, é de oito anos e quatro meses (CNJ, 2017).

Sobre os números, o CNJ adverte sobre a complexidade do cálculo, que pode ser explicada a partir do próprio dado em análise. Evidente que existem inúmeras variáveis que podem influenciar o tempo de duração.

Fato é que, mesmo não podendo precisar o tempo que uma demanda judicial irá demorar, não se compara ao tempo do procedimento de mediação. Expedita, ágil e menos formal, grande porcentagem dos casos submetidos ao método tem resoluções consensuais de conflitos em poucos dias ou meses.

Todavia, atenta-se que desafogar o Poder Judiciário não é o objetivo dos instrumentos que fogem à judicialização dos conflitos, mas o abandono da cultura do conflito. No discurso de posse da presidência do STF, o Ministro Cezar Peluso lembra que a diminuição da carga dos órgãos judicantes e a maior celeridade dos serão avanços a celebrar, que representam subproduto de uma transformação social ainda mais relevante (PELUSO, 2010, p. 24).

Para muito além, o método sobressai na medida em que permite aprofundar nas razões emocionais que cercam as relações conflituosas.

É importante registrar que mediação sempre esteve presente no próprio processo judicial estatal, de vez que também é instrumento do Juiz Estatal para pôr fim à demanda. Aí também de salientar que nos processos judiciais identifica-se que há uma posição adversarial que contrapõe as partes, o que se percebe que se projeta para muito além da demanda e do seu término, quiçá rompendo para sempre as relações das partes e inviabilizando novas ou futuras.

Não raramente os conflitos carregam forte carga afetivo-emocional, cujas motivações que fogem à compreensão da justiça. O diálogo racional, propiciado por um terceiro neutro, se demonstra muito mais adequado do que a posição adversarial encontrada no Poder Judiciário, no processo judicial.

Munidas de autonomia e autodeterminação, as partes têm a oportunidade voluntariamente buscam pontos de convergência, à antítese do binômio “perder-ganhar”. Tal método ultrapassa o âmbito conflitual e se transporta até mesmo às relações interpessoais. Uma decisão construída em consenso atrai mais legitimidade e sensação de justiça, aumentando as chances de exterminar em definitivo o conflito.

As benesses mais importantes são a transformação no modo de encarar os conflitos e o abandono da cultura da judicialização. Somente assim pode se perseguir a pacificação social de forma efetiva.

Portanto, a mediação pode ser percebida como importante instrumento na busca pela pacificação social de forma mais substancial.

Aí que a indispensabilidade do advogado para a Justiça assume novos contornos, com a relevância ainda mais gritante. Diante dos novos contornos, os profissionais no exercício da advocacia assumem novas responsabilidades e se mostram ainda mais eficientes na pacificação social e para a justiça.

4. PAPEL DO ADVOGADO NA MEDIAÇÃO

O novo cenário que cerca a sociedade culmina na remodelação do exercício da advocacia e, acredita-se, para melhor. O novo paradigma exige o desenvolvimento de um novo perfil de advogado, diferenciado pela interdisciplinaridade e pelas habilidades que prestem efetividade aos procedimentos autocompositivos e, em especial, à mediação.

Assim, mister se faz esclarecer o papel dos advogados na mediação que, não por acaso, encontram seu valor reiteradamente positivado associado à efetivação da justiça. Não sem antes ressaltar a indispensabilidade do advogado para a Justiça constante no art. 133 da Constituição, o Código de Ética e Disciplina do Advogado

no art. 2º, VII, elenca como dever o estímulo à conciliação, prevenindo a instauração de litígios. A Lei da Mediação, neste mesmo sentido, estimula que as partes sejam assistidas por procuradores.

A extensão e amplitude das alterações trazidas com a nova onda do acesso à justiça mudam significativamente a atuação da advocacia. É um passo importante em favor da responsabilidade daqueles que atuam e interferem no processo judicial, assim como nos métodos adequados de resolução de conflitos. As imposições tornam cada vez mais coercitivas, no sentido de exigir uma postura diferenciada e responsável dos advogados.

A responsabilidade do advogado na mediação começa antes mesmo do contato com o cliente. Em primeiro lugar, é preciso ter prévio conhecimento acerca do procedimento para que possa avaliar a adequação aos interesses do cliente. É preciso ter a consciência do dever ético de promoção da resolução autocompositiva, assim como a utilização racional do método jurisdicional.

É crucial que o advogado informe a parte sobre seus direitos e possibilidades de enfrentamento. O mundo jurídico é composto pela terminologia “juridiquês”, legislações esparsas e termos técnicos que dificulta a compreensão de qualquer pessoa alheia ao meio jurídico-científico. Com a correta informação sobre os seus direitos e respaldo jurídico que compõem a situação, é que a autonomia poderá ser usufruída de forma plena. Tudo pela clara assistência do advogado.

Para além da função informativa, a presença na sessão de mediação é crucial. Ainda que não desempenhe papel de protagonista, como profissional da Justiça deve zelar pelos princípios da imparcialidade, boa-fé e autonomia intrínsecos à mediação. É sempre importante lembrar que o mediador não faz às vezes de magistrado, desempenhando papel de suma importância na condução do diálogo, mas não na imposição de solução.

Igualmente, é na sessão de mediação que a transação é registrada. Isso porque, a transação homologada traz os efeitos da coisa julgada, assim como acontece com as sentenças proferidas no âmbito do judiciário, ou mesmo na arbitragem.

É preciso lembrar que as vantagens da eleição da mediação ultrapassam o caso. Desempenha papel importante e construtivo no abandono da cultura litigiosa e fomenta a institucionalização dos métodos adequados de resolução de controvérsias que, como já visto, traz inúmeras vantagens para a sociedade.

Para avaliar a efetividade da mediação e do desempenho dos advogados nas sessões de mediação, o Ministério da Justiça em parceria com o Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania (CEJUSC) da comarca de Jundiaí – São Paulo, elaboraram um estudo de caso, com pesquisas de campo e empírica. Foram entrevistados os atores envolvidos, que avaliavam o serviço por meio de um formulário, no modelo proposto pelo Conselho Nacional de Justiça, que é entregue ao usuário ao final da sessão.

Dentre todos os entrevistados, mais de 70% dos considerou importante a presença do advogado durante a sessão de mediação. Desse percentual, 55% consideraram excelente o auxílio para melhor compreensão do caso. 29% do total dos entrevistados considerou que questão não se aplicava ao seu caso, provavelmente pelo por não terem sido acompanhados por advogado à sessão (BRASIL, 2015, p. 54).

Em que pese se encontre grandes dificuldades ainda, o nível de satisfação dos usuários sobre o desempenho dos advogados na mediação é animador.

Os benefícios da mediação dependem em grande escala da atuação dos advogados. A autonomia, celeridade, efetividade, imparcialidade só são alcançadas de forma substancial se as partes são instruídas e assessoradas de forma adequada durante todas as

fases, que vão desde os primeiros contatos com o cliente, da eleição do método ao termo de encerramento. A mediação veio para enriquecer a atuação da advocacia moderna, ampliando a gama de serviços oferecidos pelos advogados.

5. CONCLUSÃO

A conclusão é firme no sentido de que rumando para tempos pós Covid e em tempos judicialização extremada no país, o problema da ineficiência do Estado na prestação jurisdicional tem raízes profundas, que não dizem respeito somente às estruturas físicas ou orçamentárias.

O grande problema reside no excessivo grau de litigiosidade, característica arraigada na sociedade pós-moderna. Os conflitos desembocam volumosamente no Poder Judiciário e são resolvidos por técnicas de composição adversarial, o que gera prejuízo para toda a nação.

Assim, tem sim de valer-se de meios modernos (mas não novos) – não adversariais, compositivos, judiciais e extrajudiciais – de fazer com que todos se beneficiem de uma sociedade capaz de cada vez mais desenvolver uma cultura de paz.

A Sociedade pós COVID demanda soluções mais ágeis e endereçam aos MASCs, em especial à Mediação, imprescindível prestígio dos mesmos.

Evidencia-se também a importante incorporação, de modo geral, pelo Novo Código de Processo Civil e pela Lei da Mediação, a acolherem o movimento atual em seu favor, refletindo o reconhecimento do Poder Judiciário da necessidade de estabelecimento de vias paralelas, não excludentes da sua atuação como órgão, para a solução dos conflitos.

As enormes vantagens elencadas são capazes de atrair o interesse geral para a solução de conflitos pela via da mediação, ágil e menos custosa, mas que ainda precisa de muito trabalho para sua disseminação cultural na sociedade, e afirmação.

Nesse sentido, grande função é atribuída aos advogados na institucionalização da mediação. A importância não é aí limitada, pelo contrário, o desempenho dos profissionais desde a eleição do método até a finalização do acordo se mostra imprescindível para eu todos os benefícios da mediação possam ser usufruídos. A importância da presença do advogado durante o procedimento já é palpável no dia-a-dia, diante da satisfação das partes.

A indispensabilidade dos advogados para a Justiça, exaltada pela na Constituição Federal vigente, agora assume nova faceta. Enfrentar as novas alterações pela ótica do agente do cumprimento da justiça, o advogado – é fundamental. Deve este privilegiar estas formas não jurisdicionais de solução de conflitos!

BIBLIOGRAFIA

AZEVEDO, André Jobim de. **Direito do Trabalho, Constituição e Efetividade**. In: Direito Constitucional do Trabalho: Vinte Anos Depois. Constituição Federal de 1988. In: Coord. Marco Antonio Villatore. Curitiba, Editora Juruá. 2008.

AZEVEDO, André Jobim de. **Principio de la indistanciabilidad del control jurisdiccional, otros y Constitución Federal**. Revista de Derecho Procesal (Madrid), v. 22, p. 389-398, 2006.

CANOTILHO, José Joaquim Gomes. **Direito Constitucional e Teoria da Constituição**. 7.ed. Almedina. Coimbra: Almedina, 2003, p.226.

CAPPELLETTI, Mauro, GARTH, Bryant. **Acesso à Justiça**. Tradução Ellen Gracie Northfleet. Porto Alegre: Ed. Sérgio Antonio Fabris, 1988.

Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números**. 1. ed., Brasília: 2004. Disponível em: <http://www.cnj.jus.br/images/stories/docs_cnj/relatorios/justica_numeros_2003.pdf>

Conselho Nacional de Justiça. **Justiça em Números**. 13 ed. Brasília: 2017. Disponível em: < <http://www.cnj.jus.br/files/conteudo/arquivo/2017/12/9d7f990a5ea5e55f6d32e64c96f0645d.pdf>>

DÍAZ, Esther. **Posmodernidad**. Biblos, 2000, p.

HARARI, Yuval Noah; tradução Janaína Marcoantonio. **Sapiens: Uma breve história da humanidade**. 15. ed. Porto Alegre: L&PM Editores: 2016.

IHERING, Rudolf von. Tradução de Richard Paul Neto. **A Luta pelo Direito**. Editora Rio, 1975.

JUNIOR, Nelson Nery. **Princípios do processo civil na CF**. 12ª. ed. Editora Revista dos Tribunais: 2016, p. 80.

NOVELINO, Marcelo. **Curso de direito constitucional**. 10ª ed. Salvador: JusPodivm, 2015. p. 286.

PELUSO, Antônio Cesar. Discurso na sua posse como Presidente do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, em 23 de abril de 2010]. In: SESSÃO SOLENE DO PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, 3., Brasília, 2010. Ata da [...], realizada em 23 de abril de 2010: posse dos excelentíssimos senhores ministros Antonio Cezar Peluso, na presidência do Supremo Tribunal Federal e do Conselho Nacional de Justiça, e Carlos Augusto

Ayres de Freitas Britto, na vice-presidência. **Diário da Justiça Eletrônico**, 23 maio 2010

RAY, Larre. CLARE, Anne. **The Multi-Door Courthouse Idea: Building the Courthouse of the Future...Today.** Journal On Dispute Resolution: Vol:1. Disponível em:
<https://kb.osu.edu/bitstream/handle/1811/75850/1/OSJDR_V1N1_007.pdf>

THEODORO JUNIOR, Humberto. **Celeridade e efetividade da prestação jurisdicional:** Insuficiência da reforma das leis processuais. Belo Horizonte: 2004.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil:** Teoria geral do processo civil e parte geral do direito processual civil, v. 1. São Paulo: Atlas, 2010.

PACCA, Paolo. **O Iluminismo e a Enciclopédia.** In: POLILO, Raul (trad.). 100 Eventos que Abalaram o Mundo – vol. I. Edições Melhoramentos: São Paulo, 1978.

DE LA PERIFERIA A LA CENTRALIDAD. LA CONSTRUCCIÓN DEL ESTADO AMBIENTAL DE DERECHO EN ESPAÑA

Antonio Luis Faya Barrios
Letrado de la Junta de Andalucía

1. A MODO DE INTRODUCCIÓN

Decía Stendhal que *una novela es un espejo que se pasea por un ancho camino. Tan pronto refleja el azul del cielo ante nuestros ojos, como el barro de los barrizales que hay en el camino*

Estoy convencido de que lo mismo puede decirse del Derecho en general y del Derecho ambiental en particular. Sin duda acompaña a la Humanidad y refleja e intenta dar soluciones para los problemas que en cada momento histórico se presentan como más acuciantes.

Esto resulta particularmente evidente en materia de derechos. Se habla de derechos de primera, segunda, tercera e incluso posteriores generaciones. En un primer momento la mayor inquietud la suscitan los derechos civiles y políticos, con posterioridad se abre camino la necesidad de garantizar los derechos económicos, sociales y culturales y posteriormente derechos nuevos, entre ellos el derecho a la privacidad o el derecho que nos ocupa, al medio ambiente.

Es cierto que existen vestigios de normas que parecen revelar una inquietud por el medio ambiente. Es curioso que algún autor defiende la existencia nada menos que de un Derecho administrativo

medioambiental romano¹. Ley de las doce tablas, prohíbe enterrar o incinerar un cadáver en suelo urbano estableciendo sesenta pies de distancia para las piras funerarias. El Digesto protegía con interdictos la integridad de las cloacas públicas e incluso recoge el concepto de contaminación, considerándolo un uso injusto. Se construye el concepto de dominio público natural y se habla de las res comunes ómnium.

También en España, en nuestro Derecho medieval existía algún precedente. Así en el Fuero Juzgo ²se incluyen previsiones relacionadas con el incendio de montes, tala de árboles, entre otras. En el Fuero de Madrid se prohibía la pesca en el río con veneno. Las Partidas sancionan la tala de árboles, parras o viñas o el incendio accidental o imponían restricciones a la caza o la pesca para posibilitar la conservación de las especies.

Por supuesto, no puede hablarse propiamente de normas ambientales: su principal preocupación es de carácter económico y de explotación de los recursos.

La primera norma moderna que cita expresamente el medio ambiente, vinculándola muy directamente a la salud de los ciudadanos, es el RAMNIP³, aprobado por Decreto 2414/1961 de 30 de noviembre.

El despertar de la conciencia ecológica continúa progresando y finalmente encuentra su consagración al más alto nivel. Si el

¹ Algunos precedentes históricos de protección o defensa de los recursos naturales y de la salubridad en Roma. Hacia un Derecho administrativo medioambiental romano. Salvador Ruiz-Pino Revista Digital de Derecho Administrativo nº 17, primer semestre, Universidad Externado de Colombia, 2017, pp.91-109

<https://revistas.uexternado.edu.co/index.php/Deradm/article/view/4831/5795>

² Cuerpo de leyes vigentes durante la monarquía visigótica, siglo VII

³ En su artículo 1 proclama que su objeto es evitar que las instalaciones, establecimientos, actividades, industrias o almacenes, oficiales o particulares, públicos o privados (a todos ellos se denomina genéricamente actividades) produzcan incomodidades, alteren las condiciones normales de salubridad e higiene del medio ambiente y ocasionen daños a las riquezas pública o privada o impliquen riesgos graves para las personas o los bienes.

Derecho ambiental es parte del ordenamiento jurídico, desde luego participa de las notas que le son propias y en nuestro sistema kelseniano nuestro ordenamiento jurídico adopta una forma piramidal cuyo vértice como bien es sabido es nuestra Constitución. Y así el derecho al medio ambiente encuentra acomodo en la Constitución española de 1978

2. EL DERECHO AL MEDIO AMBIENTE EN LA CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA

El artículo 45 de la Constitución

- 1. Todos tienen el derecho a disfrutar de un medio ambiente adecuado para el desarrollo de la persona, así como el deber de conservarlo.*
- 2. Los poderes públicos velarán por la utilización racional de todos los recursos naturales, con el fin de proteger y mejorar la calidad de la vida y defender y restaurar el medio ambiente, apoyándose en la indispensable solidaridad colectiva.*
- 3. Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado.*

En 1978 pocas Constituciones reflejaban el derecho al medio ambiente, apenas la Constitución portuguesa de 1976. El artículo 45 se fundamenta en el derecho de los ciudadanos a gozar de una calidad de vida que sea coherente con la dignidad de la persona reconocida en el artículo 10 de la Constitución. En palabras de la STC 102/1995 de 26 de junio el precepto responde al hecho de que *cada cual tiene el derecho inalienable a habitar en su entorno de acuerdo con sus características culturales.*

Al tiempo y en la medida en que nace de la constatación de que se trata de un bien en peligro, sujeto a agresiones y riesgos, la regulación constitucional nace con una finalidad esencialmente tuitiva. En palabras de la STC 233/2015 de 5 de noviembre pretende *hacer frente a los fenómenos de degradación y a las amenazas de todo género que pueden comprometer la supervivencia del patrimonio natural, de las especies y, en último término, afectar negativamente a la propia calidad de vida de las personas*. De ahí que no se quede en la mera regulación del derecho: en su apartado 1 lo configura como un derecho-deber. En su apartado 2 establece la obligación de los poderes públicos de convertirse en garantes de esta tutela y finalmente en su apartado 3 prevé la tutela penal, administrativa y civil frente a quienes causen daños al medio ambiente.

Por otra parte, todo lo dicho, la importancia que parece dársele, contrasta con la posición del artículo 45 de la Constitución en el sistema de derechos que resulta de la Constitución. No está en el olimpo de los derechos fundamentales y las libertades públicas, acreedores del máximo nivel de protección; ni siquiera está en el círculo intermedio en el que se encuadran derechos como el derecho a la propiedad privada. Recibe la consideración de principio rector de la política social y económica y por tanto conforme al artículo 53.3 de la Constitución su reconocimiento, respeto y protección informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Además, sólo podrá ser alegado ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que lo desarrollen.

Por tanto, el punto de partida del desenvolvimiento del derecho al medio ambiente es precisamente ese, que nuestra Constitución no lo considera un derecho fundamental⁴ y por tanto no tiene la protección reforzada propia de los derechos fundamentales que resulta del artículo 53.2 y preceptos concordantes de la Constitución

⁴ Desde muy pronto algunos autores defienden su naturaleza de derecho fundamental, como el profesor Jordano Fraga

(vinculación a los poderes públicos y aplicación directa sin necesidad de legislación de desarrollo, reserva de ley orgánica, imposibilidad de regulación mediante Decreto Ley, necesidad de respetar su contenido esencial, amparo ordinario y recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional).

Siendo esto así, su tutela por el Tribunal Constitucional se hace depender de su vinculación⁵ con otros derechos que sí tienen ese carácter como el derecho a la intimidad y a la integridad física y moral.

Y es precisamente esa afección a otros derechos la que permitió en su momento que el derecho al medio ambiente empezara a incardinarse en el sistema europeo de protección de derechos humanos⁶. En tal sentido, en la STEDH López Ostra c. España de 9 de diciembre de 1994. El derecho al medio ambiente como tal no

⁵ En nuestra jurisprudencia constitucional, la STC 119/2001 de 24 de mayo ante el recurso de amparo interpuesto por un caso de contaminación acústica a la que el Ayuntamiento no pone fin no entra en posible vulneración del artículo 45, al no ser susceptible de amparo y centra su análisis en los artículos 15 (derecho a la vida y a la integridad física y moral) y 18 (en su vertiente de derecho a la intimidad personal y familiar). Considera que estos derechos han adquirido dimensión positiva: no son derechos teóricos o ilusorios, sino reales y efectivos. El ruido, conforme a las directrices OMS, puede llegar a constituir un factor que perturbe gravemente la calidad de vida de los ciudadanos y por tanto cuando los niveles de saturación acústica que deba soportar una persona a consecuencia de una acción u omisión de los poderes públicos, rebasen el umbral a partir del cual se ponga en peligro grave e inmediato la salud, podrá quedar afectado el derecho garantizado en el artículo 15 CE. Continúa el Tribunal Constitucional razonando que esa exposición prolongada a niveles evitables e insoportables de ruido ha de merecer la protección dispensada al derecho fundamental a la intimidad personal y familiar, en el ámbito domiciliario, en la medida en que impidan o dificulten gravemente el libre desarrollo de la personalidad, siempre y cuando la lesión o menoscabo provenga de actos u omisiones de entes públicos a los que sea imputable la lesión producida. Con todo, a la vista de las circunstancias del caso concluye que no se ha producido esa vulneración y deniega el amparo. En términos análogos, se pronuncia la STC 150/2011 de 29 de septiembre.

⁶ Aparte de la virtualidad que en los ordenamientos internos se atribuya a los pronunciamientos del Tribunal Europeo de Derechos Humanos o del Tribunal de Justicia de la Unión Europea la experiencia demuestra que estos órganos funcionan de facto en red: tienen muy en cuenta al resolver los pronunciamientos de los otros órganos y citan expresamente sus sentencias. Es un proceso de ósmosis que ha acabado conformando una suerte de *ius commune* europeo de los derechos humanos.

estaba reconocido en el Convenio Europeo de Derechos Humanos pero el Tribunal Europeo de Derechos Humanos lleva a cabo una interpretación evolutiva y considera que la inmisión de malos olores que la demandante se veía obligada a soportar sin que se le hubiera puesto fin desde las instancias nacionales supone vulnerar su derecho a la vida privada y familiar reconocido expresamente en el artículo 8.1 del Convenio.

También es de interés la STEDH 19 de febrero de 1998, caso Guerra y otros contra Italia y más recientemente la STEDH 16 noviembre 2004, caso Moreno Gómez contra España. Indica esta última que *atentar contra el derecho al respeto del domicilio no supone sólo una vulneración material o corporal, como la entrada en el domicilio de una persona no autorizada, sino también una vulneración material o incorporeal, como los ruidos, las emisiones, los olores y otras injerencias. Si la vulneración es grave, puede privar a una persona de su derecho al respeto del domicilio puesto que le impide disfrutar del mismo*

Pero sin duda la culminación al más alto nivel del derecho al medio ambiente se consigue en virtud de su presencia en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, artículo 37. La Carta forma parte del Derecho originario al mismo nivel que los Tratados y vincula a los Estados miembros que necesariamente han de respetar el contenido esencial de dichos derechos.

En cuanto a garantías del derecho, interesa destacar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea deviene de facto el supremo garante de los derechos reconocidos en la Carta. En la STJUE 26 febrero 2013, asunto C-399/11 Stefano Melloni concluye el Tribunal que respecto a los derechos previstos en la Carta Europea opera el principio de primacía del Derecho de la Unión de manera que el Estado no puede invocar disposiciones propias incluso constitucionales que establezcan un estándar de protección más elevado.

3. EL DECISIVO PAPEL DEL DERECHO EUROPEO

3.1. EL MEDIO AMBIENTE EN EL DERECHO ORIGINARIO: LOS PRINCIPIOS

El proceso que algunos autores han llamado de constitucionalización del Derecho ambiental comunitario ha debido seguir un largo camino desde que en 1957 se firmó el Tratado constitutivo de la Comunidad Europea, Tratado de Roma.

Pese a que el Tratado de Roma no contenía ninguna habilitación directa para el desarrollo de una política ambiental sí que la misma se llevó a cabo desde casi los primeros momentos por una combinación de factores:

a) Naturaleza del tratado como marco susceptible de una interpretación evolutiva. Así, se concluyó que para asegurar el crecimiento equilibrado y armonioso de la UE resultaba implícitamente necesaria una política ambiental comunitaria.

b) Consenso político sobre la necesidad de esa reinterpretación. Las políticas medioambientales suponían una oportunidad de ganar el respaldo de la opinión pública al ideal europeo en su conjunto.

c) El Tratado de Roma incluía competencias que podían utilizarse con una óptica medioambiental: Política Agraria Común, ayudas de Estado y sobre todo posibilidades derivadas de los artículos 100 y 235 .

Con posterioridad, se introduce el Título VII con ocasión del Acta Única Europea y desde entonces figura en los tratados,

actualmente en los artículos 11 y 191 a 193 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea.

De este Derecho originario europeo cabe destacar los principios de acción preventiva, cautela, corrección en la fuente y quien contamina paga.

El principio de acción preventiva parte de que es más adecuado desde el punto de vista ecológico e incluso económico evitar los daños al medio ambiente adoptando de antemano las medidas preventivas necesarias. A este principio responde con claridad la técnica de la evaluación ambiental de planes, programas y proyectos.

El principio de cautela exige adoptar medidas eficaces para impedir la degradación del medio ambiente en caso de que exista la posibilidad de un riesgo grave, incluso si no tenemos una certeza científica absoluta de que tales daños efectivamente vayan a producirse. Resulta muy expresiva la STJUE de 11 de abril de 2013, asunto C-258/11, Sweetman y otros ⁷

El principio de corrección en la fuente parte de que no ha sido posible evitar el daño y han de adoptarse medidas correctivas preferentemente en la fuente misma del problema evitando males mayores y la interacción sinérgica entre los diferentes contaminantes. Pretende asimismo evitar la transferencia de la contaminación a otros territorios de la Unión, evitando daños ambientales transfronterizos y reduciendo los costes económicos derivados de la gestión de los residuos o de los daños provocados al medio ambiente.

⁷ Se trataba del proyecto de construcción por parte de una autoridad nacional irlandesa de una carretera de circunvalación en la ciudad de Galway que se sospechaba que podía tener efectos desfavorables sobre el pavimento calcáreo del LIC Lough Corrib, que es un tipo de hábitat natural prioritario especialmente protegido. Concluye la sentencia que no podría autorizarse el proyecto si persiste la incertidumbre sobre la inexistencia de efectos perjudiciales para la integridad del lugar, precisamente de conformidad con las exigencias del principio de cautela.

En cuanto al principio quien contamina paga probablemente se haya convertido en el más destacado de los principios de Derecho ambiental europeo. Son las normas que traen causa del mismo las que lo nutren de contenido y en el supuesto que nos ocupa la Directiva 2004/35/CE de 21 de abril cuyos rasgos principales serían los siguientes:

1) Va a un concepto amplio de posible sujeto causante: cualquier persona física o jurídica, privada o pública, que desempeñe o controle una actividad profesional, sea pública o privada, tenga o no fines lucrativos. Si es cierto que excluye en principio los daños causados por particulares que sí recoge la LRM

2) Conforman un sistema de responsabilidad objetivo con matices para las actividades del anexo III (con culpa si título administrativo o riesgo de desarrollo) junto a responsabilidad vinculada a culpa en otras actividades

3) La responsabilidad que consagra es ilimitada: el operador debe sufragar los costes ocasionados por las acciones preventivas y reparadoras

4) Nexos de causalidad efectivamente es determinante de la responsabilidad

(13) No es posible subsanar todas las formas de daño ambiental mediante el mecanismo de la responsabilidad. Para que sea eficaz es preciso que pueda identificarse a uno o más contaminantes, los daños deben ser concretos y cuantificables y es preciso establecer un vínculo causal entre los daños y los contaminantes identificados. No es instrumento adecuado para abordar la contaminación de carácter extendido o difuso

5) El pago se traduce en la adopción de medidas reparadoras definidas como las que tienen por objeto reparar, rehabilitar o

reemplazar los recursos naturales y servicios dañados o facilitar una alternativa a los mismos.

6) Es la comunidad la acreedora del pago que debe efectuar quien contamina, dicho pago se materializa mediante la ejecución por el operador de las medidas reparadoras o la recuperación de los costes si la autoridad nacional asumió dicha ejecución.

7) No sólo nace el deber de reparar el daño efectivamente causado . Junto a la acción reparadora los operadores tienen el deber de asumir una acción preventiva.

3.2. EL DESARROLLO DEL DERECHO AMBIENTAL EUROPEO

Desde un primer momento el Derecho ambiental europeo aspira a conformar un nivel de protección elevado para todo el territorio de la Unión si bien se partía de que dichos estándares serían susceptibles de mejora por parte de los Estados miembros.

En tal sentido, la creciente importancia del Derecho ambiental en el Derecho originario de la Unión tiene su reflejo en una muy copiosa producción normativa normalmente incorporada a Directivas, que como es sabido suponen una legislación en dos etapas, de manera que queda a los Estados miembros la tarea de su incorporación o transposición al Derecho interno mediante normas propias en un plazo preestablecido. El incumplimiento de dicho plazo puede dar lugar al llamado efecto directo de la Directiva y a sanciones al Estado miembro.

Normalmente, frente a los Reglamentos, las Directivas dejan a los Estados un margen de conformación mayor. Con todo, en materia ambiental suelen ser muy detalladas y de facto el margen que queda a los Estados es escaso.

La normativa europea más relevante en materia ambiental, integrada por Directivas en su mayoría, es la siguiente:

1) Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de abril de 2004 sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales modificada por la Directiva 2013/30/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 12 de junio de 2013.

2) Directiva 2018/2001 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018 relativa al fomento del uso de energía procedente de fuentes renovables.

3) Directiva 2012/27/UE modificada por Directiva 2018/2002 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018, relativa a la eficiencia energética

4) Directiva 92/43/CEE del Consejo relativa a la conservación de los hábitats naturales y de la fauna y flora silvestres de 21 de mayo de 1992 modificada por Directiva 97/62/CEE de 27 de octubre de 1997 en cuya virtud se crea la red de Lugares de Interés Comunitario y Zonas Especiales de Conservación integradas en la red europea Natura 2000.

5) Reglamento (UE) nº 1143/2014 del Parlamento Europeo y del Consejo de 22 de octubre de 2014 sobre la prevención y la gestión de la introducción y propagación de especies exóticas invasoras.

6) Directiva 2000/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 23 de octubre de 2000, por la que se establece un marco comunitario de actuación en el ámbito de la política de aguas

- 7) Directiva 2006/118/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a la protección de las aguas subterráneas contra la contaminación y el deterioro
- 8) Directiva 91/271/CEE del Consejo de 21 de mayo de 1991, sobre el tratamiento de las aguas residuales urbanas
- 9) Directiva 2008/50/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2008, relativa a la calidad del aire ambiente y a una atmósfera más limpia en Europa
- 10) Directiva 2016/2284 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de diciembre de 2016, relativa a la reducción de las emisiones nacionales de determinados contaminantes atmosféricos
- 11) Directiva 2010/75/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 24 de noviembre de 2010, sobre las emisiones industriales (prevención y control integrados de la contaminación)
- 12) Directiva 2002/49/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de junio de 2002 sobre evaluación y gestión del ruido ambiental
- 13) Directiva 2008/98/CE del Parlamento Europeo y del Consejo de 19 de noviembre de 2008, sobre los residuos modificada por la Directiva 2018/851/UE de 30 de mayo
- 14) Reglamento (CE) nº 1013/2006 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 14 de junio de 2006, relativo a los traslados de residuos
- 15) Directiva 2011/92/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de diciembre de 2011 sobre la evaluación de los efectos de determinados proyectos públicos y privados sobre el medio ambiente

16) Reglamento 2018/1999 del Parlamento Europeo y del Consejo de 11 de diciembre de 2018 sobre la gobernanza de la Unión de la Energía y de la Acción por el Clima

17) Reglamento 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 2021 por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática (Ley Europea del Clima)

La profusión de normas que acabamos de citar y el modo en que alcanzan a prácticamente todas las facetas del Derecho ambiental nos permite concluir que en el ámbito europeo se ha acabado conformando un corpus de Derecho ambiental homogéneo para todos los Estados miembros y que realmente supone la conformación de estándares elevados de protección del medio ambiente en el ámbito europeo. En ocasiones resulta complicado por parte de las autoridades nacionales profundizar o incrementar los niveles de protección ambiental, no sólo porque como hemos dicho la normativa europea es exigente sino que buena parte de su energía y recursos se consumen luchando por transponer más o menos en plazo las Directivas.

Con todo, en determinadas cuestiones y al amparo del sistema de distribución de competencias en materia de medio ambiente sí que se introducen en Derecho español por la legislación estatal o autonómica mejoras en el estándar europeo de protección ambiental si bien es cierto que más en unos ámbitos que en otros. Hay numerosos ejemplos, pensemos en la normativa en materia de espacios naturales protegidos que obviamente va más allá de la Directiva Habitats o la ampliación de los supuestos de responsabilidad ambiental respecto a los previstos en la Directiva o la sujeción a evaluación ambiental de categorías adicionales de proyectos.

Junto a esta influencia más evidente del Derecho ambiental europeo existen otras que son más sutiles y a ellas nos dedicaremos en el epígrafe siguiente de esta intervención.

4. EL DERECHO AMBIENTAL EN ESPAÑA FRENTE A LAS ÚLTIMAS TENDENCIAS

La crisis financiera que el mundo sufrió en 2008 suscitó para el Derecho ambiental la necesidad de afrontar dos desafíos, la desregulación y la reversibilidad de los derechos ambientales, que plantea la cuestión de si los estándares de protección ambiental pueden en tiempo de crisis disminuirse.

En cuanto al fenómeno de la desregulación, es sin duda anterior a la crisis de 2008 y no sólo afecta al Derecho ambiental, aunque el sistema de protección ambiental constituya sin duda un objetivo claro para los defensores de esta ideología. Tiene su origen en los Estados Unidos⁸ y parte en su análisis de la existencia de una excesiva regulación que conlleva burocratización e ineficacia en la gestión. Pretende primar lo privado y el mercado de manera que apuesta por mecanismos como la autorregulación por parte de las corporaciones, la regulación negociada o paccionada y el replanteamiento del papel de la Administración como Administración de control y no Administración intervencionista.

También esta desregulación alcanza a España, donde se concluye, no sin razón, que puede existir una excesiva burocratización. Se crea en España en 2012 la Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas con el objetivo de establecer un programa de reforma de las Administraciones Públicas que entre otras finalidades busque una mayor simplificación administrativa eliminando duplicidades. El llamado informe CORA se presenta el 21 de junio de 2013.

Estas tendencias en el ámbito del Derecho ambiental se manifiestan en la sustitución de la técnica autorizatoria para el ejercicio de actividades por la declaración responsable o comunicación previa,

⁸ Comienza durante la presidencia de Ronald Reagan pero continúa decididamente bajo el mandato de Clinton con el llamado Project XL " Excellence and Leadership"

el impulso de los acuerdos voluntarios con la industria, el mayor papel de las entidades privadas colaboradoras como auxilio en el ejercicio de las potestades de inspección o la reforma de la Ley de Costas por la Ley 21/2013 de 29 de mayo de protección y uso sostenible del litoral, entre otras.

De entrada podemos constatar que en Derecho español la desregulación en lo que afecta al Derecho ambiental no ha tenido un alcance desmesurado. Incluso lo que cualitativamente tiene mayor alcance, que es el cambio de paradigma de control administrativo, que pasa a realizarse a posteriori, trae causa del cumplimiento de la normativa europea (Directiva 2006/123/CE).

Pero ese alcance limitado del que hablamos no sólo se refleja en esa escasez de disposiciones: incluso en las medidas desregulatorias adoptadas se refleja una cierta contención. La misma responde sin duda a que como antes anticipamos el Derecho europeo al establecer un estándar elevado de protección ambiental se convierte en una barrera infranqueable: no puede el legislador nacional desmontar ese sistema de protección ambiental sin exponerse a procedimientos de infracción ante la Unión Europea. Es simplemente impensable. Pero además, incluso en el margen que sí es disponible para el legislador nacional se aprecia una conciencia de la necesidad de atenuar el impacto sobre el medio ambiente.

En tal sentido, se prevé que podrá exigirse autorización previa cuando se trate de un establecimiento físico susceptible de generar daños sobre el medio ambiente⁹, si bien tal excepción a la regla general ha de responder a razones imperiosas de interés general, ser proporcionada, no discriminatoria y suficientemente motivada.

En los casos en los que la actividad sujeta a declaración responsable o comunicación previa supone la ejecución de un proyecto sujeta a evaluación ambiental, la misma ha de seguirse y tramitarse

⁹ Artículo 7.3 Ley 7/2009 de 23 de noviembre sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio

antes de poder presentar dicha declaración responsable o comunicación previa en los términos del artículo 9.3 de la Ley 21/2013 de 9 de diciembre de Evaluación Ambiental.¹⁰

Por su parte, la autocontención a la que aludíamos sí puede apreciarse en la por otra parte tan criticada por algunos sectores reforma de la Ley de Costas. Ciertamente supuso mayores facilidades para los titulares de derechos sobre edificaciones anteriores a la Ley de 1988 o prórroga de sus derechos concesionales pero no se atrevió a cuestionar la mayor, lo que resultó revolucionario en 1988: la demanialización del dominio público marítimo terrestre y la conversión de los derechos de propiedad preexistentes sobre ese ámbito en derechos concesionales limitados temporalmente.

Pero como dijimos la crisis trae otro problema: la reversibilidad de los derechos. Se plantea el problema con mayor virulencia respecto a los derechos sociales. Se plantea si es posible reducir la protección del Estado del bienestar como consecuencia de los recortes, lo cual resulta controvertido. Pero también se plantea idéntica disyuntiva respecto al derecho al medio ambiente. ¿Sería posible reducir los estándares de protección de la legislación ambiental?

De nuevo en este punto resulta esencial el Derecho europeo cuyo contenido, ese *ius commune* ambiental, vuelve a convertirse en mínimo infranqueable. Queda de manifiesto en materia de espacios naturales protegidos, respecto a los espacios integrados en la Red Natura 2000. Frente a presiones urbanísticas que pretenden

¹⁰ 2. Cuando el acceso a una actividad o a su ejercicio exija una declaración responsable o una comunicación previa y de acuerdo con esta ley, requiera una evaluación de impacto ambiental, la declaración responsable o la comunicación previa no podrán presentarse ante el órgano sustantivo antes de la publicación en el «Boletín Oficial del Estado» o diario oficial correspondiente de la declaración de impacto ambiental o del informe de impacto ambiental. Sólo con posterioridad a dicha publicación, el órgano sustantivo, mediante resolución, admitirá la declaración responsable o comunicación previa.

La declaración responsable o la comunicación previa relativa a un proyecto carecerá de validez y eficacia a todos los efectos si debiendo haber sido sometido a una evaluación ambiental no lo hubiese sido, sin perjuicio de las sanciones que, en su caso, procedan.

promover proyectos a costa de menoscabar ZEPAS o LIC la jurisprudencia europea¹¹ y nacional se muestra inflexible: no pueden los Estados miembros reducir la superficie de estos espacios o descatalogarlos. Tal descatalogación corresponde a las autoridades europea siendo la única motivación admisible la degradación natural de los valores del espacio.

Citemos últimamente la STC 134/2019 de 13 de noviembre. Frente a una ley singular autonómica que pretendía posibilitar un ambicioso proyecto residencial asentado en una ZEPA el Tribunal Constitucional no sólo reafirma el principio de que no pueden los Estados miembros reducir la extensión o la protección de estos espacios integrados en la Red Natura 2000 sino que desde el punto de vista urbanístico deja claro que el suelo de estos espacios debe necesariamente clasificarse como suelo no urbanizable de especial protección inasequible a cualquier actuación de transformación urbanística.

La incorporación al Derecho ambiental español del principio de no regresión se lleva a cabo por la Ley 7/2021 de 20 de mayo de Cambio Climático y Transición Energética. Con todo, al definirlo en su Exposición de Motivos introduce también matices. En tal sentido, señala

Desde el punto de vista medioambiental, este principio de no regresión se define como aquel en virtud del cual la normativa, la actividad de las Administraciones Públicas y la práctica jurisdiccional no pueden implicar una rebaja o un retroceso cuantitativo ni cualitativo respecto de los niveles de protección ambiental existentes en cada momento, salvo situaciones plenamente justificadas basadas en razones de interés público, y una vez realizado un juicio de ponderación entre los diferentes bienes jurídicos que pudieran entrar en contradicción con el ambiental.

¹¹ STJUE 13 julio 2006 en el asunto C-191/05 zona de protección especial “ Moura, Mourao, Barrancos”

5. EL DERECHO AMBIENTAL QUE NOS VIENE

De nuevo, el futuro previsible del Derecho ambiental español se ve decisivamente determinado por el Derecho europeo y por la posición de centralidad que adquiere en el mismo la lucha contra el cambio climático. Refirámonos brevemente a los hitos fundamentales.

5.1. EL PACTO VERDE EUROPEO

En 2019 se aprobó el Pacto Verde Europeo, el proyecto de política ambiental más ambicioso de la historia europea. Su objetivo es nada menos que construir una Europa climáticamente neutra, ecológica, justa y social a través de una profunda transformación de la economía y la sociedad europeas. Se pretende lograr a través de un uso eficiente de los recursos que no haya emisiones netas de gases de efecto invernadero en 2050, protegiendo y manteniendo al tiempo el capital natural de la UE así como la salud y bienestar de sus ciudadanos frente a los riesgos y efectos medioambientales.

Estos objetivos se lograrán integrando decididamente la sostenibilidad en todas las políticas de la UE y a través de políticas específicas:

- 1) Mayor nivel de ambición en la acción climática desde 2030 a 2050, profundizando las actuales cifras de reducción de emisiones de gases de efecto invernadero.
- 2) Suministro de energía limpia, asequible y segura basado en gran medida en fuentes renovables y descarbonizando la economía, logrando además un abastecimiento energético seguro y asequible para consumidores y empresas.
- 3) Economía limpia y circular a través de una plena movilización de la industria: se prevé fomentar que las empresas

ofrezcan productos reutilizables, duraderos y reparables, dando prioridad a la reducción y reutilización de los materiales antes de su reciclado reduciendo al tiempo los residuos.

4) Uso eficiente de la energía en la construcción y renovación de edificios

5) Movilidad más sostenible potenciando el transporte intermodal aumentando el uso del ferrocarril y de vías navegables interiores o transporte marítimo de corta distancia frente al uso actualmente predominante de la carretera. Para la movilidad privada apoyará la creación de estaciones públicas de recarga y repostaje.

6) Política alimentaria más sostenible potenciando la agricultura ecológica, la agroecología, la agrosilvicultura reduciendo el uso de plaguicidas químicos o antibióticos. Se informará mejor a los consumidores sobre origen de los alimentos, valor nutricional y huella medioambiental

7) Apuesta por los ecosistemas y la biodiversidad.

8) Contaminación cero para conseguir un entorno sin sustancias tóxicas

5.2 LA LEY EUROPEA DEL CLIMA

Como instrumento normativo fundamental para llevar a efecto el Pacto Verde Europeo se dicta el Reglamento 2021/1119 del Parlamento Europeo y del Consejo de 30 de junio de 2021 por el que se establece el marco para lograr la neutralidad climática y se modifican los Reglamentos 401/2009 y 2018/1999.

Dicho Reglamento establece un marco para la reducción progresiva e irreversible de las emisiones antropógenas de gases de efecto invernadero por las fuentes y el incremento de las absorciones de gases de efecto invernadero por los sumideros regulados

en el Derecho de la Unión. A tal efecto, establece como objetivo vinculante la neutralidad climática para 2050 de manera que en esa fecha las emisiones netas deben haberse reducido a cero.

Para proporcionar el necesario asesoramiento científico sobre cambio climático se reafirma el papel del Consejo Científico Consultivo Europeo sobre Cambio Climático recado en virtud del artículo 10 bis del Reglamento 401/2009.

Se establecen objetivos intermedios de reducción de emisiones netas de gases de efecto invernadero para 2030.

Considerando los riesgos inherentes al cambio climático como calor extremo, inundaciones, sequías, escasez de agua, aumento del nivel del mar, deshielo de los glaciares, incendios forestales de gran magnitud, vendavales y pérdidas agrícolas el Reglamento contempla la mejora de las capacidades de adaptación y resiliencia. Así, se prevé que tanto la Unión como los Estados miembros garanticen un avance continuo en el aumento de la capacidad de adaptación, el fortalecimiento de la resiliencia y la reducción de la vulnerabilidad al cambio climático. En tal sentido se contempla la adopción por la Comisión de una estrategia de la Unión sobre la adaptación al cambio climático. Los Estados miembros adoptarán y aplicarán asimismo estrategias y planes de adaptación nacional.

Se atribuye a la Comisión que evalúe la coherencia de cualquier proyecto de medidas o propuesta legislativa con el objetivo de neutralidad climática establecido. También evaluará el cumplimiento por los Estados miembros de los objetivos establecidos.

Se apuesta decididamente por mecanismos de gobernanza ambiental, indicándose expresamente que la Comisión colaborará con todos los sectores de la sociedad para capacitarlos y empoderarlos de modo que puedan emprender acciones encaminadas a lograr una transición socialmente justa y equitativa hacia una sociedad climáticamente neutra y resiliente al clima. Como actores en

este proceso se menciona a interlocutores sociales, mundo académico, comunidad empresarial, los ciudadanos y la sociedad civil

El Derecho ambiental europeo tradicional respondía como indicamos al establecimiento de estándares elevados de protección ambiental susceptibles de mejora por parte de los Estados y actuaba con una vocación de transversalidad influyendo en las distintas políticas de la Unión. El Derecho ambiental y climático europeo que nos viene supera con mucho estos parámetros: no es ya un estándar elevado sino directamente el establecimiento de un objetivo vinculante y extremadamente exigente (la neutralidad climática) que adquiere una posición de centralidad que desborda lo ambiental: no es ya que sea necesario elevar los estándares de la normativa ambiental europea en su conjunto para la consecución de este objetivo sino que la vis expansiva del mismo hace que, superada la transversalidad, el modo de vida de los ciudadanos europeos cambie sustancialmente en aspectos tan cotidianos como la vivienda, la alimentación o el transporte.

En este contexto va a desenvolverse por supuesto el Derecho ambiental español, de manera que la incorporación y ejecución de la normativa europea y el cumplimiento de los objetivos de neutralidad climática van a constituir una prioridad absoluta.

Y no pensemos que se trata de soft law o de una planificación meramente indicativa. El Pacto Verde Europeo se incorporará a los correspondientes instrumentos normativos, Reglamentos o Directivas y por tanto vinculará a los Estados miembros de acuerdo con los consabidos principios de efecto directo y primacía.

Por lo que hace en este sentido a la Ley Europea del Clima, el Reglamento 2021/1119 prevé que el incumplimiento por los Estados miembros de los objetivos establecidos, previos los correspondientes requerimientos e intentos de avenencia dará lugar a las consecuencias previstas en los Tratados para los supuestos de incumplimiento de sus obligaciones por los Estados miembros, de

manera que puede darse lugar a los correspondientes procedimientos de infracción,

De este modo, con una influencia decisiva del Derecho europeo y del decisivo impulso del mismo a la lucha contra el cambio climático, vemos cómo en España la tendencia previsible será continuar avanzando hacia la construcción del Estado ambiental de Derecho o si se quiere Estado descarbonizado de Derecho.

6. ALGUNOS RETOS PENDIENTES EN LA CONSTRUCCIÓN DEL ESTADO AMBIENTAL DE DERECHO

Acabamos de ejercer de heraldos anunciando el feliz advenimiento del Estado ambiental de Derecho tan largamente anhelado por tantos y tantos juristas ambientales. Sin duda esto constituye de por sí una gran noticia. Con todo, el siguiente reto será elevar la calidad de este Estado ambiental de Derecho afrontando lo que la experiencia nos demuestra que son grandes retos pendientes. Citaré algunos:

- 1) Dar de una vez rango formal de derecho fundamental al derecho al medio ambiente. Por más que el derecho al medio ambiente pueda estar consolidado y sólidamente asentado en el ordenamiento jurídico a través de las leyes que lo desarrollan, debiera dársele rango de derecho fundamental a través de la correspondiente reforma de la Constitución española. Por razones simbólicas, sin duda y porque no dejaría de ser un homenaje a la realidad. Pero también por razones prácticas, de manera que pueda beneficiarse de las garantías propias de estos derechos, de la regulación mediante ley orgánica, que permitiría mayor resistencia pasiva de las normas ambientales frente a intentos de reversión y sobre todo convirtiendo al Tribunal Constitucional en garante último del derecho a través del recurso de amparo constitucional.

- 2) Convertir la acción popular en materia de medio ambiente ¹², actualmente limitada a personas jurídicas sin ánimo de lucro que tengan entre sus fines estatutarios la protección del medio ambiente, en una verdadera acción pública de manera que cualquier ciudadano puede ejercerla y exigir de los poderes públicos la efectiva aplicación de las normas ambientales. Debe recordarse que la acción pública ya existe en nuestro Derecho aparte de en el ámbito penal en materias como el patrimonio histórico o el urbanismo en las que puede apreciarse identidad de razón.
- 3) Permitir que los Consejos estatal y autonómicos de transparencia, que constituyen un eficaz mecanismo de garantía para el ejercicio en general del derecho de acceso a la información obrante en poder de las Administraciones Públicas previsto en la normativa de transparencia tutelen también el ejercicio del derecho de acceso a la información medioambiental. Hoy por lo que sé cuándo acceden la normativa aplicable les obliga a inadmitirlas
- 4) Continuar avanzando hacia una planificación ambiental integrada. Ciertamente constituye un avance la prevalencia que nuestro ordenamiento jurídico atribuye a los Planes de Ordenación de los Recursos Naturales sobre el planeamiento urbanístico pero entendemos que debe continuarse avanzando respecto a la planificación territorial y sectorial con el reto añadido de integrar la planificación climática.
- 5) Potenciar los mecanismos de ventanilla única en materia de autorizaciones ambientales en línea con lo que se viene haciendo con la autorización ambiental integrada o con la autorización ambiental unificada que tenemos en nuestra Comunidad Autónoma.
- 6) Conseguir un mejor encaje de lo privado y lo público, llamados a complementarse como reconoce el Pacto Verde Europeo al partir de la necesaria movilización del capital y los esfuerzos privados. Ha de coexistir la

¹² Ley 27/2006 de 18 de julio por la que se regulan los derechos de acceso a la información, de participación pública y de acceso a la justicia en materia de medio ambiente (incorpora las Directivas 2003/4/CE y 2003/35/CE)

dimensión de control de la Administración ambiental con la apuesta por los mecanismos de autorregulación.

7) Lograr que los sacrificios patrimoniales inherentes a la protección del medio ambiente no recaigan tan sólo sobre los propietarios. En el ámbito urbanístico se encuentra reconocida en España la equidistribución de los beneficios y cargas derivados del planeamiento urbanístico. Algo parecido podría hacerse en el ámbito ambiental.

8) Crear en las empresas y en general en las organizaciones una figura parecida al Delegado de Protección de Datos o al Compliance Officer específicamente dedicado a velar por el cumplimiento de las normas ambientales y con una cierta autonomía e independencia garantizadas.

9) Llevar el principio quien contamina paga a sus últimas consecuencias. Ir más allá de la actual regulación europea y nacional de manera que la responsabilidad sea objetiva para todas las actividades profesionales, se encuentren o no en el Anexo III de la norma. Establecer mecanismos de garantía financiera eficaces para cuando los daños excedan de las posibilidades de reparación de las empresas.

10) Considerar que así como las sanciones administrativas por daños al medio ambiente deben estar sujetas a plazos de prescripción, el deber de reparar los daños al medio ambiente causados debe o ser imprescriptible o sujetarse a plazos largos de prescripción.

11) Potenciar los mecanismos de gobernanza, obteniendo el mayor consenso y participación en la elaboración de las normas y acompasando su implantación a las necesidades de la sociedad velando porque no perjudiquen a los sectores más desfavorecidos (pobreza energética)

12) Permitir un acceso efectivo, fácil, gratuito y completo a la normativa ambiental que debe estar debidamente sistematizada y concordada. No creo que resulte imprescindible la codificación de las normas ambientales en un cuerpo normativo único.

A ATUAÇÃO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS NAS QUESTÕES DOS DESCA

Clovis Gorczewski¹

Recebi, com júbilo, o convite do Dr. Álvaro Sanches Bravo, para participar desta obra em homenagem ao Ilustre Mestre Prof. Dr. José Alcebiades de Oliveira Júnior. Isto significa, para mim, muito mais que escrever um singular artigo, significa a oportunidade de uma manifestação efetiva e reflexiva sobre um professor que se transformou em amigo.

Através de seus escritos, que muito me influenciaram, conheci o Professor José Alcebiades ainda na graduação. Permitiu o destino que, através de amigos comuns, nos aproximássemos e tivesse eu a alegria de também chamá-lo amigo.

Depois de longos anos na Universidade Federal de Santa Catarina, Alcebiades volta ao pago gaúcho - do qual um bom missioneiro nunca se afasta. Na Universidade Federal do Rio Grande do Sul continuou sua missão de professor, educador, orientador, coordenador de grupos de estudos e pesquisas. Suas inúmeras atividades acadêmicas nunca lhe impediram de confraternizar com os alunos, orientandos e amigos.

Enfim a aposentadoria. Mas como diz Max Amadeus, *aposentadoria é para quem nunca fez o que quis. Quem faz o que gosta não quer parar nunca*. Assim que Alcebiades, eterno professor, se volta à terra natal. Alegria para Santo Ângelo, júbilo para a Universidade Regional Integrada - URI, onde continua sua nobre missão de educador, influenciando as novas gerações de pensadores do direito.

¹ Advogado, Doutor em Direito. Professor da Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC.

Desejo, além de louvar a iniciativa do Prof. Dr. Álvaro Sanchez Bravo, agradecer a oportunidade de participar deste trabalho, uma justa homenagem a quem tanto nos ensinou.

Desde Bodin² - para quem a soberania estatal era concebida como o poder supremo, absoluto, ilimitado e perpétuo sobre os cidadãos e súditos, independente das leis positivas - que a questão da soberania dos Estados tem sido um dos pontos mais delicados da filosofia e das ciências políticas e, conseqüentemente dos direitos, em especial da questão dos direitos humanos. No direito internacional é um dos princípios mais fortes e que, em termos práticos, impede a intervenção de qualquer poder nos atos praticados por um Estado, mesmo que estes sejam de violações aos direitos humanos. A violação do princípio da soberania dos Estados significa a violação de outros, como a ingerência em assuntos de outros Estados e a autodeterminação dos povos. Os Estados, portanto, deveriam apenas observar, sem qualquer intervenção, fatos que ocorrem em outros Estados.

Julgando-se imunes, amparados neste princípio, muitos Estados tem sistematicamente praticado violações aos direitos do homem.

Talvez por isso, a ideia de uma tutela internacional aos direitos humanos, encontrou, no princípio, tanta resistência. No campo político, pelos antigos e anacrônicos conceitos da soberania nacional absoluta; ideias que ainda hoje são comuns de se encontrar. E como bem lembra Belli este infame conceito, revestido com as mais diversas roupagens, continua a imperar em muitos Estados, seja por puro conservadorismo, seja por razões inconfessáveis³.

Contudo, modernamente, a comunidade internacional não tem aceito que o problema de violação dos direitos humanos seja uma

² BODIN, Jean. *Les Six Livres de la République*, 1976

³ BELLI, Benoni. "O sistema interamericano de Proteção aos Direitos Humanos". In *Direitos Humanos como Educação para a Justiça*. SILVA. Reinaldo Pereira e. (organizador) São Paulo: RTr. 1998. p. 152.

questão de competência exclusiva dos Estados. A necessidade social e moral de uma defesa realmente efetiva dos direitos humanos, unida a uma crescente abertura da doutrina política e jurídica sobre a matéria, tornaram possível a realização, no século XX deste grande avanço da humanidade: o reconhecimento e a proteção dos direitos humanos pela ordem internacional. Assim, a tutela destes direitos não é mais uma questão de competência exclusiva dos Estados, mas sim um problema de toda a comunidade internacional. Esta foi uma das grandes proezas do nosso tempo.

Esta nova visão, de proteção internacional dos direitos humanos, é algo extremamente recente na história da humanidade e inicia com o término da segunda Guerra Mundial. Com a liberdade de imprensa e o desenvolvimento de modernos meios de comunicação, a comunidade internacional tomou conhecimento das barbáries e atrocidades cometidas. Atitudes que envergonhavam a própria raça humana. Isto veio a demonstrar a necessidade de uma proteção mais efetiva aos direitos humanos; o que nos levou ao processo de internacionalização desses direitos e resultou na criação de sistemas de proteção internacional, em que é possível a própria responsabilização de um Estado. O aspecto mais positivo destas ações foi a reformulação do conceito clássico de soberania como um poder ilimitado que não admite restrições ou exceções.

Embora se possam citar várias manifestações importantes quanto a proteção aos direitos do homem (*Magna Carta*, o *Bill of Rights*, a Declaração Norte-americana de Independência e a Declaração Francesa) o marco histórico e definitivo para a proteção internacional dos direitos humanos foi o fim da Segunda Guerra Mundial, como uma resposta às atrocidades e aos horrores cometidos durante o nazismo.⁴

Com a construção da ONU, em 1945, imediatamente se inicia um processo de reconstrução e proteção universal destes direitos, o

⁴ PIOVESAN, Flávia. "Direitos Humanos e Globalização" *In Direito Global*. SUNDFELD, Carlos Ari e VIEIRA, Oscar Vilhena (coordenadores) São Paulo: Max Limonad. 1999. p.196

que culmina com a aprovação pela Assembleia Geral das Nações Unidas da Declaração Universal dos Direitos do Homem, primeiro instrumento internacional geral, de caráter universal, que anuncia direitos que se reconhecem a toda pessoa”.⁵

Não é nosso objetivo aqui discorrer sobre a Declaração, mas como nos lembra Oliveira, esta, ainda que aprovada sem nenhum voto contrário, desde logo recebeu todas as críticas a que estão sujeitas as obras humanas: que não tinha sentido revolucionário – bradaram os socialistas do leste; que direitos econômicos e sociais não são fundamentais – clamaram os liberais do oeste. Cada setor ideológico, filosófico, religioso e político manifestou seu particular descontentamento.⁶

Entretanto, a mais séria discussão deu-se sobre a natureza jurídica ou o valor jurídico da Declaração. Na verdade a Declaração, por si só, não tem força cogente, pois que adotada através de uma Resolução da Assembleia Geral, que nos termos do artigo 13 da Carta das Nações Unidas, possui competência para fazer recomendações.⁷ Neste sentido Rezek é taxativo: “A Declaração Universal dos Direitos do Homem não é um tratado, e por isso seus dispositivos não constituem exatamente uma obrigação jurídica para cada um dos Estados representados na Assembleia Geral quando, sem qualquer voto contrário, adotou-se o respectivo texto sob a forma de uma resolução da Assembleia”.⁸ Igual é o entendimento de Castillo: “do ponto de vista formal, enquanto resolução da Assembleia Geral, a Declaração não é um instrumento juridicamente

⁵ CASTILLO, Mileyá. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Valencia: Tirant lo blanch. 2003. p. 51.

⁶ OLIVEIRA, Almir de. *Curso de Direitos Humanos*. Op. Cit. p. 220/221.

⁷ Nos termos do artigo 13, inciso 1 da Carta da ONU, a Assembléia Geral tem competência para “iniciar estudos e fazer recomendações destinados a:

b).....favorecer o pleno gozo dos direitos humanos e das liberdades fundamentais.....”

⁸ REZEK, José Francisco. *Curso Elementar de Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva. 1995. p. 224.

vinculante”.⁹ Verdross também lembra que a Assembleia Geral das Nações Unidas “não possui, a princípio, competência legislativa”.¹⁰

Assim também assevera Comparato: “Técnicamente, a Declaração Universal dos Direitos do Homem é uma recomendação que a Assembleia Geral das Nações Unidas faz aos seus membros (Carta das Nações Unidas, artigo 10). Nestas condições, costuma-se sustentar que o documento não tem força vinculante”.¹¹ Vale ainda lembrar que a Declaração não foi aprovada nem ratificada como tratado internacional pelos distintos Estados, de acordo com seus mecanismos constitucionais, pelo qual se obrigariam legalmente.

Contudo, muitos doutrinadores encaram a Declaração como uma interpretação autorizada dos artigos da Carta das Nações Unidas relativos aos direitos humanos, e que teria, portanto, efeitos legais de um tratado internacional. Assim é o posicionamento de Azevedo para quem é possível reconhecer força cogente à Declaração, na medida em que ela se apresenta como a explicitação dos direitos humanos a que a própria Carta da ONU se refere. “Na medida em que se puder aceitar a cogência das próprias disposições da Carta da ONU sobre os direitos humanos, então será possível aceitar a cogência da própria Declaração Universal enquanto extensão ou desdobramento da Carta da ONU, explicitadora dos direitos humanos consagrados em seu texto”.¹² É significativo também - mas não vinculativo - que o texto tenha sido publicado como se fosse uma lei no *Journal Officiel* da França.

⁹ CASTILLO, Mireya *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Op. Cit. p. 54.

¹⁰ VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Público*, Madrid: Aguilar. 1961. p. 443.

¹¹ O próprio autor declara que reconhece-se hoje, em toda parte que a vigência dos Direitos Humanos independe de sua declaração em constituições, leis e tratados internacionais, exatamente porque se está diante de exigências de respeito a dignidade humana, exercidas contra todos os poderes estabelecidos, oficiais ou não. COMPARATO. Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. Op. Cit. p. 223/224.

¹² AZEVEDO, Ivo Sefton. *Direito Internacional Público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1980 p. 46.

Por tudo isso, buscou-se então a consecução de novos instrumentos de proteção, especialmente na elaboração dos Pactos de 1966¹³ e, em decorrência vão surgindo uma gama enorme de documentos internacionais de proteção.

Na América, discutimos esta questão desde o Congresso do Panamá (1826). Bradava Simon Bolívar que a América tem como destino e missão histórica ser uma terra de liberdade e oferecer ao homem um ambiente favorável a seu pleno desenvolvimento e a realização de suas justas aspirações.

Sofremos muitos percalços e superamos muitos desafios até que finalmente, em abril de 1948, foi criada a Organização dos Estados Americanos. Junto com ela promulgamos também a Declaração Americana dos Direitos e Deveres do Homem. Atentem-se: sete meses antes que a Assembleia Geral das Nações Unidas proclamasse, a Declaração Universal dos Direitos do Homem.

Contudo, a exemplo da Declaração Universal da ONU, a Declaração Americana, do ponto de vista formal, não é um instrumento juridicamente vinculante.

Novos desafios, obstáculos, entraves e barreiras surgiram, mas finalmente, em novembro de 1969 os Estados Americanos aprovam a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ou o Pacto de São José da Costa Rica.

Ao aprovar a Convenção Americana sobre Direitos Humanos, ou Pacto de São José da Costa Rica, como diz Hildebrando Accioly,

¹³ A elaboração dos pactos foi protelada por uma série de dificuldades de ordem prática e política e, finalmente, em 16 de dezembro de 1966, a Assembleia Geral aprovou o texto dos dois pactos - Resolução 2.200A. Em 03 de janeiro de 1976, entra em vigor o Pacto Internacional sobre Direitos Econômicos, Sociais e Culturais, após a Jamaica (35º Estado) haver depositado seu respectivo instrumento de ratificação, a 3 de dezembro de 1975 - nos termos do artigo 27 do Pacto. Em 23 de Março de 1976, entra em vigor o Pacto Internacional sobre Direitos Cívicos e Políticos, (Três meses após a Tchecoslováquia (35º Estado) haver depositado seu respectivo instrumento de ratificação em 23 de dezembro de 1975 - nos termos do artigo 49 do Pacto.

os Estados Americanos demonstraram haver “superado a fase de elaboração de princípios teóricos e das meras declarações de intenções”¹⁴.

Na Convenção, já em seu preâmbulo, os Estados reafirmam seu propósito de consolidar um regime fundado nos direitos humanos e reconhecem que os direitos essenciais do homem derivam do fato de terem como fundamento os atributos da pessoa humana, o que justifica uma proteção internacional. Embora os Estados possam (em raras e excepcionais situações) suspender algumas garantias¹⁵, expressamente obrigam-se a respeitar os direitos e as liberdades previstas na Convenção, sem quaisquer discriminações.

Os direitos e garantias referidos pela convenção são basicamente aqueles denominados direitos de primeira geração ou direitos individuais: vida, honra, dignidade e integridade pessoal, proibição da escravidão e da servidão, liberdade pessoal, as garantias judiciais, o princípio da legalidade e da irretroatividade, liberdade de consciência e de religião, de pensamento e de expressão, direito de resposta, direito de reunião, de associação, de constituir família, enfim, todos aqueles direitos básicos da pessoa humana.

Quanto aos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, constantes da Carta da OEA (basicamente do art. 30 ao 52), os Estados comprometem-se a adotar providência, tanto no âmbito interno como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente sua plena efetividade.....na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.¹⁶ Tratam-se, portanto, de normas programáticas, onde

¹⁴ ACCIOLY, Hildebrando, SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. *Manual de Direito Internacional Público*. Op. Cit. p. 372.

¹⁵ Não podem ser suspensos: o direito à vida, ao reconhecimento da personalidade jurídica, à integridade pessoal, a proibição da escravidão e servidão, o princípio da legalidade e da retroatividade, a liberdade de consciência e de religião, a proteção à família, o direito ao nome, a proteção à criança, o direito à nacionalidade e os direitos políticos.

¹⁶ Capítulo III. Artigo 26.

os Estados unicamente se comprometem a empreender esforços para assegurar tais direitos, aliás o artigo refere-se a ‘desenvolvimento progressivo’.

Após a enumeração dos direitos e deveres, em sua segunda parte, a Convenção estabelece os meios de proteção. Passa então a determinar, a organização, a estrutura, as funções, a competência e os procedimentos da Comissão Interamericana de Direitos Humanos - CIDH.

A seguir, no Capítulo VIII, ocupa-se da Corte Interamericana de Direitos Humanos. Objeto principal de nossas reflexões.

A ideia de se criar um tribunal para proteger os direitos humanos na América remonta a 9º Conferência Internacional Americana realizada em Bogotá, 1948 - quando a União Pan-Americana passa a denominar-se Organização dos Estados Americanos - OEA. Tal pretensão foi alcançada em São José quando então se aprovou a criação da referida Corte com competência consultiva e contenciosa para “conhecer sobre qualquer caso relativo a interpretação e aplicação das disposições desta Convenção que lhe seja submetido”¹⁷.

Os Estatutos da Corte Interamericana de Direitos Humanos foram aprovados na Assembleia Geral da OEA em La Paz, em 1979 sendo definida em seu artigo 1º como “uma instituição judiciária autônoma, cujo objetivo é a aplicação e a interpretação da Convenção Americana sobre Direitos Humanos”¹⁸.

A competência consultiva é ampla, prevê que qualquer Estado membro da OEA, parte ou não da Convenção, poderá consultar a Corte sobre a interpretação da Convenção Americana ou de outros Tratados concernentes à proteção dos direitos humanos nos Estados Americanos. Também, por solicitação de qualquer Estado

¹⁷ Artigo 62.3

¹⁸ Artigo 1. Estatuto da Corte Interamericana de Direitos Humanos

membro a OEA, a Corte emitirá parecer sobre a compatibilidade de qualquer de suas leis internas e os instrumentos jurídicos internacionais.

Quanto ao contencioso, a Corte tem competência limitada aos Estados-partes que tenham reconhecido ou que reconheçam sua competência. Conforme expressa seu estatuto, assim como a Convenção Americana.

O processo inicia com a distribuição da demanda junto à Secretaria da Corte. A produção de provas e audiências ocorre da mesma forma que na ComissãoIDH, com a diferença de que na Corte as partes do processo passam a ser, de um lado o Estado-denunciado e de outro a Comissão. O processo tem duas fases, uma escrita outra oral. Na fase oral, os agentes do Estado, seus advogados ou conselheiros, apresentam o caso ao Presidente da Corte, podem também apresentar testemunhas e perícias. Todo procedimento é público, exceto se a Corte dispor o contrário.

Quando a Corte decidir que houve violação a um direito ou liberdade protegido pela Convenção, determinará que se garanta ao prejudicado o gozo de seu direito ou liberdade violados. Poderá também, determinar que sejam reparadas as consequências da medida, mediante o pagamento de indenização à parte lesada. É importante ter-se claro de que a Corte não é um tribunal penal e não substitui as ações penais relativas às violações cometidas nos Estados, ela apenas julga se o Estado é ou não responsável por violação à Convenção Americana sobre Direitos Humanos.

As sentenças devem ser fundamentadas, admitindo-se a juntada de voto vencido. São definitivas e inapeláveis, contudo, havendo divergência quanto ao seu alcance, podem as partes pedir, no prazo de 90 dias, interpretação (esclarecimentos - análogo a embargos declaratórios). A sentença será lida em audiência pública depois de notificadas as partes, e será dado conhecimento a todos Estado-partes da Convenção. Havendo indenização

compensatória, a parte interessada poderá executar a sentença no seu respectivo país, pelo processo vigente para a execução de sentenças contra o Estado.

No caso do um Estado não dar cumprimento às decisões da Corte: “de maneira especial e com as recomendações pertinentes”, em seu relatório anual, indicará o caso, e submeterá a consideração da Assembleia Geral da OEA.¹⁹

Como se observa, malgrado os inúmeros horrores cometidos, o século XX nos legou um direito internacional mais humanista, na medida em que foi concedendo uma maior proteção aos indivíduos e conseqüentemente um posicionamento mais central em suas preocupações e tutelas. Essa mudança foi vital para a afirmação dos Direitos Humanos, pois o indivíduo que sofre violação de algum desses direitos e liberdades e que tenha dificuldades de obter tutela de proteção ou reparação do seu próprio Estado, conta agora com sistemas internacionais de justiça, sendo um deles: o sistema interamericano de direitos humanos, e aqui nos referimos especificamente a uma corte internacional.

É, sem dúvida, a evolução da humanidade, um grande avanço e uma garantia extra na proteção e na afirmação dos direitos humanos.

Contudo, justamente por sua fenomenal importância, por entendermos que sua existência e atuação, é vital para a proteção dos direitos humanos, expressamos algumas angustias e preocupações:

O Pacto de São José, expressa em seus artigos 61 a 65 a competência da Corte, isto é quais os casos em que ela poderá dizer o direito, no item 3 do artigo 61 está claro e expresso que “A Corte tem competência para conhecer de qualquer caso, relativo à interpretação e aplicação das disposições desta Convenção, que lhe

¹⁹ Artigo 65 da Convenção

seja submetido, desde, obviamente, que os Estados-partes no caso tenham reconhecido ou reconheçam a referida competência....”

É a convenção, portanto, quem dá o norte da matéria que poderá ser apreciada pela Corte, ou seja, sua competência está atrelada aos direitos e liberdades previstos na Convenção, assim como em seu Estatuto.

Ao ratificar a convenção, e reconhecer a Corte, os Estados assumiram o compromisso de submeter-se a sua jurisdição para estes casos, (violações de direitos e liberdades estabelecidas no Pacto de São José).

Veja-se o caso do Brasil: em 03 de Dezembro de 1998, o Congresso Nacional, através do Decreto Legislativo número 89: “Aprova a solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos para fatos ocorridos a partir do reconhecimento.....”

A seguir, em 08 de novembro de 2002, o Poder Executivo, promulga do Decreto número 4.463, onde expressa que: Considerando que o Congresso Nacional aprovou, pelo Decreto Legislativo número 89, solicitação de reconhecimento da competência obrigatória da Corte Interamericana de Direitos Humanos, em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção. DECRETA: “É reconhecida como obrigatória, de pleno direito e por prazo indeterminado, a competência da Corte Interamericana de Direitos Humanos em todos os casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos (Pacto de São José), de 22 de novembro de 1969, e para fatos posteriores a 10 de dezembro de 1998. (quando publicado o Decreto Legislativo)

Ora, está claro que o Brasil, assim como os demais Estados, ao ratificarem a convenção e reconhecerem a competência da Corte, o

fizeram seguindo o disposto no artigo 61, item 3 da Convenção, isto é, para julgar violações de direitos e liberdades previstos na Convenção.

Atualmente, levando em consideração alguns dos últimos casos que foram julgados pela Corte, é visível um movimento no sentido de alargar sua competência para matérias que, *a priori*, não estavam previstas quando da ratificação da mesma pelos Estados-membros.

O próprio site da Corte, expressava (recentemente alterado): “A Corte Interamericana de Direitos Humanos é um órgão judicial autônomo que tem sede em San José, Costa Rica, cujo propósito é aplicar e interpretar a Convenção Americana de Direitos Humanos e outros tratados de Direitos Humanos”. Outros tratados? Ora, sua competência se restringe aos casos relativos à interpretação ou aplicação da Convenção Americana de Direitos Humanos.

E mesmo na aplicação da Convenção. A Corte vem estendendo o rol de direitos justicáveis perante o Sistema Interamericano de Direitos Humanos. E esta ampliação de sua competência passa a permitir a condenação dos Estados Partes pela violação dos Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais.

Ocorre que estes direitos, previstos no Capítulo III da Convenção, referem-se a Direitos Econômicos, Sociais e Culturais (não há nada sobre questões ambientais). Ali se projeta um desenvolvimento progressivo - aliás é o que diz expressamente o artigo 26 da Convenção: “Os Estados-partes comprometem-se a adotar as providências, tanto no âmbito interno, como mediante cooperação internacional, especialmente econômica e técnica, a fim de conseguir progressivamente a plena efetividade dos direitos que decorrem das normas econômicas, sociais e sobre educação, ciência e cultura, na medida dos recursos disponíveis, por via legislativa ou por outros meios apropriados.

Trata-se, portanto de normas programáticas.

Tudo começou do caso *Lagos Del Campo Vs. Perú* (2017). Neste julgamento a Corte responsabilizou a República do Peru pela violação dos direitos relativos à estabilidade laboral, a partir de uma construção interpretativa do art. 26.

Em abril de 2020, a Corte IDH divulgou a sentença do caso *Comunidades Indígenas Membros da Associação Lhaka Honhat (Nossa Terra) Vs. Argentina*. A corrente majoritária do tribunal reiterou as interpretações anteriores, como no caso *Lagos Del Campo*, para responsabilizar a Argentina pela violação dos direitos ao meio ambiente equilibrado, a alimentação adequada, a água e ao direito de participar na vida cultural.

A Corte por sua corrente majoritária reiterou a importância da proteção dos Direitos Econômicos, Sociais, Culturais e Ambientais e a necessidade de inclui-los como direitos que podem ser violados e que o Sistema Interamericano deve proteger, tendo como fundamento a tese da interdependência e da indivisibilidade dos direitos humanos.

Em 15 de julho de 2020 mais uma sentença (publicada em outubro) desta vez condenando o Estado Brasileiro. É o caso ocorrido em Santo Antônio de Jesus (Bahia). O caso diz respeito à explosão de uma fábrica de fogos de artifício que ceifou a vida de 64 mulheres, dentre eles 20 crianças. Efetivamente uma tragédia.

Evidentemente é clara a omissão do Estado Brasileiro na segurança de seus cidadãos, na fiscalização, na assistência, nas garantias judiciais, na punição aos responsáveis.

Mas os argumentos utilizados pela corte foram que a grande maioria das trabalhadoras na fábrica eram mulheres afrodescendentes que viviam em condição de pobreza e tinham baixo nível de

escolaridade”. Que tinham salários muitos baixos e que havia várias crianças trabalhando.

Dentre os itens da condenação está a de que o Estado deve executar um “programa de desenvolvimento socioeconômico destinado à população de Santo Antônio de Jesus”.

Ora, programa de desenvolvimento econômico são políticas públicas para direitos de segunda geração (direitos sociais).

É claro que existe uma posição contrária na própria corte. Uma corrente minoritária posiciona-se contraria a ampliação dos direitos justicáveis. Defende que os Estados não ratificaram a Convenção nos termos que a Corte os está condenando, portanto não teria a Corte competência para se pronunciar sobre tais direitos.

É pacífico o reconhecimento da importância do Sistema Interamericano de Direitos Humanos. Decorreram da Comissão inúmeras excelentes Políticas Públicas e da Corte brilhantes sentenças para a afirmação e concretização destes direitos sagrados.

É justamente por sua excepcional importância na garantia e concretização dos direitos humanos, que este posicionamento da Corte oferece preocupações. Sim que as decisões devem evoluir, os direitos devem ser ampliados, todos os direitos devem ser protegidos, são indivisíveis e não há hierarquia entre eles.

Contudo, enfrentamos um ponto extremamente delicado e nefrágico. A Corte está julgando atos, ações de Estados, num momento de grande transformação. Desde o 11 de setembro surgiu uma nova ordem mundial. Os próprios direitos humanos são questionados e relativizados.

Nos últimos anos, na Europa, Estados Unidos, Brasil, surgem governos liberais, a xenofobia e o nacionalismo ressurgem, com ideias liberais, economia, lucro e desenvolvimento acima de tudo. A

soberania dos Estados ganha novamente relevância. Está muito claro que estamos em um período de retrocesso político-social.

Este posicionamento da Corte Interamericana de Direitos Humanos pode pôr em risco todo o Sistema.

De maneira absolutamente objetiva. O problema reside no fato de que este movimento poderá levar a uma negação por parte desses Estados em acatar as decisões da Corte, tendo como fundamento a ausência de competência da mesma para julgar tais casos. Isso poderia acarretar em enorme descrédito sobre a eficácia do sistema interamericano de proteção aos direitos humanos.

Um Estado condenado por violação de direitos sociais poderá invocar a incompetência da Corte para julgar tal fato. Advertir da sua estrita competência, da insegurança jurídica que tal decisão impõe, invocar sua soberania na execução de políticas públicas e assim desacreditar todo um sistema.

É o grande risco que corremos, neste laudável avanço no posicionamento da Corte. Está clara a imperativa necessidade da realização de um novo protocolo, a necessidade de uma nova ratificação sobre os novos direitos. E isso de forma urgente e imediata.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando, SILVA, Geraldo Eulálio do Nascimento e. *Manual de Direito Internacional Público*. 12. ed. São Paulo: Saraiva. 1996.

AZEVEDO, Ivo Sefton. *Direito Internacional Público*. Porto Alegre: Livraria do Advogado. 1980.

BELLI, Benoni. "O sistema interamericano de Proteção aos Direitos Humanos". In *Direitos Humanos como Educação para a Justiça*. SILVA. Reinaldo Pereira e. (organizador) São Paulo: RTr. 1998.

BODIN, Jean. *Les Six Livres de la République*, 1976

CASTILLO, Mileyá. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Valencia: Tirant lo blanch. 2003.

COMPARATO. Fábio Konder. *A Afirmação Histórica dos Direitos Humanos*. 3ª ed. São Paulo: Saraiva. 2001.

CONVENÇÃO AMERICANA SOBRE DIREITOS HUMANOS

ESTATUTO DA CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS

OLIVEIRA. Almir de. *Curso de Direitos Humanos*. Rio de Janeiro: Forense. 2000.

PIOVESAN, Flávia. “Direitos Humanos e Globalização” In *Direito Global*. SUNDFELD, Carlos Ari e VIEIRA, Oscar Vilhena (coordenadores) São Paulo: Max Limonad. 1999.

REZEK, José Francisco. *Curso Elementar de Direito Internacional Público*. São Paulo: Saraiva. 1995.

VERDROSS, Alfred. *Derecho Internacional Público*, Madrid: Aguilar. 1961.

ANÁLISIS CRÍTICO DEL PODER CONSTITUYENTE

David Sánchez Rubio¹

1. INTRODUCCIÓN

En este trabajo vamos a hacer una aproximación preliminar sobre el concepto de poder constituyente en su versión popular y en su versión oligárquica. También se complementará con el análisis de otro poder, el instituyente que, a su vez, también posee una dimensión popular y otra oligárquica. La finalidad última es cuestionar el imaginario oficial y generalizado que existe sobre el poder constituyente en la cultura jurídica y política, porque representa el triunfo de un falso universalismo y de una serie de promesas que nunca quisieron ser cumplidas por el actor principal de la modernidad: la burguesía y la oligarquía-plutocrática que se fue conformando de manera compleja y sistémica en torno a su imaginario y su proyecto de vida. La crisis que a nivel global están experimentando los estados constitucionales de derecho, con el debilitamiento de sus sistemas democráticos y el enflaquecimiento de las garantías de los derechos humanos por los ataques del totalitarismo del mercado y su ideología neoliberal, se incrementa por la crisis del propio capitalismo. Hechos que provocan reacciones y resistencias diversas y exigen reinterpretar los marcos categoriales y los conceptos analíticos tradicionales y la búsqueda de nuevos sentidos que nos permitan mayores grados de certidumbre en este contexto incierto.

Todos los conceptos tienen un núcleo referencial axiológico que sirve de norte y de común denominador de la dimensión propositiva que ofrecemos, y procede de los procesos históricos

¹ Profesor Titular de Filosofía del Derecho. Facultad de Derecho. Universidad de Sevilla. E-mail: dsanche@us.es

revolucionarios y de las luchas colectivas que reivindican espacios de libertad y dignidad humanas frente a sistemas y modos de dominación y de exclusión con los que se trata a determinados seres humanos como objeto por razones diversas, inferiorizándolos, marginándolos, discriminándolos y/o eliminándolos, y que proyectamos sobre toda la humanidad y sobre cada momento de existencia de cada ser humano. El filósofo chileno Helio Gallardo lo resume, a partir los procesos de liberación frente a distintos tipos de sujeción, con la capacidad que deben poseer los movimientos sociales (y todo ser humano) de auto-constituirse como sujetos, de hacerse sujetos, creando subjetividades e identidades con las que ponerse en condiciones de darle carácter propio a los procesos en los que intervienen y a las propias producciones que genera. Es la gente desde sí mismas la que debe asumir el protagonismo y escribir su propio guion y realizarlo desde su lucha social, colectiva, individual, diaria y cotidiana.² Los poderes constituyentes e instituyentes pese a sus ambivalencias, contradicciones, reversibilidades, inversiones y modulaciones propias de la actuación humana, pueden ser caminos y vías complementarias que lo posibilitan. La dificultad o el problema principal es que la historia siempre es construida por los vencedores y acaba por imponerse un imaginario dominado por los grupos o clases más poderosos. En este caso es la burguesía y su sistema de organización complejo enmarcado dentro de la lógica del capitalismo, la que sienta las bases de lo que Joaquín Herrera Flores denomina el método de acción social dominante que orienta el modo como se puede reaccionar ante los entornos de las relaciones humanas, es decir, el sistema director y el principio directriz de los procesos ideológicos, de los contenidos concretos y específicos que deben orientar las acciones humanas, así como de las formas de producción de los valores sociales.³ En función de ese método-orientador de la acción social dominante o no dominante,

² Gallardo, H., *Siglo XXI, producir un mundo*, San José, Arlekin, 2006, pp. 23-24, 46 y 51.

³ Herrera Flores, J., *Los derechos humanos como productos culturales. Crítica del humanismo abstracto*, Madrid, Los Libros de la Catarata, 2005, pp. 14 y 254.

articulamos nuestras relaciones humanas con nosotros mismos, con nuestros semejantes y con la naturaleza.

2. NOCIONES ANALÍTICAS PROPOSITIVAS

Pese a la ambivalencia y a la multitud de definiciones que existen de cada uno de los conceptos analíticos, en este apartado se darán unas nociones generales del poder constituyente y del poder instituyente haciendo algunas propuestas para enfrentar las nociones ficticias, limitadas, interesadas, segmentadas y reducidas del poder constituyente que están oficializadas y son predominantes, pero que son expresión de constructos ideológicos de una elite, oligarquía y plutocracia que hegemoniza un sistema que discrimina y se asienta sobre una desigualdad estructural, vertical y excluyente y que produce resistencias y experiencias de contrastes desiguales. Pese a que cuando se habla de poder, hay que hacerlo en plural, básicamente pretendemos complejizarlo un poco con el propósito de cortar la cabeza al soberano en tanto entidad única, singular y absoluta concentrada en un único sujeto, el estado. Por eso, diferenciaremos entre un poder constituyente popular-participativo y otro poder constituyente oligárquico-plutocrático y también distinguiremos entre poderes instituyentes populares-participativos, y poderes instituyentes oligárquico-plutocráticos.

2.1. Poder constituyente en la cultura jurídica constitucional oficial

Por poder constituyente entenderemos, en principio, tanto al sujeto o actor social, sea popular (democrático, participativo y de muchos) o demagógico, oligárquico y/o plutocrático (de pocos), como también a los dispositivos de poder implementados por esos agentes, que expresan la capacidad de dotar de carácter, afectar y controlar a las instituciones del estado encargadas de regular, gestionar y administrar la convivencia de los miembros de una sociedad en función de sus intereses.

Para el poder constituyente popular los intereses estarán determinados por el reconocimiento de los derechos humanos, la distribución igualitaria del poder, la lucha contra la desigualdad, el bien común incluyente y la satisfacción de las necesidades que hace posible una vida digna de ser vivida y un mundo en el que quepan todos. Los entornos relacionales y las prácticas son de cortes matriciales, fraternas, de emancipación y liberación, siempre abiertos y no cerrados. En cambio, los intereses de los poderes constituyentes oligárquico-plutocrático serían concretizados en la estructuración vertical del poder, en el mal común para la mayoría y en el bien común excluyente y para una minoría, y en la distribución desigual de los bienes materiales e inmateriales con los que satisfacer las necesidades humanas que hagan posible un mundo en el que solo quepan unos pocos. Los entornos relacionales y las prácticas son de cortes patriarcales, colonizadoras, de dominación e imperio y son cerrados y no abiertos.

En nuestro contexto cultural, la teoría política y jurídica moderna centra el poder constituyente en el pueblo como principal protagonista, en tanto titular y soberano legítimo en el proceso de establecimiento, consolidación y desarrollo de las instituciones de los estados nacionales, que, por medio de una constitución, pasarán a ser los órganos encargados de regular política, jurídica y económicamente nuestra convivencia, obedeciendo los límites, prohibiciones y obligaciones establecidos por la norma fundamental. Una vez constituidas las instituciones del estado, la producción de los procesos culturales correrá por cuenta de los aparatos estatales y por los representantes del pueblo. Al menos en teoría...

El marco del poder constituyente en sus orígenes es el estado nacional y, por esta razón, nosotros consideramos que solo el poder constituyente se ubica con relación a la institución del estado con las finalidades y objetivos que cada tipo de poder pretende, pese a que el contexto actual de la globalización, la noción de la soberanía estatal esté en crisis al perder su centralidad y el monopolio del derecho. Muchos son los actores que a nivel supraestatal e infraestatal descentralizan la hegemonía del estado y la ponen en

cuestión, conformándose un orden policéntrico de muchas autoridades que se disputan los poderes políticos, jurídicos y económicos, dejando atrás el paradigma monista del derecho e imponiéndose una explícita situación de pluralismo jurídico. El estado deja de ser el único poder supremo ante la aparición de otros actores con soberanías no estatales.⁴ Por esta razón, hay incluso quienes opinan que el mundo global reclama un nuevo sujeto constituyente que sería la humanidad como especie, en tanto nuevo sujeto legitimado para establecer las bases de una constitución global capaz de limitar y controlar a esos múltiples poderes supraestatales e infra-estatales,⁵ pero sobre esta discusión no nos detendremos ahora.

Las razones de la actuación del poder constituyente suelen designar un acontecimiento revolucionario, una excepción al orden legal que expresa *ex nihilo* un nuevo orden político. Por lo general una asamblea o una convención constituyente se encargará de establecer la constitución con la que las instituciones del sistema de gobierno representativo y del estado ejercerán delegadamente la soberanía popular con sus actuaciones.⁶ No es por otra razón que la matriz del poder constituyente la encontramos en el marco de los procesos revolucionarios estadounidense y francés de finales del siglo XVIII, teniendo entre uno de sus principales antecedentes a la teoría de la soberanía de Jean Bodin, cuando adjudica al estado absolutista (monarquía) el poder absoluto y perpetuo de crear y quitar leyes, siendo este poder único, irrepetible e indivisible y, por tanto, incompatible con otros poderes. La diferencia de esta posición con la teoría moderna es que, para ésta, la soberanía se traslada del ámbito del monarca al ámbito del pueblo,⁷ siendo Francisco Suárez, entre otros, uno de sus más significativos

⁴ Noguera, A., *La ideología de la soberanía. Hacia una reconstrucción emancipadora del constitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2019, pp. 9 y 31; y González Ordovás, M^a J., *Esbozo de una teoría imperfecta del derecho. Reflexiones sobre la cultura jurídica de la globalización*, Barcelona, Atelier, 2018.

⁵ Ferrajoli, L., *Constitucionalismo más allá del estado*, Madrid, Trotta, 2018.

⁶ Hardt, M. y Negri, A., *Asamblea*, Madrid, Akal, 2019, p. 62.

⁷ Noguera, A., *El sujeto constituyente*, Madrid, Trotta, 2017, pp. 34-35.

antecedentes. Con el abad Emmanuel-Joseph Sieyès es cuando se diferencia de una manera expresa entre poder constituyente y poder instituido y esa distinción llega hasta nuestros días. El primero posee la función de redactar y establecer al segundo por medio de un texto constitucional o norma suprema. El principal objetivo del poder constituyente del pueblo sería la de dictar una constitución, por medio de una asamblea, para establecer los principios, los órganos y las competencias que deben regir la actuación del estado y todas sus instituciones, además de los derechos que deben respetar y garantizar.⁸ Vendría a ser la expresión del modo como una comunidad o pueblo decide organizarse políticamente y ordenarse jurídicamente a través de una constitución, delegando en los poderes constituidos que pertenecen al estado (dícese de los poderes legislativo, ejecutivo y judicial). El pueblo, entendido como unidad política, expresaría su voluntad de establecer una constitución que fijaría el orden político fundamental del estado de derecho,⁹ pero ahora gestionados por el poder constituido sobre el cual se delega el poder originario y fundante del pueblo. En los casos donde prima el principio de legalidad y el poder legislativo, este será su representante y el titular de lo instituido. En cambio, en los estados constitucionales de derecho, será la constitución la norma suprema que todo poder público y privado debe obedecer y cumplir.

Lo que ahora nos interesa remarcar es que la cultura jurídica y política, acepta casi como un dogma latente o permanente que la práctica del poder constituido, también denominado poder constituyente derivado o poder reformador, es el que actúa siempre en nombre del poder constituyente. Sería el poder legislativo o parlamentario, quien ocupa el papel previsto por el texto constitucional de llevar a cabo cualquier modificación con posible referendo popular o no, según los casos, pero bajo la supervisión del poder judicial y/o los tribunales o cortes constitucionales, en caso de conflictos de interpretación jurídica. De esta manera, el poder

⁸ Belandria García, J.R.; "Prólogo", en Sánchez Lora, J.C., *El poder constituyente en la era de la globalización de los derechos humanos*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2019, p. 19.

⁹ Sánchez Lora, J.C., *op. cit.*, p. 103.

constituyente se queda es un simple acto originario y fundante que desaparece en el momento que se activa el poder constituido, quien pasa a gestionar, interpretar, organizar el orden político, económico y social. Desde un punto de vista jurídico, el derecho se interpreta como un derecho objetivo, neutral, imparcial, universal e igual para todos. Las instituciones con su personal burocrático y sus funcionarios serán los responsables de interpretar y aplicar las normas.

En este sentido, Luigi Ferrajoli, máximo representante del garantismo jurídico y del modelo de democracia constitucional, afirma que el poder constituyente no existe si no es en el ejercicio concreto y se agota con su ejercicio.¹⁰ Se detiene en el pacto sobre los límites de cualquier autoridad por él constituido y también se somete a él, una vez establecido. El poder constituyente solo es fundante y deja de actuar cuando la constitución y los poderes constituidos asumen sus mandatos, sus prohibiciones y sus obligaciones. No hay poder que no tenga límites.¹¹ Si bien en los estados de derecho es el poder legislativo quien adquiere un mayor protagonismo, con los estados constitucionales de derecho es la constitución bajo la protección del poder judicial quien establece la esfera de lo indecible o de lo que no se debe decidir (derechos de libertad y autonomía) y la esfera de lo indecible que no, o de lo que no se debe dejar de hacer (derechos sociales).¹² La principal razón es que el poder de la mayoría, ni cualquier tipo de poder, sea constituyente o constituido, puede actuar en contra de la democracia y los derechos fundamentales reconocidos por la constitución. De ahí que no haya poder alguno sin limitaciones y el poder constituyente las tiene por el pacto constitucional que legitima y consensua.

¹⁰ Ferrajoli, L., *La democracia a través de los derechos* Madrid, Trotta, p. 79.

¹¹ Redondo, M^a.C., "El paradigma constitucionalista de la autoridad jurídica", en *Doxa*, 34, 2011, pp. 250-251.

¹² Ferrajoli, L., op. cit., p. 54, y *Derechos y garantías*, Madrid, Trotta, 1999.

2.2. *Una propuesta crítica: poder constituyente popular-participativo y poder constituyente oligárquico-plutocrático.*

Desde este imaginario, el poder constituyente deja de tener protagonismo cuando entra en acción los poderes constituidos propios del estado. Serán estos quienes lleven a cabo el mandato constitucional acordado en la norma fundamental o suprema con su procedimiento, sus derechos y sus principios. No obstante, hay posiciones contrarias. Entre ellas, el llamado constitucionalismo democrático¹³ que se opone alegando que el poder constituyente permanece en todo momento, porque en realidad existe una dialéctica constante entre el poder constituyente y el poder constituido. Uno no puede prescindir del otro, en el sentido de que no son contrarios, son necesarios y se complementan porque el poder constituido es una parte esencial de la acción constituyente que determina las condiciones con las que el poder constituyente puede constituir y concretizar la regulación que quiere implementar socialmente y que desarrolla con los derechos objetivados constitucionalmente que no solo se garantiza por medio del estado, sino también con las actuaciones de control, vigilancia y supervisión democráticas populares. Al ser el pueblo la fuerza soberana donde reside el poder constituyente, los sistemas democráticos son los que permiten su presencia desde distintos tipos de participación popular que están presentes y se manifiestan en lo instituido. Las constituciones sirven como instrumento de autodeterminación popular y su origen democrático permite que la voluntad del poder constituyente democrático se exprese constantemente, estableciendo valores, determinando derechos, imponiendo obligaciones y organizando el poder público. La dialéctica constituyente construida sobre la indisoluble asimilación entre pueblo, poder constituyente y soberanía, manifiesta la interrelación entre procesos constituyentes y procesos intermedios constituidos que se despliegan en constante transición, al tratarse de un proceso permanente guiado por la mejora de las condiciones de vida de la

¹³ Martínez Dalmau, R. (ed.), *Teoría y práctica del poder constituyente*, Valencia, Tirant lo Blanch, pp. 115 y ss.

población (reconociendo sus derechos y satisfaciendo sus necesidades), a través de mecanismos democráticos y participativos.¹⁴

Pese a que estamos bastante de acuerdo con los planteamientos de la democracia constitucional, creemos que la realidad de los poderes constituyentes es algo más compleja, ya que hay que visibilizar todas las relaciones de poder que se dan al interior y, también, fuera o en el espacio colindante del estado y que terminan influyendo y afectando en sus estructuras. Por esta razón, la capacidad constituyente de establecer las condiciones constitucionales que el estado debe obedecer e implementar, se complementa con una fuerza instituyente de distintos actores y agentes que excede al estado y actúa dentro y fuera de sus esferas institucionales.

Esto lo podemos ver mejor con la distinción que hace Gerardo Pisarello cuando prefiere hablar de procesos constituyentes democráticos y procesos constituyentes oligárquicos para referirse a la dialéctica histórica que se dan entre estos dos procesos y el grado de avance o retroceso democrático que se dirimen entre ellos. Existe un conflicto cíclico y recurrente entre procesos constituyentes populares, participados desde abajo (*ex parte populi*) y procesos constituyentes oligárquicos, impulsados y controlados desde arriba (*ex parte principii*). Unos desconstituyen a otros según los periodos históricos.¹⁵ El propio constitucionalista argentino-catalán, alerta del retroceso que están experimentado los estados constitucionales y democráticos de derecho afianzados tras la posguerra por la ofensiva de los poderes oligárquicos compuestos por los actores que acumulan poder económico, financiero, político y mediático, a través de procesos deconstituyentes de los logros y conquistas de los estados de bienestar en materia de derechos sociales y en representación democrática, siendo ejemplos la consolidación del Consenso de Washington, las políticas de R. Reagan, y

¹⁴ *Ibidem*, pp. 118-119.

¹⁵ Pisarello, G., "Democracia y proceso constituyente: el regreso de un vínculo" (2014), en Martínez Dalmau, R. (ed.), *Teoría y práctica del poder constituyente*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014., p 33.

M. Thatcher, la deriva privatizadora y monetarista de la UE y el Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI). La rebelión de las élites establece su propia constitución económica global que actúa por medio de la OMC y la *lex mercatoria*, priorizando el rodillo totalitario del mercado y del capital por encima de los derechos humanos en general y de los derechos sociales en particular, además de los mecanismos democráticos de los gobiernos parlamentarios que se reducen a una mínima expresión.¹⁶ La fuerza instituyente de los poderes oligárquicos pueden manipular las conquistas constitucionales y no sólo afectarlas y modificarlas en función de sus propios intereses, sino también generar regulaciones y sistemas normativas paralelos a los dispositivos del estado. Sobre ello volveremos en el próximo apartado.

Pero lo que ahora queremos reiterar es que cuando se habla de procesos constituyentes y poderes constituyentes, el foco se sitúa en el marco del estado nacional y el pacto que sobre él se debe realizar. La dialéctica entre poder constituyente democrático y poder constituyente oligárquico nos ayuda a entender mejor de qué manera la historia de las constituciones están llenas de procesos donde se da una correlación de fuerzas entre clases o grupos sociales en conflicto que disputan el poder del estado. Según Albert Nogueira, el constitucionalismo sería un sistema de ordenación de las relaciones entre dominadores y dominados, pero con la peculiaridad de que no está controlado por los más fuertes. La diferencia está en que la distribución de recursos, bienes y oportunidades está ordenado por medio de límites y un sistema organizado que regula las relaciones de los dominadores y de los dominados, pero ofreciendo mayores posibilidades y opciones a los segundos.¹⁷

Por esta razón Ferrajoli considera el garantismo jurídico y los estados constitucionales de derecho se presentan como la ley de los

¹⁶ Pisarello, G, *Un largo Termidor. La ofensiva del constitucionalismo anti-democrático*, Madrid, Trotta, 2011, pp. 169 y ss., y 179 y ss.; también en Pisarello, R., "Democracia y proceso...", cit., pp. 32-33.

¹⁷ Nogueira, A., *La ideología de la soberanía*, op. cit., p. 80.

más débiles, frente a los más fuertes. No obstante, consideramos que ese es un ideal que no se da en la realidad del sistema capitalista porque su ámbito de acción supera la dimensión estatal y constitucional y, además, es difícil que un sistema jurídico e institucional resignificado y apuntalado por la burguesía se diga que sirve de garantía para los más débiles, cuando la clase burguesa nunca fue débil en su capacidad de establecer los estados nacionales en su lucha frente a los señores feudales, los reyes y los papas, y tal como los concebimos en el marco o el contexto del sistema económico y cultural capitalista predominante. Por este motivo señalamos que, tras la modernidad, no ha habido una clase o grupo social que haya establecido un sistema distinto al orden burgués, equivalente al orden económico, político y cultural que el capitalismo instaló tras el orden medieval. La burguesía con el capital y sus distintas expresiones comercial, empresarial, financiera y tecnocrática, es un poder instituyente que se enfrenta al poder instituyente popular y que en el marco de los estados nacionales y en otras áreas perimetrales y externas, se asocia con otros actores políticos para buscar un consenso que consolide sus proyectos de vida, y de ser instituyentes tal como veremos en el próximo apartado, se prolongan y/o transforman en poderes constituyentes y constitucionales que disputan con el poder popular los métodos de la acción social, el sistema de división social del trabajo, el sistema de valores, las identidades, las racionalidades y las sociabilidades que deben de ser dirigidas por los estados dentro del marco constitucional.

En esta línea, C. Laval y P. Dardot, nos alertan de la nueva razón del mundo, del dominio y el control absoluto por parte del capital sobre nuestras vidas en todas las parcelas corporales, mentales y espirituales. El neoliberalismo como expresión de la nueva fase del capitalismo amenaza a toda la humanidad y a la naturaleza y se apoya en la expansión de una nueva subjetividad contable y una racionalidad a escala mundial con la que se está generalizando la competencia como norma de conducta y de la empresa como modelos de subjetivación. Incluso su fortaleza provoca que el estado

se convierta en su mano derecho para hacer de lo público un bien de gestión privada.¹⁸

Para decirlo de manera más clara y concisa, los poderes constitucionales populares y oligárquico-plutocráticos serían aquella expresión de los poderes instituyentes populares y oligárquicos, definidos en el próximo apartado, que se manifiestan en los procesos de institucionalización y establecimiento de una constitución en el marco de los estados nacionales. Por tanto, a partir de nuestra definición, distinguiremos entre un poder constituyente popular-participativo con el que el pueblo está democráticamente presente en el proceso de conformación de los sistemas políticos, y otro poder constituyente oligárquico-plutocrático (por el dualismo ricos/pobres) que enfrenta, limita, controla y frena al pueblo en esos mismos procesos. Por ello, el poder constituyente solo queda referido en ambos casos a los actores y agentes que participan en los actos de conformación de las constituciones y de las instituciones responsables de aplicarlas (poderes constituidos) y al proyecto social y al programa político y económico que se quiere plasmar en las constituciones, tras procesos revolucionarios o procesos más o menos pacíficos de cambio de sistemas de gobierno. Aunque el pueblo político suele dejar fuera a buena parte de la pueblo real, el poder constituyente popular se refiere a esa dimensión participativa del pueblo que se ha plasmado en el más alto grado posible a lo largo de su historia (y que denominamos poder instituyente popular) cuyos objetivos son la garantía de los derechos humanos, las políticas distributivas, la participación democrática y el enfrentamiento contra la desigualdad desde una conciencia de lo común, pero que se ha dado en contadas ocasiones, y que se han cortado y reducido en el marco de los estados nacionales, ya que los mecanismos de representación han menguado la presencia y la intervención del pueblo real, que, fácticamente, no es el poder que es capaz de coaccionar por medio de la fuerza ni el poder capaz de organizar y administrar la sociedad matricial y emancipadoramente, labor que queda en manos del poder constituido controlado por

¹⁸ Laval, C y Dardo, P., *La nueva razón del mundo*, Barcelona, Gedisa, 2013, p.15.

unos pocos (poderes instituyentes y constituyentes oligárquicos). Es más, junto al poder constituyente formalmente reconocido en el pueblo, materialmente quienes actúan estableciendo e imponiendo las condiciones del consenso y el pacto social son los poderes instituyentes oligárquicos, formados por elites económicas, políticas, comerciales, religiosas y militares, que, son instituyentes antes del nuevo pacto constitucional y se asocian, negocian y/o e influyen en los poderes constituyentes cuando afectan al contenido de las acciones e interpretaciones implementadas por los poderes constituidos, menguando la participación democrática, las garantías de los derechos y las políticas distributivas y favorables de la igualdad en la diferencia.

Desde esta perspectiva, el pueblo es ficticiamente soberano, la simbólica titularidad del pueblo como legítimo soberano es fácticamente falsa antes, durante y después de los procesos de institucionalización de los poderes constituidos, porque no es verdad ni es real su fuerza cultural y así se plasma materialmente y en el plano de los hechos por medio del control de los poderes instituyentes oligárquicos y plutocráticos que marcan la dirección de los procesos constituyentes y las reglas de juego que los poderes constituidos no pueden afectar ni modificar. El pueblo tiene sus representantes, pero los poderes instituyentes oligárquicos presionan y condicionan a quienes establecen las condiciones y los contenidos de las actuaciones institucionales. Dichos representantes que son coherentes, afines y acompañantes del poder popular, mantienen la condición constituyente presencial del pueblo que en sistemas democráticos puede resistirse y cuestionar a los poderes establecidos, combinando la dimensión constituyente con la instituyente que, en este caso calificamos de popular participativa. También hay que tener en cuenta, de qué modo y de manera sistemática y, principalmente, una vez asentadas las revoluciones burguesas que originaron la primera etapa del constitucionalismo, la democracia y el poder popular quedó sometido a un proyecto de

control no solo, como dice Negri, de la ciencia jurídica,¹⁹ sino también a un nivel más estructural por medio de los poderes oligárquicos que, por tradición, han tenido un miedo y un recelo ancestral hacia lo popular, ya comentado arriba. A lo largo del tiempo se han ido desarrollando sucesivas políticas de limitación, recorte, parcelación y debilitamiento del pueblo. El derecho y la representación política han sido dos de los principales instrumentos para amansar y domar su fuerza creativa y transformadora de los entornos relacionales. La dimensión delegativa e instituida del poder gubernativo y político, termina robando y expropiando el poder soberano de las mayorías populares, que pierden en protagonismo directo de significar y dotar de carácter a sus propias producciones, de hacer y des-hacer mundos.

No resulta extraño que Sieyès enmarcara la soberanía del pueblo en la soberanía nacional, siendo la nación la mejor expresión de lo que es el pueblo, bajo la igualdad de derecho del cuerpo de ciudadanos y contrario a cualquier tipo de privilegios que hasta ese momento poseían la nobleza, los monarcas y la iglesia. Es decir, al asociar al pueblo a la nación, ésta requiere de legítimos representantes del pueblo para expresar su voluntad por medio de una Asamblea Nacional Constituyente encargada de elaborar una constitución. La nación es el ente soberano y el sujeto titular del poder constituyente. Serán los representantes electos del parlamento o la asamblea quienes ejerzan y concreten la autoridad de la nación, así como también quienes organicen y estructuren al estado a través de la constitución.²⁰ Además, con el concepto de nación se restringe el poder del pueblo solo a aquella parte del mismo con conciencia y capacidad (mental y económica) de actuar políticamente, ya que Sièyes desconfiaba del pueblo llano o de clase baja, como buen teórico de la burguesía ascendente.²¹

¹⁹ Negri, A., *El poder constituyente. Ensayo sobre las alternativas de la modernidad*, Madrid, Libertarias, 1994, p. 20.

²⁰ Sánchez Lora, J.C., *op. cit.*, pp. 83-85.

²¹ Pisarello, R., "Democracia y...", *cit.*, p. 42.

Tampoco nos puede sorprender que no solo aparezca esta falsa titularidad del pueblo soberano con Sièyes, sino que también se manifieste en las disputas de los padres fundadores de la independencia estadounidense cuando al final acabó predominando las posiciones liberales de Hamilton y Madison frente a las republicanas de Jefferson y Thomas Paine. Los primeros, quienes desconfiaban de la voluntad popular y del autogobierno colectivo, la tamizaron haciendo que su expresión se hiciera por medio del sistema de representación y priorizando la autonomía individual, con controles internos y contra-mayoritarios. Los segundo, en cambio, eran partidarios del autogobierno colectivo, de una mayor presencia ciudadana con controles populares externos, aunque entendía que al ser la democracia directa imposible, la representación era un mal necesario. Finalmente, a nivel oficial y de política real se impuso y terminó por establecerse el sistema de democracia representativa contramayoritaria,²² llegando hasta nuestros días.

La fuerza simbólica del dualismo poder constituido/poder constituyente aparece como uno de los instrumentos estratégicos utilizados para robar a la ciudadanía el papel protector y garantista de las constituciones sobre los derechos humanos, especialmente los derechos sociales. Asimismo, sirve de dispositivo con el que las políticas instituyentes del mundo de los negocios re-significan las normas constitucionales. En ambas situaciones, permite la consolidación de la hegemonía del imaginario delegativo del ejercicio del poder y de la reivindicación de los derechos para formar ciudadanos siervos y obedientes. Si el poder constituyente (calificado de popular) solo se concibe como poder fundante y originario y no permanente en el sentido instituyente que defendemos, pasa a ser una instancia que se subordina al poder constituido, que se convierte en el poder legítimo administrador del orden y gestor del consenso obtenido previamente por el poder constituyente. Ahora el poder constituido en tanto poder institucionalizado y formalizado por medio de normas, leyes, procedimientos, órganos e instituciones, se

²² Gargarella, R., *La sala de máquinas de la Constitución. Dos siglos de constitucionalismo en América Latina (1810-2010)*, Buenos Aires, Katz Editores, 2014, pp. 113 y ss.

encarga de dar la voz al pueblo en un contexto donde el mercado y sus generales dictan las directrices y las condiciones que hay que cumplir. Lo más curioso y sorprendente es que por arte de magia, el poder constituyente popular desaparece y todo pasa a estar reglado y delegado por quienes aparentemente están esterilizados y depurados de unas relaciones de poder que, pese a todo, siempre están presentes. Por ello, solo posee legitimidad democrática aquello que está blindado por las formas y las normas de regulación constitucionales. Lo formal se opone a lo material y priman las formas sobre los contenidos y las prácticas de múltiples sujetos. Se termina domesticando al poder popular y *“la democracia cesa en la medida que el pueblo pierde su doble posibilidad, la de intervenir como poder constituido interpelando la institucionalidad y específicamente el poder de mantener vivo su poder constituyente (instituyente para nosotros) a pesar de la institucionalidad.”*²³

La trampa surge cuando se oculta lo que está detrás, una ficción mentirosa que intenta legitimar los sistemas constitucionales y democráticos de derecho bajo una aparente igualdad y libertad abstracta e inclusiva, pero cuya práctica estructural es excluyente, desigual y asimétrica. No es que el poder constituyente desaparezca tras la institucionalización constitucional de los estados, sino que permanece implícito, camuflado y silencioso como poder instituyente oligárquico y de dominación que actúa fuera y dentro de las instituciones en función de sus estrategias y acorrala y empequeñece a los poderes instituyentes populares. De este modo, en un plano generalmente aceptado, el poder constituido se cimenta sobre unas bases de representatividad y legitimidad consensual también falsas, puesto que el poder constituyente originario fundamentador del orden constitucional sigue presente de formar conflictiva, dinámica y activa, en su doble versión de poder instituyente popular y de poder instituyente oligárquico. Y lo hace sobre la base de esos dos poderes constituyentes que entran en conflicto entre sí para establecer el pacto constitucional y su desarrollo: un poder

²³ Sanín Restrepo, R., *Teoría crítica constitucional. La democracia a la enésima potencia*, Valencia, Tirant Lo Blanche, 2014, pp. 175 y ss.

constituyente popular y otro poder constituyente oligárquico, pero lamentablemente es este último en su versión instituyente el que casi siempre se impone porque tiene más capacidad hegemónica, de dominación y de imposición de su método de la acción social dominante. La fuerza instituyente popular es más débil y presenta muchas dificultades en su articulación. Ambos poderes permanecen sobre una lucha basada en ese modo dualista de dominar la realidad entre superiores e inferiores, y que los de arriba (poderes excluyentes oligárquicos) implantan estructuralmente, y los de abajo (poderes populares inclusivos y de liberación) intentan enfrentar y transformar con sus virtudes y sus defectos, con sus luces y sus sombras. Entre los dos poderes se desarrolla todo un conflicto por tener la capacidad de significar y dotar de sentido a las normas jurídicas y todo el orden instituido que supuestamente es ajeno a las ideologías y a la afectación política, al moverse por esos conceptos de derechos humanos y democracia reducidos y simplificados desde el horizonte de la modernidad, basados sobre inclusiones abstractas, posee el riesgo de ser significado y apropiado por quienes tienen más fuerza y capacidad de hegemonía. Y es esta dimensión a la que se refiere el concepto de poder instituyente que va más allá de la soberanía estatal y sus instituciones.

3. PODER INSTITUYENTE POPULAR Y PODER INSTITUYENTE OLIGÁRQUICO

En función de lo dicho hasta ahora, entendemos el poder instituyente como aquella dimensión de la acción humana y a la producción simbólica, que actúa fuera y dentro de las esferas del estado y que se encarga de establecer los métodos de la acción social, las subjetividades, las identidades y las sociabilidades que refuerzan y consolidan las dinámicas y lógicas acordes a los intereses del pueblo o a los intereses de los grupos dominantes y que se proyectan sobre los poderes constituyentes sobre el pacto social desigualmente consensuado, ya sean populares o plutocráticos y oligárquicos. Los poderes instituyentes se vinculan con las dinámicas, las lógicas y los procesos de significación de realidad fuera y dentro

de las instituciones, en el mundo de lo privado y también de lo público estatal, de lo público no estatal y de lo común. Asimismo los poderes instituyentes son los actores y agentes sociales que nombran, significan y dan contenido a la realidad, creando y produciendo cultura, así como el sistema de creencias o *ethos* social, los comportamientos, usos y hábitos sociales, la opinión pública y la identidad nacional y el sentido de humanidad. Además, el poder instituyente vendría a determinar el contenido práctico relacional, del orden de la convivencia diaria y cotidiana que orienta el sentido de las tramas sociales sobre las que se desenvuelven las instituciones sociales y que enmarcan los contextos de los poderes constituidos, aunque también van más allá de lo regulado por el estado. Tal como acabamos de decir, se mueve en la esfera de lo privado, de lo público y de lo común.

Un camino explicativo posible de este plus que tienen los poderes instituyentes frente a los poderes constituidos lo podemos comprobar en la diferencia que la teoría constitucional y el pensamiento político realiza, a partir de las revoluciones modernas, entre poder o proceso constituyente formal, referido al cambio de las leyes consideradas fundamentales o de una constitución escrita y el proceso constituyente material, con el que se replantean ciertas relaciones sociales, económicas, políticas y culturales básicas, siendo de un carácter estructural.²⁴ Pueden ser ejemplos la revolución rusa frente al régimen zarista y el paso de un sistema dictatorial a otro democrático con sus matices, como fueron los casos de Alemania tras la Segunda Guerra Mundial con la derrota del nacional-socialismo y el pacto entre las potencias aliadas y, también, lo sucedido en España tras el régimen franquista. Tiene que haber una fuerza social o varias, que permitan transformar un orden social y político para sustituirlo por otro. En todos esos ejemplos, el poder popular no fue el auténtico protagonista, salvo en Rusia durante los primeros años revolucionarios, sino determinados grupos de poder y líderes que hablaban en su nombre pero debilitando su autonomía y capacidad. Juan Ramón Capella nos habla del poder

²⁴ Pisarello, G., *op. cit.*, p. 45.

cultural que condiciona al ser humano como miembro de una familia o agrupación humana con el sistema de creencias y la lengua que le preexiste y se impone. Dicho poder cultural posee otro poder distinto, el poder político, que posee la capacidad de organizar y administrar la sociedad y no solo para ejercer la fuerza y la coacción. La combinación de ambos la denomina poder instituido y se encarga de modelar las creencias de la gente. Hay sociedades que se aferran a lo instituido e intentan a toda costa impedir que se produzcan cambios sociales, pero hay otras que ponen en cuestión aspectos de lo instituido y tratan de alterarlo, modificarlo o sustituirlo. Se dotan de poder instituyente. Aun siendo complejo el debate entre lo instituido y el poder instituyente, está protagonizado por personas que son los agentes y actores de los procesos que desenvuelven.²⁵

Este poder instituyente al que alude J.C. Capella y que tiene capacidad de crear cultura y significar el sistema de creencias de una sociedad es el que está detrás de los poderes constituyentes encargados de establecer las constituciones en los estados nacionales y aparece antes, durante y después de los procesos constituyentes y deconstituyentes de la dialéctica constitucional. En la línea de este razonamiento, Albert Noguera considera que *“la constitución política no puede concebirse como algo ajeno a la organización institucional, productiva, internacional, económica, distributiva, normativa y simbólica”*.²⁶ Quienes más fuerza y riqueza poseen en todos esos lugares o espacios sociales, tienen más capacidad de afectar y establecer los requisitos de los poderes constituidos. Las resistencias frente a ellos, suelen ir de lado del pueblo, pero los éxitos y logros populares son escasos, limitados, efímeros o exiguos cuando realmente actúan desde su autonomía y desde su capacidad de organización a la hora de establecer una constitución, pese a su aparente y ficticia titularidad. La diferencia es que estos sujetos compuestos de un conjunto de actores y grupos con

²⁵ Capella, J.R., *Un fin del mundo. Constitución y democracia en el cambio*, Madrid, Trotta, 2019, pp. 101-102.

²⁶ Noguera, A., *El sujeto constituyente*, cit., p. 49.

sus sistemas relacionales, van más allá de la institución del estado, moviéndose muy bien en el mundo de lo privado y actuando en posiciones estratégicas de privilegio político, aunque para ellos el estado sea un instrumento estratégico fundamental para el control del poder social, político, económico y cultural. Porque las relaciones de poder se desarrollan en todas las esferas y espacios sociales, no solo se dan en los aparatos del estado. Las correlaciones de fuerza aparecen en las esferas públicas y privadas. Por estas razones, desde nuestra posición, pensamos que hay que distinguir entre un poder constituyente en sus dos versiones, popular y oligárquico que es explícito y un poder instituyente, que es implícito, y también posee sus dos versiones una de carácter popular y otra de carácter oligárquico que son los que realmente esparcen y distribuyen los hábitos, comportamientos, identidades y subjetividades más afines a sus intereses. La teoría constitucionalista se fija casi únicamente en la dimensión formal del poder constituyente e invisibiliza la dimensión material, es decir, a la constitución material del poder constituyente que es mucho más compleja desde los actores, las racionalidades, las ideologías y las sociabilidades que entran en conflicto y que instituyen la realidad, ya que, simbólicamente y ficticiamente, solo interesa el funcionamiento de lo instituido o constituido y su ejercicio, y no el contexto en el que se mueve lo jurídico que es mucho más amplio y extenso y con mayor capacidad de instituir realidades.

Hay poderes instituyentes oligárquicos, de dominación e imperio, movidos por ideologías y dinámicas excluyentes y desiguales, con los que se tratan a determinados seres humanos como objetos, y también hay poderes instituyentes populares de emancipación y liberación, direccionados por ideologías y dinámicas de inclusión y distributivas, con las que se tratan a todos los seres humanos como sujetos, solidariamente. Pero la fragilidad del poder popular y la histórica lucha desigual limita su capacidad contra-hegémica y,

con ellos, las transferencias de poder posibles para articular espacios estructurales de emancipación y liberación.²⁷

Desde otro plano, pero muy relacionado, Laval y Dardot explican en términos institucionales, de qué forma se generaliza una tendencia a silenciar a los actores populares y sus acciones creadores de las estructuras de las instituciones y a invisibilizar al poder instituyente popular. En concreto, retoman el concepto de institución de Pierre Legendre, en tanto producción humana que actúa como soporte o referente de unidad, como una instancia de garantía mediante una referencia fundadora de naturaleza mitológica e instauradora de una imagen de la humanidad no mimética, que funciona como guardián constitutivo de la vida social y política y también como espejo normativo indispensable para la humanización del sujeto.²⁸ Y subrayan que en las sociedades modernas, la institución del estado se ha autonomizado como institucionalidad, cumpliendo con una función especular y produciendo una sustracción y una separación de la tradición normativa de occidente de toda transformación surgida de las prácticas sociales a las que no se les reconoce su capacidad de crear derechos.²⁹ Además, llaman la atención de la reducción sociológica que se ha hecho de la institución a lo instituido, eliminando o silenciando el acto o la actividad de instituir un sistema de reglas, llegándose a entender la institucionalización de una institución como acto *ex post facto*, es decir, como consagración de algo preexistente, considerándose lo establecido como fundamental, independientemente de la acción que lo posibilita. Desde este enfoque, la dimensión dinámica del hecho social es siempre concebida como variación de lo establecido³⁰ y la dinámica de las actuaciones sociales y sus actores-sujetos populares y colectivos, se omiten. La fuerza empoderada de la sociedad civil se debilita y enflaquece, bajo el dominio y la sujeción de grupos de

²⁷ Gallardo, H., *Siglo XXI*, cit.

²⁸ Laval, C. y Dardot, P., *Común*, Barcelona, Gedisa, 2015, pp. 309-310.

²⁹ *Ibidem*, pp. 310-311.

³⁰ *Ibidem*, pp. 461-462 y 464.

poder que controlan sistemas complejos organizados por aparatos y dispositivos acordes a sus intereses.

Utilizando los planteamientos de Castoriadis escritos en su libro *La institución imaginaria de la sociedad*, Laval y Dardot afirman que lo instituyente está por encima de lo instituido, ya que este siempre es resultado del ejercicio del poder instituyente y que nosotros denominamos popular-participativo. Si lo imaginario se estructura sobre lenguajes y sistemas de significaciones, la sociedad es fruto y es obra de lo imaginario instituyente, colectiva y activa en todo momento. Pese a que se ha ocultado y se ha negado esta dimensión creativa de la sociedad, el poder instituyente es un poder implícito permanente y fundamental de la sociedad, a diferencia del poder constituyente que es un poder explícito que se plasma en instancias de decisión emisoras de obligaciones sancionables, como es el caso del poder judicial y el poder gubernamental.³¹ Ese poder implícito, consideramos que posee una doble vertiente, la popular que abre opciones inclusivas y de reconocimientos mutuos y la oligárquica que cierra opciones desde dinámicas excluyentes, asimétricas y desiguales.

En términos generales, el poder instituyente, tal como hemos visto por medio de las miradas de Laval y Dardot, expresaría la capacidad creativa plural y diferenciada, la cualidad individual y colectiva de las personas concretas de enfrentar el mundo, reaccionando frente a sus entornos relacionales tanto para lo bueno como para lo malo. Sobre esta explicación de los sociólogos franceses que reclaman el poder instituyente popular, se suma la otra dimensión instituyente comentada, la que consolida lo instituido y el *statu quo*: la del poder instituyente oligárquico y que se manifiesta de múltiples formas.

Algunas de esas manifestaciones de los poderes oligárquicos instituyentes las refiere Bartolomé Clavero con los llamados poderes

³¹*Idem*, pp. 477-478-479 y 481.

innominados: el poder el padre de familia (*fatherly power* o dominio jurisdiccional paternal) y el poder propietario (*power grounded on property* o dominio privado) descritos por John Locke en el *Primer ensayo del gobierno civil* centrado la discusión con Robert Filmer sobre la monarquía absoluta y que son el soporte y el sustrato sobre los que camina la trinidad constitucional y su división, los tres poderes nominados y públicos desarrollados en el *Segundo ensayo del gobierno civil*. Para Locke el poder legislativo, el judicial y el federal sirven de garantía institucional de los poderes innominados.³² El poder doméstico o del padre de familia y el poder propietario poseen órbitas separadas y procedimientos distintos de apoderamiento, pero según Locke, para muchos son la fuente de todo poder, al que se le suman el poder federal y colonizador.³³ Los tres justifican la propiedad en el ámbito doméstico y sobre los frutos de trabajo propio, por cuenta ajena y el trabajo esclavo, que al acumularse por medio de la moneda, legitiman la protección de los tres poderes a los individuos propietarios o padres europeos propietarios, y a dilatarlos espacial y temporalmente por medio de la conquista de otras civilizaciones y otros reinos para establecer colonias y justificar el derecho de conquista, apropiación y esclavización. Médici añade diciendo que “esos poderes “doméstico, propietario y federativo, se transformaron en exorbitantes en el contexto de las colonias americanas”.³⁴ El poder del padre de familia y el poder propietario junto con el poder colonial se complementan con múltiples dispositivos de control y terminan consolidando una subjetividad indolente, pasiva, obediente y subyugada sobre los no propietarios, así como un imaginario con el que el *statu quo* hay que mantenerlo por medio de jerarquías, asimetrías y desigualdades naturales, indiscutibles y blindadas.

³² Clavero, B., *El orden de los poderes. Historia constituyente de la trinidad constitucional*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 42 y ss.; y Locke, J., *Dos ensayos sobre el gobierno civil*, Madrid, Espasa Calpe, 1991, pp. 53 y ss.; y Médici, A., *Otros nomos. Teoría del nuevo constitucionalismo latinoamericano*, Aguascalientes-San Luis Potosí, Centro de Estudios Jurídicos y Sociales Mispát y Universidad Autónoma de San Luis Potosí, 2015, pp. 174-175.

³³ Clavero, B., *op. cit.*, p. 42.; y Locke, J.; *op. cit.*, p. 204.

³⁴ Médici, A., *op. cit.*, p. 175.

En otro plano y en la época actual, otra expresión de los poderes instituyentes oligárquicos son los que Ferrajoli denomina poderes salvajes. La mayoría de ellos defienden la ley del mercado y las normas del mundo financiero, sustituyendo el orden del derecho por el orden de la economía, incluso apoyándose con aparatos estatales que, como infra-estado oculto y paralelo, consolidan el predominio de una nueva constitución, la del mundo económico de los negocios, por encima de la democracia política, los derechos humanos y las constituciones políticas y jurídicas de los estados constitucionales de derecho. Los poderes salvajes son de cuatro tipos: a) poderes privados extralegales referidos a los macro-poderes económicos y financieros propios del mundo del mercado; b) poderes privados ilegales, vinculados con el crimen organizado, grupos terroristas y mafias; c) poderes públicos extralegales, que aluden a las actuaciones interestatales en el ámbito internacional contrarias al derecho internacional de los derechos humanos; y e) poderes públicos ilegales, relacionados con los servicios secretos.³⁵

Tanto los poderes innominados como los poderes salvajes expresan tanto a los actores o agentes como a las dinámicas, lógicas y filosofías que articulan, difunden, expanden y consolidan las relaciones sociales, simbólicamente refrendadas, patriarcales, de dominación e imperio. Asimismo, forman parte del suelo, el piso o la tierra de las relaciones de poder cotidianas y diarias que rodean y se internan en los poderes del estado. Los mecanismos o dispositivos de los actores instituyentes oligárquico-plutocráticos, ahora se vuelven mucho más complejas y sofisticadas, afectando biológica, corporal, mental, cultural, espiritual y psíquicamente sobre la ciudadanía y sobre todos los seres humanos (desde la combinación de la bio-política o el bio-poder estudiado, entre otros, por Foucault y el psico-poder analizado por Byung-Chul.³⁶ Pese a ser

³⁵ Ferrajoli, L., *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1995, pp. 931 y ss.: y *La democracia...*, *op. cit.*, pp. 139 y ss.

³⁶ Han, B-Ch., *Psicopolítica*, Barcelona, Herder, 2014; y *Sobre el poder*, Barcelona, Herder, 2016; Médici, A., *El malestar en la cultura jurídica*, La Plata, Editorial de la Universidad de La

relaciones de poder más difusas, anónimas, imperceptibles, ilocalizables, ocultas y difíciles de descifrar, siempre aparecen refrendadas por determinados actores o grupos oligárquicos que expanden un gobierno de elites y de pocos sobre estructuras fractales de dominación, establecidas verticalmente en forma de red, esparcidas heterárquicamente desde dinámicas excluyentes. Si bien es cierto que el poder se ejerce en un plexo de relaciones recursivas formando una estructura reticular sin centro determinado (pluriarquía de los sistemas complejos que se articulan multidimensionalmente,³⁷ ese policéntrismo no implica la eliminación de las jerarquías y los sistemas verticales.

En cambio, los poderes instituyentes populares y democráticos suelen estar vinculados con los movimientos sociales y poseen múltiples expresiones y denominaciones. Si tradicionalmente, el conflicto social en las sociedades de clases, giraba en torno al capital-trabajo, con dos entidades claramente definidas (clase trabajadora vs empresarios y/o clase capitalista), actualmente hay una multiplicación de los conflictos que rompe la unificación abanderada por el proletariado, enriqueciendo al poder instituyente por actores múltiples y fragmentados.³⁸ Pese a que junto a la clase trabajadora, en el pasado existía también una pluralidad instituyente con otros grupos que reivindicaban sus derechos y cuestionaban el orden colonial y patriarcal (mujeres, indígenas, movimientos contra el racismo, etc.), en el presente, según Hardt y Negri, se consolida con más fuerza la composición de diversas singularidades constituyentes (instituyentes para nosotros), que entorno al concepto de multitud y el concepto enjambre, ejemplifican la política de la

Plata, 2011, en concreto el capítulo titulado “Políticas del derecho y gubernamentalidad neoliberal. Aportes de Foucault a la crítica jurídica”, pp. 131 y ss.; Zagrebelsky, G., *Libres siervos. El Gran Inquisidor y los enigmas del poder*, Madrid, Trotta, 2017.

³⁷ Innerarity, D., *Una teoría de la democracia compleja, Gobernar en el siglo XXI*, Barcelona, Galaxia Gutenberg, 2020, p. 117.

³⁸ De Cabo, C.; “Capitalismo, democracia y poder constituyente”, en Martínez Dalmau, R.(ed.), *Teoría y práctica...*, cit., pp. 23-24.

pluralidad y el pluralismo multitudinario.³⁹ Se trata de una ontología plural, un pluralismo de subjetividades, de modelos múltiples de temporalidad y de una amplia variedad de modos de lucha que surgen de diferentes tradiciones y expresan diferentes objetivos, pero tienen en común que confrontan el capital global, la dictadura de las finanzas y van contra los biopoderes que destruyen la tierra y jerarquizan las razas.⁴⁰ Ambos autores se desmarcan del concepto de soberanía por centralizador, tendencioso e ideológico y porque no define todo el campo de la política, y defienden la capacidad que la multitud tiene de ser autónoma y de autoorganizarse, construyendo instituciones no soberanas y no estatales. Desarrolla procesos instituyentes de crear nuevas instituciones contrarias al desarrollo de la biopolítica y el biopoder (poderes instituyentes oligárquicos). La gente puede representarse a sí misma y desde la heterogeneidad social, plural y continua abren procesos horizontales de resistencia. Poseen el poder y la fuerza de producir, hacer y construir sus propias subjetividades desde abajo frente al poder y gobierno vertical de mando, totalitario oligárquico.⁴¹

Pese a que Hardt y Negri rechazan el concepto de pueblo, son muchos otros quienes lo reivindican.⁴² El propio H. Gallardo critica el concepto de multitud de Hardt y Negri, porque ni pueblo ni multitud constituyen instancias naturales o que puedan retrotraerse a ellas, ni tampoco existen conceptos despojados de relaciones de dominación, sentimientos y acciones contra la dominación.⁴³ Para el filósofo chileno, “pueblo” es una categoría de análisis en un discurso que denuncia la discriminación y la explotación (sujeción) y, por ello, propone acciones de resistencia y de liberación de múltiples sujeto y rostros plurales con identidades que las desarrollan y que, en procesos, luchan y buscan producir una articulación que

³⁹ Hardt, M. y Negri, A., *op. cit.*, p. 68.

⁴⁰ *Ibidem*, p. 109.

⁴¹ *Ibidem*, pp. 15-16, 55, 64, 74 y 110.

⁴² Gallardo, H., *Siglo XXI, producir un mundo*, *op. cit.*; Dussel, E., *Ética de la liberación en la edad de la globalización y de la exclusión*, Madrid, Trotta, 2014.

⁴³ *Ibidem*, pp. 78-79.

convoque y anime el logro de otro mundo factible con sociabilidades sin dominaciones ni empobrecimientos.⁴⁴ El pueblo contiene rostros plurales existen diversas sensibilidades populares, diferenciaciones y pluralidades con que individuos y la gente asumen y resisten las especificidades de los modos de dominación patriarcal, adulto-céntrico, fetichista, desigual y clasista que combinados dentro del capitalismo.⁴⁵ Desde la noción de poder instituyente popular-participativo aluden a actores y procesos locales, nacionales y continentales con proyectos de sociabilidad colectiva y compartida, de gestación plural y administrada mediante poderes locales y democráticos y no autoritarios y centralizados. Son poderes que en la práctica resisten al poder capitalista respondiendo con acciones que les permitan auto-constituirse como sujetos y con transferencias de poder.⁴⁶

Conectando los planteamientos anteriores y siguiendo con nuestro razonamiento, podríamos afirmar que, en la actualidad, el poder constituido de los estados constitucionales de derecho en su expresión legislativa, ejecutiva y judicial, lejos de ser una esfera de objetividad, neutralidad, igualdad formal, generalidad y universalidad, está continuamente resignificado en una permanente lucha y correlación de fuerzas desigual entre, por un lado, poderes conformados por grupos instituyentes oligárquicos, plutocráticos o poliárquicos (aglutinados en torno a los representantes de los partidos políticos tradicionales, la banca, organismos internacionales como el FMI, la UE y el BM, además de todos los poderes que giran en torno al sistema económico y financiero -OMC, grandes corporaciones, ETN, fondos de inversión-, medios de comunicación afines a la defensa del capital, y otros poderes innominados basados en el machismo, el poder propietario y el poder colonial) y, por otro lado, por poderes instituyentes colectivos y movimientos populares y sociales (como movimientos de campesinos, mujeres,

⁴⁴ *Ibidem*, pp. 89-90.

⁴⁵ *Ibidem*, p. 92.

⁴⁶ *Ibidem*, pp. 69 y 76.

indígenas, afrodescendiente, movimientos en favor de una vivienda digna, los sin techo, gays y lesbianas, personas trans, pensionistas, etc.), que reivindican el derecho a la tierra, a la vivienda, a un trabajo y un salario digno, al territorio, a la educación, a un medioambiente sano, a una mayor participación política, social y económica, a un mundo sin violencia machista y sin homofobia ni patriarcados, etc.

NOTAS SOBRE O COMUM ACORDO COMO MODO DE RESILIÇÃO DO CONTRATO DE EMPREGO NO DIREITO BRASILEIRO E O MUTUO ACUERDO NO DIREITO ESPANHOL.

Eugenio Hainzenreder Júnior¹

1. INTRODUÇÃO

As diversas modalidades de término da relação de emprego são objeto frequente de análise pela doutrina trabalhista; porém, no que se refere ao término do contrato de trabalho por comum acordo entre as partes, os manuais de direito do trabalho, via de regra, se restringiam a classificá-lo como forma de resilição bilateral do contrato. Isso porque, até o advento da Lei 13.467/17, verificava-se uma lacuna no direito do trabalho, já que nada era previsto na Consolidação das Leis do Trabalho em relação ao tema.

Em um primeiro momento, seria possível concluir, prematuramente, que, mesmo diante da omissão da CLT em relação ao encerramento bilateral do contrato (antes da disposição do art. 484-A da CLT), não haveria nenhum óbice à sua aplicação no direito laboral, visto que o art. 8º da CLT disciplinou que o direito comum será fonte subsidiária do direito do trabalho. Assim, uma vez omissa a CLT, a conclusão lógica seria pelo pleno cabimento do distrato previsto no art. 472 do CC ao direito do trabalho, por força da aplicação subsidiária do Código Civil, especialmente em razão da própria definição do contrato individual de trabalho, disposta

¹ Pós-doutor em Direito pela Universidad de Sevilla-Espanha. Doutor em Direito pela PUC-RS e Universidad Complutense de Madrid. Mestre em Direito pela PUC-RS. Professor de Direito do Trabalho e Processo do Trabalho da PUCRS. Advogado, sócio-diretor do Rossi, Maffini, Milman & Grandó Advogados.

no art. 442 CLT (o acordo tácito ou expresso, correspondente à relação de emprego). Logo, partindo-se da premissa de que, se a relação de emprego pode ser ajustada tácita ou expressamente, sua extinção também poderia ser realizada mediante novo ato de vontade entre as partes.

Ocorre, todavia, que o próprio art. 8º da CLT disciplinou que a aplicação subsidiária do direito comum ao direito do trabalho se dará naquilo em que não for incompatível com os princípios fundamentais deste, uma vez que a autonomia da vontade, neste ramo do direito, sofre diversas restrições diante dos seus princípios norteadores, sobretudo o princípio da irrenunciabilidade de direitos. Com base neste fundamento, ressaltando-se a hipótese dos Planos de Demissão Voluntária, que geralmente ocorre no bojo da negociação coletiva, limitava-se a doutrina trabalhista a discorrer poucas linhas sobre a resilição do contrato de emprego por comum acordo, sustentando ser remota a sua aplicação prática no âmbito do direito laboral, tendo em vista impossibilidade da renúncia de direitos pelo trabalhador.

Ao mesmo tempo, era incontestável, diante da impossibilidade de empregador e empregado negociarem a modalidade de encerramento contratual (frente à ausência de previsão na CLT e diante do referido princípio da irrenunciabilidade), a ocorrência de conflitos trabalhistas decorrentes da inexistência de uma hipótese intermediária ou híbrida entre a dispensa sem justa causa e o pedido de demissão pelo trabalhador. Isso porque, as partes por vezes realizavam “acordos” que, na realidade, se tratavam de verdadeiras fraudes (ato simulado, art. 166, VI do Código Civil), manifestadas na simulação de dispensa sem justa causa mediante a devolução da indenização rescisória e do aviso prévio pelo empregado à empresa, garantindo-se àquele o levantamento dos depósitos do FGTS e o gozo de seguro desemprego – tudo isso sob a aparência de uma dispensa imotivada.

Diferente da hipótese da culpa recíproca, prevista no art. 484 da CLT, que representa um meio termo entre a falta grave pelo trabalhador e a justa causa patronal, dividindo-se em razão da metade o ônus rescisório entre empregado e empregador (situação consagrada pela súmula 14 do TST), a extinção consensual passava ao largo das formas de encerramento do contrato de trabalho. Desta feita, mesmo ocorrendo a convergência de vontades apta a encerrar o contrato, apesar de as partes atuarem de acordo com a boa-fé, acabava-se aplicando à rescisão do contrato de trabalho uma espécie de política do “tudo ou nada”: ou o trabalhador pedia demissão e ficava afastado da maior parte dos benefícios rescisórios, ou a empresa o dispensava sem justa causa, assumindo integralmente o pagamento das verbas decorrentes da rescisão contratual.

E deste cenário exurgiam repercussões que poderiam trazer resultados extremamente desvantajosos para todos os envolvidos, gerando custos de transação e ineficiência na relação de emprego tanto para o trabalhador como para a empresa, bem como ao sistema de Seguridade Social, ao Fundo de Garantia por Tempo de Serviço, e, finalmente, ao Poder Judiciário.

O presente artigo, portanto, tem por objetivo analisar a figura da rescisão contratual por acordo entre empregado e empregador, diante das novas disposições do art. 484-A da CLT. Para tanto, a primeira parte discorrerá sobre cessação da relação de emprego em face do princípio da continuidade, seguida da contextualização da figura do comum acordo como modo de dissolução do contrato de trabalho. Posteriormente, será examinada a alteração no art. 484-A da CLT, bem como serão traçados alguns apontamentos sobre a figura do *mutuo acuerdo* no direito espanhol com intuito de demonstrar a existência de modelo semelhante fora do Brasil.

2. O PRINCÍPIO DA CONTINUIDADE E O ENCERRAMENTO DO CONTRATO DE EMPREGO

Quando se trata da análise dos modos de encerramento da relação de emprego, preliminarmente, é importante salientar que o contrato de trabalho se caracteriza por ser um contrato de trato sucessivo², entendendo-se como tal aquele que não se encerra pelo adimplemento das obrigações das partes, mas sim se projeta no tempo.³ Assim, muito embora também se possa celebrar contratos de trabalho por tempo determinado, o direito trabalhista revela marcada preferência pela categoria dos contratos de duração indeterminada.⁴

² Ao contrário, por exemplo, dos contratos de execução imediata, em que o cumprimento da obrigação por ambas as partes se dá em um único momento (exemplo, a compra e venda), o contrato de trabalho não se esgota imediatamente, e sim carrega uma noção de permanência no tempo. Embora a execução ocorra distribuída no tempo, a obrigação é única e toda a prestação periódica e singular não constitui uma nova obrigação. (ARAÚJO, Francisco Rossal. A continuidade na relação de emprego. **Síntese Trabalhista**, São Paulo, n.95, p.25, maio 1997).

³ Manuel Alonso Garcia explica que a relação laboral é marcada pelo princípio da continuidade, lecionando que “*La relación laboral entraña, sobretudo en una de sus expresiones - la contractual - un principio de continuidad que se manifiesta en dos sentidos: por un lado, encuancto que el contrato de trabajo, en su forma de prestación de servicios, es un contrato de tracto sucesivo; por outro encuancto la extición del contrato - en determinados supuestos - produce automaticamente la prórroga tácita del mismo, por tiempo indefinido, salvo pacto en contrario o denuncia de las partes*” GARCÍA, Manoel Alonso. **Curso de Derecho del Trabajo**. 7.ed. Madrid: Ariel, 1981.p. 258.

⁴ Maurício Godinho Delgado explica que o padrão indeterminado dos contratos empregatícios é regra geral no direito do trabalho, havendo, pois uma presunção no sentido de que haverá duração indeterminada em situações concretas duvidosas, bem como diante da inexistência de prova inequívoca de contratação a prazo. Assim, a ordem jurídica disciplina que os contratos por prazo determinado somente podem ser validamente celebrados nas hipóteses excepcionais dispostas em lei, no artigo 443 da CLT, além de outras situações especiais dispostas em leis para determinadas categorias ou profissões, tais como o atleta profissional e Lei nº 9.601/98. (DELGADO, 2009, p.1017). Além destas hipóteses citadas pelo autor, pode-se mencionar, a título exemplificativo, a Lei nº 6.019/74, que trata do contrato de trabalho temporário, o contrato de aprendizagem disciplinado pelo art. 428 da CLT.

A predileção pela indeterminação do tempo na relação de emprego se justifica, segundo explica Américo Plá Rodriguez⁵, pelas seguintes razões: a) no contrato por prazo indeterminado, como não se prevê sua terminação, se não há uma causa superveniente, o contrato se prolonga naturalmente; b) no pacto de duração determinada não há indenização quando por ocasião do seu término diante da ocorrência do prazo estipulado ou da motivação prevista no contrato; c) paradoxalmente o contrato de duração determinada obriga mais ao trabalhador que o de duração indeterminada, pois, se costuma entender que o prazo contratual obriga efetivamente a ambas as partes as partes: assim, se qualquer delas o viola, incorre em responsabilidade;⁶ ao contrário, o contrato por tempo indeterminado, o trabalhador tem a liberdade de denunciá-lo a qualquer momento.

Dessa maneira, a manutenção do contrato de trabalho está assentada no princípio da continuidade, uma vez que, para o direito do trabalho, a regra é a preservação e a execução normal da relação de emprego, protegendo-a contra eventuais alterações, suspensões e interrupções contratuais.⁷ Parte-se do pressuposto de que as partes não têm interesse em encerrarem a relação jurídica empregatícia, com fundamento na necessidade e na conveniência recíproca na continuidade desta relação; tanto por parte do empregado, pois dela ele extrai o salário que é fonte de subsistência, quanto pelo empregador, que necessita contar com o trabalhador para que a empresa atinja seus fins.⁸ Maurício Godinho Delgado⁹ leciona que a leitura que o princípio da

⁵ RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2002.p.249.

⁶ A CLT assim disciplina sobre o rompimento antecipado do contrato de trabalho por iniciativa do empregado: "Art. 480 - Havendo termo estipulado, o empregado não se poderá desligar do contrato, sem justa causa, sob pena de ser obrigado a indenizar o empregador dos prejuízos que desse fato lhe resultarem".

⁷ Conforme sustenta Francisco Rossal de Araújo (1996, p.82), o tempo é um elemento ontológico no ordenamento jurídico, caracterizando-se como fato que cria, altera ou extingue direitos ou situações subjetivas, dele se extraindo, no direito do trabalho, a classificação quanto à vigência da relação de emprego.

⁸ CAMINO, Carmem. **Direito individual do trabalho**. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004. p.517.

⁹ DELGADO, 2009, p.1012.

continuidade da relação de emprego faz da ordem jurídica é de que a extinção contratual transcende ao mero interesse individual das partes, em vista de seus impactos comunitários mais amplos. Realizadas tais considerações, passa-se à análise do comum acordo como causa de dissolução do contrato de trabalho, nos termos do art. 484-A da CLT, inserido pela Lei 13.467/2017.

3. O ART. 484-A DA CLT DIANTE DA REFORMA TRABALHISTA E A RESILIÇÃO CONTRATUAL POR ACORDO ENTRE EMPREGADO E EMPREGADOR

O fenômeno da terminação do contrato de trabalho e das suas causas extintivas é matéria extremamente instigante no direito do trabalho; além da riqueza em relação à diversidade das causas que podem pôr termo ao elo que une empregado e empregador, se desenha intrigante ausência de tecnicismo quando da abordagem do status jurídico concernente ao término do pacto laboral. Não há uniformidade a respeito da nomenclatura técnico-jurídica utilizada pela doutrina¹⁰, sendo comum a adoção de distintas denominações, tais como “extinção”, “rescisão”, “terminação”, “resilição”, “resolução”, “ruptura”, “cessação” e “dissolução”¹¹, o que, segundo

¹⁰ Paulo Emílio Ribeiro de Vilhena sustenta que seriam apenas duas as formas de dissolução do contrato de trabalho: rescisão e extinção. Para o emérito professor, o uso de termo rescisão ou extinção do contrato de trabalho implica na existência de uma causa, seja dele decorrente ou a ele alheia. Afirmo que os termos não se confundem, nem se subordinam, mas admite que se relacionam, contudo de modo paralelo e com efeitos distintos. Leciona que, enquanto a extinção não opera efeitos, a rescisão quase sempre produz efeitos. Para ele, a rescisão seria a dissolução por ato unilateral da parte, ao passo que a extinção abrangia apenas: os contratos de trabalho por prazo determinado ou obra certa, o caso de morte do empregado e a aposentadoria definitiva. VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. Direito do Trabalho & Fundo de Garantia. Temais atuais de direito material, de direito processual e direito coletivo do trabalho. LTr: São Paulo. 1978. p. 115-122.

¹¹ No que se refere à ausência de uniformidade na doutrina em relação às expressões utilizadas para designar o término do contrato de trabalho, Carmem Camino explica que a denominação “terminação” é adota por José Martins Catharino, “cessação” é expressão adotada por Evaristo de Moares Filho e Octavio Bueno Magano, ao passo que Orlando Gomes e Elson Gottschalk utilizam o termo “dissolução”. Contudo, a autora, filia à corrente de Délio

Orlando Gomes e Elson Gottschalk, “*enseja divergências e vacilações, que prejudicam a uniformidade dos conceitos*”.¹²

Enquanto que para alguns autores, do ponto de vista prático, bastaria apenas a distinção entre as causas que dão lugar ao direito de indenização do empregado e as que não ensejam,¹³ para outros, a classificação das modalidades de extinção contratual surge como pressuposto para o exame das normas reguladoras de cada tipo legal extintivo, com as parcelas jurídicas que lhe são consequentes¹⁴.

Luciano Martinez¹⁵ apresenta sugestão bastante didática quanto às causas geradoras da cessação do contrato de trabalho. O eminente juiz baiano leciona que as formas de cessão do contrato podem se dar por uma “via normal”, a qual denomina de extinção (que ocorre pelo alcance do termo ou pela obtenção dos propósitos contratuais), ou por meio da dissolução, quando as causas e fatores da cessação decorrerem de motivo excepcional. Elenca três formas de dissolução: a resilição, a resolução e a rescisão. Em relação à primeira, subdivide em resilição bilateral (consensual) e resilição

Maranhão, Antonio Lamarca e Amauri Mascaro Nascimento, que adotam o termo “extinção”. CAMINO, Carmem. *Direito individual do trabalho*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004.p. 457.

¹² Os autores explicam que “dissolução” costuma se distinguir da “extinção”, porque esta é o modo normal pelo qual o contrato deixa de existir. A extinção, segundo Orlando Gomes e Gottschalk, ocorre quando o contrato está executado, o seu conteúdo esgotado, o seu fim alcançado, ou seja, quando o contrato produziu todos os seus efeitos (o que ocorreria nas hipóteses do contrato por tempo determinado em razão do advento do termo, ou de uma condição). Já em relação ao termo “dissolução”, entendem que significa toda forma de ineficácia superveniente do contrato, dizendo cessar os efeitos do contrato para o futuro: “*causas supervenientes determinam-lhe a ineficácia, dissolvendo o vínculo que, não fora o seu aparecimento, poderia perdurar. Os efeitos produzidos conservam-se; os futuros não se produzem*”. Por fim, afirmam os autores que a dissolução dos contratos em geral opera por três modos: resolução, resilição ou rescisão e caducidade. GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Elson. *Curso de direito do trabalho*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.p. 357-358.

¹³ Nesse sentido Orlando Gomes e Elson Gottschalk. *Curso de direito do trabalho*. 17. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.p. 357-358.

¹⁴ Nesse sentido, Maurício Godinho Delgado. DELGADO, Maurício Godinho. *Curso de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 2009, p. 1030.

¹⁵ MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho: Relações individuais, sindicais e coletivas do Trabalho*. 3ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 515.

unilateral (esta pode decorrer da iniciativa do empregador - despedida -, ou por vontade do empregado - pedido de demissão); já a dissolução por resolução, segundo o autor, ocorreria na hipótese de surgimento de uma condição resolutiva voluntária (inexecução culposa de uma das partes ou culpa recíproca), ou involuntária (morte, força maior ou fato do príncipe). Por fim, no que tange à dissolução por rescisão, Martinez ensina que se caracteriza pela evidência de um defeito produtor de nulidade absoluta¹⁶.

Com efeito, há um imbróglgio doutrinário acerca da classificação sobre as modalidades extintivas da relação de emprego. Sobre este aspecto, apresenta-se diligente a colocação de Carmem Camino, quando sustenta que as distinções “são muito mais de terminologia do que de conteúdo”, uma vez que “o que interessa, em ultima ratio, é apreender os fatos geradores e a natureza das causas determinantes da extinção do contrato de trabalho, dos quais emergem efeitos importantes”.¹⁷ E, de fato, a própria Consolidação das Leis do Trabalho não adotou nenhum critério técnico¹⁸ para classificar e denominar o encerramento do contrato de trabalho, utilizando, no capítulo V, do título IV (“Do contrato individual do trabalho”), genericamente, o termo “rescisão” para abarcar todas as hipóteses de encerramento do contrato de trabalho.

¹⁶ MARTINEZ, Luciano. Curso de Direito do Trabalho: Relações individuais, sindicais e coletivas do Trabalho. 3ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 574.

¹⁷ CAMINO, Carmem. *Direito individual do trabalho*. 4. ed. Porto Alegre: Síntese, 2004.p. 457-458.

¹⁸ Sussekind leciona que “A Consolidação das Leis do Trabalho emprega a palavra ‘rescisão’ como abrangente de todas as hipóteses de terminação do contrato individual do trabalho. E o termo popularizou-se, tendo sido adotado, a partir de então, por nossa legislação social-trabalhista. No cotidiano das relações entre empregadores e empregados, é corriqueiro o uso das expressões ‘despedida’ ou ‘dispensa’. A OIT refere ‘terminação’ como gênero que compreende as diferentes espécies indicadoras do fim da relação de emprego. A doutrina brasileira não é uníssona a respeito da nomenclatura técnico-jurídica das diversas formas de terminação do contrato de trabalho”. SUSSEKIND, Arnaldo. Curso de Direito do Trabalho. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004. p.329.

Por este motivo, considerando que inexistente distinção de ordem técnica na própria CLT¹⁹, bem como que o presente artigo se propõe a examinar um modo específico de dissolução do contrato de trabalho, sem reduzir a importância do debate antes referido, pretende-se apenas, terminologicamente, situar o comum acordo entre empregado e empregador como modalidade de rescisão bilateral do contrato de trabalho, objetivando-se, analisar seus fatos geradores e efeitos determinantes no encerramento da relação empregatícia.

A figura do comum acordo como modalidade de dissolução do contrato de emprego passou a ser regulada pela Consolidação das Leis do Trabalho apenas a partir da alteração ao art. 484-A da CLT, introduzida pela Lei 13.467/17 (reforma trabalhista). Contudo, mesmo antes da previsão celetista, este modo de dissolução contratual sempre foi citado como abstratamente cabível; até mesmo porque não seria razoável sustentar que sujeitos de direito não pudessem, pela via consensual, colocar fim em determinada relação jurídica.²⁰

No entanto, um desinteresse pela matéria repousava no fato de que esta figura extintiva, antes da previsão do art. 484-A da CLT, não teria aplicação prática, tendo em vista os princípios da indisponibilidade e da irrenunciabilidade de direitos, o que, conseqüentemente, impossibilitaria a modalidade do distrato pelo trabalhador. Maurício Godinho Delgado²¹ sintetizava este entendimento ao afirmar que “esta figura não tem aplicabilidade prática significativa

¹⁹ Art. 477 - *É assegurado a todo empregado, não existindo prazo estipulado para a **terminação do respectivo contrato**, e quando não haja ele dado motivo para cessação das relações de trabalho, o direito de haver do empregador uma indenização, paga na base da maior remuneração que tenha percebido na mesma empresa.*

§ 2º - **O instrumento de rescisão** ou recibo de quitação, qualquer que seja a causa ou **forma de dissolução do contrato**, deve ter especificada a natureza de cada parcela paga ao empregado e discriminado o seu valor, sendo válida a quitação, apenas, relativamente às mesmas parcelas.

²⁰ Nesse sentido, vide: Maurício Godinho Delgado (2009, p.1079).

²¹ *Ibid.*

no âmbito trabalhista, embora do ponto de vista meramente abstrato seja viável”, na medida em que, segundo o autor, “não poderia haver transação supressiva de parcelas jus laborativas”, muito menos seria possível “efetivar renúncia no contexto da extinção do pacto empregatício”.²²

No mesmo sentido, Orlando Gomes e Élson Gottschalk²³ aduziam ser possível às partes “paralisar os efeitos do contrato, celebrando outro contrato para dissolver o que os vincula”, mediante o *contrarius consensus*, aniquilando o vínculo, impedindo que continue a produzir efeitos. No entanto, lecionavam que, embora admissível o distrato (comum acordo) no contrato de trabalho, não se tratava de um modo extintivo frequente, pois, segundo os autores, “quase sempre, mascara transação lesiva aos interesses do empregado”.

Dessa maneira, tendo em vista o princípio da indisponibilidade e a referida impossibilidade de as partes negociarem os efeitos da cessação do contrato, a doutrina sustentava ser inaplicável, na prática, esta figura. Portanto, não haveria interesse de o empregador optar pelo comum acordo, pois, até o advento da alteração do art. 484-A da CLT, inexistiria distinção em relação aos efeitos da dispensa sem justa causa. Em sendo assim, o estudo da resilição bilateral do contrato por comum acordo na seara do direito individual do trabalho acabava sendo de plano obstaculizada diante da indigitada indisponibilidade e irrenunciabilidade de direitos pelo empregado.

A grande inovação da Lei nº 13.467/2017 foi estabelecer expressamente a possibilidade de as partes optarem pelo encerramento do contrato de trabalho pela via consensual, assim como fixar as repercussões jurídicas para esta nova hipótese de dissolução contratual. O empregado passou a ter direito ao recebimento do aviso prévio, se indenizado, pela metade, assim

²² *Ibid.*

²³ GOMES; GOTTSCHALK, 2006, p.359.

como à indenização sobre o saldo do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, prevista no § 1º do art. 18 da Lei no 8.036, de 11 de maio de 1990, que na prática representará uma indenização de 20% (art. 484-A, I, “a” e “b” da CLT). O pagamento dessas parcelas representa uma divisão pela responsabilidade da cessação do contrato, já que há interesse comum para dar termo à relação de emprego. As demais verbas trabalhistas serão devidas na sua integralidade (art. 484-A, II da CLT)

Além das parcelas devidas pelo empregador, com a dissolução do contrato por comum acordo, o trabalhador tem direito a movimentar 80% (oitenta por cento) do valor dos depósitos de sua conta vinculada no Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, na forma do art. 484-A, §1º da CLT. A limitação do saque não retira integralmente do FGTS recursos que servem de fonte de financiamento habitacional, obras de saneamento e de infraestrutura. Da mesma forma, não perde o trabalhador o restante dos 20% (vinte por cento), que poderá ser sacado oportunamente, quando preenchida uma das hipóteses legais para o saque previstas no art. 20 da Lei 8.036/90.

Não há autorização para o ingresso no Programa de Seguro-Desemprego. Trata-se de consequência lógica dessa modalidade de rescisão, pois na cessação do contrato por comum acordo há ato de vontade também do trabalhador (art. 484-A, § 2º da CLT). Não há surpresa ou inatividade por decisão unilateral do empregador.

Sinal-se que há relevante interesse na aplicação prática do comum acordo no direito do trabalho, como forma de coibir as diversas situações concretas de lides simuladas ou de “acordos”, que, em verdade, correspondem à simulação de dispensas sem justa causa, em que empregado e empregador mascaram formalmente a ocorrência de uma dispensa imotivada, mediante a devolução pelo obreiro do aviso prévio e da indenização de 40%

sobre o FGTS; em troca disso, como se sabe, o trabalhador usufrui o benefício do seguro desemprego e levanta os depósitos do FGTS, tudo isso sob o manto formal de uma dispensa sem justa causa. Ainda, não se pode olvidar dos custos gerados para o sistema da Seguridade Social e do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço decorrente do reprovável ato simulado.

Antes da Lei 13.467/17, diante da inexistência da previsão do art. 484-A da CLT possibilitando a dissolução do contrato por comum acordo, não eram raros os casos de fraudes e simulação de dispensa sem justa causa, o que, conforme destaca Carmen Camino²⁴, se tratava de ato simulado, previsto no art. 166, VI do CC, conforme é demonstrado:

A espécie amolda-se perfeitamente à tipicidade do art. 166, inciso VI, do Código Civil. Há evidente prejuízo às instituições do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço, cujas finalidades sociais transcendem o patrimônio do empregado, e do seguro-desemprego. Portanto, não pode ser invocada em favor de qualquer dos sujeitos contratantes. // [...]. **O empregado tem perfeita noção do ato simulado e dele retira proveito econômico, portanto, não pode invocá-lo em seu favor, como frequentemente ocorre, em demandas trabalhistas contra o empregador**, pretendendo haver aqueles itens da quitação do contrato, feita pró-forma. O princípio protetivo, no caso, cede ao princípio ético maior do enriquecimento sem causa, sendo, também, de se invocar o princípio de razoabilidade para que não se chancelem, nas sentenças judiciais, atos praticados em fraude à lei, com pleno

²⁴ CAMINO, 2004, p.460-1.

discernimento e com indevida vantagem econômica.
(grifo nosso)

No mesmo sentido, a jurisprudência já sustentava que ocorre simulação em relação à rescisão unilateral do contrato por iniciativa do empregador quando o empregado pretende obter vantagens financeiras (devolução do aviso prévio e da multa de 40% como forma de receber o seguro desemprego e levantar o FGTS), sendo aplicáveis os arts. 166, VI e 167 do Código Civil, conforme demonstra o acórdão a seguir:

DISTRATO. SIMULAÇÃO DE DESPEDIDA SEM JUSTA CAUSA. Indevido o pagamento das parcelas consectárias da ruptura do ajuste como sendo sem justa causa, quando as partes simularam esta modalidade de despedida com o fito de a reclamante obter vantagens financeiras mediante fraude. (Acórdão do processo 0000689-05.2010.5.04.0019. RO Data: 17/04/2013. Origem: 19ª Vara do Trabalho de Porto Alegre. Redator: EMÍLIO PAPALÉO ZIN. Participam: DENISE PACHECO, WILSON CARVALHO DIAS).²⁵

Veja-se que na concretização do ato simulado acima referido, ambas as partes concorriam na realização da fraude e, via de regra, o praticavam de forma consciente. Nesse sentido, a hipótese prevista no art. 484-A da CLT tornou bem menos atrativo tal caminho alternativo e contrário à lei. As partes passaram a ter uma modalidade respaldada pelo direito de rescisão contratual, em que o empregado recebe parte daquilo que teria direito se viesse a ser despedido sem justa causa, apresentando-se, assim, uma hipótese

²⁵ RIO GRANDE DO SUL. Tribunal Regional do Trabalho da 4ª Região. **Acórdão do processo 0000689-05.2010.5.04.0019 RO** Data: 17/04/2013. Origem: 19ª Vara do Trabalho de Porto Alegre. Redator: Emílio Papaléo Zin. Participam: Denise Pacheco, Wilson Carvalho Dias.

intermediária em relação às verbas resilitórias do pedido de demissão e da dispensa sem justa causa.

Entendemos, assim, que o direito do trabalho recepcionou e instrumentalizou adequadamente o término da relação de emprego pela via consensual a partir das disposições CLT do art. 484-A da CLT. Não se desconhece a existência desigualdade fática e a base assimétrica da relação empregatícia diante da hipossuficiência e da subordinação jurídica do empregado. Portanto, o ponto central para garantir a idoneidade e utilização desta nova figura jurídica será analisar a qualidade do consentimento do empregado, mediante sua livre manifestação de vontade. Contudo, garantindo-se a existência de consentimento genuíno pelo trabalhador na adoção do comum acordo, entende-se que a assimetria da relação empregatícia não poderia por si só excluir o empregado da categoria de sujeito de consentimento, de forma que não pudessem as partes optar pelo encerramento consensual da relação de emprego.

É de ressaltar que a figura do comum acordo não foi inovação trazida pelo direito do trabalho brasileiro, pois já era expressamente adotada em outros países, como é o caso da Espanha. Por essa razão, serão traçados a seguir alguns apontamentos sobre o *mutuo acuerdo* no direito espanhol com intuito de demonstrar a existência de modelo semelhante fora do Brasil.

4. CONSIDERAÇÕES SOBRE O MUTUO ACUERDO DO DIREITO ESPANHOL

Inicialmente, esclarece-se que não se pretende realizar um estudo de direito comparado acerca da figura da dissolução do contrato de trabalho por comum acordo na Espanha, mas apenas demonstrar que a nova modalidade trazida pela Lei 13.467/17, no art. 484-A da CLT, não foi inovação do direito brasileiro. Além

disso, ressalva-se que, ao contrário do Brasil, a Espanha ratificou a Convenção nº 158 da OIT, tendo incorporado este tratado internacional ao seu ordenamento jurídico interno desde 1985.²⁶ Portanto, é natural que no direito espanhol a extinção consensual do contrato de trabalho possa ter uma justificação maior diante da impossibilidade da dispensa sem que exista uma causa justificada para cessação do contrato de trabalho, relacionada à conduta do trabalhador ou a necessidade de funcionamento da empresa (como excesso de mão de obra, redução dos postos de trabalho, força maior ou caso fortuito).²⁷

De qualquer forma, torna-se importante a análise da experiência da Espanha, pois dentre as causas de encerramento do contrato de trabalho listadas pelo Estatuto dos Trabalhadores se reconhece expressamente a figura do mútuo acordo entre as partes, conforme disciplina o artigo 49.1 do Estatuto de *Los Trabajadores*:

²⁶ José Luis Gil y Gil em importante estudo sobre a proteção contra a dispensa injustificada à luz da Convenção 158 da OIT explica que “*el Convenio ofrece una protección mínima con vocación de universalidad. En esencia, el Convenio ofrece las siguientes garantías: la exigencia de justificación del despido, el establecimiento de un preaviso y otros requisitos formales que permitan la defensa del trabajador con anterioridad o en el momento del despido, el derecho de recurrir de este y la previsión de mecanismos procesales que equilibren la desigualdad existente entre trabajador y empresario, así como la reparación del trabajador frente ao despido injustificado mediante la readmisión o el pago de una compensación económica adecuada*”. O autor adverte que embora a Convenção 158 da OIT tenha entrada em vigor em 23 de novembro de 1985, somente 36 Estados, os quais quase um terço pertence à União Européia. Afirma que chama a atenção esta escassa adesão pela comunidade internacional, incluíve entre países que tradicionalmente ratificam as Convenções da OIT. Tanto é que na OIT se tem debatido sobre a resistência dos Estados na ratificação. O autor afirma que a justificativa dos governos e representantes dos empresários para ratificação da Convenção 158 da OIT tem caráter econômico. Explica que, em concreto, consideram que a aplicação da Convenção “*introduce elementos de rigidez en la normativa laboral, a expensas de sistemas laborales más flexibles y suficientemente competitivos para las empresas, lo que repercute negativamente en la creación de empleo y en la productividad, así como en la movilidad de los trabajadores*”. (GIL y GIL, José Luis. La protección contra el despido injustificado a la luz del Convenio núm. 158 da la OIT. In: **Reformas laborales frente a la crisis a la luz de los estándares de la OIT. Un análisis crítico desde las perspectivas internacional, nacional y comparada**. Lisboa: Juruá, 2014, p.182-3).

²⁷ RAMON, Sellas I Benvingut. **Las causas objetivas y colectivas y extinción de la relación laboral**. España: Aranzadi, 2000, p.109-12.

“Artículo 49. Extinción del contrato. 1. El contrato de trabajo se extinguirá: **a) Por mutuo acuerdo de las partes”**.²⁸

Na realidade, o artigo 49.1 citado estabelece um rol com as diferentes tipologias de extinção do contrato de trabalho, que em regra são apenas mencionadas pelo ET, não havendo, contudo, um desenvolvimento normativo ou especificação dos mecanismos que tais hipóteses extintivas se perfectibilizariam, o que não é diferente em relação ao mútuo acordo. O legislador espanhol restringiu-se a fazer mera menção quanto à existência do *mutuo acuerdo*²⁹ como via extintiva contratual, conjuntamente com outras doze hipóteses de encerramento do contrato de trabalho, as quais, conforme esclarece Juan Gorelli Hernández³⁰, podem ser agrupadas em três grandes grupos, a saber:

[...] los mecanismos de extinción que se ponen en marcha por la voluntad conjunta de las partes (el mutuo acuerdo, las causas validamente consignadas en el contrato y el término final en la contratación temporal); la extinción por voluntad unilateral de una sola de las partes (si es el trabajador estaríamos ante la dimisión o la resolución contractual del trabajador, si es el empresario, estaríamos ante los diferentes tipos de despido: disciplinario, objetivo o colectivo). Por último, encontraríamos los distintos supuestos de extinción

²⁸ VILLALÓN, Jesús Cruz. **Estatuto de los Trabajadores**. Vigésima Edición. Actual. 10 de ago. 2014. Disponível em: <http://www.empleo.gob.es/es/sec_leyes/trabajo/estatuto06/>.

²⁹ Koldo Mikel Santiago Redondo adota a denominação de “*mutuo dissenso*” ou “*contrarius consensus*”, explicando que se trata de “*un acuerdo liberatorio que expresa la decisión extintiva de los contratantes. Es, se dice, una expresión de la autonomía de la voluntad bilateral, aunque me parece más correcta su calificación como contrato extintivo, visto que no se produce tras la expresión independiente de dos voluntades separadas sino con la confluencia consensual en la aspiración extintiva*”. (REDONDO, Koldo Mikel Santiago. **La extinción consensual de la relación laboral**: un estudio sobre la delimitación de los tipos, su causalidad y calificación. Valladolid, Lex Nova, 2000, p.106).

³⁰ HERNÁNDEZ, Juan Gorelli. “Extinción por mutuo acuerdo”. In: MONERO PÉREZ, J. L. (Dir.); TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á; GONZÁLEZ DE PATTO, R. M.a. (Coord.). **Modalidades de extinción del contrato de trabajo**: análisis de su régimen jurídico. Granada: Comares S.L, 2014, p.10.

por causas ajenas a las partes (muerte, invalidez o jubilación de una de las partes.

Portanto, conforme esclarece o autor acima³¹, há reconhecimento expresso no ordenamento jurídico laboral da Espanha quanto à modalidade do mútuo acordo, no art. 49.1.a) ET. E tal previsão tem como fundamento, conforme explica Alberto Cámara Botía³², o fato de que a vontade extintiva concorrente das partes pode manifestar-se a) tanto ao tempo da celebração do contrato para que surta efeito em um momento ulterior de sua execução, ou b) pode declarar-se ou manifestar-se durante a execução do contrato, como é o caso do que denomina *mutuo dissenso* ou *desistimiento mutuo*. À título de exemplo, na primeira hipótese, pode-se citar os contratos por prazo determinado, em que se pré-estipula o seu término.

Sobre tal hipótese extintiva, o autor acima citado a define como o “*acuerdo de voluntades de las partes enderezada a dejar sin efecto una relación obligatoria preexistente*”, ou seja, “*la relación laboral nace del contrato y muere con el contrato.*”³³ Contudo, apesar de expressamente prevista a figura do mútuo acordo no Estatuto dos Trabalhadores, não há regulação no referido diploma legal quanto ao procedimento específico desta causa de extinção, recorrendo-se ao direito comum em matéria de obrigações e contratos.

Assim, ao remeter a análise do distrato para a fonte do direito comum, revelam-se no direito espanhol quais seriam os requisitos essenciais do mútuo acordo, sendo eles: o consentimento, a existência de objeto lícito, possível e determinado e causa que não pode ser contrária a lei e a moral. Já sob o aspecto formal, o mútuo acordo não exige formalidade específica, podendo ser tanto escrito como verbal, pois a vontade extintiva das partes não requer

³¹ *Ibid.*

³² BOTÍA, Alberto Cámara. La extinción del contrato de trabajo por mutuo dissenso del empresario y el trabajador. In: NAVARRO, Antonio V. Sempere (Dir.); JIMÉNEZ, Rodrigo Martín (Coord.). **El Contrato de Trabajo**. España: Thomson Reuters, 2011, p.45. v.IV.

³³ *Ibid.*

forma escrita para gerar seus efeitos. Contudo, na Espanha, se costuma formalizar o *mutuo acuerdo* por meio do *finiquito*, o qual se trata de um documento que estabelecerá os efeitos extintivos e econômicos da ruptura consensual do vínculo de emprego.³⁴

Sobre este aspecto, é importante esclarecer que existe uma tendência no direito espanhol de confundir o mútuo acordo com o instrumento jurídico do *finiquito*³⁵. No entanto, atenta-se que se tratam de figuras distintas: enquanto o *mutuo acuerdo* consiste em uma das causas de extinção do contrato de trabalho, o *finiquito* é meramente o documento que formaliza e delimita os efeitos extintivos do mútuo acordo havido entre empregado e empregador; ou seja, ele não encerra o contrato por si mesmo, pois a extinção contratual decorre da manifestação conjunta da vontade das partes³⁶. Assim, o *finiquito* não configura apenas um mecanismo de documentação do *mutuo acuerdo*, pois também

³⁴ Koldo Mikel Redondo (2000, p.110) explica que “*el mutuo dissenso suele revelarse a través del recibo finiquito. Se documento puede tener finalidades múltiples. Uma de ellas, como se sabe, es la de liquidación de cuentas pendientes. La otra, principal, la declaración de la voluntad extintiva*”.

³⁵ Maria Garcia Rubio, em obra específica sobre o tema do *finiquito*, conceitua como sendo “*el documento comúnmente conocido como finiquito no goza de una regulación legal propia y específica, sino que, más exactamente, constituye un instituto jurídico construido y definido por la doctrina y la jurisprudencia, al que se viene aplicando, de modo genérico, la normativa contenida en el Código Civil relativa a los contratos*”. Explica a autora que o *finiquito* pode se apresentar sob a forma de “*finiquito-extinción*”, que seria o documento pelo qual as partes manifestam de forma escrita que sua relação de trabalho foi extinta, aduzindo que em sua origem esta modalidade de *finiquito* era utilizada exclusivamente como modo de formalizar o término do contrato por *mutuo acuerdo* (art. 49.1 a)ET), contudo cada vez mais tal documento tem sido utilizado em relação às demais formas de extinção contratual. Ademais, a autora menciona o “*finiquito-liquidación*”, que conteria “*la liquidación o saldo de las cantidades devengadas durante la relación laboral*”. (RUBIO, Maria Amparo Garcia. **El recibo de finiquito y sus garantías legales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995, p.13-15).

³⁶ Em relação à distinção entre *mutuo acuerdo* e *finiquito*, Juan Hernández explica que “*debemos tener en cuenta que el finiquito es una vía de documentación, por lo que puede documentar no sólo la extinción del contrato, sino otras cuestiones diferentes; así, se habla también de finiquito cuando se pretende documentar un saldo de cuentas entre las partes del contrato*”. Além disso, o autor explica que “*el finiquito tiene así un doble papel que puede originar cierto grado de confusión, cuando se intenta hacer valer un meramente liberatorio de deudas, como finiquito de valor extintivo; cuestión que ha generado un importante grado de litigiosidad [...]*. Assim, concui o autor que “*también es posible un finiquito sin mutuo acuerdo extintivo, que documente algo diferente, como es el saldo de cuentas, o que sirva puramente como recibo de cantidad*”. (HERNÁNDEZ, 2014, p.10).

objetiva registrar *saldo y fin de cuentas*, que funciona como *recibo de cantidad*, isto é, o *finiquito* possuiria dupla função: a extintiva e a liberatória, conforme referência contida no art. 49.2 do Estatuto dos Trabalhadores, *in verbis*:

*El empresario, con ocasión de la extinción del contrato, al comunicar a los trabajadores la denuncia, o, en su caso, el preaviso de la extinción del mismo, deberá acompañar una propuesta **del documento de liquidación de las cantidades adeudadas. El trabajador podrá solicitar la presencia de un representante legal de los trabajadores en el momento de proceder a la firma del recibo del finiquito**, haciéndose constar en el mismo el hecho de su firma en presencia de un representante legal de los trabajadores, o bien que el trabajador no ha hecho uso de esta posibilidad. Si el empresario impidiese la presencia del representante en el momento de la firma, el trabajador podrá hacerlo constar en el propio recibo, a los efectos oportunos.*³⁷(grifo nosso)

Além disso, veja-se que o art. 49.2 possibilita ao empregado a faculdade de contar com um representante dos trabalhadores no momento de proceder à assinatura do recibo do *finiquito*, o que, a exemplo do que se passava no Brasil até o advento da Lei 13.467/17, já que o revogado o art. 477,§1º da CLT exigia a assistência sindical no encerramento dos contratos vigentes há mais de um ano, o que se revelava como uma importante salvaguarda para o consentimento do empregado.

Em síntese, o fundamento jurídico do mútuo acordo, enquanto forma de acordo extintivo, no direito espanhol, reside na vontade das partes, pois “*si el fundamento último del contrato de trabajo [...] está en la capacidad de las partes para vincularse en su*

³⁷ VILLALÓN, 2014, digital.

*própria autonomia, será ésta, sin duda, la más poderosa de las razones para cesar en la relación contractual”, conforme Álvarez de La Rosa*³⁸. Aliás, sobre a iniciativa do mútuo acordo, há de se sublinhar que não se pode pensar que o encontro da vontade das partes se daria de maneira natural, espontânea e, mais, consentânea, ou seja, no sentido de que as partes chegariam exatamente no mesmo momento, de forma instantânea e em ato único, ao convencimento da necessidade de se extinguir o contrato de forma recíproca. Pelo contrário, conforme destaca Juan Hernández³⁹ *“lo que ocurre es que una de las dos partes propone a la otra la extinción del contrato de trabajo y esta segunda parte lo acepta, tras un período de análisis y reflexión”,* ou seja, sempre haverá um proponente que dará iniciativa para a extinção consensual do contrato de trabalho. Isso, no entanto, não significa dizer que exista alguma distinção em relação aos efeitos do mútuo consentimento se a iniciativa partiu do empregado ou do empregador, pois o que se exige é a confluência da vontade extintiva de ambas as partes, livre de quaisquer vícios.

5. CONCLUSÃO

Ao final do presente artigo, sintetizam-se as seguintes conclusões em prol do instituto do comum acordo para a resilição do contrato de trabalho, na forma prevista no art. 484-A da CLT:

- a) A lei nº 13.467/2017 estabeleceu expressamente no art. 484-A da CLT a possibilidade de as partes optarem pelo encerramento do contrato de trabalho pela via consensual, sendo uma hipótese intermediária/híbrida entre a dispensa sem justa causa e o pedido de demissão pelo trabalhador

³⁸ Álvarez de La Rosa (citado por HERNÁNDEZ, 2014, p.12).

³⁹ HERNÁNDEZ, 2014, p.16.

- b) A hipótese prevista no art. 484-A da CLT contribui para que não ocorra a realização de “acordos” ilegais que, na realidade, se tratavam de verdadeiras fraudes (ato simulado, art. 166, VI do CC), manifestadas na simulação de dispensa sem justa causa;
- c) Por meio da disposição do art. 484-A da CLT são fixadas as repercussões jurídicas para esta nova hipótese de dissolução contratual, tendo o empregado direito ao recebimento de 50% do aviso prévio indenizado e 50% da indenização compensatória sobre o saldo do FGTS. As demais verbas trabalhistas serão devidas na sua integralidade. Além disso, o trabalhador terá direito a movimentar 80% do valor dos depósitos de sua conta vinculada no FGTS. Não há autorização para o ingresso no Programa de Seguro-Desemprego.
- d) O ponto central para garantir a idoneidade e utilização desta nova figura jurídica será analisar a qualidade do consentimento do empregado, mediante sua livre manifestação de vontade. Contudo, garantindo-se a existência de consentimento genuíno pelo trabalhador na adoção do comum acordo;
- e) Entende-se que a assimetria da relação empregatícia não poderia por si só excluir o empregado da categoria de sujeito de consentimento, de forma que não pudessem as partes optar pelo encerramento consensual da relação de emprego.
- f) A assistência sindical no ato da rescisão contratual, que tratava o revogado art. 477, § 1º da CLT, poderia exercer função importante para salvaguardar o consentimento do empregado;
- g) A figura do comum acordo não foi inovação trazida pelo direito do trabalho brasileiro, pois já era expressamente adotada em outros países, como é o caso da

Espanha, conforme previsto no o artigo 49.1 do Estatuto de *Los Trabajadores*, que trata do *mutuo acuerdo*.

Em suma, a partir da inserção da hipótese do comum acordo entre empregado e empregador nas disposições da CLT, art. 484-A, demonstra-se que essa forma de cessação da relação de emprego, sob o viés da cooperação, da boa-fé e da lealdade, pode evitar a fraude e resguardar interesses de ambas as partes. Assegurada a inequívoca manifestação de vontade por parte do trabalhador, apresenta-se este modo de dissolução do contrato de trabalho como uma ferramenta relevante para evitar conflito trabalhista sobre a causa de encerramento contratual.

6. REFERÊNCIAS

ARAÚJO, Francisco Rossal de. **A Boa-fé no Contrato de Emprego**. São Paulo: LTr, 1996.

____. A continuidade na relação de emprego. **Síntese Trabalhista**, São Paulo, n.95, p.25, maio 1997.

AVILES, Antonio Ojeda. “**La renuncia de derechos del trabajador**”. Madrid: Instituto de Estudios Políticos, 1971.

AVILÉS, Miguel A. Ramiro. **A vueltas con el paternalismo jurídico**. Derechos y libertades, n.15, Época II, junio 2006, p.253. Disponível em: <<https://e-archivo.uc3m.es/bitstream/handle/10016/7044/DyL-2006-15-Ramiro.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 08 mar. 2016.

BARACAT, E. M. A **boa-fé no direito individual do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003 citado no acórdão. In: BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. **Recurso de Revista nº 126-92.2012.5.06.0016**.

Desembargador Convocado Relator Cláudio Armando Couce de Menezes. DJ 07.05.2015. Disponível em: <<http://www.tst.jus.br>>. Acesso em: 28 dez. 2015.

BOTÍA, Alberto Câmara. *La extinción del contrato de trabajo por mutuo dissenso del empresario y el trabajador*. In: NAVARRO, Antonio V. Sempere (Dir.); JIMÉNEZ, Rodrigo Martín (Coord.). **El Contrato de Trabajo**. Espanha: Thomson Reuters, 2011, p.45. v.IV.

CAMINO, Carmem. **Direito individual do trabalho**. 4.ed. Porto Alegre: Síntese, 2004.

COUTINHO, Aldacy Rachid. **Poder punitivo trabalhista**. São Paulo: LTr, 1999.

DELGADO, Maurício Godinho. **Curso de direito do trabalho**. 8.ed. São Paulo: LTr, 2009a.

____. Direitos fundamentais na relação de trabalho. **Revista de Direitos e Garantias Fundamentais 2**. (2007). Disponível em: <<http://dx.doi.org/10.18759/rdgf.voi2.40>>. Acesso em: 09 mar. 2016.

DELGADO, Maurício Godinho. O Direito Constitucional e a flexibilização das normas trabalhistas. **Revista do Tribunal Regional do Trabalho da 14ª Região**. R. Trib. Reg. Trab. 14ª Reg., Porto Velho, v.5, n.2, p.15-24, jul./dez. 2009b. Disponível em: <http://legado.trt14.jus.br/Documentos/Revista_TRT14_%202009_2.pdf#page=17>. Acesso em: 28 fev. 2016.

GARCÍA, Manoel Alonso. **Curso de Derecho del Trabajo**. 7.ed. Madrid: Ariel, 1981.

GIL y GIL, José Luis. La protección contra el despido injustificado a la luz del Convenio núm. 158 da la OIT. In: **Reformas laborales frente a la crisis a la luz de los estándares de la OIT**. Un análisis

crítico desde las perspectivas internacional, nacional y comparada. Lisboa: Juruá, 2014, p.182-3.

GOMES, Orlando; GOTTSCHALK, Élson. **Curso de direito do trabalho**. 17.ed. Rio de Janeiro: Forense, 2006.

HAINZENREDER JÚNIOR, Eugênio. **Direito à privacidade e poder diretivo do empregador - o uso do e-mail no trabalho**. São Paulo: Atlas, 2009.

HERNÁNDEZ, Juan Gorelli. “Extinción por mutuo acuerdo”. In: MONERO PÉREZ, J. L. (Dir.); TRIGUERO MARTÍNEZ, L. Á; GONZÁLEZ DE PATTO, R. M.a. (Coord.). **Modalidades de extinción del contrato de trabajo**: análisis de su régimen jurídico. Granada: Comares S.L, 2014, p.10.

LACERDA, Dorval de. **A Renúncia no Direito do Trabalho**. 2. ed. São Paulo: Max Limonad, 1944.

LAMARCA, Antônio. **Contrato Individual de Trabalho**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1969.

MARTINEZ, Luciano. **Curso de Direito do Trabalho**: relações individuais, sindicais e coletivas do Trabalho. 3.ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

OLEA, Manuel Alonso. **Derecho del Trabajo**. Madrid: Artes Gráficas Benzal, 1971.

PEDROSO, Marcelo Bатуíra da C. Losso. **Liberdade e irrenunciabilidade no direito do trabalho**. Do estudo dos princípios à *economic analysis of law* aplicados ao direito do trabalho. Porto Alegre: Sergio Antonio Fabris, 2005.

PESSOA, Valton Dória. **Transação extrajudicial nas relações individuais do trabalho**. São Paulo: LTr, 2003.

RAMON, Sellas I Benvingut. **Las causas objetivas y colectivas y extinción de la relación laboral**. Espanha: Aranzadi, 2000.

REDONDO, Koldo Mikel Santiago. **La extinción consensual de la relación laboral**: un estudio sobre la delimitación de los tipos, su causalidade y calificación. Valladolid: Lex Nova, 2000.

RODRIGUEZ, Américo Plá. **Princípios de Direito do Trabalho**. 3.ed. São Paulo: Atlas, 2002.

ROMITA, Arion Sayão. **A subordinação no contrato de trabalho**. Rio de Janeiro: Forense, 1979.

____. **O princípio da proteção em xeque**. São Paulo: LTr, 2003.

RUBIO, Maria Amparo Garcia. **El recibo de finiquito y sus garantías legales**. Valencia: Tirant lo Blanch, 1995.

SARLET, Ingo Wolfgang. Segunda Parte: o sistema constitucional brasileiro. 2. Teoria Geral dos Direitos Fundamentais. In: ____; MARIONI, Luiz Guilherme; MITIDIERO, Daniel. **Curso de Direito Constitucional**. 2.ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013, p.282.

____. Os direitos dos trabalhadores como direitos fundamentais na Constituição Federal Brasileira de 1988. In: ____; MELLO FILHO, Luiz Philippe Vieira de; FRAZÃO, Ana de Oliveira (Coord.). **Diálogos entre o direito do trabalho e o direito constitucional**: estudos em homenagem a Rosa Maria Weber. São Paulo: Saraiva, 2014, p.21.

SILVA, Homero Batista Mateus da. **Curso de Direito do Trabalho Aplicado**. 3.ed. v. I. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2015.

SUSSEKIND, Arnaldo *et. al.* **Instituições de Direito do Trabalho**. 16.ed. v. I. São Paulo: LTr, 1996.

____. **Curso de Direito do Trabalho**. 2.ed. Rio de Janeiro: Renovar, 2004.

VILHENA, Paulo Emilio Ribeiro de. **Direito do Trabalho & Fundo de Garantia**. Temas atuais de direito material, de direito processual e direito coletivo do trabalho. São Paulo: LTr, 1978.

VILHENA, Paulo Emílio Ribeiro de. **Relação de emprego estrutura legal e supostos**. São Paulo: LTr, 1999,

VILLALÓN, Jesús Cruz. **Estatuto de los Trabajadores**. Vigésima Edición. Actual. 1º de ago. 2014. Disponível em: <http://www.empleo.gob.es/es/sec_leyes/trabajo/estatutoO6/>. Acesso em: 30 out. 2015.

DERECHO ADMINISTRATIVO. VISIÓN EN ÉPOCAS DE EMERGENCIA. REFERENCIA AL RÉGIMEN URUGUAYO

Felipe Rotondo¹

1. ADMINISTRACIÓN Y DERECHO ADMINISTRATIVO

1.1. UBICACIÓN EN EL ESTADO DE DERECHO

Este es un presupuesto para la aparición de las normas del Derecho Administrativo ya que el núcleo de este radica en las reglas que rigen la relación administración/administrado, las que adquieren carácter jurídico en un Estado que reconoce derechos subjetivos frente o con respecto a él.

De ese modo trata de conciliar estos derechos con el poder público, el cual es necesario para la colectividad y permite que el Estado (y su Administración) cumpla los cometidos que el ordenamiento jurídico le fija. Ellos son, en esencia, deberes dirigidos hacia el interés público; resultan básicos el cometido de orden, a través del Derecho, y el de bienestar, de modo de crear las bases para el logro responsable de los fines vitales por parte de cada persona y sus diversas formas asociativas, familia, sociedades culturales, económicas, sindicatos, partidos políticos, etc.

¹Doctor y ex Catedrático de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho. Universidad de la República Oriental del Uruguay. Profesor en Cursos de Posgrado en esa Facultad y en la de la Universidad de Montevideo. Integrante de la Unidad Reguladora y de Protección de Datos Personales y de la Comisión Nacional del Servicio Civil, Uruguay. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.

I.2. RELEVANCIA DE LOS PRINCIPIOS

Ante una Administración que interviene en variados ámbitos, con una expansión burocrática y dominio de especialistas en diversas áreas, solo la vinculación a principios jurídicos materiales puede asegurar la libertad individual y la justicia social, con destaque del control jurisdiccional.

Entre otros, le rigen los principios de especialidad (no el de libertad) ya que los entes públicos solo pueden actuar válidamente en las materias que prevé su normativa y hacerlo con una buena administración; la reserva de la ley formal para limitar derechos fundamentales; la autoridad material de la cosa juzgada; los principios de responsabilidad; transparencia subsidiariedad y solidaridad.

El de subsidiariedad no significa que el Estado no intervenga o que lo haga poco, sino que cumpla los cometidos que le son inherentes e intervenga para impedir la actividad privada que daña el bien común, fomente la que a este contribuye y la supla si es preciso; el solidaridad según el cual al propio Estado le corresponde abrirse a la sociedad, con una actuación concertada que gana más fácilmente la colaboración activa de las personas².

Los principios impregnan la juridicidad del sistema democrático y, por otra parte, condicen con la normativa internacional de los Derechos Humanos.

² *“El principio de subsidiariedad debe mantenerse íntimamente unido al principio de la solidaridad y viceversa, porque así como la subsidiariedad sin la solidaridad desemboca en el particularismo social, también es cierto que la solidaridad sin la subsidiariedad acabaría en el asistencialismo que humilla al necesitado”, S.S. Benedicto XVI. Carta Encíclica Caritas in Veritate. Paulinas. Bs. As. 2009, párrafo 58.*

2. ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN

2.1. Heterogeneidad

Esta característica hace que la función administrativa se profile de muy diversas maneras, que se señala, por ejemplo, que es acción y ejecución de reglas de derecho y decisiones jurisdiccionales o, como es usual en Uruguay, se la considera como la actividad que no es la legislativa ni jurisdiccional ni, por cierto, la que origina actos constitucionales, criterio residual al que se añade una perspectiva material en cuanto lleva a un hacer efectivo, concreto e ininterrumpido de los cometidos estatales mediante actos jurídicos y operaciones materiales.

Los actos de la Administración son también de diverso contenido, en general imperativo pero a veces tienden a orientar o fomentar la actividad privada.

2.2. Cometidos. Criterio tradicional en el Uruguay

El criterio planteado por el Maestro Sayagués Laso³, atiende varios aspectos: el fin perseguido (conservación o bienestar social); la forma de actuación (policía; servicios públicos; actividad prestacional y la de fomento) y en especial, el régimen jurídico aplicable. Con esa base los clasifica en:

A. *Servicios esenciales*, inherentes al Estado, que se realizan en principio por la administración centralizada, con fuertes poderes jurídicos y que se dirigen a la comunidad toda (“*uti universi*”). Así la higiene pública configura una policía administrativa que abarca prevención y, en su caso, coacción para mantener la salud pública, la que cobra trascendencia en situaciones de emergencia sanitaria.

3 Enrique Sayagués Laso. Tratado de Derecho Administrativo. T. I, 9ª ed. puesta al día por Daniel Hugo Martins. FCU Mdeo. 2010, pp. 71 y ss.

B. Servicios *públicos* en sentido estricto, a cargo del Estado para satisfacer necesidades colectivas imposterables, mediante prestaciones suministradas regular y directamente a los usuarios, de modo individualizado a los usuarios (*"uti singuli"*)⁴.

C. Servicios *sociales* que se cumplen para obtener el mejoramiento en el nivel de vida de las personas, especialmente de quienes están en condiciones menos favorables, por lo cual también son relevantes en épocas de emergencia.

Están a cargo del Estado si la normativa lo prevé pero los particulares tienen derecho propio para cumplirlos, sin necesidad de concesión, aunque pueda exigírseles una autorización para constatare si cumplen las condiciones correspondientes. Es el caso de los servicios de asistencia a la salud humana, la que se cumple por el Estado y también por el sector privado a través de asociaciones asistenciales, cooperativas de profesionales, etc. En el Uruguay, todos forman parte del Sistema Nacional Integrado de Salud, basado en la *"estrategia global de la atención primaria en salud, privilegiando el primer nivel de atención, las acciones de promoción, prevención y rehabilitación"*^{5/6}

4 La titularidad de estos servicios radica en el Estado (*publicatio*) si bien pueden gestionarse por particulares concesionarios u otros procedimientos que la legislación admita. La Constitución uruguaya, art. 47, desde la *"reforma del agua"* plebiscitada en 2004, prevé que el saneamiento y el servicio público de abastecimiento de agua potable para el consumo humano se prestan *"exclusiva y directamente por personas jurídicas estatales"*. También que el acceso al agua potable y al saneamiento *"constituyen derechos humanos fundamentales"* y que su servicio debe *"hacerse anteponiendo las razones de orden social a las de orden económico"*.

5 Ley Nº 17.930 de 19-XII-2005, art. 264. El Sistema se financia por el Seguro Nacional de Salud con aportes del Estado, empresas públicas y privadas y hogares beneficiarios; su implementación compete al Ministerio de Salud Pública, siendo reglas la cobertura universal, accesibilidad y sustentabilidad de servicios; su calidad integral; la solidaridad en el financiamiento; el derecho de los usuarios a la información sobre su situación de salud y a la elección del prestador, etc., ley N.º 18.211 de 5-XII-2007.

6 Sayagués añade otros dos cometidos: la *"actuación estatal en el campo de la actividad individual"* (básicamente comercial o industrial) y la *"intervención administrativa atinente a la regulación de la actividad privada"*, la cual asume formas y tiene fines diversos como

3. PERSPECTIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN

3.1. VISIÓN ORGÁNICA. EL PODER EJECUTIVO

La Administración es “*el conjunto de órganos estatales actuando en función administrativa*”⁷. En ese conjunto destaca el Poder Ejecutivo como administrador por excelencia, el cual participa o, co-participa con el Legislativo en la determinación de políticas públicas⁸.

Le compete ejecutar las leyes, hacerlas ejecutar, expidiendo los reglamentos especiales necesarios para su ejecución (Constitución uruguaya, art. 168 ordinal. 4º).

La ley muchas veces solo establece el núcleo de la regulación, por lo cual el reglamento lo complementa en grado importante, si bien en el sistema uruguayo ello no debe implicar delegación. El Ejecutivo dicta, además reglamentos *autónomos*; por ejemplo, en su calidad de responsable de la conservación del orden y la tranquilidad en lo interior y la seguridad en lo exterior, dicta reglamentos de policía que no tienen motivo en una ley pero si esta se dicta, constituirá un límite al poder reglamentario.

Ese Poder de Gobierno efectúa la ejecución de la ley, también, mediante actos concretos (resoluciones) y operaciones materiales, a

registro, constatación, estímulo, etc. La regulación en sí, en caso de incidir en los derechos de las personas, requiere ley y, en rigor, es un cometido esencial del Estado relativo al orden socio-jurídico que se cumple esencialmente mediante la función legislativa, con la actuación complementaria de la Administración.

7 Sayagués Laso, E. Tratado cit. T.I, p. 171.

8 Procede tener en cuenta la existencia de entidades descentralizadas, en especial en el ámbito territorial. En el Uruguay, Estado unitario, es el caso de los Gobiernos Departamentales, con marcada autonomía y competencia en asuntos locales; tienen también competencia compartida con las autoridades nacionales en materias, como, por ejemplo, la policía higiénica y sanitaria.

través de sus múltiples estructuras dependientes. En circunstancias críticas suele disponer del ejercicio de los “*poderes de emergencia*”. III.2 Visión funcional. La discrecionalidad

La Administración debe sujetarse a las reglas de Derecho pero estas no siempre encauzan su actuación con precisión y le permiten apreciar la oportunidad y conveniencia del actuar en vistas del interés público. Ello configura la discrecionalidad, con la cual el hacer (o no) es *libre* pero debe dirigirse a ese interés con medidas razonables, idóneas y adecuadas al motivo de la actuación, lo cual es controlable en sede jurisdiccional.

“La discrecionalidad es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos (...)”. Se distingue de los llamados conceptos jurídicos indeterminados porque estos son “*un caso de aplicación de la ley*”, “*se trata de subsumir en una categoría legal (configurada, no obstante, su imprecisión de límites, con la intención de acotar un supuesto concreto) unas circunstancias reales determinadas*” por la cual se trata de “*delimitar una única solución justa*”, cuya búsqueda reglada hace la administración, controlada jurisdiccionalmente⁹. La distinción de tales conceptos y la discrecionalidad coadyuva a una adecuada aplicación del principio de juridicidad pero el tema no es fácil porque las categorías no siempre se presentan con nitidez. Así los “*conceptos jurídicos indeterminados pueden relacionarse con el desarrollo de una actividad vinculada (reglas técnicas ciertas, estándares objetivos, etc.) o bien discrecional según el caso concreto a resolver. Es decir que pueden ser determinables por un proceso*

⁹ Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández. Curso de Derecho Administrativo, Civitas, Madrid 1981, pp. 381 y ss.

*intelectivo puro, o mediante la utilización de una modalidad discrecional, aunque su incidencia sea mínima*¹⁰. Lo dicho se verifica notoriamente en las situaciones de la emergencia en relación a las nociones de urgencia y del propio orden público.

4. EMERGENCIA. SITUACIONES Y PODERES

4.1. REFERENCIA GENERAL

La emergencia es una situación grave e imprevista, con riesgos de diverso tipo que pueden incidir en las personas en general, en sectores de la sociedad y también, en el propio Estado como organización jurídico-política de esa sociedad.

Determina que este, como gerente del interés general, asuma medidas urgentes para preservar los bienes jurídicos amenazados sin enervarse lo dicho en cuanto a que ellas sean razonables, justificadas e idóneas, adecuadas por cierto al marco jurídico; en este sentido el principio es el de la restricción a los derechos en el menor grado posible, sin afectarse libertades en lo que no sea estrictamente necesario para la situación de emergencia.

Rigen plenamente, por otra parte, los principios ya señalados; más aún al tratarse de medidas de excepción requieren adecuada explicación, por lo cual importa la transparencia y, la participación, con la cooperación de personas y diversos grupos sociales e, incluso, más allá de fronteras nacionales, ingresando en el llamado Derecho Administrativo Global.

¹⁰ Domingo J. Sesín. Discrecionalidad administrativa y conceptos jurídicos indeterminados, en El Derecho Administrativo argentino hoy. Bs.As.1996, pp. 294 y ss.

4.2. ÍNDOLE JURÍDICA DE LAS MEDIDAS

Ante una específica situación procede apreciar con la urgencia debida si puede atenderse y superarse con la aplicación de las previsiones normativas para la “normalidad”. Si así no fuera existen los “poderes de emergencia”, que se desarrollan en especial a través de la actuación del Poder Ejecutivo.

Ellos se legitiman en casos de anormalidad (guerra, insurrección, inundaciones, problemas sanitarios de entidad, etc.) y determinan una ampliación de las atribuciones estatales y la suspensión o disminución de garantías de los derechos fundamentales¹¹.

Tienen nombres y regímenes diversos sobre su alcance y procedimiento; sobre este, por ejemplo, si los adopta el Ejecutivo, con autorización (previa) o aprobación (posterior) del Legislativo.

Importa el común denominador en cuanto a que no configuran derogación de la Constitución ni crean un nuevo orden jurídico en tanto “*la Constitución es ley para los gobernantes y para los gobernados, tanto en tiempo de guerra como en época de paz, y cubre con el escudo de su protección a toda clase de hombres, en todos los tiempos y en cualquier circunstancia*”¹².

Por todo ello, a su respecto no cabe una interpretación extensiva.

4.3. EJEMPLOS DE PODERES DE EMERGENCIA *BRASIL, CONSTITUCIÓN DE 1988, ARTS. 136 A 139.

Prevé el “estado de defensa” que se dirige a “*preservar o restablecer en breve tiempo, en lugares concretos y determinados, el orden público o la paz social amenazadas por una grave y eminente*

11 Tienen antecedente en la dictadura del Derecho Romano según el cual el Senado confería todos los poderes a un ciudadano ante circunstancias extraordinarias y por un plazo breve, a fin de conservar o restaurar el orden de la República.

12 Sentencia de la Corte Suprema de Estados Unidos de América, caso Milligan, 1866.

inestabilidad institucional o afectadas por calamidades naturales de grandes proporciones". El decreto que lo declara fija el tiempo de su duración, las áreas que abarca, "las medidas coercitivas a verificar, entre las siguientes: I) restricciones a los derechos de reunión, incluso la ejercida en el seno de las asociaciones; secreto de correspondencia; secreto de comunicación telegráfica y telefónica; II) ocupación y uso temporal de bienes y servicios públicos, en el supuesto de calamidad pública, respondiendo la Unión por los daños y perjuicios que se ocasionen. (...)".

El "estado de sitio", por su parte, procede en caso de "I) Conmoción grave de repercusión nacional o sucesión de hechos que demuestren la ineficacia de la medida tomada durante el estado de defensa; II) Declaración de estado de guerra o respuesta a una agresión armada extranjera". Su decreto indicará duración, en algunos casos con cierto límite, normas necesarias para su ejecución, garantías constitucionales que se suspenden, etc.

Durante la vigencia del estado de sitio y respecto de las personas, caben "solo" las medidas de: I) Obligación de permanencia en cierta localidad; II) Detención en edificio no destinado a acusados o condenados por delitos comunes; III) Restricción a la inviolabilidad de la correspondencia, secreto de las comunicaciones, a la prestación de informaciones y a libertad de prensa, radiodifusión y televisión, en la forma de la ley; IV) Suspensión de la libertad de reunión; V) Búsqueda y detención en domicilio; VI) Intervención de las empresas de servicios públicos; VII) Requisa de bienes.

*Argentina, Constitución de 1994, art. 23. "En caso de conmoción interior o de ataque exterior que pongan en peligro el ejercicio de esta Constitución y de las autoridades creadas por ella, se declarará en estado de sitio la provincia o territorio en donde exista la perturbación del orden, quedando suspendas allí las garantías constitucionales. Pero durante esta suspensión no podrá el Presidente de la República condenar por sí ni aplicar penas. Su poder se limitará en tal caso respecto de las personas, a arrestarlas o

trasladarlas de un punto a otro de la Nación, si ellas no prefiriesen salir fuera del territorio argentino". El estado de sitio lo declara el Presidente de la Nación en caso de ataque exterior y por un término limitado, con acuerdo del Senado; si es por conmoción interior, aquél tiene esa facultad si el Congreso está en receso, art. 99 ord.16.

El art. 76 *"prohíbe la delegación legislativa en el Poder Ejecutivo" "salvo en materias determinadas de administración o de emergencia pública, con plazo fijado para su ejercicio y dentro de las bases de la delegación que el Congreso establezca. (...)".* Y el art. 99 ord. 3º, dispone que *"El Poder Ejecutivo no podrá en ningún caso bajo pena de nulidad absoluta e insanable, emitir disposiciones de carácter legislativo. Solamente cuando circunstancias excepcionales hicieran imposible seguir los trámites ordinarios previstos por esta Constitución para la sanción de las leyes, y no se trate de normas que regulen materia penal, tributaria, electoral o el régimen de los partidos políticos, podrá dictar decretos por razones de necesidad y urgencia, los que serán decididos en acuerdo general de ministros que deberán refrendarlos, conjuntamente con el jefe de gabinete de ministros (...)".*

*Uruguay, Constitución de 1967.

El Poder Ejecutivo puede adoptar medidas para atender situaciones de emergencia en las que están en alto riesgo valores de orden y seguridad públicos y, con ello -incluso- la supervivencia del orden constitucional. Los instrumentos son las *"medidas prontas de seguridad"* y del estado de *"suspensión de la seguridad individual"*.

Las primeras proceden *"en los casos graves e imprevistos de ataque exterior o conmoción interior, dando cuenta, dentro de las 24 horas a la Asamblea General (Legislativa), en reunión de ambas Cámaras o, en su caso, a la Comisión Permanente de lo ejecutado"*

y sus motivos, estándose a lo que éstas últimas resuelvan”, art. 168 ord.17¹³.

Son medidas excepcionales, cautelares, que al ser “prontas” no innovan el ordenamiento jurídico; “no tienen vocación de perennidad, de permanencia indefinida. Su duración y trascendencia no puede exceder de la desaparición de las circunstancias de hecho que motivaron su adopción. Son urgentes y provisionales” y siendo su teleología la seguridad, “no pueden ser punitivas, no pueden consistir en decisiones irrevocables, no pueden causar perjuicios irreparables”¹⁴.

De modo que “son excepcionales, no abrogantes, ni exceptuantes”¹⁵; no derogan las reglas respecto de las cuales funcionan como excepción ni exceptúan de tales reglas si ello no deriva de estas mismas, sino que habilitan una forma excepcional de actuación de la Administración. Los actos jurídicos expedidos, aunque sean genéricos, no adquieren valor de ley y, como ya se dijo, no constituyen normas que pasen a integrar el orden jurídico; el Legislativo debe estar informado de cada medida y sus razones y decidir su mantenimiento o no. Otro instituto es “la suspensión de la seguridad individual”, que se adopta con “anuencia” de la Asamblea General Legislativa o de su Comisión Permanente, “en el caso extraordinario de traición o conspiración contra la patria; y entonces sólo para la aprehensión de los delincuentes (...)”, art. 31. La norma marca el carácter extraordinario en relación a conductas que ponen en riesgo al país, su independencia o integridad y determinan un “estado” de suspensión de garantías de los derechos de las

13 La norma añade que “En cuanto a las personas, las medidas prontas de seguridad sólo autorizan a arrestarlas o trasladarlas de un punto a otro del territorio, siempre que no optasen por salir de él. También esta medida, como las otras, deberá someterse, dentro de las veinticuatro horas de adoptada, a la Asamblea General en reunión de ambas Cámaras o, en su caso, a la Comisión Permanente, estándose a su resolución. El arresto no podrá efectuarse en locales destinados a la reclusión de delincuentes”.

14 Miguel Ángel Semino. *Medidas prontas de seguridad*. FCU, Mdeo.1996, pp.50-51.

15 Horacio Cassinelli Muñoz. *Derecho Público*. FCU. Mdeo.2009, pp.499-516.

personas, en especial la libertad física, la intimidad, la inviolabilidad del hogar, a efectos de la aprehensión de los delincuentes¹⁶.

En la historia uruguaya el instituto de las medidas prontas de seguridad se utilizó en varias ocasiones, no en cambio el de la suspensión de la seguridad individual. La adopción de aquellas fue por razones de “*conmoción interna*” con diversos caracteres: cuestiones económicas derivadas de las grandes guerras mundiales; huelga extensa en el tiempo y los servicios comprendidos que causó grave “*desorden público*”; grandes inundaciones en 1959 y actividades de la guerrilla a fines de los 60’ del siglo XX.

En relación a la actual situación sanitaria, derivada de la epidemia del COVID 19 no se utilizó, en cambio, la vía de las “*medidas prontas de seguridad*” y claramente no se configuró la situación que habilita el instituto del art. 31 de la Constitución.

4.4. BASE FUNDAMENTAL

En todo caso procede aplicar en el continente americano la Convención Americana sobre Derechos humanos (Pacto de San José de Costa Rica), cuyo art. 27 establece: “*1. En caso de guerra, peligro público o de otra emergencia que amenace la independencia o seguridad del Estado Parte, éste podrá adoptar disposiciones que, en la medida y por el tiempo estrictamente limitados a las exigencias de la situación, suspendan las obligaciones contraídas en virtud esta Convención, siempre que tales disposiciones no sean incompatibles con las demás obligaciones que impone el derecho*

16 Para ambos instrumentos surge explícito el control parlamentario. También procede el jurisdiccional; así el recurso de hábeas corpus es aplicable como garantía si, por ejemplo, la suspensión del art. 31 se toma respecto a quien claramente no es delincuente y en cuanto a las medidas prontas de seguridad, si no se cumple lo previsto respecto a las personas, por ejemplo, si no se les permite salir del país o arresta en locales destinados a reclusión de delincuentes. H. Cassinelli Muñoz, cit., anota que la suspensión de la seguridad individual, como el estado de sitio de otros regímenes, implican un acto jurídico general y abstracto, que permite al Poder Ejecutivo tomar medidas extraordinarias que sustituyen el orden normal, lo que no es el caso de las medidas prontas de seguridad.

internacional y no entrañen discriminación (...). 2. La disposición precedente no autoriza la suspensión de los derechos determinados en los siguientes artículos: 3(Derecho al Reconocimiento de la Personalidad Jurídica); 4 (Derecho a la Vida); 5 (Derecho a la Integridad Personal); 6 (Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre); 9 (Principio de Legalidad y de Retroactividad); 12 (Libertad de Conciencia y de Religión); 17 (Protección a la Familia); 18 (Derecho al Nombre); 19 (Derechos del Niño); 20 (Derecho a la Nacionalidad); y 23 (Derechos Políticos), ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos”. Es que los poderes de emergencia, fundados y razonablemente ejercidos no pueden implicar riesgos para los valores del Estado de Derecho y su sistema democrático.

La Administración ejercerá los poderes que el ordenamiento le confiere para cumplir su rol ante las circunstancias extraordinarias, pero estas no legitiman arbitrariedad, abuso, exceso o desviación de poder ni ningún tipo de antijuridicidad, y siempre será posible hacer efectivo el principio de responsabilidad, de otro modo el sistema antes señalado sería una falacia. La situación de crisis no legitima un declinar del Derecho y una decadencia de la libertad, una crisis de las esencias jurídicas. No se está ante un “*derecho de excepción*” en la concepción de Carl Schmitt, en el cual el orden jurídico desaparece aunque se tenga en perspectiva resguardar su vigencia; por cierto aún se está más lejos de un estado de excepción permanente en que esa perspectiva siquiera se vislumbra.

De manera que la situación de *emergencia* que se enfrenta, en principio, con el ordenamiento de “*normalidad*” y, si fuere menester con los poderes de emergencia¹⁷.

17 Julio R. Comadira. Derecho Administrativo. Abeledo Perrot. Bs.As.,1996, pp.261-263 expone que “*la previsión de situaciones de grave riesgo social, que requieran de respuestas urgentes no susceptibles de generarse por el órgano constitucional al que compete el ejercicio normal de la función legislativa, es una cuestión que integra la propia dialéctica del Estado de Derecho*”; la emergencia no implica “*la génesis de un nuevo poder estatal, sino la*

5. EMERGENCIA SANITARIA DERIVADA DEL COVID 19

5.1. EXCEPCIONALIDAD

Dicha situación ha sido, por cierto, excepcional e imprevista, con riesgo serio y grave en la salud y la vida del colectivo, por lo cual exigió y exige medidas para preservarlas, acordes a una realidad que es cambiante y requiere medidas urgentes e idóneas.

La vida es un bien básico sin el cual no hay libertades, derechos ni bienestar individual y colectivo y ella, obviamente depende de la salud.

Es así que la Constitución uruguaya prevé que *“todos los habitantes tienen el deber de cuidar su salud, así como el de asistirse en caso de enfermedad”* (art. 44 inciso. 2º), deberes de medio que se dirigen específicamente a que no se afecte a terceros ni al colectivo social. Condice con la Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 29.1 que establece que *“Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad”*¹⁸.

Se inscribe, pues, en la solidaridad derivada de la responsabilidad; todos y cada uno somos parte de la salud colectiva y esta una cuestión de interés global con destaque respecto a personas en situación de vulnerabilidad.

intensificación de una prerrogativa preexistente que, ante un hecho extraordinario, encuentra ocasión para ejercerse a través de técnicas o medios extraordinarios y, por ende, inadmisibles en circunstancias normales” Recuerda las palabras de Donoso Cortés: *(...) el legislador que en tiempos de disturbios y trastornos aspira a gobernar con las leyes comunes es imbécil, el que aun en tiempos de disturbios y trastornos aspire a gobernar sin ley es un temerario”*.
18 El apartado 2 expresa: *“En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática”*.

5.2. DERECHO A LA SALUD

Este como bien social da lugar a “balizamientos” en el ejercicio de los derechos¹⁹ provenientes del Estado y que inciden en la libertad, claramente las de movimiento, reunión (física), enseñanza, etc.

Pero la potestad limitadora del Estado tiene a su vez límites que en relación a la Administración ya fueron básicamente indicados, destacándose la base legal de la actuación o el ejercicio de poderes de emergencia y la razonabilidad y motivación de las medidas.

Así la Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), art. 30 refiere a que “*las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas*”. Y el el Protocolo Adicional en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, San Salvador -1988, art. 10, trata específicamente del derecho a la salud, “*entendido como el disfrute del más alto nivel de bienestar físico, mental y social*” al que califica como “*bien público*” y dispone que los Estados adoptarán medidas para garantizarlo. En ese entorno es revelador el título del documento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 9-IV-2020: “*COVID 19 y Derechos Humanos: los problemas y desafíos deben ser*

19 “*La realización personal en seguridad y libertad, en síntesis, el desarrollo en dignidad reclama la limitación que antes que restricción o constreñimiento es dibujo, balizamiento o diseño de su campo propio para hacer posible, en convivencia, el bienestar de todos y cada uno*”, Mariano R. Brito. Principio de legalidad e interés público en el derecho positivo uruguayo, en Derecho Administrativo. Su permanencia. Contemporaneidad. Prospectiva. Universidad de Montevideo, 2004, p.269.

abordados con perspectiva de Derechos Humanos y respetando las obligaciones internacionales”.

Parte de la base de que se trata de garantizar la vida y salud respetando la dignidad humana: por tanto expresa que *“Todas aquellas medidas que los Estados adopten para hacer frente a esta pandemia y puedan afectar o restringir el goce y ejercicio de derechos humanos deben ser limitadas temporalmente, legales, ajustadas a los objetivos definidos conforme a criterios científicos, razonables, estrictamente necesarios y proporcionales, y acordes con los demás requisitos desarrollados en el derecho interamericano de los derechos humanos”.* También que *“Debe cuidarse que el uso de la fuerza para implementar las medidas de contención por parte de los funcionarios encargados del cumplimiento de la ley se ajuste a los principios de absoluta necesidad, proporcionalidad y precaución de acuerdo a la jurisprudencia de la Corte Interamericana”.*

De igual modo, la Resolución N° 1 de 10-IV-2020 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, señaló que en el contexto de la pandemia existe una obligación reforzada de los Estados de respetar los derechos, particularmente los económicos, sociales, culturales y ambientales, como condición para la democracia²⁰.

20El ap. 3 literal “f” expresa: *“Las medidas que los Estados adopten, en particular aquellas que resulten en restricciones de derechos o garantías, deben ajustarse a los principios ‘pro persona’, de proporcionalidad, temporalidad, y deben tener como finalidad legítima el estricto cumplimiento de objetivos de salud pública y protección integral, como el debido y oportuno cuidado a la población, por sobre cualquier otra consideración o interés de naturaleza pública o privada”.* El literal “g” que *“Aún en los casos más extremos y excepcionales donde pueda ser necesaria la suspensión de determinados derechos, el derecho internacional impone una serie de requisitos, tales como el de legalidad, necesidad, proporcionalidad y temporalidad, dirigidos a evitar que medidas como el estado de excepción o emergencia sean utilizadas de manera ilegal, abusiva y desproporcionada, ocasionando violaciones a derechos humanos o afectaciones del sistema democrático de gobierno”.*

6. NORMATIVA Y OTROS ACTOS JURÍDICOS EN EL URUGUAY

6.1. NORMATIVA PERMANENTE Y PREEXISTENTE A LA PANDEMIA DEL COVID 19

La Constitución, art. 44 inciso 1º, dispone que *“El Estado legislará en toda las cuestiones relacionadas con la salud e higiene públicas, procurando el perfeccionamiento físico, moral y social de todos los habitantes del país”*.

Por su parte, la Ley Orgánica de Salud Pública N° 9.202 de 12-I-1934 prevé la adopción de medidas *“para mantener la salud colectiva”* por parte del Ministerio de Salud Pública, *“dictando todos los reglamentos y disposiciones necesarios para ese fin primordial”* y que en *“En caso de epidemia o de serias amenazas de invasión de enfermedades infecto-contagiosas, el Ministerio adoptará de inmediato las medidas conducentes a mantener indemne el país o disminuir los estragos de la infección (...)”* y determinará *“cuando fuere necesario, por intermedio de sus oficinas técnicas, el aislamiento y detención de las personas que por sus condiciones de salud pudieran constituir un peligro colectivo”*. Agrega que *“Todo habitante tiene la obligación de someterse a las medidas profilácticas o de asistencia que se le impongan cuando su estado de salud pueda constituir un peligro colectivo”*.

Si esos poderes no fueran suficientes y sin perjuicio de leyes reguladoras en temas que incidan en derechos de las personas, son viables por razones fundadas, las medidas prontas de seguridad ya mencionadas, las que en el lapso 2020-2021. -se reitera - no fueron adoptadas.

Por otra parte la adopción de las medidas que la normativa permanente asigna a la Administración se hizo con sentido de transitoriedad, amplia información social y fundamentación técnica²¹.

En la situación de emergencia están en juego varios cometidos de la Administración, entre ellos el de policía que implica básicamente prevención, disuasión y la coerción/coacción como puede apreciarse en la disposición legal recién citada^{22/23}.

La Administración cumple, además, el cometido social de asistencia pública, con la base constitucional de que “*el Estado proporcionará gratuitamente los medios de prevención y de asistencia tan solo a los indigentes o carentes de recursos suficientes*”, Constitución, art. 44 inciso 2º.

También una actividad de fomento en diversas modalidades, incluso para que las personas adoptemos conductas adecuadas basadas en la libertad responsable y solidaria, teniendo presente, además, el deber de garantizar el *derecho a un mínimo vital digno*.

21 Desde abril 2020 y hasta mediados del 2021, además de la actuación del Ministerio de Salud Pública, del Instituto de Investigaciones Biológicas Clemente Estable, de especialistas de la Universidad de la República, el Poder Ejecutivo contó con un Grupo Asesor Científico Honorario (GACH) que incluyó un Área de Planificación Salud, Asistencia y Prevención y otra de Modelos y Ciencia de Datos. El Grupo colaboró al máximo nivel de gobierno en la toma de decisiones estratégicas que a este corresponden y sus dictámenes se publicaron en la pág. web de la Presidencia de la República. Fue una modalidad de participación ciudadana especializada, abiertamente reconocida por la sociedad uruguaya.

22 La ley Nº 9.202 cit. faculta “*al Poder Ejecutivo para establecer en sus reglamentos administrativos sobre salud pública, penas*” de multa “*para el caso de omisión o incumplimiento de las disposiciones que tome en materia de salubridad y asistencia pública*”; el Ministerio de Salud Pública puede “*disponer la clausura de cualquier establecimiento, en caso de infracción grave de las normas vigentes en materia de salud o que por sus condiciones de insalubridad pueda constituir un riesgo para la comunidad*”..

23 Debe tenerse presente que el cada órgano ejecutivo y administrativo de cada Gobierno Departamental compete “*ejercer la policía higiénica y sanitaria de las poblaciones, sin perjuicio de la competencia que corresponda a las autoridades nacionales y de acuerdo con las leyes que rigen en la materia (...)*”, ley Nº 9.515 de 28-X-1935, art. 35 ordinal 24.

Por lo mismo la Administración tiene a su cargo múltiples actuaciones de apoyo como cometido social en especial a quienes lo necesitan por su situación socio-económica.

6.2. EJEMPLOS DE LEYES Y DECRETOS ADOPTADOS ANTE LA EMERGENCIA

A. Por Decreto 93/020 de 13-III-2020, el Poder Ejecutivo: declaró *“el estado de emergencia nacional sanitaria como consecuencia de la pandemia originada por el virus COVID-19”*. En base a normativa ya citada y con el criterio de que *“se debe actuar en forma consensuada, transparente y responsable para evitar el aumento del contagio, buscando un equilibrio entre la protección de la salud humana, la minimización de los trastornos sociales y económicos y el respeto de los derechos humanos”*, adoptó medidas dispositivas y otras de directiva a través de exhortaciones.

Suspendió todos los espectáculos públicos hasta que el Poder Ejecutivo lo determinara; dispuso el cierre preventivo y provisorio de centros turísticos termales públicos y privados y declaró que *“en el ejercicio de sus potestades constitucionales, legales y reglamentarias podrá disponer el cierre de todos los lugares de acceso público que se determinen, así como imponer todo otro tipo de medidas necesarias en materia de higiene sanitaria para evitar aglomeraciones en dichos espacios”*.

Asimismo que debían *“permanecer aislados, por lo menos durante catorce días, bajo contralor y siguiendo las indicaciones del médico tratante o de la autoridad sanitaria, aquellas personas que: a) hayan contraído COVID-19; b) presenten fiebre, y uno o más síntomas respiratorios (tos, dolor de garganta o dificultad respiratoria) y además, en los últimos 15 días, hayan permanecido de forma temporal o permanente en ‘zonas de alto riesgo’; c) quienes hayan estado en contacto directo con casos confirmados de COVID-19; d)*

las personas que ingresen” al país “luego de haber transitado o permanecido en zonas de alto riesgo”. Y que “Las personas que presenten síntomas compatibles con COVID-19 deberán reportarlo de inmediato desde su domicilio a su prestador de salud, y de no poseerlo, a la Administración de los Servicios de Salud del Estado”.

Por otro lado, *exhortó* a toda la población, bajo su responsabilidad personal y solidaria, a suspender aquellos eventos de similares características y realizar un *“distanciamiento físico sostenido”*.

B. El decreto N° 101/020 de 16-III-2020 dispuso la suspensión de las clases y el cierre de los centros educativos privados, en todos los niveles de enseñanza, y exhortó a los Entes de Enseñanza Pública, dada su autonomía, que así lo decidieran en forma preventiva y provisoria. De acuerdo con la evolución de las circunstancias, la medida fue ya hoy prácticamente superada, si bien a nivel universitario, se han extendido las clases virtuales.

C. Por decreto N° 104 de 24-III-2020, autorizó el ingreso al país solo a ciudadanos uruguayos y extranjeros residentes, los que debían ajustarse a las medidas sanitarias del decreto N° 93/020; además estipuló una autorización de excepción para extranjeros, por situaciones específicas. El 26-VIII-2021, por decreto N° 279/021 y ante la baja significativa de contagios y personas internadas, ha permitido otros ingresos, por ejemplo, para propietarios y titulares de acciones de personas jurídicas y beneficiarios finales de inmuebles sitios en el país, lo cual deberá acreditarse y también el haber recibido la vacunación correspondiente y seguirse *“las medidas sanitarias especiales que la autoridad sanitaria determine para el caso concreto”*..

E. La ley N° 19.874 de 8-IV-2020 creó el *“Fondo Solidario COVID-19”* para atender en forma exclusiva las erogaciones provenientes de: a) Toda actividad estatal destinada a la protección de la

población frente a la emergencia; b) Las ayudas y transferencias del Ministerio de Salud Pública y demás prestadores públicos de la salud a prestadores privados; c) Las actividades de prevención, mitigación, atención y rehabilitación a cargo del Sistema Nacional de Emergencias²⁴; d) El pago de las prestaciones sociales brindadas a causa de la emergencia sanitaria; e) La caída en la recaudación (...) por la reducción de la actividad económica.

La titularidad y administración del Fondo se encomendó al Poder Ejecutivo (Ministerio de Economía y Finanzas) y se integra con varios rubros, entre ellos, por cierto lapso, el “*Impuesto Emergencia Sanitaria COVID-19*” mensual, que creó y gravó las remuneraciones por servicios personales prestados a las entidades estatales, públicas no estatales y de propiedad estatal en las que el Estado o cualquier entidad pública posea participación mayoritaria, en cualquiera relación de dependencia²⁵. También por un adicional al Impuesto a la Asistencia a la Seguridad Social.

F. La ley N° 19.879 de 30-IV-2020 declaró una Feria Jurisdiccional Extraordinaria, con suspensión de plazos procesales y de prescripción extintiva y caducidad y habilitó el levantamiento de esa Feria por parte de la Suprema Corte de Justicia y del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, lo que estos altos órganos jurisdiccionales ya adoptaron.

G. La ley N° 19.932 de 21-XII-2020 limitó el derecho de reunión por plazo que se prorrogó por ley N° 19.941 de 23-III-2021 y que ya

24 Este Sistema fue instituido por la ley N° 18.621 de 25.10.2009, como un “*sistema público de carácter permanente, cuya finalidad es la protección de las personas, los bienes de significación y el medio ambiente, ante el acaecimiento eventual o real de situaciones de desastre mediante la coordinación conjunta del Estado con el adecuado uso de los recursos públicos y privados disponibles, de modo de propiciar las condiciones para el desarrollo nacional sostenible*”. La dirección superior del Sistema está a cargo del Poder Ejecutivo en cuyo ámbito la ley creó la Dirección Nacional de Emergencias.

25 Exceptuó al personal de la salud (médico y no médico) expuesto directamente al contagio del SARS-CoV2. Además dejó fuera las remuneraciones que no superaran cierto tope.

venció, prohibiendo aglomeraciones con notorio riesgo sanitario. El Poder Ejecutivo y los Gobiernos Departamentales debían efectuar un preaviso y, en su caso, cesar la situación, guiándose por los principios de igualdad, no discriminación y razonabilidad.

6.3 DECISIONES DE LA UNIDAD REGULADORA Y DE CONTROL DE DATOS PERSONALES²⁶

A. El 20-III-2020 adoptó el Dictamen N° 2/020 al entender que la situación de emergencia hacía pertinente pronunciarse sobre la aplicación de las normas de protección de datos personales y su armonización con otros derechos, deberes y garantías, cuando se tratan datos de salud.

Tuvo en cuenta la normativa constitucional ya citada y que el derecho a la protección de datos personales es propio de la personalidad humana y que los de salud de las personas son sensibles, por lo cual tienen un nivel adicional de protección. Así su tratamiento exige el previo consentimiento escrito del titular de los datos, regla que *“tiene una excepción a los efectos de la comunicación cuando esta sea necesaria por razones sanitarias, de emergencia o para la realización de estudios epidemiológicos, preservando la identidad de los titulares mediante mecanismos de disociación adecuados cuando ello sea pertinente. (...) De similar manera, la recolección y tratamiento de datos sensibles si median razones de interés general autorizadas por ley o cuando el organismo solicitante tenga mandato legal al efecto”*.

Precisó que en el caso de no requerirse el consentimiento por esta excepcionalidad, en el tratamiento y comunicación de los datos deberán observarse, bajo responsabilidad de la entidad pública

²⁶La ley N°18.331 de 11-VII-2008, art. 1 establece que el *“El derecho a la protección de datos personales es inherente a la persona humana (...)”*.

sanitaria, los restantes principios en la materia, en especial los de veracidad, finalidad, seguridad de los datos y responsabilidad proactiva.

B. El 15-IV-2020 emitió “*Recomendaciones para el tratamiento de datos personales ante la situación de emergencia sanitaria nacional*”. Expresó, entre otros aspectos, que los datos recolectados deben ser los mínimos necesarios para el cumplimiento de la finalidad informada y no emplearse para fines distintos o incompatibles; que deben adoptarse medidas para garantizar la seguridad y confidencialidad; que el tratamiento requiere asegurar el cumplimiento de los derechos de los titulares de datos en la forma y plazos vigentes; que no pueden realizarse transferencias internacionales a países no adecuados sin la autorización debida; que el uso de servicios en la nube, incluso de almacenamiento, puede constituir una transferencia internacional si el servidor se encuentra en el exterior.

Recordó el sentido de la disociación de datos; la relevancia de hacer saber al personal del responsable de la base de datos que trate con cuidado la información personal y las consecuencias penales asociadas a su revelación; la conveniencia de estipular las condiciones para el tratamiento de la información en contratos que se suscriban con los encargados de tratamiento; el debido aseguramiento de los derechos de los titulares de datos y la pertinencia de designación del Delegado de Protección de Datos para entidades públicas y las privadas que traten grandes volúmenes de datos o datos sensibles como negocio principal²⁷.

C. El 9-VI-2020 dictó la Resolución N° 35/O20 para reafirmar el respeto del derecho a la protección de datos personales y los principios que lo sustentan ante el Rastreo de Contactos en

27 Según ley N° 19.670 de 17-X-2018, arts. 39 y 40 y decreto reglamentario N° 64/O20 de 17-II-2020.

aplicaciones móviles. Recomendó adoptar sistemas que impliquen un almacenamiento descentralizado de datos; la realización de una evaluación de impacto; el contar con mecanismos de seguridad adecuados y obtener el consentimiento informado de los usuarios, asegurando una adecuada granularidad del consentimiento y el señalamiento de que el responsable es el Ministerio de Salud Pública. Señaló que correspondía poner *“a disposición de los interesados las especificaciones de la aplicación a efectos de garantizar un tratamiento transparente de los datos y un eventual consentimiento informado y asimismo refirió a la supresión de la información, superada la situación de emergencia o cumplida la finalidad que determinó su recolección.*

7. ANOTACIÓN FINAL

El tener en cuenta la excepcionalidad de las medidas de emergencia, cualesquiera sean y que ellas no constituyen un nuevo ordenamiento jurídico, es relevante porque *“Además de controlar la pandemia, tenemos que pensar en el mundo que quedará después de la tormenta, el que estamos construyendo con cada decisión. (...). Demasiadas veces las medidas temporales tomadas en momentos de emergencia llegan para quedarse. Todos tenemos que vigilar la democracia (...)”*²⁸.

28 Carissa Véliz, “Opinión”, El País de Madrid, 24-III-2020.

LA VULNERABILIDAD DE LAS PERSONAS MAYORES EN TIEMPOS DE PANDEMIA

Fernando H. Llano Alonso
Catedrático de Filosofía del Derecho
Universidad de Sevilla

"La ancianidad es llevadera si se defiende a sí misma, si conserva su Derecho, si no está sometida a nadie, si hasta su último momento el anciano es respetado entre los suyos".

Marco Tulio Cicerón, De senectute XI, 38.

1. INTRODUCCIÓN

La era digital y posmoderna en la que ya nos encontramos inmersos tiene un rostro bifronte como el del dios Jano. En efecto, la nuestra es una época paradójica porque, de un lado, el transhumanismo nos augura un futuro esperanzador condicionado al desarrollo ilimitado (en términos éticos y jurídicos) de la biomedicina y la ingeniería genética en el que, según sus previsiones, se conseguirá erradicar la casi totalidad de enfermedades que aquejan a la humanidad y retrasar (incluso detener) su envejecimiento; de otro lado, este planteamiento científicista que defiende el proyecto transhumanista a través del uso sin restricciones de las tecnologías NBIC (acrónimo de los cuatro componentes de las tecnologías emergentes: la Nanotecnología, la Biogenética, la Informática y las Ciencias cognitivas-, la Robótica y la Inteligencia Artificial (IA), supone - como ha señalado el filósofo francés Luc Ferry- pasar de un paradigma médico tradicional, el del modelo terapéutico, que tiene como finalidad principal "reparar", cuidar enfermedades y

patologías, a un modelo “superior”, el que se dirige a la mejora y el “perfeccionamiento” del ser humano¹.

Respecto al impacto de la medicina genética en los derechos y libertades de personas que forman parte de grupos vulnerables (como, por ejemplo, el de los ancianos), resultan muy inspiradoras las consideraciones realizadas por el pensador alemán Jürgen Habermas (discípulo aventajado de Max Horkheimer y Theodor Adorno, dos de los máximos representantes de la Escuela de Frankfurt) en un libro titulado: *El futuro de la naturaleza humana* (2001), en el que plantea una serie de dilemas ético jurídicos y de retos planteados por la ingeniería genética al hombre de nuestro tiempo. Curiosamente, la fuerza liberadora de la tecnología – a partir de la instrumentalización de las cosas – termina degenerando y convirtiéndose en un encadenamiento de la liberación, o lo que es igual, en la instrumentalización del hombre. En este sentido, como en su día advirtiera Herbert Marcuse, para evitar que la racionalidad tecnológica acabe legitimando la dominación y, lo que es aún peor, dando aliento a la configuración de sociedades racionalmente totalitarias, es necesario establecer una suerte de intermediación entre la naturaleza, el hombre y la técnica. Siguiendo este razonamiento marcusiano, Habermas ha insistido precisamente en la necesidad de hallar un punto de encuentro entre el progreso científico-técnico y lo que él denomina “el mundo social de la vida”. En otras palabras, Marcuse y Habermas parecen apostar por una visión más humana de la técnica cuya propuesta sería una alternativa válida tanto al determinismo tecnológico, como al neocientificismo, en la medida en que ambos entrañan instrumentos de dominio y opresión que dificultarían la práctica de la vida en las grandes sociedades industriales².

¹ FERRY, L., *La revolución transhumanista. Cómo la tecnomedicina y la uberización del mundo van a transformar nuestras vidas*, trad. esp. A. Martorell, Alianza Editorial, Madrid, pág. 35.

² HABERMAS, J., “Technischer Fortschritt und soziale Lebenswelt” (págs. 104-118), en *Technik und Wissenschaft als “Ideologie”*, Suhrkamp Verlag, Frankfurt am Main, 1968, pág. 118.

La ideología tecnocrática del transhumanismo tecnológico o posthumanismo representa una triple amenaza para las personas más vulnerables; en primer lugar, pretende sustraer al debate científico y político cuestiones que interesan a la generalidad de los ciudadanos, y precisamente por eso debe abrirse el debate a la libre discusión (especialmente si hay riesgo de que los tecnócratas incurran en una manipulación ideológica consistente en la ocultación de prácticas e intereses espurios que comprometan o puedan lesionar los derechos y las libertades)³; en segundo lugar, como se ha puesto de manifiesto con cierta frecuencia a lo largo de esta crisis sanitaria causada por el Covid-19, los argumentos tecnocráticos enmascaran sus falacias, al albur de las circunstancias, con la apariencia de verdades científicas irrefutables e inexorables; por último, resulta muy revelador el hecho de que en esa tierra de promisión posthumanista no haya lugar para la discapacidad, ni para la vejez, ni para la enfermedad.

Sin duda, uno de los colectivos vulnerables más perjudicados durante la pandemia del coronavirus ha sido el de la tercera edad, es decir, en el colectivo formado por las personas más susceptibles de padecer la discapacidad y la enfermedad. En efecto, la crisis sanitaria ha puesto en evidencia la precariedad y las carencias de las políticas públicas de cuidado y el modelo de atención a los ancianos, tanto en sus hogares (a través de la telemedicina y de la teleasistencia), como en las residencias de mayores y en los hospitales. A propósito de los estragos producidos por la Covid-19 en la población, especialmente entre las personas más vulnerables, se ha podido afirmar (a mi juicio, con razón) que si algo debiéramos haber aprendido de esta pandemia es la necesidad apremiante que tenemos de alcanzar “una **sociedad del cuidado que se haga cargo de la tremenda vulnerabilidad de la condición humana**, de la necesidad de incorporar a los mayores a la agenda pública política desde otro lugar, desde otra reivindicación mucho más humana”,

³ PÉREZ LUÑO, A.-E., “Inteligencia Artificial y posthumanismo” (págs. 9-21), en A. Sánchez Bravo (editor), *Derecho, Inteligencia Artificial y Nuevos entornos digitales*, Punto Rojo, Sevilla, 2020, pág. 19.

que nos haga más sensibles hacia la reciprocidad, la solidaridad y la inclusión⁴.

2. PROBLEMÁTICA ACTUAL DE LA VULNERABILIDAD DE LAS PERSONAS MAYORES DESDE UNA PERSPECTIVA ÉTICA, JURÍDICA Y POLÍTICA

El progresivo envejecimiento que se está produciendo en la población de los países del denominado primer mundo, en general, y en la población de la Unión Europea, en particular, no solo es motivo de estudio de los analistas demográficos, sino que también es motivo de preocupación por las implicaciones que esta realidad tendrá en el futuro de millones de personas nacidas en la generación del *baby boom* (que integra a todos los nacidos entre 1946 y 1964). Ya en 2008 la *European Social Network* publicó un informe en el que advertía de que, en las décadas venideras, el tamaño y la estructura de edad de la población europea sufriría cambios drásticos debido a bajas tasas de fertilidad, al aumento en el promedio de esperanza de vida y a la jubilación de la generación de los *baby-boomers* (a la que pertenecen las personas nacidas durante la explosión de natalidad posterior a la Segunda Guerra Mundial, en el lapso de tiempo que separa los años 1946 y 1964)⁵.

Sin embargo, como se ha puesto de relieve en algunos estudios sobre las implicaciones del envejecimiento y la discapacidad en los derechos humanos de las personas mayores, aunque el incremento

⁴ MARCOS DEL CANO, A. M^a, “La falacia de la ley de la eutanasia”, *El mundo*, 12 de septiembre de 2020, (consultado por última vez el 18 de septiembre de 2020). Véase también, de esta misma autora, “El derecho a la protección de la salud: delimitación y alcance en el contexto actual” (págs. 23-59), en A. M^a Marcos del Cano (directora), *El derecho a una asistencia sanitaria para todos: una visión integral*, Dykinson, Madrid, 2017.

⁵ Véase el informe de la *European Social Network*, de octubre de 2008, titulado: “Services for older people in Europe. Facts and figures about long term care services in Europe”, pág. 2. Cfr: https://ec.europa.eu/health/sites/health/files/mental_health/docs/services_older.pdf (última consulta realizada el 28 de septiembre de 2020).

del índice de longevidad por encima de los ochenta años en la población de los países más desarrollados debería suponer, en principio, un motivo de satisfacción para la sociedad a la que tanto han aportado los ancianos a lo largo de su vida, lo cierto es que, desafortunadamente, este dato demográfico viene acompañado de una gradual estigmatización social de la vejez que desemboca en un sentimiento cada vez más generalizado de gerontofobia y en una forma específica de discriminación por razón de edad denominada *edadismo*⁶.

Pero, además de las múltiples desventajas que padecen los mayores de edad como miembros de la sociedad (lo cual constituye un reflejo del impacto que el edadismo y la gerontofobia en la ética pública de nuestro tiempo), hay otras dos circunstancias no menos perjudiciales para este colectivo vulnerable, una de signo jurídico y otra de carácter socio-político. En efecto, a diferencia de cuanto ocurre con otros grupos vulnerables susceptibles de sufrir discriminación (como los niños, las mujeres o las personas con discapacidad), no existe aún una convención internacional específica para las personas mayores, a pesar de que el reconocimiento explícito del principio de no discriminación por edad es una *conditio sine qua non* para poder abordar esta temática desde la perspectiva de los derechos humanos. Por el momento, hay exclusivamente una Convención Interamericana sobre derechos de las personas mayores, aprobada el 9 de junio de 2015 en el marco de la Organización de Estados Americanos (OEA) y que, como veremos, se inspira en el espíritu de la Convención Internacional de los Derechos de las Personas con Discapacidad, aprobada el 13 de diciembre de 2006.

⁶ DEAN, M., "Envejecer en el siglo XXI", *Perfiles y tendencias. Boletín sobre el envejecimiento*, nº 21, febrero 2006, págs. 3-18. Cfr: <https://www.conapam.go.cr/mantenimiento/boletín-envejecerenelsigloXXI.pdf> (última consulta realizada el 28 de septiembre de 2020); BARRANCO AVILÉS, M^a C., "Envejecimiento y discapacidad" (págs. 573-599), en P. Cuenca Gómez (editora), *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, Dykinson-Instituto de Derechos Humanos "Bartolomé de Las Casas". Universidad Carlos III de Madrid, 2010, pág. 573.

Por último, desde un punto de vista socio-político hay que resaltar el hecho de que, como se ha podido comprobar fehacientemente desde el principio de la pandemia del Covid-19, el programa de cuidados a las personas mayores es marcadamente paternalista; es más, al menos en el actual sistema español de atención y cuidado de los ancianos se organiza, se planifica, se administra y se decide sobre las personas mayores de edad pero sin escucharles ni tener en cuenta cuáles son sus principales necesidades, por eso urge incorporar a las personas mayores a la agenda política para que puedan ejercer sus derechos en igualdad de condiciones con los demás ciudadanos. Es verdad que entre los veinte principios aprobados en el documento presentado por la Comisión Europea en 2017 sobre *el Pilar Europeo de Derechos Sociales* hay algunos que mencionan expresamente a las personas mayores (por ejemplo, el tercero, sobre igualdad de oportunidades entre hombres y mujeres con independencia de su edad; o el decimoquinto, sobre pensiones y prestaciones del vejez); y otros principios que se refieren tácitamente a las personas mayores (por ejemplo, el decimosegundo, sobre protección social; el decimosexto, sobre acceso a una asistencia sanitaria asequible, de carácter preventivo y curativo, y de calidad; el decimoséptimo, sobre inclusión de personas con discapacidad; o el decimoctavo, sobre cuidados de larga duración)⁷. Sin embargo, como ha advertido María del Carmen Barranco Avilés en un reciente informe sobre la discriminación por razón de edad en España para *HelpAge International*, “el principal problema es que los veinte principios incorporados en el Pilar Europeo de Derechos Sociales expresan un compromiso político, pero no son vinculantes para los Estados ni para las instituciones europeas”⁸.

⁷ “The European Pillar of Social Rights in 20 Principles”. Cfr., https://ec.europa.eu/commission/priorities/deeper-and-fairer-economic-and-monetary-union/european-pillar-social-rights/european-pillar-social-rights-20-principles_es#:text=El%20pilar%20europeo%20de%20derechos%20sociales%20consiste%20en%20condiciones%20de%20trabajo%20justas.%20Protecci%C3%B3n%20e%20inclusi%C3%B3n%20social (última consulta realizada el 24 de julio de 2021).

⁸ BARRANCO AVILÉS, M^a C., “La discriminación por razón de edad en España. Conclusiones y recomendaciones para el contexto español desde un enfoque basado en derechos”

Una vez hecha esta breve presentación sobre la problemática contemporánea en torno a la vulnerabilidad de las personas mayores desde una triple perspectiva ética, jurídica y política, a continuación me detendré en cada uno de esos tres enfoques por separado.

2.1. LA DIGNIDAD DE LAS PERSONAS MAYORES EN EL CONTEXTO DE ÉTICA PÚBLICA

En términos generales, la revolución tecnológica ha traído el progreso a la sociedad digital, la mejora de la calidad de vida de las personas y el aumento de las probabilidades de llegar a la vejez. El paulatino envejecimiento de la población ha coincidido con un cambio operado en el modelo clásico de familia debido, en parte, a la incorporación de la mujer al mercado laboral. Asimismo, este proceso ha supuesto la quiebra en el modelo asistencial y de cuidados que tradicionalmente venían procurando las familias a sus mayores (especialmente en las familias de cultura mediterránea y latina). Pues bien, la suma de ambos factores (el envejecimiento de la población y el cambio en el modelo familiar) ha generado un problema social de primera magnitud que se ha agravado a causa de la pandemia: el significativo crecimiento del número de personas en situación de vulnerabilidad que presentan un mayor nivel de dependencia para realizar las actividades más básicas de la vida cotidiana. Así pues, nos encontramos con la siguiente paradoja: si bien es cierto que, como consecuencia del progreso científico, se han democratizado las expectativas de alcanzar la jubilación, también es verdad que no llegaremos todos en las mismas condiciones, y que como se apunta en algunos estudios socio-demográficos sobre la vejez, “la tercera edad resume, acentuándolas, todas las desigualdades sociales”⁹.

(pág. 10), enero 2020. Cfr., <https://www.helpage.org/silo/files/la-discriminacion-por-razon-de-edad-en-espaa.pdf> (última consulta realizada el 24 de julio de 2021).

⁹ CABRERA CABRERA, P., “Socio-Demografía de la vejez” (págs. 17-53), en J. de la Torre (editor), *Bioética y ancianidad en una sociedad en cambio*, Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 2015, pág. 36.

El sentimiento de soledad y aislamiento, los casos de flagrante discriminación por edadismo, y la actitud indiferente e insolidaria hacia las personas mayores por parte de una sociedad cada vez más enajenada por la realidad virtual, entregada al culto de la apariencia narcisista, y sometida a los veleidosos dictados de la mercadotecnia, han hecho anidar en muchos ancianos el temor (a mi juicio bien fundado) a no ser considerados ni siquiera como personas dignas por parte de sus conciudadanos, y a ver conculcados la mayor parte de sus derechos y libertades¹⁰. La discriminación por razón de edad (o edadismo) aflora sobre todo en periodos de crisis económica o sanitaria como el presente. Para las asociaciones de ancianos, resulta especialmente agravante el hecho de que, bajo aparentes actitudes condescendientes con las personas mayores, tanto a nivel social como institucional, se oculta en realidad una política paternalista de rostro amable que no tiene en cuenta las necesidades más perentorias y las principales demandas del colectivo de ciudadanos que se hallan en la tercera y cuarta edad. En este sentido, en recientes informes publicados por algunas de las principales asociaciones españolas de ancianos, se ha denunciado el recorte que han sufrido las personas mayores en el ejercicio de sus derechos fundamentales, e incluso la violación de los mismos durante la primera oleada de la pandemia debido a una gestión deficiente de recursos por parte de las administraciones públicas, tanto en el ámbito estatal como autonómico¹¹.

¹⁰ En un reciente informe de *Médicos sin Fronteras* se ha revelado el desamparado en el que han vivido muchos ancianos en las residencias durante la Covid-19 en España, y se ha insistido en la necesidad de elaborar planes de contingencia fácilmente adaptables a cada residencia, además de recordar el deber de todas las administraciones de asegurar la salud y el bienestar social de nuestros mayores. Vid., *Médicos sin Fronteras*, “Poco, tarde y mal”, Agosto 2020. Cfr., https://d3cra5ec8gdi8w.cloudfront.net/uploads/documentos/2020/08/18_informe_4abeb4b2.pdf (última consulta realizada el 24 de julio de 2021).

¹¹ Según se refleja en el informe de la *Comisión de Derechos, Deberes y Buen Trato de la Confederación Española de Organizaciones de Mayores (CEOMA)*, entre otros derechos se han violado: el derecho a la vida de muchas personas mayores que fallecieron por falta de asistencia médica (art. 3 DUDH y art. 15 de la Constitución Española); el derecho a utilizar los servicios de salud cuando muchos hospitales han limitado el acceso a las personas mayores, sobre todo las provenientes de residencias (arts. 22 y 25 DUDH y art. 43 CE); el derecho a la igualdad como consecuencia de la aplicación del criterio de la edad para no

En la sociedad contemporánea se tiende a identificar la vejez con la decrepitud, la discapacidad y la enfermedad, en lugar de considerarlo solamente como un “estado de la vida”, parafraseando a Norberto Bobbio¹². Este prejuicio hacia la vulnerabilidad de las personas mayores genera entre los ciudadanos jóvenes y de mediana edad, por decirlo en los términos expresados por Gianfrancesco Zanetti, un “pánico moral” frente a las minorías y a los ‘diversos’ que a menudo es suscitado por argumentos lógicamente inconsistentes¹³.

En una sociedad abierta y democrática no caben comportamientos ni medidas discriminatorias en cualquiera de sus formas (racismo, sexismo o edadismo); por eso convendría crear (como proponía Gregorio Peces-Barba al defender el paradigma de ética pública de la modernidad) espacios sociales, ámbitos del poder y del Derecho, que estén abiertos a la realización de proyectos de humanidad que permitan el libre desarrollo de la personalidad y el establecimiento de planes de vida para todas las personas¹⁴. Según Peces-Barba, la ética pública es necesaria para diseñar un modelo de convivencia justo y estable, además de asentar los criterios de organización de la vida social, el conjunto de valores, principios, derechos y, en definitiva, definir el contenido de la idea de justicia que el ordenamiento jurídico de una sociedad democrática debe realizar. El contexto de ética pública en el que debe integrarse a las personas mayores con plena igualdad, tiene como principal

dispensar asistencia o tratamiento médico a los ancianos (arts. 1 y 7 DUDH y art. 14 CE); el derecho a la libertad por las medidas de aislamiento excesivas tomadas en algunas residencias y hogares de ancianos sin que hubiera evidencias sobre riesgos de contagio ni confirmación de la enfermedad (arts. 1 y 3 DUDH y art. 17 CE); el valor de la dignidad de la persona porque muchas de las que han muerto lo han hecho separadas de sus seres queridos, en condiciones inhumanas y degradantes (arts. 1 y 5 DUDH y art. 10 CE); el derecho a la información para que las personas mayores puedan tomar decisiones y ejercer su autonomía (arts. 19 y 22 DUDH; art. 20 CE). Cfr., <http://ceoma.org/la-violacion-de-derechos-de-las-personas-mayores-no-se-puede-volver-a-repetir/> (última consulta realizada el 24 de julio de 2021).

¹² BOBBIO, N., *Autobiografía*, a cura di Alberto Papuzzi, Laterza, Roma-Bari, 1997, pág. 247.

¹³ ZANETTI, GF., *Filosofía de la vulnerabilidad. Percepción, discriminación, Derecho*, trad. esp. Alessandro di Rosa e Irene Vicente Echevarría, Dykinson-UNIMORE-Centro Interdepartamentale su Discriminazione e vulnerabilità (CRID), Madrid, 2020, pág. 24.

¹⁴ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., *Ética pública y Derecho*, Real Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1993, pág. 29.

finalidad que todos los ciudadanos, en la mayor medida posible, y por supuesto sin hacer distinciones por razón de edad, raza, sexo, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social, se encuentren en condiciones de desarrollar plena y libremente su personalidad en todas sus dimensiones¹⁵.

2.2. LA PROTECCIÓN DE LAS PERSONAS MAYORES EN EL SISTEMA DE DERECHO INTERNACIONAL

Desde la perspectiva histórica de los derechos humanos cabe diferenciar dos procesos: en primer lugar, hay un proceso de *generalización* que supone la extensión de la ciudadanía a todos los individuos sin exclusiones (en este proceso de generalización se incluiría, por ejemplo, el derecho de sufragio de la mujer); en segundo lugar, hay un proceso de *especialización* que plantea el surgimiento de nuevos derechos cuya titularidad no es universal, sino específica de determinados colectivos (por ejemplo, el de las personas que forman parte de los grupos vulnerables) que se encuentran en una situación de desigualdad material que afecta al desarrollo de la dignidad humana. Precisamente es en este segundo ámbito de especialización donde se reconocen los derechos humanos de las personas mayores.

Ahora bien, en comparación con otros grupos vulnerables, como el de los niños o el de las mujeres, en los que se ha producido sendos movimientos reivindicativos que han tenido su correspondiente reflejo en el Derecho internacional y en los ordenamientos jurídicos internos en forma de derechos fundamentales, en el caso de las personas mayores, a pesar de que representa más del 20% de la

¹⁵ PECES-BARBA MARTÍNEZ, G., “Ética pública-ética privada”, Anuario de Filosofía del Derecho, Nueva época, Tomo XIV, 1997, págs. 531-544. Existe una versión italiana, con prólogo de Mario Losano, titulada “Etica publica/etica privata” “Etica publica e diritti fondamentali” (págs. 129-144), en M. Zezza (editore), Franco Angeli, Milano, 2016.

BARRANCO AVILÉS, M^a C., “Envejecimiento y discapacidad” (págs. 573-599), en P. Cuenca Gómez (editora), *Estudios sobre el impacto de la Convención Internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad en el ordenamiento jurídico español*, Dykinson-Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de Las Casas”. Universidad Carlos III de Madrid, 2010, pág. 573.

población de la Unión Europea, este colectivo carece aún de visibilidad necesaria en el marco normativo e institucional que sirve de instrumento universal de protección de los derechos humanos. En puridad, tanto en las convenciones, tratados y pactos internacionales, como en los ordenamientos jurídicos de los Estados se hace referencia a los ancianos solo en términos generales, como una categoría jurídica abstracta y no concreta, que no ha alcanzado aún autonomía como grupo vulnerable de sujetos que experimentan la desigualdad y sufren la discriminación por razón de edad.

Si las personas mayores cuentan con el reconocimiento derechos en el sistema de Derecho internacional no es por su condición de ancianos en sí, sino porque estos derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales son universales y pertenecen a todos los seres humanos, incluyendo a las personas mayores. Por lo demás, hay referencias a la ancianidad, a veces de forma expresa (aunque genérica) y otras de manera tácita, en la Declaración Universal de los Derechos Humanos (arts. 2, 22 y 25), en los Pactos Internacionales (el de Derechos Sociales, Económicos y Culturales y el Derechos Civiles y Políticos) (arts. 2, 7, 10 y 17), en la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 11, 12 y 14) y en la Convención de las Personas con Discapacidad (arts. 25 y 28). Por el momento, solo se ha aprobado una convención internacional que no es de alcance universal, sino regional, me refiero a la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, acordada por el Consejo Permanente de la OEA, el 9 junio de 2015.

Aunque en el art. 1 de la Convención Interamericana se proclama que ésta tiene como principal objeto “promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor”, y hay que reconocerle también el mérito de ser la primera convención centrada exclusivamente en los ancianos como colectivo vulnerable, lo cierto es que su ámbito de validez afecta solo a los países miembros de la OEA y que algunos de ellos (como Canadá, Estados Unidos, Jamaica, Venezuela,

Nicaragua, Perú y Paraguay) han formulado reservas a determinados contenidos de la misma. Por otra parte, aunque el texto de la Convención pretende reflejar la compleja problemática que viven las personas mayores en el mundo actual y garantizar la protección de los derechos humanos de las personas mayores, lo cierto es que se trata de un texto que parece estar inspirado en la redacción de la Convención de las Personas con Discapacidad, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 13 de diciembre de 2006, y en la que solamente hay dos artículos que se refieren específicamente a las personas mayores discapacitadas: el artículo 25 (acceso a los servicios de salud), y el artículo 28 (acceso a programas de protección social y estrategias de reducción de pobreza).

Al hilo de la anterior consideración, resulta significativo el hecho de que las personas mayores no cuenten todavía con una convención internacional de ámbito universal que proteja específicamente sus derechos como colectivo vulnerable autónomo, como el que tienen los niños, las mujeres y las personas con discapacidad. Es más, a juzgar por el contenido de los documentos y textos de derechos humanos, da la impresión de que en ellos se toma en consideración a los ancianos partiendo de la presunción de que son personas discapacitadas y enfermas. A este respecto, los organismos especializados de las Naciones Unidas y los responsables de la política externa de los Estados miembros parecen ignorar que la senectud no tiene por qué ser sinónimo de discapacidad ni de enfermedad. En efecto, dentro del sector de la tercera edad (65-80 años) hay muchas personas mayores que, tras jubilarse, comienzan a vivir su edad de oro en plenitud de facultades; es más, incluso ya en la cuarta edad (a partir de 80 años), hay personas mayores que tampoco adolecen de enfermedades y que disfrutan de plena capacidad para obrar conforme a su libre voluntad.

De cuanto antecede podríamos concluir que, en la práctica, los derechos de las personas mayores no cuentan con la protección eficaz de los mecanismos de defensa de los derechos humanos, ni con el respaldo firme de la comunidad internacional, ni con el amparo por vía constitucional de sus derechos y libertades en los Estados

de Derecho de los que son nacionales, ni siquiera con la solidaridad de la sociedad civil de la que forman parte. En este sentido, tres de las principales organizaciones no gubernamentales dedicadas a la defensa de los derechos de las personas mayores, HelpAge International, GAROP y Age International han publicado recientemente un dossier en el que justifican la necesidad de que se apruebe una Convención Internacional sobre los derechos de las personas mayores que sirva para:

- 1.- Establecer una posición universal y definitiva de que la discriminación por edad es moral y legalmente inaceptable.
- 2.- Crear un marco de protección legalmente vinculante con mecanismos de rendición de cuentas.
- 3.- Clarificar las responsabilidades de los gobiernos con las personas mayores.
 - 4.- Reunir derechos ya reconocidos que actualmente se encuentran dispersos en otros instrumentos y documentos.
 - 5.- Corregir el desequilibrio en el enfoque que existe actualmente sobre los derechos económicos y sociales de las personas mayores al reunir derechos que son indivisibles en un solo instrumento.
 - 6.- Situar la discriminación por razón de edad y los derechos de las personas mayores en las agendas de los gobiernos, los donantes y las ONG.
 - 7.- Fomentar la comprensión y compensar las complejas y múltiples formas de discriminación que experimentan las mujeres y los hombres mayores.
 - 8.- Establecer un marco que sirva de referencia en el diseño e implementación de las políticas sobre el

envejecimiento demográfico basado en los derechos, la equidad y la justicia social.

9.- Proporcionar una poderosa herramienta de defensa y educación para las personas mayores y aquellos que los representan para reclamar sus derechos.

10.- Promover un cambio en la percepción de las personas mayores como receptoras de prestaciones y servicios hacia las personas mayores como titulares de derechos y responsabilidades¹⁶.

2.3 LA INCLUSIÓN DE LAS PERSONAS MAYORES EN LA AGENDA POLÍTICA, ECONÓMICA, CULTURAL Y SOCIAL

En un ensayo sobre la senectud, escrito en clave autobiográfica y publicado a sus casi 87 años, Norberto Bobbio (1909-2004) reflexionaba sobre la evidente marginación de los ancianos en una época como la nuestra, en la que el curso histórico va acelerándose exponencialmente con cada avance tecnológico; y en ese mundo donde los cambios se suceden cada vez con más rapidez, las personas mayores tienen una gran dificultad de adaptación a esa realidad tan volátil y una capacidad para el aprendizaje más limitada que la del resto de sus conciudadanos (sobre todo si comparan sus elementales conocimientos informáticos con las competencias y habilidades digitales adquiridas, casi de forma innata, por las generaciones más jóvenes). Ante esta coyuntura causada por la

¹⁶ Vid., “Derechos de las personas mayores: Hacia una Convención de Naciones Unidas para los derechos de las personas mayores”, Febrero 2019. Cfr., <http://www.helpage.es/noticias/convencion-internacional-sobre-los-derechos-de-las-personas-mayores/> (última consulta realizada el 24 de julio de 2021).

revolución industrial 4.0, Bobbio señalaba que el mundo de los viejos era el de la memoria y la experiencia¹⁷.

El arquetipo de la senectud, entendida como una edad en la que se llenan los espacios vacíos y el tiempo con los recuerdos de la juventud perdida, lo encarna a la perfección Emilio Brentani, el protagonista de *Senilità*, una novela magistral de Italo Svevo sobre el sentimiento de amor sublimado y sin esperanza de un hombre de mediana edad hacia una joven llamada Angiolina Zarri, cuya belleza inalterada evocará un día Emilio, muchos años después, ya en plena vejez, entre sus recuerdos vivos del pasado¹⁸. Sin embargo, la realidad que viven los ancianos de nuestro tiempo es más prosaica que la que experimenta el protagonista de la novela introspectiva de Svevo. Como personaje de ficción de una historia de amor imposible, Emilio Brentani puede permitirse el lujo de aislarse en su mundo interior y entregarse a la voluptuosidad que suscitan sus recuerdos vívidos, mientras que poco a poco, inadvertidamente, se va apoderando de él la languidez del espíritu y el silencio termina adueñándose de la escena; sin embargo, en el mundo real, para las personas mayores que viven en sus hogares o en las residencias, la opción de recluirse en una burbuja de tiempo que les procure la ataraxia, podría inducirles a caer en una forma de vida vegetativa y silente que termine deparándoles la soledad, el olvido de los demás, la exclusión social e incluso la marginalidad. Como

¹⁷ BOBBIO, N., *De senectute e altri scritti autobiografici*, a cura di Pietro Polito, Einaudi, Torino, 1996, págs. 19-28.

¹⁸ SVEVO, I., *Senilità* (1898), Biblioteca Universale Rizzoli/BUR Superclassici, Milano, 2001 (6 ed.), pág. 222: "Anni dopo egli s'incantò ad ammirare quel periodo della sua vita, il più importante, il più luminoso. Ne visse come un vecchio del ricordo della gioventù. Nella sua mente di letterato ozioso, Angiolina subì una metamorfosi strana. Conservò inalterata la sua bellezza, ma acquistò anche tutte le qualità d'Amalia che morì in lei una seconda volta. Divenne triste, sconsolatamente inerte, ed ebbe l'occhio límpido ed intellettuale. Egli la vide dinanzi a sé come su un altare, la personificazione del pensiero e del dolore e l'amò sempre, se amore è ammirazione e Desiderio. Ella rappresentava tutto quello di nobile ch'egli in quel periodo avesse pensato od osservato".

solía decir Bobbio siempre que encontraba la ocasión: «Quando si diventa vecchi, contano più gli affetti che i concetti»¹⁹, precisamente porque las personas mayores, como el resto de los seres humanos, son naturalmente sociables y agradecen, además de la solidaridad de los demás, también que se les haga sentir útiles e integrados en su comunidad.

En consonancia con la política inclusiva de los grupos vulnerables propuesta desde los Pactos y Convenciones internacionales, y de conformidad con el compromiso asumido por los gobiernos para garantizar los derechos humanos, el redactor del artículo 9.2 de la vigente Constitución Española estableció la obligación de los poderes públicos de promover las condiciones para que la libertad y la igualdad de los individuos y de los grupos en que se integran (incluyendo el colectivo de las personas mayores de edad) sean reales y efectivas, así como el deber de aquellos de remover los obstáculos que dificulten o impidan la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social. En los últimos tiempos, se ha hecho referencia a la supuesta crisis de legitimidad del sistema democrático representativo y a la escasa capacidad de los partidos para absorber íntegramente las energía políticas de los ciudadanos; para una parte de la doctrina, ambos elementos han sido fundamentales en el surgimiento de nuevos movimientos sociales (entre los cuales encontraríamos a los grupos vulnerables) que se sienten marginados de la lógica interna del poder y que, al tener tan pocas opciones de influir en la toma de decisiones, reclaman una democracia participativa²⁰. En esta acción dirigida a facilitar a estos nuevos colectivos de ciudadanos la

¹⁹ BOBBIO, N., *Autobiografía*, cit., pág. 247.

²⁰ RODRÍGUEZ PALOP, M^a E., *La nueva generación de derechos humanos. Origen y justificación*, Dykinson-Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de Las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid, 2002, pág. 203.

participación en los procesos deliberativos que conducen a las tomas de decisión política, económica, social y cultural, creo que deberían integrarse de forma activa también las principales asociaciones de personas mayores.

3. CONCLUSIÓN

Las armas defensivas de la vejez, sostenía Cicerón, son las artes y la puesta en práctica de virtudes cultivadas a lo largo de la vida; y cuando se ha vivido mucho tiempo, dichas virtudes producen frutos maravillosos²¹. Tal vez sea oportuno tener en cuenta estas palabras en un momento tan crítico como el actual, en una hora tan aciaga para la humanidad, ante una crisis sanitaria desatada por una pandemia mundial que ha puesto en entredicho todo lo que considerábamos seguro, sobre todo tras conseguir desbordar el poder de los Estados y probar la endebles de los sistemas de salud, un tiempo en el que, a fin de cuentas, el ser humano ha podido comprobar lo efímero que puede llegar a ser su mundo. Pero de esta debilidad, como decía al inicio, la humanidad puede hacer virtud actuando solidariamente, sin anteponer simples cálculos particularistas al interés general, y sin someter a restricciones a nuestros mayores (los más castigados por esta pandemia) en el legítimo ejercicio de sus derechos en el acceso a bienes y servicios por razones que no están justificadas, y que constituyen una discriminación por razones de edad.

²¹ *De senectute*, III, 9: "Aptissima omnino sunt, Scipio et Laeli, arma senectutis artes exercitationesque virtutum, quae in omni aetate cultae, cum diu multumque vixeris, mirificos efferunt fructus".

NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO E LIBERDADE SINDICAL¹

Gilberto Stürmer.

Mestre em Direito pela PUCRS

Doutor em Direito do Trabalho pela UFSC

Pós-Doutor em Direito pela US.

Professor de Direito do Trabalho na PUCRS - Graduação, Especialização, Mestrado e Doutorado

Coordenador do Departamento de Direito Público e Social da Faculdade de Direito da PUCRS

Coordenador do Curso de Especialização em Direito e Processo do Trabalho da Faculdade de Direito da PUCRS

Coordenador e Pesquisador do Grupo de Pesquisa “Estado, Processo e Sindicalismo” do PPGD da PUCRS

Titular da Cadeira nº 100 da Academia Brasileira de Direito do Trabalho

Titular da Cadeira nº 04 da Academia Sul-rio-grandense de Direito do Trabalho

Advogado e Parecerista

1. INTRODUÇÃO

A convite do amigo e Professor Doutor Álvaro Sanchez Bravo da universidade de Sevilla (Espanha) e da Asociación “Andaluza de Derecho, Media Ambiente y Desarrollo Sostenible” e da Editora Universitária Alma Mater de Punto Rojo Libros, temos a satisfação de homenagear o Professor Doutor José Alcebiades de Oliveira Júnior.

¹ O presente texto está inserido no Projeto de Pesquisa “Direitos Humanos e Fundamentais, Relações de Trabalho e contemporaneidade”, vinculado ao Programa de Pós-Graduação em Direito da Pontifícia Universidade Católica do Rio Grande do Sul e ao Grupo de Pesquisa “Relações de Trabalho e Sindicalismo”, liderado por este autor.

O Professor Alcebíades, assim chamado pelos seus inúmeros discípulos ao longo de sua linda trajetória acadêmica, é Mestre e Doutor pela Universidade Federal de Santa Catarina, Pós-Doutor em Direito pela Justus-Liebig-Universität Giessen, na Alemanha, professor permanente da URI de Santo Angelo e colaborador da Universidade Federal do Rio Grande do Sul, tem vastíssima produção científica festejada no Brasil e além mar. Participa de diversos eventos nas áreas de Filosofia do Direito e Política, sempre servindo de marco teórico de tantos quantos tiveram e têm o prazer de vê-lo e ouvi-lo.

Mais do que todas as qualidades e currículo do Professor, que se fosse aqui arrolado, tomaria todo o espaço do artigo, Alcebíades é um amigo-irmão, membro do nosso querido Grupo de Sevilla que congrega diversos professores e amigos.

É um prazer e uma alegria participar de tão importante publicação e, mais do que isso, homenagear o Mestre Alcebíades.

Versão semelhante a este texto foi apresentada no “IX Encuentro Hispano-Brasileño de Filosofia del Derecho y Derechos Humanos” na Faculdade de Direito da Universidade de Sevilla, Espanha, com o título “Liberdade Sindical e Negociação Coletiva de Trabalho como Direitos Humanos (A Reforma Trabalhista no Brasil)”, e tem o objetivo de analisar a resolução dos “Conflitos Coletivos de Trabalho” com ênfase na via autocompositiva. A negociação coletiva de trabalho, incentivada no âmbito do direito interno e também internacionalmente, é o caminho a ser buscado.

A Constituição da República Federativa do Brasil reconhece as convenções e acordos coletivos de trabalho, nos artigos 7º, inciso XXVI e 8º, inciso VI, ou seja, no âmbito dos direitos fundamentais.

Faz parte do contexto, o fato de que o Brasil, signatário da Organização Internacional do Trabalho desde a sua criação em 1919 - em que pese não haver internalizado a Convenção 87 que trata da

liberdade sindical-, ratificou as convenções 98 e 154, que tratam de negociação coletiva de trabalho.

Assim, com base nos fundamentos jurídicos acima expostos, a ideia do texto é examinar a Lei nº 13.467/2017, que trata da denominada Reforma Trabalhista, tendo sido publicada em 13 de julho.

A fim de delimitar o tema, importante referir que a análise diz respeito aos artigos 611-A e 611-B, incluídos na Consolidação das Leis do Trabalho. A redação do artigo 611-A estabelece que a convenção coletiva e o acordo coletivo terão prevalência sobre a lei quando dispuserem sobre determinadas matérias. Já o artigo 611-B trata do inverso, ou seja, arrola as matérias (direitos) que não podem ser reduzidos ou suprimidos por fazerem parte do rol de direitos fundamentais sociais trabalhistas, por serem considerados cláusulas pétreas da Constituição da República de 1988.

O texto é fechado com conclusões que levam em consideração o momento atual do ponto de vista político, jurídico e social pelos quais atravessa o Brasil. Também é relevante reiterar que a análise se dá em relação a uma lei recentemente aprovada e publicada sem vetos, mas que se encontra em período de *vacatio legis* de cento e vinte dias.

1. Conflitos Coletivos de Trabalho

Para Jean-Claude Javillier², “os conflitos coletivos de trabalho e as negociações coletivas são inseparáveis”. Para ele, a negociação coletiva é o meio pelo qual empregadores e empregados, esses representados por sindicatos, estabelecem normas sobre as relações individuais de trabalho, sendo o único meio apto a efetivar a

² JAVILLIER, Jean-Claude. *Manual de Direito do Trabalho*. Tradução de Rita Asdine Bozacian. São Paulo: LTr, 1988, p. 213 e 233.

consideração dos interesses dos trabalhadores empregados nos seus contratos de trabalho³.

O espanhol Olea⁴ entende a negociação coletiva como composição de uma situação de conflito, pois, segundo ele, é através dela que se ajustam interesses tidos como antagônicos. O acordo, que surge de forma autônoma entre organizações de trabalhadores e empresas, pode ser facilmente alcançado pelos entes coletivos ou ser precedido de demonstrações de força, como a greve e o lock-out.

Para Martinez⁵, a negociação coletiva é “um procedimento por meio do qual dois ou mais sujeitos de interesses em conflito ou seus representantes, mediante uma série de temporizações, cedem naquilo que lhes seja possível ou conveniente para o alcance dos resultados pretendidos”.

Na visão da doutrina em geral, a ideia de conflito coletivo de trabalho confunde-se com a negociação coletiva de trabalho. Na prática, a segunda é consequência da primeira.

Os conflitos de trabalho têm um divisor de águas. É da natureza humana que, aqueles que dão a sua força de trabalho para outrem, busquem sempre melhores condições de trabalho e de salário. Por outro lado, os que dispõem da atividade econômica visam lucro. Não há, em um caso e em outro, juízo de valor. Trata-se apenas de realidade oriunda da própria natureza humana. Na medida em que o trabalhador subordinado busque melhores condições de trabalho e o empregador, dono do empreendimento procure lucro, há

³ JAVILLIER, 1988.

⁴ OLEA, Manuel Alonso. *Introducción al Derecho del Trabajo*. 5 ed. Madrid: Civitas, 1994, p. 206.

⁵ MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2016, p. 882-883.

um natural conflito de trabalho de ordem sociológica. Tal conflito é solucionado pelo contrato⁶.

Esta é a linha divisória, já que os conflitos posteriores ao contrato têm natureza jurídica, ou seja, em regra se discutem cláusulas desrespeitadas ou cuja interpretação é divergente.

Arouca⁷, por exemplo, vincula a noção de negociação coletiva mais à defesa de interesses do que à solução de conflitos. O autor reputa a negociação coletiva de trabalho como meio de defesa direta de interesses coletivos pela organização sindical de empregados ou empregadores, frisando que ela ocorre quando os entes sindicais se valem apenas da sua própria ação. Nesse sentido, conclusão favorável redundaria na convenção coletiva de trabalho.

Inserem-se nesse contexto os conflitos de natureza econômica, já que, estabelecidos os parâmetros iniciais, a tendência é buscar sempre o melhor. Para Martins⁸ “os conflitos coletivos do trabalho podem ser econômicos ou de interesse e jurídicos ou de direito”.

Os conflitos econômicos são aqueles nos quais os trabalhadores reivindicam novas condições de trabalho ou melhores salários. Já nos conflitos jurídicos tem-se por objeto apenas a declaração da existência ou inexistência de relação jurídica controvertida, como ocorre em dissídio coletivo em que se declara a legalidade ou ilegalidade da greve.”⁹

Para Brito Filho¹⁰ negociação coletiva é “o processo de entendimento entre empregados e empregadores visando à harmonização

⁶ No caso da relação individual, o contrato de trabalho; no caso das relações coletivas, as normas coletivas (acordo, convenção, sentença normativa ou laudo arbitral).

⁷ AROUCA, José Carlos. *Curso Básico de Direito Sindical*. 5 ed. São Paulo: LTr, 2016, p. 197.

⁸ MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 709.

⁹ MARTINS, 2004, p. 709.

¹⁰ BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. *Direito Sindical: Análise do modelo brasileiro de relações coletivas de trabalho à luz do Direito Comparado e da Doutrina da OIT - Proposta de inserção da Comissão de Empresa*. 5 ed. São Paulo: LTr, 2015, p. 152.

de interesses antagônicos com a finalidade de estabelecer normas e condições de trabalho”.

Nascimento¹¹, por sua vez, entende que:

“[o] conflito não é apenas um fenômeno de dimensões sociológicas. É também um fato jurídico, estruturado em conjunto com instrumentos criados pela cultura jurídica dos povos, incluído nos sistemas de organização normativa da sociedade, indispensáveis para o equilíbrio da vida na sociedade e nas relações entre as pessoas e os grupos.”

Assim, sendo o conflito de trabalho e, especialmente, o conflito coletivo de trabalho, um fato social e jurídico, é certo que existe por insatisfação, mas também é certo que existe com o objetivo fundamental de busca da paz social, o que se dá através dos instrumentos de solução previstos no ordenamento jurídico.

2. NEGOCIAÇÃO COLETIVA DE TRABALHO COMO DIREITO FUNDAMENTAL

Como visto no item anterior, a ideia de conflito coletivo de trabalho acaba por se confundir com negociação coletiva de trabalho. O conflito originário, sociológico, tende a ser resolvido pela via negocial.

As formas de solução ou de composição dos conflitos coletivos de trabalho são basicamente três, com suas subdivisões. Martins¹² fala em autodefesa, autocomposição e heterocomposição.

¹¹ NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito Sindical*. 2 ed. São Paulo: LTr, 2000, p. 253.

¹² MARTINS, 2004, p. 710.

A autocomposição é a forma de solução dos conflitos trabalhistas realizada pelas próprias partes¹³. As fontes formais de Direito do Trabalho privilegiam a autocomposição¹⁴. É meio autocompositivo de solução dos conflitos coletivos de trabalho a negociação coletiva. O resultado da negociação pode ser a convenção coletiva de trabalho¹⁵ ou o acordo coletivo de trabalho¹⁶.

A heterocomposição dos conflitos coletivos de trabalho surge ante o insucesso da negociação e pressupõe a participação de uma fonte suprapartes, com a prerrogativa de imposição da solução do conflito, à qual as partes deverão se submeter. São formas tradicionais de heterocomposição, a arbitragem¹⁷ e a jurisdição¹⁸.

Cabe aqui registrar uma posição contrária à maioria da doutrina, que entende a mediação como forma heterocompositiva de solução dos conflitos coletivos de trabalho¹⁹.

Nesse contexto, entende-se que a mediação seria uma forma híbrida entre autocomposição e heterocomposição dos conflitos. Ocorre que há a participação de um terceiro (em regra a autoridade regional do Ministério do Trabalho), mas não há imposição

¹³ MARTINS, 2004, p. 710.

¹⁴ É o caso da Constituição Federal, nos artigos 7º, XXVI; 8º, III e VI; 114, § 2º (BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. DOU de 5.10.1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 abr. 2017).; e da Consolidação das Leis do Trabalho (CLT), nos artigos 611, 611, § 1º, e 616. (BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 10 abr. 2017).

¹⁵ Art. 611, CLT (BRASIL, 1943).

¹⁶ Art. 611, § 1º, CLT (BRASIL, 1943).

¹⁷ Art. 114, § 2º, Constituição Federal (BRASIL, 1988); BRASIL. *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 10 abr. 2017.

¹⁸ Art. 114, § 2º, Constituição Federal (BRASIL, 1988); Art. 856 a 875, da CLT (BRASIL, 1943); BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Instrução Normativa n. 4, de 8 de junho de 1993* (Cancelada pela Resolução n. 116, de 20 de março de 2003). Uniformiza o procedimento nos dissídios coletivos de natureza econômica no âmbito da Justiça do Trabalho. Diário da Justiça [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 14 jun. 1993. Seção 1, p. 11807.

¹⁹ MARTINS, 2004, p.710.

obrigatória da solução apresentada pelo mediador, como ocorre na arbitragem e na jurisdição.

Por fim, a autodefesa, como forma em que as próprias partes procedem à defesa dos seus interesses²⁰. É dividida em greve²¹ e locaute²².

As formas de solução dos conflitos coletivos de trabalho são levadas a efeito por meios legais que buscam o chamado fim normativo²³. Na autocomposição, já foi referido que o meio utilizado é a negociação coletiva. Para Nascimento²⁴, a negociação coletiva é característica do *plurinormativismo* do Direito, já que o seu resultado (convenção coletiva de trabalho) tem força de lei entre as partes.

A Constituição da República de 1988, sétima brasileira, sexta republicana e quinta a arrolar direitos sociais trabalhistas, foi a primeira da história consitucional brasileira a inserí-los no âmbito dos direitos e garantias fundamentais²⁵.

O Título II é que trata dos direitos e garantias fundamentais. Neste título, o Capítulo II trata dos direitos sociais, sendo os direitos sociais trabalhistas encontrados no artigo 7º²⁶. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria

²⁰ MARTINS, 2004, p. 710.

²¹ Na forma do art. 2º, da Lei nº 7.783/1989, “greve é a suspensão coletiva, temporária e pacífica total ou parcial, de prestação pessoal de serviços a empregador” (BRASIL. Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7783.htm>. Acesso em: 10 abr. 2017).

²² “Paralisação das atividades, por iniciativa do empregador, com o objetivo de frustrar negociação ou dificultar o atendimento de reivindicações dos respectivos empregados” (Art. 17, Lei 7.783/1989). O locaute é proibido no Brasil.

²³ As normas coletivas (acordos coletivos de trabalho, convenções coletivas de trabalho, sentenças normativas e laudos arbitrais são leis entre as partes).

²⁴ NASCIMENTO, 2000, p. 267.

²⁵ Constituição Federal (BRASIL, 1988).

²⁶ STÜRMER, Gilberto. *Direito Constitucional do Trabalho no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2014, p. 27.

de sua condição social, entre outros, o reconhecimento das convenções e acordos coletivos e trabalho, ou seja, o reconhecimento da negociação coletiva de trabalho.²⁷

Segundo Mendes e Branco²⁸, a Constituição brasileira de 1988 atribuiu significado ímpar aos direitos fundamentais:

Já a colocação do catálogo dos direitos fundamentais no início do texto constitucional denota a intenção do constituinte de emprestar-lhes significado especial. A amplitude conferida ao texto, que se desdobra em setenta e oito incisos e quatro parágrafos (art. 5º), reforça a impressão sobre a posição de destaque que o constituinte quis outorgar a esses direitos. A ideia de que os direitos individuais devem ter eficácia imediata ressalta a vinculação direta dos órgãos estatais a esses direitos e o seu dever de guardar-lhes estrita observância.

O constituinte reconheceu ainda que os direitos fundamentais são elementos integrantes da *identidade* e da *continuidade* da Constituição, considerando, por isso, ilegítima qualquer reforma constitucional tendente a suprimi-los (art. 60, § 4º).

Especificamente sobre os direitos fundamentais sociais trabalhistas, já reconhecidos, como visto acima, como cláusulas pétreas, dizem Mendes e Branco²⁹:

A Constituição contempla um leque bastante diferenciado de normas referentes aos chamados direitos sociais do trabalhador. Não são poucas as disposições

²⁷ Art. 7º, XXVI, Constituição Federal (BRASIL, 1988).

²⁸ MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. Curso De Direito Constitucional. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011, p. 671.

²⁹ MENDES; BRANCO, 2011, p. 683.

que regulam as bases da relação contratual e fixam o estatuto básico do vínculo empregatício, conferindo destaque para situações especiais.

É notório que a Constituição procurou estabelecer limites ao poder de conformação do legislador e dos próprios contratantes na conformação do contrato de trabalho. Nesse sentido, as garantias arroladas no artigo 7º.

No que concerne à negociação coletiva de trabalho, esses autores consideram que, no caso do reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho, o constituinte pretendeu explicitar um dever geral de proteção por parte do legislador. Referem que tal norma, assim como outras, contém diretrizes dirigidas primariamente ao legislador, ou a este e à Administração, com o objetivo de garantir a proteção necessária ao trabalhador no sentido de criar disciplina normativa apta ao reconhecimento e aplicação das convenções e acordos coletivos. Destacam, ainda, que:

“(...) não se pode falar em um direito subjetivo em face do empregador, mas mais precisamente, de deveres de proteção que devem ser satisfeitos e implementados pelo legislador e pela administração. É possível que tais deveres estarão a reclamar continuamente normas de organização e procedimento.”³⁰

Tal circunstância denota que devem haver ajustes de acordo com a necessidade social do momento. É possível, portanto, alterar as regras que regulam as relações de trabalho e de emprego, preservando-se o caráter de cláusulas pétreas dos direitos arrolados no artigo 7º da Constituição.

³⁰ MENDES; BRANCO, 2011, p. 684-685.

No contexto da dignidade da pessoa humana, também os direitos fundamentais têm papel essencial, entre os quais os direitos sociais trabalhistas, com ênfase na organização sindical e na negociação coletiva de trabalho. Este é o pensamento de Sarlet³¹:

Também os assim denominados direitos sociais, econômicos e culturais, seja na condição de direitos de defesa (negativos), seja na sua dimensão prestacional (atuando como direitos positivos), constituem exigência e concretização da dignidade da pessoa humana. O reconhecimento jurídico-constitucional da liberdade de greve e de associação e organização sindical, jornada de trabalho razoável, direito ao repouso, bem como as proibições de discriminação nas relações trabalhistas (e aqui fixamo-nos nos exemplos mais conhecidos) foi resultado das reivindicações das classes trabalhadoras.

Sobre negociação coletiva, já na primeira metade do século XX, Carnelutti³² abordava a sua construção e origem:

Il regolamento collettivo, norma o sistema di norme che disciplinano tutti i rapporti di lavoro compresi in una data categoria, nasce da uno di questi tre fatti: il *contratto* (colettivo), la *ordinanza* (corporativa), la *sentenza* (del magistrato di lavoro). Queste sono pertanto le sue fonti, come la legge (meglio forse l'atto legislativo) e la consuetudine sono nell'ordine vigente, le fonti della norma giuridica vera e propria.

Quando si dice che el regolamento giuridico nasce dal contratto, dalla ordinanza o dalla sentenza e, allo

³¹ SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001, p. 92.

³² CARNELUTTI, Francesco. *Teoria del Regolamento Collettivo dei Rapporti di Lavoro*. 7^o migliaio. Milan: Padova, 1936, 136.

stesso modo, che na norma giuridica nasce dall'atto legislativo o dall'uso, i quali perciò ne costituiscono le fonti, si parla in modo figurato. In realtà il regolamento collettivo no è se non la espressione della efficacia che a questi fatti riconosce l'ordine giuridico, come la norma giuridica è l'espressione della efficacia che altre norme superiori, o, al sommo, la coscienza comune attribuiscono agli altri fatti ora ricordati. Com la stessa figura si dice che la luce surge dalla lampada o l'ombra del corpo opaco. Fonte del regolamento collettivo è dunque il fatto, a cui la legge attribuisce la efficacia caratteristica di quel regolamento.

A negociação coletiva de trabalho e a fonte formal dela decorrente - convenção coletiva de trabalho - têm uma base conceitual equânime na doutrina internacional.

Por outro lado, verifica-se que, a par do fato de ser a negociação coletiva de trabalho um direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, a sua estrutura é moldada no Brasil e em outros ordenamentos jurídicos, de modo a inserí-la no contexto social, econômico e contemporâneo das necessidades sociais. Isto, por si só, evidencia a necessidade de adaptação do direito à realidade social.

De outra parte, é importante salientar o fato de que, nas relações coletivas de trabalho previstas no sistema constitucional brasileiro, a representação da categoria profissional (empregados) se dá, obrigatoriamente, pela entidade sindical³³. Este fato afasta a hipossuficiência dos empregados no âmbito coletivo. Entende-se como uma forma de aplicação do princípio da proteção (que é um

³³ Art. 8º, VI - é obrigatória a participação dos sindicatos na negociação coletiva de trabalho (BRASIL, 1988).

princípio do Direito Individual do Trabalho) no âmbito do Direito Coletivo do Trabalho.

Segadas Vianna³⁴ entendeu a vocação das organizações coletivas de trabalhadores para buscar melhores condições junto aos empregadores, mas também para combater a opressão excessiva, a injustiça e o descaso do Estado e das leis - o que se considera que hoje não ocorre.

Neste sentido tem decidido o Supremo Tribunal Federal acerca da negociação coletiva de trabalho e da autonomia privada coletiva do sindicato de classe. Em 2015, no conhecido caso dos Planos de Dispensa Voluntária (PDVs), o STF, no Recurso Extraordinário nº 590.415, com repercussão geral, publicado em 29 de maio de 2015 (Rel. Min. Roberto Barroso), destacou o seu significado no sentido de reduzir de impacto social de dispensas, dando validade da quitação plena passada por empregada ao ao PDV³⁵.

No mesmo sentido, no Recurso Extraordinário nº 895.759, cujo acórdão foi publicado em 23/05/2017 (Rel. Teori Zavascki):

“Os acordos coletivos entre sindicato e empresa em matéria e salário e jornada de trabalho podem se sobrepôr à CLT, desde que o negociado não ultrapasse os limites da razoabilidade. No caso, houve supressão de horas *in itinere* em substituição a outros direitos. A decisão é de repercussão geral.”³⁶

³⁴ SEGADAS VIANNA, José de. *Direito Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1972, p. 28-29.

³⁵ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 590415 - Recurso Extraordinário*. Relator Ministro Roberto Barroso. Acórdão publicado no DJE 29/05/2015, Ata nº 78/2015. Brasília: DJE nº 101, divulgado em 28/05/2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2629027>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

³⁶ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *Justiça. RE 895759 - Recurso Extraordinário*. Relator Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2629027>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

Como medida de valorização da negociação coletiva de trabalho, destaca-se, ainda, na Arguição de descumprimento de preceito fundamental (ADPF) nº 323, a concessão de Medida Cautelar pelo STF (Min. Gilmar Mendes) para suspender os efeitos de decisões da Justiça do Trabalho sobre a ultratividade das normas coletivas (17/10/16)³⁷.

A fim de contextualizar o tema, em 2012, o Tribunal Superior do Trabalho (TST) havia mudado entendimento sobre a matéria, alterando a redação da Súmula 277, dando ultratividade à norma coletiva.³⁸ Nesse sentido, destaca-se que no texto da reforma trabalhista (PLC 38/2017) há previsão de proibir a ultratividade (art. 614, § 3º - NR)³⁹.

Com a dimensão da importância da negociação coletiva de trabalho - direito fundamental, da abertura das suas possibilidades à adequação social e, ao mesmo tempo, com os limites constitucionais bem definidos sobre direitos que não podem ser reduzidos ou eliminados, examina-se, a seguir, as normas internacionais sobre a matéria.

³⁷ BRASIL. Supremo Tribunal Federal. <http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=4599102>.

³⁸ BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula nº 277 do TST. CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO OU ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. EFICÁCIA. ULTRATIVIDADE* (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-277>. Acesso em: 10 abr. 2017.

³⁹ BRASIL. Câmara dos Deputados. *Projeto de Lei - PL 6787/2016*. Altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122076>>. Acesso em: 10 abr. 2017; BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei da Câmara nº 38, de 2017 - Reforma Trabalhista*. Disponível em: <<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129049>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

3. TRATADOS INTERNACIONAIS SOBRE NEGOCIAÇÃO COLETIVA E O MODELO BRASILEIRO

Em relação à negociação coletiva, recebem destaque as convenções 98 (1949)⁴⁰ e 154 (1981)⁴¹ da Organização Internacional do Trabalho (OIT), ratificadas pelo Brasil respectivamente em 1953 e 1994. Já a Convenção nº 87 da OIT, de 1948, que trata da liberdade sindical de forma mais ampla, não foi até hoje internalizada pelo Brasil.⁴²

A Convenção nº 98 tem como título “O Direito de Sindicalização e de Negociação Coletiva”. Seu enfoque principal destaca que os trabalhadores empregados devem gozar de proteção adequada contra quaisquer atos atentatórios à liberdade sindical em matéria de emprego⁴³.

Por outro lado, segundo a Convenção nº 154, a Negociação Coletiva compreende todas as negociações que tenham lugar entre, de uma parte o empregador, um grupo de empregadores ou uma organização ou várias organizações de empregadores e, de outra parte, uma ou várias organizações de trabalhadores, visando: fixar as condições de trabalho e de emprego; regular as relações entre empregadores e trabalhadores; regular as relações entre

⁴⁰ BRASIL. Decreto nº 33.196, de 29 de junho de 1953. Promulga a Convenção relativa à Aplicação dos Princípios do Direito de Organização e de Negociação Coletiva, adotada em Genebra, a 1º de julho de 1949. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decreto/1950-1959/decreto-33196-29-junho-1953-337486-norma-pe.html>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

⁴¹ BRASIL. Decreto nº 1.256, de 29 de setembro de 1994. Promulga a Convenção nº 154, da Organização Internacional do Trabalho, sobre o Incentivo à Negociação Coletiva, concluída em Genebra, em 19 de junho de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d1256.htm>. Acesso em: 10 abr. 2017.

⁴² ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. Convenção nº 87 de 1948. Liberdade Sindical e Proteção ao Direito de Sindicalização. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/liberdade-sindical-e-prote%C3%A7%C3%A3o-ao-direito-de-sindicaliza%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

⁴³ BRASIL, 1953.

empregadores ou suas organizações e uma ou várias organizações de trabalhadores ou alcançar todos estes objetivos de uma só vez.⁴⁴

É, pois, uma forma de ajuste de interesses entre as partes, que acertam as diferentes posições existentes, visando encontrar uma solução capaz de compor suas posições⁴⁵.

No Brasil, seguindo orientação da Convenção nº 154 da OIT, o procedimento da negociação coletiva segue os seguintes passos⁴⁶:

1. os sindicatos trabalhistas comunicam aos sindicatos patronais ou diretamente às empresas as suas reivindicações, iniciando-se um procedimento de negociação direta, sem interferência do Estado. A lei obriga às partes a manter o diálogo⁴⁷ e o Poder Judiciário tem admitido a instauração de instância (ajuizamento de dissídio coletivo) somente com prova robusta de que houve negociação e que a mesma se esgotou;
2. havendo recusa à negociação, O Ministério do Trabalho, através dos seus órgãos regionais, poderão convocar mesa redonda, iniciando-se, assim, a mediação que, como em toda a mediação, não terá poderes decisórios, mas apenas apresentará propostas que as partes aceitarão ou não;
3. havendo iminência de greve, também poderá ser convocada mesa redonda pela Superintendência Regional do Trabalho e do Emprego;

⁴⁴ BRASIL, 1994.

⁴⁵ MARTINS, 2002, p. 727.

⁴⁶ STÜRMER, Gilberto. *A liberdade sindical na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e sua relação com a Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

⁴⁷ Art. 616 CLT (BRASIL, 1943).

4. não havendo autocomposição (convenção ou acordo coletivo de trabalho), sem ou com mediação, a lei autoriza a greve, segundo procedimento e nas hipóteses previstas;

5. finalmente, não havendo autocomposição, o conflito buscará a solução através da heterocomposição, transferindo-se para os tribunais do trabalho, caso as partes não tenham preferido a arbitragem⁴⁸.

Ajuizado o dissídio coletivo, este será julgado pelos tribunais do trabalho (tribunais regionais de trabalho e TST) que, através de uma sentença normativa, decidirão o conflito, respeitadas, na decisão, as disposições mínimas legais de proteção ao trabalho, bem como as convencionadas anteriormente⁴⁹.

O poder judiciário age como poder legislativo, eis que fixa normas a serem observadas pelas partes conflitadas⁵⁰.

Consoante previsão constitucional, a negociação coletiva é um requisito para a arbitragem e para a jurisdição⁵¹. Ademais, a própria CLT⁵², condiciona a instauração da instância à comprovação cabal e inequívoca da tentativa de negociação prévia.

A negociação coletiva distingue-se da convenção e do acordo coletivo de trabalho, já que se trata de procedimento que visa superar divergência entre as partes, sendo o seu resultado, a convenção ou o acordo coletivo de trabalho⁵³.

⁴⁸ Art. 114 e parágrafos, Constituição Federal (BRASIL, 1988).

⁴⁹ STÜRMER, 2007, p. 67 e seguintes.

⁵⁰ STÜRMER, 2007, p. 67 e seguintes.

⁵¹ Art. 114, § 2º, Constituição Federal (BRASIL, 1988).

⁵² Art. 856 e seguintes, CLT (BRASIL, 1943).

⁵³ Ver MARTINS, 2004, p. 727.

A Constituição da República, como já referido, reconhece as convenções e os acordos coletivos de trabalho⁵⁴. Determina, ainda, que “ao sindicato cabe a defesa dos direitos e interesses coletivos ou individuais da categoria, inclusive em questões judiciais ou administrativas”⁵⁵, e que “é obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho.”⁵⁶ Assim, como resultado das negociações coletivas de trabalho (formas autocompositivas de solução dos conflitos coletivos de trabalho), o ordenamento jurídico abriga as convenções e os acordos coletivos de trabalho.

Segundo o artigo 611, da CLT:

Convenção coletiva de trabalho é o acordo de caráter normativo pelo qual dois ou mais sindicatos representativos de categorias econômicas e profissionais estipulam condições de trabalho aplicáveis, no âmbito das respectivas representações, às relações individuais de trabalho.⁵⁷

Com efeito, pelo menos dois sindicatos - de um lado, o dos trabalhadores e de outro, o dos empregadores - colocam um fim no conflito através de um acordo (negociação) que estabelece regras aplicáveis às relações individuais de trabalho da respectiva categoria no âmbito de sua representação, obedecida a regra da unicidade sindical.⁵⁸

O caráter é normativo porque a convenção coletiva é lei entre as partes. Por se tratar de um contrato, há também o caráter obrigacional das cláusulas e condições que estipulam regras entre os

⁵⁴ “Art. 7º. São direitos dos trabalhadores urbanos e rurais, além de outros que visem à melhoria de sua condição social: (...) XXVI - reconhecimento das convenções e acordos coletivos de trabalho. (...)” (BRASIL, 1988)

⁵⁵ Art. 8º, III, Constituição Federal (BRASIL, 1988).

⁵⁶ Art. 8º, VI, Constituição Federal (BRASIL, 1988).

⁵⁷ Art. 611, CLT (BRASIL, 1943).

⁵⁸ STÜRMER, 2007, p. 67 e seguintes.

sindicatos convenientes. O parágrafo primeiro, do artigo 611 da CLT, dispõe que:

§1º. É facultado aos sindicatos representativos de categorias profissionais celebrar Acordos Coletivos com uma ou mais empresas da correspondente categoria econômica, que estipulem condições de trabalho, aplicáveis no âmbito da empresa ou das empresas acordantes às respectivas relações de trabalho⁵⁹.

Assim, em menor escala, o sindicato dos trabalhadores poderá negociar com uma ou mais empresas, para estipular regras aplicáveis às relações de trabalho naquelas empresas.

Apesar de posições em contrário, entende-se que o dispositivo foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988, já que o artigo 7º, inciso XXVI da Constituição reconhece as convenções e acordos coletivos de trabalho⁶⁰. Assim, quando o artigo 8º, inciso VI, determina ser obrigatória a participação dos sindicatos nas negociações coletivas de trabalho, é certo estar se referindo ao sindicato dos trabalhadores (categoria profissional)⁶¹.

O artigo 616, da CLT, determina que “os sindicatos representativos de categorias econômicas ou profissionais e as empresas, inclusive as que não tenham representação sindical, quando provocados, não podem recusar-se à negociação coletiva, que visa a convenção ou o acordo coletivo de trabalho.

Registre-se, ainda, que nos termos do artigo 620, da CLT, as condições estabelecidas em convenção, quando mais favoráveis, prevalecerão sobre as estipuladas em acordo. Isto porque, sendo especial, em regra o acordo prevalece sobre a convenção. Todavia,

⁵⁹ §1º do Art. 611, CLT (BRASIL, 1943).

⁶⁰ Art. 7º, XXVI, Constituição Federal (BRASIL, 1988).

⁶¹ Art. 8º, inciso VI, Constituição Federal (BRASIL, 1988). Ver STÜRMER, 2007, p. 67 e seguintes.

em face do princípio protetor, no Direito do Trabalho vige a regra da norma mais favorável ao trabalhador, o que explica a regra prevista no artigo 620 da CLT⁶².

O sistema sindical brasileiro desenvolveu-se sob os nefastos mantos do corporativismo e do intervencionismo. Embora signatário da OIT desde a sua criação em 1919, o Brasil não recepcionou a principal Convenção da entidade, qual seja, a de nº 87, publicada em 1948 e que dispõe sobre liberdade sindical⁶³. Foi somente com a promulgação da atual Constituição Federal, em 05 de outubro de 1988, que alguma luz de liberdade sindical surgiu no horizonte.⁶⁴

O artigo 8º da Constituição Federal dispõe que é livre a associação profissional ou sindical e determina que a lei não poderá exigir autorização do Estado para a fundação do sindicato, ressalvado o registro no órgão competente, vedadas ao Poder Público a interferência e a intervenção na organização sindical⁶⁵. Ocorre que o sindicalismo nacional ainda sofre com o intervencionismo e com a ausência de liberdade plena. Os traços marcantes são os seguintes⁶⁶:

unicidade sindical: segundo o artigo 8º, II, da Constituição Federal⁶⁷. A alternativa, através de emenda constitucional, seria o pluralismo ou até a unidade sindical, onde os sindicatos se unem sem imposição estatal.

⁶² Art. 620, CLT (BRASIL, 1943). Ver RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1996, p. 53.

⁶³ Convenção da entidade, qual seja, a de nº 87, publicada em 1948

⁶⁴ BRASIL, 1988. Ver STÜRMER, 2007, p. 67 e seguintes.

⁶⁵ Art. 8º, caput e inciso I, Constituição Federal (BRASIL, 1988).

⁶⁶ STÜRMER, 2007, p. 67 e seguintes.

⁶⁷ Art. 8º É livre a associação profissional ou sindical, observado o seguinte: (...) II - é vedada a criação de mais de uma organização sindical, em qualquer grau, representativa de categoria profissional ou econômica, na mesma base territorial, que será definida pelos trabalhadores ou empregadores interessados, não podendo ser inferior à área de um Município; (...) (BRASIL, 1988)

enquadramento sindical por categoria: segundo o artigo 570 e seguintes da CLT, o enquadramento sindical no Brasil se dá por categoria idêntica, similar ou conexa⁶⁸, o que quer dizer que um trabalhador ou um empregador que exercem determinada atividade (por exemplo, ramo metalúrgico), não podem ser representado por outro sindicato que, por ventura, lhes seja mais representativo⁶⁹. Alteração legislativa, em conjunto com as modificações constitucionais acima citadas, resolveria a questão.

contribuição sindical compulsória: prevista nos artigos 578 e seguintes da CLT, existe desde 1940 e fere de morte o princípio da liberdade sindical e também a regra constitucional que diz que ninguém será obrigado a filiar-se ou a manter-se filiado a sindicato⁷⁰. Os trabalhadores, os autônomos, os profissionais liberais e os empregadores são obrigados a contribuir para o sistema sindical⁷¹. Tal circunstância, além de ser contrária à liberdade, faz com que se mantenham sindicatos que não são representativos, quando não verdadeiros fantasmas. A modificação depende de alteração na lei, mas, mais do que isso, depende da superação do lobismo, do conservadorismo, do corporativismo e do intervencionismo que emperram o sindicalismo no Brasil.

⁶⁸ Nos termos do parágrafo único, do artigo 570, da CLT, “quando os exercentes de quaisquer atividades ou profissões se constituírem, seja pelo número reduzido, seja pela natureza mesma dessas atividades ou profissões, seja pelas afinidades existentes entre elas, em condições tais que não se possam sindicalizar eficientemente pelo critério de especificidade de categoria, é-lhes permitido sindicalizar-se pelo critério de categorias similares ou conexas, entendendo-se como tais as que se acham compreendidas nos limites de cada grupo constante do quadro de atividades ou profissões.” (BRASIL, 1943)

⁶⁹ Por tal circunstância entende-se que, salvo exceções, o Capítulo II, do Título V, da CLT, que trata do enquadramento sindical e abrange os artigos 570 a 577, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 (BRASIL, 1943).

⁷⁰ Art. 8º, V, da Constituição Federal. (BRASIL, 1988)

⁷¹ Art. 580 e incisos, da CLT. (BRASIL, 1943)

efetivo exercício do direito de greve: a Constituição Federal prevê o direito nos artigos 9º (trabalhadores privados) e 37, VII (servidores públicos). Os servidores públicos ainda não têm legislação que regulamente o direito. Os trabalhadores privados têm o seu direito de greve regulado pela Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989,⁷² mas a liberdade ao exercício do direito ainda é muito reprimida. O que não se pode olvidar é que, mais do que um fato jurídico, a greve é um fato social.

Estes são alguns exemplos da ausência de liberdade sindical no Brasil. Entende-se que a Emenda Constitucional nº 45/2004 deu uma oportunidade jurídica impar para o advento da liberdade sindical no Brasil⁷³. O novo parágrafo 3º, do artigo 5º, dispõe que os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados, em cada casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais⁷⁴.

A Convenção 87 da OIT que trata de liberdade sindical⁷⁵ é, de fato, um tratado sobre direitos humanos. Havendo vontade política para superar a questão formal, o *status* de emenda constitucional abriria as portas para o pluralismo sindical, o fim do enquadramento, da contribuição compulsória e do poder normativo⁷⁶.

Para finalizar, propõe-se um conceito de liberdade sindical, onde efetivamente não há lugar para a unicidade sindical, o

⁷² Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989 (BRASIL, 1989).

⁷³ BRASIL. *Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004*. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 10 abr. 2017.

⁷⁴ Ver STÜRMER, Gilberto. *A Liberdade Sindical na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e sua relação com a Convenção nº 87 da Organização Internacional do Trabalho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2007, p. 64-65.

⁷⁵ OIT, 1948.

⁷⁶ STÜRMER, 2007, p. 67 e seguintes.

enquadramento sindical, a contribuição compulsória e o poder normativo da Justiça do Trabalho⁷⁷:

direito de trabalhadores, entendidos como tal empregados, empregadores, autônomos e profissionais liberais, de livremente constituírem e desconstituírem sindicatos; de individualmente ingressarem e saírem dos sindicatos conforme seus interesses e sem limites decorrentes da profissão à qual pertençam; de livremente administrarem as organizações sindicais, constituírem órgãos superiores e de associarem-se a órgãos internacionais; de livremente negociarem sem qualquer interferência do Poder Público (executivo, legislativo ou judiciário); e de livremente exercerem o direito de greve, observadas as formalidades legais; tudo isso sem limitação de base territorial e num regime de pluralismo, sendo o sistema financiado única e exclusivamente pelas contribuições espontâneas por eles mesmos fixadas.

Não há dúvida, portanto, que a constante busca pela efetivação dos direitos sociais previstos na Constituição da República de 1988, mais especificamente nos seus artigos 7º e 8º, passa no Brasil, necessária e obrigatoriamente pela implantação da liberdade sindical.

O espaço para negociação coletiva deve ser ampliado. Este é, de fato, um grande mérito da proposta de reforma trabalhista. Discorda-se da expressão “negociado X legislado”, muito utilizada na mídia. Não é disso que se trata. A Constituição da República, no seu núcleo fundamental, permanecerá incólume. A própria legislação infranconstitucional será o estatuto jurídico das categorias que não negociarem.

⁷⁷ STÜRMER, 2007, p. 60-61.

4. CONCLUSÃO

Examinaram-se os conflitos coletivos de trabalho, suas definições a partir da proposta conceitual de autores eleitos como base teórica. Também se destacou a ligação do conflito com as suas formas de solução, especialmente a autocompositiva negociação coletiva de trabalho.

No ordenamento jurídico brasileiro atual, a negociação coletiva de trabalho está no rol dos direitos fundamentais sociais trabalhistas. Assim, portanto, a negociação coletiva de trabalho é um direito fundamental da classe trabalhadora. Este direito não altera o fato de que há direitos que não podem ser objeto de negociação coletiva por se tratarem de cláusulas pétreas.

Os conflitos coletivos de trabalho têm origem sociológica antes de jurídica. O sistema legal brasileiro privilegia a negociação coletiva de trabalho como meio de solução dos conflitos e as convenções e acordos coletivos de trabalho como resultado da autocomposição.

No âmbito internacional, o Brasil ratificou as convenções 98 e 154 da OIT, privilegiando a negociação coletiva de trabalho como direito. Infelizmente o mesmo não ocorreu com a Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho, que pavimenta o caminho para a liberdade sindical.

Para melhor aproveitamento da negociação coletiva no sistema brasileiro, deve ser implantada a liberdade sindical plena, recepcionando a Convenção 87 da OIT, e estabelecendo o pluralismo sindical, o enquadramento sindical livre, o fim da contribuição

sindical compulsória, a abertura ao direito constitucional de greve e a efetiva extinção do poder normativo da Justiça do Trabalho.

A adoção da Convenção 87 da OIT, que é um tratado internacional de direitos humanos, deveria se dar através do instrumento previsto no artigo 5º, parágrafo 3º, da Constituição Federal, com redação dada pela Emenda nº 45/2004. Nesse contexto, certamente seria aberto um caminho de implantação efetiva dos direitos sociais preconizados pela Carta.

A proposta do texto, por outro lado, em uma ideia de delimitação do tema, foi, a partir das discussões e bases teóricas iniciais - conflito coletivo de trabalho, negociação coletiva de trabalho como direito fundamental e exame das normas internacionais sobre negociação coletiva de trabalho, examinar o contexto da sistemática no Brasil.

O importante é focar nas possibilidades de que a negociação coletiva de trabalho, como direito fundamental dos trabalhadores que é, abrir horizontes a fim de adaptar o Direito do Trabalho ao mundo real.

Ao contrário do que muitos pregam, não há falar em fim do Direito do Trabalho ou em acabar com a CLT. O que a reforma pretende, sim, é inserir o Direito do Trabalho ao mundo do trabalho contemporâneo, já que o direito sempre corre atrás do fato social.

Assim como a lei, os textos científicos devem guardar relação com a realidade, sob pena de não serem reconhecidos por ela. O que se pretendeu aqui, foi demonstrar que a negociação coletiva de trabalho, direito fundamental existente desde a origem da atual Constituição, tem espaço para se adaptar às novas realidades que

se apresentam e que impõem uma análise e um reconhecimento aberto, quer pelo intérprete, quer pelos atores sociais.

5. REFERÊNCIAS

AROUCA, José Carlos. *Curso Básico de Direito Sindical*. 5 ed. São Paulo: LTr, 2016.

BRASIL. Câmara dos Deputados. Lei nº 13.467/2017. Altera o Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943 - Consolidação das Leis do Trabalho, e a Lei nº 6.019, de 3 de janeiro de 1974, para dispor sobre eleições de representantes dos trabalhadores no local de trabalho e sobre trabalho temporário, e dá outras providências. Disponível em: <<http://www.camara.gov.br/proposicoesWeb/fichadetramitacao?idProposicao=2122076>>. Acesso em: 14 jul 2017.

BRASIL. *Constituição da República Federativa do Brasil de 1988*. DOU de 5.10.1988. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 10 abr. 2017.

BRASIL. *Decreto nº 33.196, de 29 de junho de 1953*. Promulga a Convenção relativa à Aplicação dos Princípios do Direito de Organização e de Negociação Coletiva, adotada em Genebra, a 1º de julho de 1949. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/decret/1950-1959/decreto-33196-29-junho-1953-337486-norma-pe.html>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

BRASIL. Decreto nº 1.256, de 29 de setembro de 1994. Promulga a Convenção nº 154, da Organização Internacional do Trabalho, sobre o Incentivo à Negociação Coletiva, concluída em Genebra, em 19 de junho de 1981. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d1256.htm>. Acesso em: 10 abr. 2017.

BRASIL. *Decreto-Lei nº 5.452, de 1º de maio de 1943*. Aprova a Consolidação das Leis do Trabalho. Disponível em:

<http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto-lei/Del5452.htm>. Acesso em: 10 abr. 2017.

BRASIL. *Emenda Constitucional nº 45, de 30 de dezembro de 2004*. Altera dispositivos dos arts. 5º, 36, 52, 92, 93, 95, 98, 99, 102, 103, 104, 105, 107, 109, 111, 112, 114, 115, 125, 126, 127, 128, 129, 134 e 168 da Constituição Federal, e acrescenta os arts. 103-A, 103B, 111-A e 130-A, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/emendas/emc/emc45.htm>. Acesso em: 10 abr. 2017.

BRASIL. *Lei nº 9.307, de 23 de setembro de 1996*. Dispõe sobre a arbitragem. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L9307.htm>. Acesso em: 10 abr. 2017

BRASIL. *Lei nº 7.783, de 28 de junho de 1989*. Dispõe sobre o exercício do direito de greve, define as atividades essenciais, regula o atendimento das necessidades inadiáveis da comunidade, e dá outras providências. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/L7783.htm>. Acesso em: 10 abr. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Súmula nº 277 do TST. CONVENÇÃO COLETIVA DE TRABALHO OU ACORDO COLETIVO DE TRABALHO. EFICÁCIA. ULTRATIVIDADE* (redação alterada na sessão do Tribunal Pleno realizada em 14.09.2012) - Res. 185/2012, DEJT divulgado em 25, 26 e 27.09.2012. Disponível em: <http://www3.tst.jus.br/jurisprudencia/Sumulas_com_indice/Sumulas_Ind_251_300.html#SUM-277>. Acesso em: 10 abr. 2017.

BRASIL. Tribunal Superior do Trabalho. *Instrução Normativa n. 4, de 8 de junho de 1993* (Cancelada pela Resolução n. 116, de 20 de março de 2003). Uniformiza o procedimento nos dissídios coletivos de natureza econômica no âmbito da Justiça do Trabalho. Diário da Justiça [da] República Federativa do Brasil, Brasília, DF, 14 jun. 1993. Seção 1, p. 11807.

BRASIL. Senado Federal. *Projeto de Lei da Câmara nº 38, de 2017 - Reforma Trabalhista*. Disponível em:

<<https://www25.senado.leg.br/web/atividade/materias/-/materia/129049>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 590415 - Recurso Extraordinário*. Relator Ministro Roberto Barroso. Acórdão publicado no DJE 29/05/2015, Ata nº 78/2015. Brasília: DJE nº 101, divulgado em 28/05/2015. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2629027>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

BRASIL. Supremo Tribunal Federal. *RE 895759 - Recurso Extraordinário*. Relator Ministro Teori Zavascki. Disponível em: <<http://www.stf.jus.br/portal/processo/verProcessoAndamento.asp?incidente=2629027>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

BRITO FILHO, José Claudio Monteiro de. *Direito Sindical: Análise do modelo brasileiro de relações coletivas de trabalho à luz do Direito Comparado e da Doutrina da OIT - Proposta de inserção da Comissão de Empresa*. 5 ed. São Paulo: LTr, 2015.

CARNELUTTI, Francesco. *Teoria del Regolamento Collettivo dei Rapporti di Lavoro*. 7º migliaio. Milan: Padova, 1936.

JAVILLIER, Lean-Claude. *Manual de Direito do Trabalho*. Tradução de Rita Asdine Bozaciyan. São Paulo: LTr, 1988.

MARTINS, Sergio Pinto. *Direito do Trabalho*. 19 ed. São Paulo: Atlas, 2004.

MARTINEZ, Luciano. *Curso de Direito do Trabalho*. 7 ed. São Paulo: Saraiva, 2016.

MENDES, Gilmar Ferreira; BRANCO, Paulo Gustavo Gonet. *Curso De Direito Constitucional*. 6 ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

NASCIMENTO, Amauri Mascaro. *Compêndio de Direito Sindical*. 2 ed. São Paulo: LTr, 2000.

OLEA, Manuel Alonso. *Introducción al Derecho del Trabajo*. 5 ed. Madrid: Civitas, 1994.

ORGANIZAÇÃO INTERNACIONAL DO TRABALHO. *Convenção nº 87 de 1948. Liberdade Sindical e Proteção ao Direito de Sindicalização*. Disponível em: <<http://www.oitbrasil.org.br/content/liberdade-sindical-e-prote%C3%A7%C3%A3o-ao-direito-de-sindicaliza%C3%A7%C3%A3o>>. Acesso em: 10 abr. 2017.

RODRIGUEZ, Américo Plá. *Princípios de Direito do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1996.

SARLET, Ingo Wolfgang. *Dignidade da Pessoa Humana e Direitos Fundamentais*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2001.

SEGADAS VIANNA, José de. *Direito Coletivo do Trabalho*. São Paulo: LTr, 1972.

STÜRMER, Gilberto. *A liberdade sindical na Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 e sua relação com a Convenção 87 da Organização Internacional do Trabalho*. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2007.

STÜRMER, Gilberto. *Direito Constitucional do Trabalho no Brasil*. São Paulo: Atlas, 2014.

PANDEMIA, DESIGUALDAD Y VULNERABILIDADES EN ARGENTINA.

Gonzalo Salerno.

Doctor y Decano de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Catamarca.

Profesor de Derecho Constitucional.

1. DESIGUALDADES Y DISCRIMINACIÓN EN TIEMPOS DE COVID-19. REFLEXIONES INICIALES.

Desde hace muchos años en Argentina, y en general en Latinoamérica, como en muchas otras regiones del planeta, se observa una realidad de pobreza crónica y dramática desigualdad social, manifestándose constantes prácticas discriminatorias estructurales que constituyen una permanente y cruda vulneración, a gran escala, de derechos fundamentales para la vida en sociedad.

América es la región más desigual del mundo. La pobreza, la inequidad social, las múltiples manifestaciones de prácticas discriminatorias, la exclusión de muchas personas al efectivo goce y ejercicio de derechos humanos, la insatisfacción de necesidades jurídicas fundamentales, configuran una realidad que se observa desde hace muchos años, y que se manifiesta hoy mucho más profundizada y agravada¹.

Esta evidencia pone nuevamente en crisis, además, el paradigma del Estado Social de Derecho comprometido con la protección integral de los Derechos Humanos, propiciado en los últimos años y

¹ SALERNO, Gonzalo: "Constitución de la Nación Argentina. A 25 años de la reforma de 1994. Evolución doctrinal y jurisprudencial". Coord. MANILI, Pablo. Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Hammurabi, Buenos Aires, 2019.

plasmado en la reforma constitucional de 1994². La falta de atención y definición de políticas públicas que propendan a garantizar el derecho al desarrollo humano, a no ser discriminado, a la inclusión social, a la salud, a la educación, a una calidad de vida digna, a la justa distribución de la riqueza, a la eliminación de la pobreza estructural, etc., sigue siendo la cruda y verdadera caracterización de un ideal postergado.

La práctica discriminatoria frecuente y sistemática, en sus diversas maneras y modos de manifestarse, provoca graves daños al tejido social, configurando no solamente una violación a principios y derechos constitucionales y convencionales esenciales del ser humano, sino también importando una agresión contra individuos o grupos sociales y, en definitiva, contra todo el sistema constitucional y democrático de gobierno³.

² El auge del neoliberalismo en el contexto de la mundialización de la economía profundizó la lógica de los extremos, acentuando las asimetrías sociales a escala global. Los avances muy acelerados de la informática, la tecnología y la comunicación; las transacciones comerciales electrónicas y el flujo de divisas; el protagonismo de las multinacionales; los agresivos parámetros de producción, consumo y crecimiento económico de la década de los noventa; etc., fueron provocando directa e indirectamente su contracara: pobreza, desigualdad, desempleo, desintegración social, lesiones a consumidores y usuarios, discriminaciones a grupos desprotegidos, alteraciones ambientales y puesta en peligro de la vida útil y funcionalidad de los recursos naturales y culturales, entre otras implicancias. La reforma de 1994 se propuso delinear una respuesta a aquella realidad. Comenzamos a hablar de una nueva etapa del constitucionalismo, en su versión contemporánea, con vocación y mirada colectiva. SALERNO, Gonzalo: *“La protección colectiva de los grupos más discriminados. Reflexiones a 25 años de la reforma constitucional argentina”*. En: *“Estado social y derechos fundamentales en tiempos de retrocesos”*. Sánchez Bravo - Melo de Casimiro - Gabardo (coeditores). REDAS. Ed. Punto Rojo. España, 2019.

Ver GIL DOMÍNGUEZ, Andrés: *“Neoconstitucionalismo y derechos colectivos”*, Ediar, Bs. As., 2005.

³ Para BIDART CAMPOS: *“la postración desigualitaria es uno de los peores enemigos para el sistema de derechos”*. Considera el autor que una sociedad es desigualitaria cuando hay estratificaciones sociales muy endurecidas o rígidas que traban la movilidad social, cuando tiene poblaciones marginales en situaciones de pobreza extrema, miseria, insalubridad, analfabetismo, carencia de bienes elementales para sus necesidades, cuando no existe la igualdad de oportunidades. En la misma línea sostiene SABSAY que la discriminación, como conducta contraria al art. 16 de la CN, ha alcanzado a partir de la segunda mitad del siglo veinte

La discriminación puede generar o consolidar realidades desiguales y, a la vez, a mayor desigualdad social es mayor la propensión a que determinados grupos excluidos y en situación de vulnerabilidad sean mucho más relegados, acentuándose la inequidad estructural⁴.

En esta línea, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos considera que la pobreza constituye un serio problema que se traduce en obstáculos para el goce y ejercicio de los derechos humanos en condiciones de igualdad real por parte de las personas, grupos y colectividades que viven en dicha situación. En determinados supuestos implica, además, violaciones de derechos humanos que pueden ser atribuidas a la responsabilidad internacional del Estado⁵.

La pandemia por COVID-19 ha provocado un grave deterioro y agravamiento de los problemas ya existentes, acentuando el daño que sufren diariamente millones de personas que integran

una nueva y dramática vigencia³. Para el autor, la protección del derecho a no ser discriminado y la tutela de los grupos vulnerables, como derecho de tercera generación, se ha visto fortalecida a partir de la reforma de 1994 con la incorporación de la figura del amparo colectivo, la inclusión de la cláusula 23 del art. 75 y las disposiciones de los instrumentos internacionales de derechos humanos. BIDART CAMPOS, Germán: *Teoría general de los derechos humanos*, Astrea, Bs. As., 1991, págs. 292 y ss. SABSAY, Daniel A.: *Tratado Jurisprudencial y doctrinario*. LA LEY, 2010, Tomo I, Págs. 489 y ss. SABSAY, Daniel: *La Argentina estructural. Proyecto de políticas públicas para el mediano y largo plazo. Justicia*. EDICON. Bs. As. 2018, págs. 85 y ss.

⁴ *“Las personas que viven en la pobreza tropiezan con enormes obstáculos, de índole física, económica, cultural y social, para ejercer sus derechos. En consecuencia, sufren muchas privaciones que se relacionan entre sí y se refuerzan mutuamente (como las condiciones de trabajo peligrosas, la insalubridad de la vivienda, la falta de alimentos nutritivos, el acceso desigual a la justicia, la falta de poder político y el limitado acceso a la atención de salud), que les impiden hacer realidad sus derechos y perpetúan su pobreza. Las personas sumidas en la extrema pobreza viven en un círculo vicioso de impotencia, estigmatización, discriminación, exclusión y privación material que se alimentan mutuamente”*. Principios Rectores sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos, Consejo de Derechos Humanos, 27 de septiembre de 2012, Resolución 21/11.

⁵ CIDH: Informe sobre pobreza 2017. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PobrezaDDHH2017.pdf>

colectivos vulnerables, cada vez más alejados de la satisfacción de necesidades esenciales y básicas.

Por una parte, los desafíos a los que nos enfrentó la pandemia mostraron el mayor nivel de impacto y consecuencias que sufrieron aquellos países que presentaban escasez de inversión, y serios déficit estructurales y de sistemas para poder dar respuestas a las graves demandas sanitarias, económicas, sociales, laborales, etc. que se produjeron y producen todavía en la actualidad; atravesando hoy, tal vez, las etapas finales de este complejo fenómeno global⁶.

Por otra parte, y estrictamente vinculado con lo anterior, la crisis de la pandemia COVID-19 lejos estuvo de tratar a todas las personas por igual, no solamente desde el punto de vista sanitario durante la etapa de mayor incidencia de la enfermedad, sino también en cuanto a las consecuencias directas y colaterales que se generaron por las medidas adoptadas para enfrentar la pandemia.

⁶ "Pero la situación ha afectado de forma desproporcionada a las **regiones con unos sistemas sanitarios más frágiles**, con grandes bolsas de **población vulnerable** y con unos **contextos socioeconómicos que dificultan las medidas de confinamiento**. Tal es el caso de América Latina, una región de 650 millones de personas en la que el coronavirus está exacerbando las desigualdades existentes y ensañándose con las personas y las comunidades que vienen padeciendo vulnerabilidades desde hace mucho tiempo, como las mujeres, las personas migrantes y las comunidades indígenas.

El impacto real de la COVID-19 en las economías locales aún está por verse, pero los análisis preliminares apuntan al equivalente de una gran depresión. La pandemia de COVID-19 puede exacerbar su deuda, generando una crisis financiera sin precedentes.

La COVID-19 ha sacado a la luz las desigualdades, las fragilidades y la crónica falta de inversiones de los sistemas sanitarios de América Latina. Las barreras de acceso a los servicios son multidimensionales. Según la Organización Panamericana de la Salud (OPS), la división regional de la OMS, el 30% de la población no puede permitirse pagar la atención sanitaria, y el 21% está excluido de ella por motivos geográficos. Esto significa que muchas de las personas más vulnerables de la región se hallan atrapadas en un círculo vicioso de pobreza, exclusión y enfermedad". <https://www.isglobal.org/-/covid-19-y-america-latina-que-es-necesario-para-que-una-region-muy-vulnerable-pase-a-estar-preparada-para-una-pandemia->

Los peores efectos se observaron en los países más empobrecidos. Y los grupos más desaventajados acentuaron su situación y acumularon sus factores de vulnerabilidad, como veremos más adelante⁷.

2. LA DESIGUALDAD ESTRUCTURAL EN LA CONSTITUCIÓN ARGENTINA Y LOS GRUPOS DE ATENCIÓN PREFERENTE

Este sintético análisis puede comenzar adelantando que es prácticamente coincidente la doctrina que afirma que el tratamiento constitucional a la igualdad (originariamente art. 15 y especialmente art. 16 de la Constitución Argentina de 1853/60), ha sido considerablemente ampliado y enriquecido en los últimos años con los aportes de los arts. 14 bis (1957), y los arts. 37, 43, 75, inc. 17, 19 y 23 (1994)⁸. Debemos agregar los instrumentos internacionales de Derechos Humanos, incorporados con jerarquía constitucional, que han contribuido significativamente a reforzar el plexo normativo en materia de tutela de este principio/derecho fundamental del constitucionalismo⁹.

Establece el art. 75 (inc. 23) que: corresponde al Congreso... *“Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en*

⁷ “La situación ha afectado de forma desproporcionada a las regiones con unos sistemas sanitarios más frágiles, con grandes bolsas de población vulnerable y con unos contextos socioeconómicos que dificultan las medidas de confinamiento. Tal es el caso de América Latina, una región de 650 millones de personas en la que el coronavirus está exacerbando las desigualdades existentes y ensañándose con las personas y las comunidades que vienen padeciendo vulnerabilidades desde hace mucho tiempo, como las mujeres, las personas migrantes y las comunidades indígenas”. Instituto de Salud Global Barcelona. www.isglo-bal.org.

⁸ MEDINA, Graciela: “Vulnerabilidad, control de constitucionalidad y reglas de prueba”. Revista LA LEY, 2016-F.

⁹ Por ej.: Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (Art. 2); Declaración Universal de DD. HH. (Arts. 1º y 7); Convención Americana sobre DD. HH. (Arts. 1.1., 1.2, 24); Pacto I. de DESC (Arts. 2.2, 3); Pacto I. de D. Civiles y Políticos (Arts. 2.1, 3, 24, 26, 27).

particular respecto de los niños, las mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad”.

El constitucionalismo social postula, a grandes rasgos, que el Estado no debe permanecer impasible esperando que el mercado sea quien genere condiciones de igualdad real. Debe abandonar su rol abstencionista e indiferente, y comprometerse activamente para remover los obstáculos estructurales de carácter económico, cultural y social que impiden el efectivo goce de los derechos. Se asume entonces la convicción de que sin igualación de las condiciones sociales de existencia, la pretendida igualdad ante la ley es utópica y/o engañosa¹⁰.

El principio de igualdad se vio fortalecido a partir de 1994. A través del citado art. 75 inc. 23 la CN promueve la implementación de medidas de acción positiva que deben atender preferentemente la situación de grupos identificados como especialmente sensibles y desaventajados, destinatarios de acciones que promuevan una mayor posibilidad de goce y ejercicio de derechos fundamentales.

Consideramos pertinente recurrir a un importante sector de la doctrina que, en los últimos años, ha comenzado a proponer la necesidad de un análisis, interpretación y aplicación de la igualdad con una mirada estructural y no solamente la óptica individual como venía prevaleciendo.

Para SABA, la visión estructural se incorporó con el objetivo de comenzar a dar respuestas a la falta de acceso a derechos que padecen muchos grupos de personas debido a una práctica social compleja y sistemática, cargada de prejuicios y creencias, que desplaza a mujeres, personas con discapacidad, indígenas u otros

¹⁰ ROSATTI, Horacio: “*Tratado de Derecho Constitucional*”. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, págs. 169 y ss.

grupos excluyéndolos de empleos, funciones, actividades, espacios, servicios, etc.¹¹.

El autor propone distinguir entre la idea tradicional de igualdad como no-discriminación y la igualdad como no-sometimiento. Consiste en la incorporación de una nueva estrategia, complementaria al ideal constitucional de igualdad, que permite la posibilidad de que el Estado realice distinciones y justifique la adopción de medidas tendientes a la búsqueda de una igualdad estructural, evitando la conformación o consolidación de grupos que excluyen sistemáticamente a otros impidiendo el goce y ejercicio de sus derechos.

Las dos miradas no se excluyen; todo lo contrario, se necesitan y, de algún modo, se complementan y monitorean una a la otra. A nosotros nos interesa concentrarnos, en esta oportunidad, en la estrategia que aconseja preocuparse por la desigualdad estructural y la subordinación sistémica que se advierte de determinados grupos en situación de vulnerabilidad en nuestra sociedad, para observar además el alto nivel de impacto sufrido por algunos de estos sectores en tiempos de pandemia.

Y es el modelo que, como venimos mostrando, se ha pretendido plasmar en 1994¹². El Estado, y los particulares, deberán evitar que por acciones u omisiones se consoliden o acentúen estas situaciones de subordinación y, además, deberán implementarse medidas que garanticen la disminución de las desigualdades.

Para GROSMAN, la igualdad real de oportunidades que contempló la CN a partir de la reforma es la igualdad estructural de oportunidades. Presta atención a la estructura social y aspira a modificarla mediante la provisión de beneficios sociales financiados con

¹¹ SABA, Roberto: *"Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?"*. Siglo veintiuno. Bs. As. 2016.

¹² SALERNO, Gonzalo: *"Constitución de la Nación Argentina. A 25 años de la reforma de 1994. Evolución doctrinal y jurisprudencial"*. Coord. MANILI, Pablo. Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Hammurabi, Buenos Aires, 2019.

fondos públicos¹³. Más que una faceta de la igualdad antidiscriminatoria, o una idea complementaria, para el autor es un paradigma más amplio y superador¹⁴. Es un ideal social y colectivo de desarrollo humano, un mandato que fue incorporado en 1994¹⁵.

El Estado se propone no mantenerse neutral e indiferente ante la vulneración de derechos de las minorías desaventajadas. No debiera contentarse con ofrecer igualdad de oportunidades en el punto de partida sin prestar atención a los resultados que luego se obtienen y, por tanto, al mayor o menor aprovechamiento de esas oportunidades supuestamente garantizadas al inicio. Deberá procurar una mirada más social del fenómeno discriminatorio, con su complejidad, que se armonice con los demás ideales constitucionales y que acompañe al sector de atención prioritaria hacia la satisfacción de sus necesidades¹⁶.

En este sentido, considera CAYUSO que la norma que estamos analizando introdujo el concepto jurídico indeterminado de igualdad real de oportunidades con la meta u objetivo de alcanzar la igualdad fáctica considerada, de tal modo, un fin constitucionalmente legítimo. Reconoce al Estado como sujeto obligado a su implementación¹⁷.

Para FREEDMAN, según el esquema de tutela de la igualdad luego de la reforma de 1994, debe garantizarse que los grupos desaventajados accedan de igual manera a la educación, a la enseñanza, al

¹³ HOLMES - SUNSTEIN: *"El costo de los derechos"*. Siglo veintiuno, Bs. As., 2011.

¹⁴ GROSMAN, Lucas S.: *"Escasez e Igualdad. Los derechos sociales en la Constitución"*. LLBRARIA, Bs. As., 2008, pág. 79.

¹⁵ ABRAMOVICH, Víctor - COURTIS, Christian: *"Los derechos sociales como derechos exigibles"*, Ed. Trotta, Madrid, 2014.

¹⁶ ROSSETTI, Andrés - ÁLVAREZ Magdalena: *"Derecho a la igualdad. Un análisis desde el método de casos"*. Advocatus, Córdoba, 2010.

¹⁷ CAYUSO, Susana en SABSAY, Daniel A.: *"Tratado Jurisprudencial y doctrinario"*. LA LEY, 2010, Tomo I, Págs. 489 y ss.

ejercicio de la función pública, a los cargos electivos, y participen de forma igual en las cuestiones públicas¹⁸.

Reafirma MAURINO la valoración que venimos haciendo del cambio cualitativo consagrado en nuestra Carta Magna, en 1994. Destaca, por un lado, la incorporación explícita de la igualdad de oportunidades como valor constitucional y la correlativa habilitación de las acciones afirmativas como medidas legítimas para neutralizar y rectificar situaciones, prácticas o patrones de desigualdad. Por el otro, la asignación de jerarquía constitucional a los Tratados de DD.HH.¹⁹ y la inclusión de una vía procesal específica, como el amparo colectivo, para la tutela antidiscriminatoria²⁰.

De la misma manera, el sistema interamericano no sólo propone una noción formal de igualdad, limitada a exigir criterios de distinción objetivos y razonables y, por lo tanto, a prohibir diferencias de trato irrazonables, caprichosas o arbitrarias, sino que avanza hacia un concepto de igualdad material o estructural que parte del reconocimiento de que ciertos sectores de la población requieren la adopción de medidas afirmativas de equiparación.

La CIDH ha sostenido que, de acuerdo con la normativa interamericana para garantizar la igualdad y el principio de no discriminación, los Estados están en la obligación de adoptar medidas de

¹⁸ FREEDMAN, Diego en: *"La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino"*. ALONSO REGUEIRA, Enrique, (Director). LA LEY. Bs. As. 2013.

¹⁹ Además de las cláusulas antidiscriminatorias en tratados generales de DD.HH. -que referimos- podemos destacar también aquellos instrumentos específicos, dedicados a la protección de grupos sociales que -por distintos motivos- han requerido una protección reforzada que vaya más allá de la enunciación genérica de la prohibición de discriminación. Por ej.: la Convención sobre la eliminación de discriminación Racial, la Convención sobre la eliminación de discriminación contra la Mujer, la Convención sobre los Derechos del Niño, la Convención Interamericana para la Eliminación de discriminación contra las personas con discapacidad, la Convención Interamericana de protección de los adultos mayores. ABRAMOVICH, Víctor - COURTIS, Christian: *"Los derechos sociales como derechos exigibles"*, Ed. Trotta, Madrid, 2014.

²⁰ MAURINO, Gustavo: *"Pobreza y discriminación: la protección constitucional para los más humildes"*, en *"El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario"*. ALEGRE y GARGARELLA (coord.). Lexis Nexis, Bs. As., 2007.

acción afirmativa y de establecer distinciones basadas en desigualdades de hecho para la protección de quienes deben ser protegidos. Caso contrario, la omisión de medidas positivas para revertir o cambiar las situaciones discriminatorias, de iure o de facto, en perjuicio de determinado grupo de personas, genera la responsabilidad del Estado²¹. Ya veremos reforzado este mandato de actuación positiva con respecto a los sectores más perjudicados por la pandemia.

3. VULNERABILIDAD AGRAVADA EN TIEMPOS DE PANDEMIA

Sabemos que la vulnerabilidad se relaciona con la situación o condición de las personas que le impide gozar y ejercer sus derechos humanos en un pie de igualdad con otras. A su vez, la pertenencia a grupos históricamente discriminados o desaventajados le debiera asignar un estatus que correspondería considerarse preferencial o prioritario al momento de la sanción de las normas, la definición y ejecución de políticas públicas y las decisiones judiciales.

Los obstáculos que deben enfrentar cotidianamente las personas, grupos y colectividades que viven en situación de pobreza se amalgaman entre sí, generando: condiciones de trabajo degradantes y peligrosas; viviendas insalubres; alimentación inadecuada; enfermedades; etc. Todos estos factores repercuten gravemente en el goce efectivo de los derechos²².

²¹ La CIDH ha analizado situaciones de discriminación estructural y ha señalado que: “los principios generales de no discriminación e igualdad” reflejados en los artículos 1 y 24 de la Convención Americana requieren la “adopción de medidas destinadas a superar las desigualdades en la distribución interna y las oportunidades”. Por su parte, la Corte Interamericana ha interpretado que los Estados deben adoptar las medidas afirmativas necesarias para asegurar una efectiva igualdad ante la ley de todas las personas”.

²² Aunque las personas que viven en la extrema pobreza no pueden reducirse simplemente a una lista de grupos vulnerables, la discriminación y la exclusión figuran entre las principales causas y consecuencias de la pobreza. Las personas que viven en la pobreza sufren a

Estas limitaciones se agravan cuando existe acumulación o intersección de situaciones de vulnerabilidad, en el caso de grupos históricamente discriminados como mujeres, niños, indígenas, migrantes, afrodescendientes, personas con discapacidad, colectivo LGBTIQ+, entre otros, sumada la condición de pobreza²³.

Todos estos factores se evidenciaron, como ya dijimos, notablemente profundizados en estos tiempos de pandemia. Las circunstancias de vulnerabilidad se vieron agravadas y los grupos desfavorecidos sufrieron desproporcionadamente los efectos lesivos de este fenómeno.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos se pronunció oportunamente: *“La pandemia del COVID-19 puede afectar gravemente la plena vigencia de los derechos humanos de la población en virtud de los serios riesgos para la vida, salud e integridad personal que supone el COVID-19; así como sus impactos de inmediato, mediano y largo plazo sobre las sociedades en general, y sobre las personas y grupos en situación de especial vulnerabilidad. Las Américas es la región más desigual del planeta, caracterizada por profundas brechas sociales en que la pobreza y la pobreza extrema constituyen un problema transversal a todos los Estados de la región; así como por la falta o precariedad en el acceso al agua potable y al saneamiento; la inseguridad alimentaria, las situaciones de contaminación ambiental y la falta de viviendas o de hábitat adecuado. A lo que se suman altas tasas de informalidad laboral y de trabajo e ingresos precarios que afectan a un gran número de personas en la región y que hacen aún más preocupante el impacto*

menudo desventajas y discriminación basadas en la raza, el sexo, la edad, la etnia, la religión, el idioma y otras condiciones. Las mujeres suelen tropezar con mayores dificultades para obtener acceso a ingresos, bienes y servicios, y son particularmente vulnerables a la extrema pobreza, al igual que otros grupos, tales como los niños, las personas de edad, las personas con discapacidad, los migrantes, los refugiados, los solicitantes de asilo, los desplazados internos, las minorías, las personas que viven con el VIH/SIDA y los pueblos indígenas. Principios Rectores sobre la Extrema Pobreza y los Derechos Humanos, Consejo de Derechos Humanos, 27 de septiembre de 2012, Resolución 21/11.

²³ CIDH: Informe sobre pobreza 2017. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PobrezaDDHH2017.pdf>.

socioeconómico del COVID-19. Todo esto dificulta o impide a millones de personas tomar medidas básicas de prevención contra la enfermedad, en particular cuando afecta a grupos en situación de especial vulnerabilidad”²⁴.

En este sentido ya se había expresado la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “Dada la naturaleza de la pandemia, los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales deben ser garantizados sin discriminación a toda persona bajo la jurisdicción del Estado y, en especial, a aquellos grupos que son afectados de forma desproporcionada porque se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad, como son las personas mayores, las niñas y los niños, las personas con discapacidad, las personas migrantes, los refugiados, los apátridas, las personas privadas de la libertad, las personas LGBTI, las mujeres embarazadas o en período de post parto, las comunidades indígenas, las personas afrodescendientes, las personas que viven del trabajo informal, la población de barrios o zonas de habitación precaria, las personas en situación de calle, las personas en situación de pobreza, y el personal de los servicios de salud que atienden esta emergencia”²⁵.

Excede el marco del presente trabajo realizar un pormenorizado desarrollo de cada uno de los grupos vulnerables especialmente afectados por la pandemia, y que merecen una atención o tratamiento prioritario. Solamente podemos ofrecer en esta oportunidad una breve descripción y caracterización de algunos de ellos.

Así, con respecto a las mujeres podemos advertir con gran preocupación que, en tiempos de pandemia y de máximas restricciones a la movilidad de las personas, se produjo en contexto de aislamiento un significativo y dramático aumento de la violencia de género en todas sus manifestaciones, femicidios,

²⁴ Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Resolución 4/2020. Derechos Humanos de las personas con COVID-19. Julio de 2020)

²⁵ Declaración de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 1/20. Abril 2020.

abusos sexuales, violencia familiar contra mujeres, niñas y adolescentes²⁶. La carencia o disminución de mecanismos de denuncia, de protección, o de instancias procesales pertinentes provocó que esta situación fuera más crítica todavía.

Por otra parte, se evidenció un marcado aumento de la carga de trabajo en el hogar por parte de la mujer, por lo tanto la pandemia agravó aún más el reparto desigual de tareas no remuneradas en casa²⁷. Además, las situaciones de precariedad laboral e informalidad repercutieron en millones de personas, afectando en mayor medida a mujeres²⁸. En definitiva, la pandemia ha provocado un lamentable agravamiento de la desigualdad estructural de la mujer, con todas sus consecuencias²⁹.

Asimismo, la población migrante, refugiada, desplazada y apátrida de la región también padeció una grave multiplicación de sus vulnerabilidades en el contexto de la pandemia. Se enfrentaron a serias dificultades o carencia absoluta de acceso a servicios médicos

²⁶ *En contexto de emergencia aumentan los riesgos de violencia contra las mujeres y las niñas, especialmente violencia doméstica, debido al aumento de las tensiones en el hogar y puede también aumentar el aislamiento de las mujeres. Las personas sobrevivientes de violencia pueden enfrentar obstáculos adicionales para huir de situaciones violentas o para acceder a órdenes de protección y/o servicios esenciales que pueden salvar vidas, debido a factores como las restricciones de la circulación o la cuarentena. El impacto económico de la pandemia puede generar barreras adicionales para dejar una pareja violenta así como mayor riesgo de explotación sexual.* Oficina Regional de ONU - Mujeres para las Américas y el Caribe. <https://lac.unwomen.org/es>

²⁷ *“Con la irrupción de COVID-19, la limitación de la vida cotidiana a la esfera doméstica, sumado a la suspensión de las clases presenciales, el cierre de todos los espacios de crianza, enseñanza y cuidado y la necesidad de atender a las personas mayores obligó a las familias resolver una carga de cuidado duplicada. Esta carga afecta especialmente a las familias de bajos ingresos por la tenencia de niñas/os pero también porque sus configuraciones presentan una menor posibilidad de resolver estas tensiones (por ejemplo, los hogares monomarentales). Dado que [las responsabilidades de cuidado recaen de forma casi exclusiva sobre las mujeres, este incremento amenaza con exacerbar las desigualdades de género](#)”.* CIPPEC. <https://www.cippec.org/textual/radiografia-de-la-pobreza-quienes-son-los-mas-afectados-por-la-crisis-de-la-pandemia/>

²⁸ CIPPEC. <https://www.cippec.org/textual/radiografia-de-la-pobreza-quienes-son-los-mas-afectados-por-la-crisis-de-la-pandemia/>

²⁹ *“Los Derechos de las Mujeres en la región en épocas de COVID-19: Recomendaciones para promover políticas con justicia de género”.* <https://equis.org.mx/projects/derechos-de-mujeres-region-en-epocas-covid19/>

de todo tipo. Fueron y son víctimas de situaciones de inseguridad, hacinamiento, falta de acceso a agua, saneamiento e higiene o el mayor riesgo de sufrir violencia sexual y de género, entre otras amenazas, en los campamentos o asentamientos precarios donde tuvieron que permanecer muchos meses.

La pandemia significó el empeoramiento de las condiciones de vulnerabilidad a las que se encuentran expuestas las personas migrantes, la atención a la salud se enfocó en los nacionales limitando el acceso de servicios primarios y vacunación a los extranjeros y se incrementaron los discursos xenófobos que señalaron a las personas migrantes como responsables del ingreso y contagio del virus.

La crisis económica implicó la pérdida de empleos y aumento de los índices de pobreza, precarizando el acceso a recursos esenciales de alimentos y medicación. Por otro lado, la paralización del sistema judicial y administrativo conllevó al retraso de los procesos legales de deportación generando detenciones indefinidas y vulnerando garantías procesales³⁰.

El desplazamiento humano en los últimos años se caracteriza por ser involuntario y multicausal, es por ello que las restricciones a la movilidad y el cierre de fronteras impuesto por los Estados a raíz de la pandemia no detuvieron ni detienen los flujos migratorios. Las medidas estatales que prohíben o condicionan el ingreso al territorio, tales como la exigencia de presentar carnet de vacunación completo con determinados tipos de vacunas, implican necesariamente que las personas no vacunadas o que recibieron dosis no aceptadas por el país de destino, ingresen en condiciones de irregularidad y se encuentren expuestas a mayores precariedades.

³⁰ CEPAL (2020), *Los efectos del COVID 19: una oportunidad para reafirmar la centralidad de los derechos humanos de las personas migrantes en el desarrollo sostenible*. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/46353/S2000618_es.pdf?sequence=4&isAllowed=y

La situación es aún más crítica para las mujeres, los niños, niñas y adolescentes, las personas con determinada nacionalidad, los colectivos de la diversidad sexual, o las personas pertenecientes a una etnia o comunidad originaria³¹.

Además, esta pandemia ha planteado desafíos sin precedentes a la humanidad y presentó una lesión desproporcionada para la salud, la vida, los derechos y el bienestar de las personas mayores. Por un lado, estuvieron siempre expuestos a un nivel de riesgo más alto a que el contagio derive en una **enfermedad grave o muy grave**. La tasa de mortalidad de COVID-19 para las personas que superan los 80 años es cinco veces más alta que en el resto de la población³².

Por otro lado, el impacto de la pandemia no solo afectó a su salud directamente, también lo fue de manera indirecta, ya que gran cantidad de personas mayores no pudieron continuar con sus tratamientos médicos habituales por patologías crónicas preexistentes, realizarse estudios clínicos, adquirir medicamentos especiales, someterse a intervenciones quirúrgicas, etc. También aumenta el riesgo de sufrir **pobreza, discriminación y aislamiento**, sobre todo en países en desarrollo, donde los servicios de protección social y sanitarios estuvieron sin funcionamiento o desbordados por la situación general³³.

A lo expuesto debemos agregarle el grave daño psicológico y anímico que sufrieron los adultos mayores, especialmente por haber visto anulada o muy restringida su vida, libertad y autonomía personal para tomar decisiones. Las disposiciones paternalistas del Estado fueron, en muchos casos, excesivamente intervencionistas reduciéndoles su esfera de libertad para decidir sobre su vida, su

³¹ PNUD (2020), *Los impactos económicos del COVID-19 y las desigualdades de género: recomendaciones y lineamientos de políticas públicas*.

https://www.latinamerica.undp.org/content/rblac/es/home/library/womens_empowerment/los-impactos-economicos-del-covid-19-y-las-desigualdades-de-gene.html

³² <https://ayudaenaccion.org/ong/blog/ayuda-humanitaria/covid-vulnerabilidades/>

³³ <https://www.cepal.org/es/enfoques/vulnerabilidades-sociodemograficas-personas-mayores-frente-al-covid-19>

propio cuerpo, su patrimonio, su familia, etc. Las políticas adoptadas en torno a las personas mayores en este periodo de pandemia en el mundo han sido muy dispares. Pero, ninguna puso en el centro de atención a la persona mayor en calidad de sujetos de derechos³⁴.

Algunas medidas, incluso, fueron tan excesivamente restrictivas respecto de la libertad de las personas mayores de 70 años que terminaron siendo cuestionadas judicialmente mediante acciones de amparo colectivo por establecer limitaciones al ejercicio de los derechos irrazonablemente superiores a las que se le exigían a otras personas en pleno aislamiento³⁵.

Los impactos sociales y económicos de la pandemia de COVID-19 profundizaron la situación de vulnerabilidad social estructural. Se produjeron graves consecuencias negativas para toda la población, afectando principalmente a aquellos hogares que ya se encontraban en situación de pobreza y aquellos cuyos ingresos estaban apenas por encima de la línea de pobreza.

El incremento en los números de pobreza e indigencia se explica por dos factores principales: por un lado, un menoscabo del poder adquisitivo por los congelamientos (o reducciones) salariales durante los meses más estrictos del aislamiento obligatorio; y por el otro, por una pérdida absoluta de ingresos laborales derivada de la pérdida de puestos de trabajo. A esto hay que agregarle el alto nivel de exposición a contagios que tuvieron aquellas personas que

³⁴ DAVOVE, María Isolina: “Personas mayores y derechos humanos”. *Derechos humanos, vulnerabilidad y pandemia*. | UNIVERSITAS. Revista de Filosofía, Derecho y Política (uc3m.es). Universidad Carlos III de Madrid, España. 2020.

³⁵ Lanzieri, Silvano c/ GCBA sobre Amparo - otros. Expediente: N° 3045/2020-O. 20 de abril de 2020.

se veían obligados, por necesidad, a salir diariamente a ganarse el ingreso vital de cada jornada³⁶.

Los datos del segundo trimestre de 2020 ilustran una cruda realidad: casi cuatro millones de personas perdieron el empleo, al menos temporalmente, y una gran mayoría pasó a la inactividad. Antes de la irrupción de esta crisis, la mayoría de las personas adultas en situación de pobreza trabajaba. Sin embargo, accedían principalmente a trabajos en condiciones precarias por cuenta propia y/o como asalariados informales. Solo un cuarto de quienes estaban en situación de pobreza y trabajaban eran asalariados/as formales frente a más de la mitad del resto de trabajadores³⁷.

De esta forma, por su inserción laboral precaria, estos hogares tienen una mayor exposición a la crisis, careciendo del acceso a la protección social contributiva y al aseguramiento en salud (obra social o prepaga) que puede resultar clave en contextos de emergencia sanitaria. En síntesis, la pandemia sumó nuevas vulneraciones y empeoró la crisis socioeconómica que el país venía atravesando: entre 2019 y 2021 la pobreza aumentó 5,2 puntos porcentuales³⁸.

Desde el inicio de la pandemia los gobiernos adoptaron una serie de medidas, acciones y programas necesarios para intentar

³⁶ Según la Organización Internacional del Trabajo (OIT), aproximadamente el 54% de las personas trabajadoras de América Latina dependieron de su trabajo en el día a día para asegurarse unos ingresos básicos. No pudieron cumplir con las medidas de aislamiento social o de confinamiento, sus reservas de dinero en efectivo fueron limitadas y no dispusieron de acceso a redes de seguridad a nivel social. Por otra parte, solo el 26% de las y los trabajadores del ámbito formal pudieron teletrabajar, y solo el 20% de los 154 millones de niñas y niños y adolescentes disponían de medios para seguir con su educación de forma remota. <https://www.isglobal.org/-/covid-19-y-america-latina-que-es-necesario-para-que-una-region-muy-vulnerable-pase-a-estar-preparada-para-una-pandemia->

³⁷ <https://www.cippec.org/textual/radiografia-de-la-pobreza-quienes-son-los-mas-afectados-por-la-tesis-de-la-pandemia/>

³⁸ <https://www.cippec.org/textual/radiografia-de-la-pobreza-quienes-son-los-mas-afectados-por-la-tesis-de-la-pandemia/>

disminuir los impactos y perjuicios provocados por este fenómeno. No corresponde analizar esta cuestión en esta oportunidad, como tampoco realizar valoraciones sobre su eficacia y resultados alcanzados para resolver esta preocupante coyuntura, aunque sí opinamos que debemos reflexionar acerca de la importancia y necesidad de comenzar a generar políticas públicas coordinadas, sostenidas e integrales, a corto, mediano y largo plazo, y que tengan como objetivo central la erradicación de la pobreza.

4. CONSIDERACIONES FINALES

La realidad crónica de desigualdad y asimetría estructural, fragmentación social y pobreza de nuestra región lleva muchos años, muestra cifras alarmantes, perpetuándose modelos extremos de discriminación y exclusión de millones de personas a la satisfacción de sus derechos fundamentales, consolidándose las condiciones de vulnerabilidad.

La complejidad de la pandemia de COVID-19 impactó, y está impactando, mucho más lesivamente en los países menos desarrollados, y especialmente ha provocado un mayor deterioro sanitario, social, laboral, educativo, económico en las personas, grupos y colectivos histórica y sistemáticamente más desfavorecidos.

Por lo tanto, a medida que seguimos transitando este complejo y traumático fenómeno global, y esperando que de una vez por todas finalice, observamos como la crisis generada no hace sino visibilizar, agravar y profundizar nuestras permanentes crisis ya existentes previamente.

Por ajustarnos a los requerimientos del presente trabajo, no podemos profundizar mucho más en esta oportunidad respecto de las respuestas o propuestas constitucionales, convencionales o infra

constitucionales a esta secuencia permanente de deterioro social y pobreza regional endémica.

Aunque sí consideramos necesario expresar brevemente, como conclusión, nuestra opinión con relación al ideal constitucional y convencional de la conformación de una constitución con rostro humano, delineada especialmente en la década de los noventa, sensible y empática a los problemas sociales para hacer frente en Latinoamérica a las inequidades y desigualdades del modelo neoliberal en su máxima expresión, afirmando que todavía no es mucho más que eso: un ideal.

Vimos que a partir de la reforma de 1994 el paradigma de igualdad constitucional se ha visto ampliado y fortalecido, con perspectiva estructural y mayor sensibilidad social. En este nuevo modelo se propone intentar reducir las desigualdades y proteger a los grupos históricamente más discriminados de nuestra sociedad.

La inclusión de estos principios y postulados, junto a la incorporación con jerarquía constitucional de los instrumentos internacionales de derechos humanos, permite inferir que los grupos sociales más desaventajados en nuestro país cuentan con una mayor potencial tutela de sus derechos fundamentales.

En la misma línea, hemos observado el fuerte compromiso demostrado por los órganos del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos, exhortando a los Estados de la región a prestar especial atención a los grupos que la merecen prioritariamente.

La pandemia ha recrudecido la vulnerabilidad. Es largo y difícil el camino que queda por recorrer. Nuestra sociedad demanda con urgencia firmes acciones y respuestas para intentar alcanzar estándares más elevados de cumplimiento del mandato constitucional y

convencional, en busca de una sociedad más justa, menos discriminatoria, más inclusiva y menos desigual.

5. BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, Víctor - COURTIS, Christian: “Los derechos sociales como derechos exigibles”, Ed. Trotta, Madrid, 2014.
- ALEGRE, Marcelo y GARGARELLA Roberto (coord.). “El Derecho a la Igualdad. Aportes para un constitucionalismo igualitario”. Lexis Nexis, Bs. As., 2007.
- ALONSO REGUEIRA, Enrique, (Director): “La Convención Americana de Derechos Humanos y su proyección en el Derecho Argentino”. LA LEY, Bs. As., 2013.
- AMAYA, Jorge Alejandro: “Categorías sospechosas, pobreza y derecho a la alimentación”. Revista de Derecho Público. Los DESC. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017.
- BIDART CAMPOS, Germán: “Teoría general de los derechos humanos”, Astrea, Bs. As., 1991.
- CIDH. Informe sobre pobreza 2017. <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/PobrezaD-DHH2017.pdf>.
- CEPAL: *Los efectos del COVID 19: una oportunidad para reafirmar la centralidad de los derechos humanos de las personas migrantes en el desarrollo sostenible*. 2020. https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/46353/S2000618_es.pdf?sequence=4&isAllowed=y
- CEPAL: <https://www.cepal.org/es/enfoques/vulnerabilidades-sociodemograficas-personas-mayores-frente-al-covid-19>
- CIPPEC (Centro de Implementación de Políticas Públicas para la Equidad y el Crecimiento) <https://www.cippec.org/textual/radiografia-de-la-pobreza-quienes-son-los-mas-afectados-por-la-cri-sis-de-la-pandemia/>
- DAVOVE, María Isolina: “Personas mayores y derechos humanos”. *Derechos humanos, vulnerabilidad y pandemia*. UNIVERSITAS. Revista de Filosofía, Derecho y Política (uc3m.es). Universidad Carlos III de Madrid, España. 2020.

- GIL DOMÍNGUEZ, Andrés: “Neoconstitucionalismo y derechos colectivos”, Ediar, Bs. As., 2005.
- GROSMAN, Lucas S.: “Escasez e Igualdad. Los derechos sociales en la Constitución”. LIBRARIA, Bs. As., 2008.
- HOLMES - SUNSTEIN: “El costo de los derechos”. Siglo veintiuno, Bs. As., 2011.
- INADI - APDH: “Discriminación. Un abordaje didáctico desde los Derechos Humanos”. Ministerio de Justicia, Seguridad y DD.HH. 2008.
- INADI. Instituto Nacional contra la Discriminación, la Xenofobia y el Racismo: “Mapa nacional de la discriminación”, 2a ed., CABA, 2014.
- INSTITUTO DE SALUD GLOBAL DE BARCELONA: “COVID-19 y América Latina: ¿Qué es necesario para que una región muy vulnerable pase a estar preparada para una pandemia?” <https://www.isglobal.org/>
- MEDINA, Graciela: “Vulnerabilidad, control de constitucionalidad y reglas de prueba”. Revista LA LEY, 2016-F.
- Oficina Regional de ONU - Mujeres para las Américas y el Caribe. <https://lac.unwomen.org/es>
- PÉREZ ROYO, Javier: “Curso de Derecho Constitucional”. Marcial Pons, Madrid, 2012.
- PNUD (2020), *Los impactos económicos del COVID-19 y las desigualdades de género: recomendaciones y lineamientos de políticas públicas*.

https://www.latinamerica.undp.org/content/rblac/es/home/library/womens_empowerment/los-impactos-economicos-del-covid-19-y-las-desigualdades-de-gene.html

- ROSATTI, Horacio: “Tratado de Derecho Constitucional”. Rubinzal-Culzoni, 2017.
- ROSSETTI, Andrés - ÁLVAREZ Magdalena: “Derecho a la igualdad. Un análisis desde el método de casos”. Advocatus, Córdoba, 2010.

- SABA, Roberto: *“Más allá de la igualdad formal ante la ley. ¿Qué les debe el Estado a los grupos desaventajados?”*. Siglo veintiuno. Bs. As. 2016.
- SABSAY, Daniel A.: *“Tratado Jurisprudencial y doctrinario”*. LA LEY, 2010, Tomo I.
- SABSAY, Daniel: *“La Argentina estructural. Proyecto de políticas públicas para el mediano y largo plazo. Justicia”*. EDICON, Bs. As., 2018.
- SALERNO, Gonzalo: *“Constitución de la Nación Argentina. A 25 años de la reforma de 1994. Evolución doctrinal y jurisprudencial”*. Coord. MANILI, Pablo. Asociación Argentina de Derecho Constitucional. Hammurabi, Buenos Aires, 2019.
- SALERNO, Gonzalo (coautor): *“La protección colectiva de los grupos más discriminados. Reflexiones a 25 años de la reforma constitucional argentina”*. En *“Estado social y derechos fundamentales en tiempos de retrocesos”*. Sánchez Bravo - Melo de Casimiro - Gabardo (coeditores). REDAS. Ed. Punto Rojo. España, 2019.

LA ECONOMÍA CIRCULAR, UNA REALIDAD YA EN FUNCIONAMIENTO

Guadalupe Medina Casado. Licenciada en Económicas. Grado en Derecho. Doctoranda en Derecho en la Universidad de Sevilla. Miembro de la Asociación Andaluza de Derecho, Medio Ambiente y Desarrollo Sostenible. Directora General de la Escuela de Práctica Jurídica de Sevilla CEFOEC.

“La naturaleza tiene sus derechos, derechos que siempre van a prevalecer”.

Hume.

1. INTRODUCCIÓN Y PLANTEAMIENTO

El término “sostenibilidad” se ha consolidado y desarrollado desde 1972 hasta la segunda década del siglo XXI. Inicialmente, enfocado a la integración del medio ambiente en la economía y extendiéndose cada vez más hacia su inclusión tanto en el ámbito económico como en el social.

Han transcurrido ya más de veinte años desde la publicación del Informe Brundtland de Desarrollo Sostenible² y desde la celebración en Rio de Janeiro por Organización de Naciones Unidas de la Cumbre de la Tierra en 1992 y en junio de 2012; con la Conferencia de Desarrollo Sostenible de Naciones Unidas o Río+20. Cumbre en

¹ Para la RAE, sostenibilidad es calidad de sostenible, término que define como: “Especialmente en ecología y economía, que se puede mantener durante largo tiempo sin agotar los recursos o causar grave daño al medio ambiente”.

² Es conocido como Informe Brundtland al Informe de la Comisión Mundial sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo: “Nuestro futuro común”, emitido el 4 de agosto de 1978. El nombre lo recibe de la presidenta de la esta Comisión la noruega Gro Harlem Brundtland. Disponible en: http://www.ecominga.uqam.ca/PDF/BIBLIOGRAPHIE/GUIDE_LECTURE_1/CMMAD-Informe-Comision-Brundtland-sobre-Medio-Ambiente-Desarrollo.pdf. Última visita 2/12/2019.

la que se concluyeron lo insuficientes que fueron los progresos alcanzados, los desiguales avances desde Río 92 y se analizó el impacto de las distintas crisis actuales en los países desarrollados. Finalmente, el debate se centró en la economía verde y se comenzaría a dar un impulso al desarrollo sostenible con base en un marco institucional fortalecido, que garantizaría la coherencia y coordinación de las actuaciones sin duplicidades.

Con anterioridad a la Cumbre Río+20, en 1999, la Unión Europea ya se había planteado la Estrategia Comunitaria de Desarrollo Sostenible, que fue revisada en los años 2001, 2006 y 2007. Año de la aprobación, en noviembre de 2007, de la Estrategia Española de Desarrollo Sostenible.

A partir de estas fechas, tanto el contexto económico como el social ha variado significativamente, porque la realidad económica ha evolucionado a una rapidez muy superior a la realidad social y política frenada por la crisis económica y financiera iniciada en el año 2008; así como la ambiental y endémica³, factor que ha puesto de manifiesto la debilidad de la economía europea y la española.

Todos estos factores originan la aparición de la Agenda 2030 como conjunto de medidas a alcanzar en un plazo de quince años y adoptadas por los líderes de los Estados del mundo con objetivos globales muy claros: “erradicar la pobreza, proteger el planeta y asegurar la prosperidad para todos”. Siendo requisito imprescindible para la eficacia de la propuesta de la Agenda que todos los sectores estén implicados: “los Gobiernos, el sector privado, la sociedad civil y personas como usted”⁴.

En esta Agenda 2030 se incorporan diecisiete objetivos de desarrollo sostenible (ODS). Fin de la pobreza. Hambre cero. Salud y

³ Jiménez Beltrán, D; Jiménez Herrero, L. M. y de la Cruz Leiva, J. L. (2017): “Claves para un nuevo modelo productivo sostenible”. Belén Sánchez, A. (coord.): Informe sobre sostenibilidad en España 2016. Madrid, Fundación Alternativas, pp. 10-18.

⁴ <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/objetivos-de-desarrollo-sostenible/>

bienestar. Educación de calidad. Igualdad de género. Agua limpia y saneamiento. Energía asequible y no contaminante. Trabajo decente y crecimiento económico. Industria, innovación e infraestructura. Reducción de las desigualdades. Ciudades y comunidades sostenibles. Producción y consumo responsables. Acción por el clima. Vida submarina. Vida de ecosistemas terrestres. Paz, justicia e instituciones sólidas. Alianzas para lograr los objetivos.

En octubre de 2018, la Fundación EU-LAC publica⁵ que de los 17 ODS, solo seis tienen relación directa con la Economía Circular, objeto de estudio de este texto. Nos referimos a la energía no contaminante, al empleo decente, a la innovación en la industria, la producción y consumo responsables, la acción por el clima y la vida de ecosistemas terrestres.

Objetivos todos que pueden ser viables y reales, con la colaboración de todos los Gobiernos, con más recursos y esfuerzo en aquellas áreas de desarrollo sostenible y más financiación para investigación de producciones responsables. En estos días que vivimos de restricción social, económica y laboral es oportuno poner el acento en estos objetivos, en no utilizar la pandemia del COVID-19, como señalan desde la ONU⁶, como excusa para rebajar las medidas y, por ejemplo “escudarse en el coronavirus para revertir sus políticas medioambientales”. Además, se apunta a que “la deforestación, la agricultura industrial, el comercio ilegal de vida silvestre, el cambio climático y otros tipos de degradación ambiental aumentan el riesgo de futuras pandemias, elevando la probabilidad de graves violaciones de los derechos humanos”. Como afirma el profesor Sánchez Bravo (2021) en su estudio sobre la “Biodiversidad en Europa Estrategia 2030”, publicado en su libro “De Sevilla a Filipéa”, es el momento de reflexionar sobre las medidas a adoptar

⁵ https://eulacfoundation.org/es/buscar?search_api_fulltext=ODS+y+Econom%C3%ADa+circular

⁶ <https://news.un.org/es/story/2020/04/1472912>.

para “salvaguardar nuestra naturaleza y a nosotros mismos como seres biológicos”.

En consecuencia, en la actualidad, estamos en el momento oportuno para desarrollar una nueva estrategia regional de desarrollo sostenible, respondiendo de esta forma a los retos que ha de afrontar la región andaluza en el momento presente y poniendo en práctica tanto las conclusiones de la cumbre de Rio+20 como los compromisos de la Agenda 2030. Concretamente la Estrategia Andaluza de Desarrollo Sostenible 2030⁷ (EADS 2030). Teniendo en cuenta que la actual coyuntura social y económica obliga a las Instituciones a realizar un esfuerzo extra para de esta forma impedir el retroceso en los avances logrados en el medio ambiente.

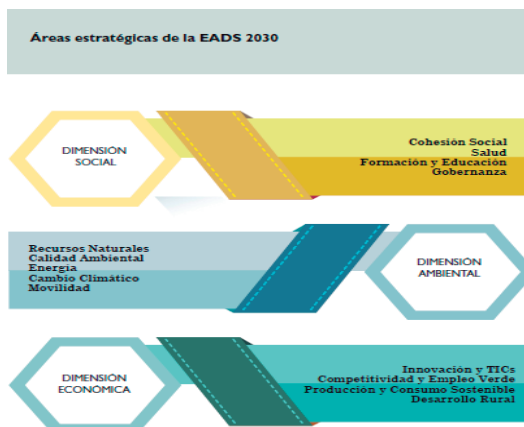
2. ESTADO ACTUAL DE LA ECONOMÍA CIRCULAR

La Estrategia Andaluza de Desarrollo Sostenible 2030 (EADS 2030) se ha concebido como un instrumento de orientación de las políticas andaluzas mediante la definición de líneas de actuación y áreas que se han considerado estratégicas para el desarrollo sostenible. El diseño de estas líneas de actuación se ha realizado a partir de dos ideas centrales sobre las que se fundamenta el conjunto de la Estrategia, en consonancia con las resoluciones de las cumbres de la tierra de Naciones Unidas y entroncada con la problemática que afronta Andalucía, como es la promoción de una economía verde y el refuerzo de la cohesión e inclusión social. Ambas ideas centrales se basan en la consideración de que la sostenibilidad ambiental y social sólo se puede alcanzar con una sociedad cohesionada y que la elección de un modelo económico adecuado es determinante para lograr la implantación del desarrollo sostenible. Este se puede dividir en dos aspectos: Una primera etapa que establece el marco de directrices para la aplicación de las líneas de

⁷ Acuerdo de 5 de junio de 2018, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la Estrategia Andaluza de Desarrollo Sostenible 2030 (BOJA nº 119 de 21/06/2018).

actuación en propuestas públicas y privadas que dan respuesta al Acuerdo de 25 de marzo de 2014, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la formulación de la Estrategia Andaluza de Desarrollo Sostenible 2030. En esta primera etapa, se cuenta con la aprobación de esta Estrategia y el programa de seguimiento y evaluación periódica, previstos en el documento.

Gráfico 1



Fuente: Junta de Andalucía. EADS 30

En una segunda etapa, se aborda el plan de actividades de sensibilización ambiental para el cumplimiento de los 17 Objetivos de Desarrollo Sostenible de la Agenda 2030 de Naciones Unidas⁸, que da respuesta al Acuerdo de 25 de octubre de 2016, del Consejo de Gobierno, por el que se aprueba la formulación de la Estrategia Andaluza para el cumplimiento de los ODS. Esta segunda etapa se inicia con la aprobación de esta Estrategia y culminará con la aprobación del plan de acción para el cumplimiento de los ODS en Andalucía.

⁸ Como Cumbres de la Tierra son conocidas las siguientes: Cumbre de la Tierra de Estocolmo (1972), Cumbre de la Tierra de Río de Janeiro (1992), Cumbre de la Tierra de Johannesburgo (2002) y Cumbre Río+20 (2012).

Para la elaboración de una Estrategia de Desarrollo Sostenible, como es la EADS 2030, en el marco de la incertidumbre que caracteriza esta segunda década del siglo XXI, se requiere enunciar previamente unos principios guía para definir unas líneas de actuación vinculadas a la sostenibilidad. Y son estos principios en los que se basa la política de medio ambiente de los países de la Unión Europea⁹: cautela, acción preventiva, corrección de los atentados al medio ambiente en la fuente misma y el de quien contamina paga¹⁰.

En el marco de las perspectivas para el desarrollo sostenible antes citadas y en el contexto de crisis económica y de cambio global actual, el objetivo de la Estrategia Andaluza de Desarrollo Sostenible 2030 es: orientar y reforzar las políticas e iniciativas públicas y privadas con incidencia en la comunidad autónoma andaluza, hacia un modelo de desarrollo sostenible basado en la transición a una economía verde y en la integración de las dimensiones ambientales, económicas y sociales. Que mostramos en el siguiente gráfico 1.

En este contexto, el 25 de mayo de 2021 el Consejo de Ministros español aprobó el I Plan de Acción de Economía Circular 2021 - 2030 (PAEC)¹¹, previsto en la Estrategia Española de Economía Circular 2030 (EEEC)¹² y Planes de Acción y que, junto a la inminente

⁹ Parlamento Europeo (2019): "La política de medio ambiente: principios generales y marco básico". Fichas técnicas sobre la Unión Europea - 2019. Disponible en la página de la UE: http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_2.5.1.pdf

¹⁰ En la UE, este principio aplica por medio de la Directiva 2004/35/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de abril de 2004, sobre responsabilidad medioambiental en relación con la prevención y reparación de daños medioambientales (DOUE n° L 143 de 30/04/2004) OCDE (2015): *Hacia el crecimiento verde: Un resumen para los diseñadores de políticas*. Paris. Organización para el Desarrollo Económico, pág. 4

¹¹ <https://www.miteco.gob.es/es/prensa/ultimas-noticias/el-gobierno-aprueba-el-i-plan-de-acci%C3%B3n-de-econom%C3%ADa-circular-con-un-presupuesto-de-1.529-millones-de-euros/tcm:30-526709>

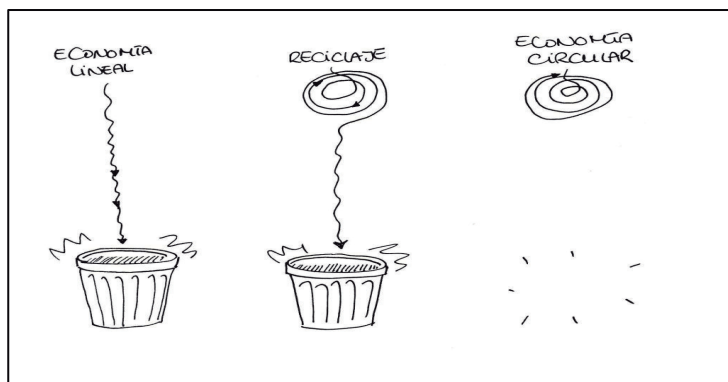
¹² <https://www.miteco.gob.es/es/calidad-y-evaluacion-ambiental/temas/economia-circular/estrategia/>

Ley de Residuos y Suelos Contaminados¹³, y la próxima Ley de Economía Circular Andaluza, conforman el Paquete normativo en materia de Economía Circular.

Originariamente, el concepto de Economía Circular fue introducido en 1989 por los economistas británicos David W. Pearce y R. Kerry Turner¹⁴ en su libro “Economics of Natural Resources and the Environment”.

El concepto de Economía Circular surge como una filosofía de organización de sistemas basada principalmente en el comportamiento de los seres vivos de la naturaleza (Balboa y Somonte, 2014), que consumen y obtienen los productos sin generar desechos. Esto es, estamos ante un modelo cíclico que se realimenta continuamente y en el que no existen residuos. Basado en la reducción, la reutilización y el reciclaje.

Ilustramos el concepto con el gráfico 2: Economía Circular.



Fuente: 2021 ENVIRALL Consultoría Ambiental Estratégica.

¹³ <https://www.miteco.gob.es/es/calidad-y-evaluacion-ambiental/participacion-publica/Residuos%202020%20anteproyecto%20de%20ley%20de%20residuos%20y%20suelos%20contaminados.aspx>

¹⁴ Pearce, D.W, y Turner, R.K. (1990): *Economics of the Natural Resources and the Environment*. London, UK, Harvester Wheatsheaf.

3. CRISIS DEL MODELO ECONÓMICO LINEAL

El modelo económico circular nace como sustitución al modelo económico de economía lineal establecido a partir de la segunda mitad del siglo XVIII con la Revolución Industrial, que consistía en la transformación de materia prima mediante una cadena de producción para su consumo y posteriormente convertirla en residuo. Modelo que, en la actualidad, está llegando a su fin porque no puede haber un flujo constante de materias primas para su transformación posterior en productos y servicios. Este modelo económico no es ya viable por varios factores –como establece la Fundación Ellen MacArthur¹⁵– como la escasez de recursos que son limitados y por los desequilibrios sociales que origina una vez que sumamos todos los costes reales que intervienen en la elaboración de un producto final.

Hay un interesante artículo publicado por la BBC¹⁶ en agosto de 2019, en el que se pone de manifiesto, precisamente, este desequilibrio social. Como consecuencia de la globalización, podemos conseguir productos –sobre todo textil– en la red, a precios extremadamente bajos. Pero, ¿quién paga realmente esta cuenta? Trabajadores de Etiopía o Bangladesh, con sus condiciones laborales, calidad de vida, entorno y salud. Se nos plantea, en consecuencia, un problema de justicia social.

De otro lado, el informe de octubre de 2020¹⁷ realizado por la Organización de las Naciones Unidas para la Alimentación y la Agricultura (FAO), concluye que hay una relación inversa entre la economía circular y la tendencia a la obesidad debido al consumo de alimentos ultraprocesados y con nutrientes inadecuados. De hecho, en noviembre de ese mismo año la Organización Mundial de la Salud (OMS)¹⁸ publica un documento en el que propone políticas

¹⁵ <https://archive.ellenmacarthurfoundation.org/es/economia-circular/concepto>.

¹⁶ <https://www.bbc.com/mundo/noticias-49268325>.

¹⁷ <http://www.fao.org/home/search/es/?q=economia%20circular>

¹⁸ https://www.aesan.gob.es/AECOSAN/web/nutricion/seccion/plan_colaboracion.htm

de mejora en la calidad nutricional en la cesta de la compra de los ciudadanos.

Como reacción a esta situación y en el marco del Acuerdo Verde Europeo, la Comisión anunció el establecimiento de unos requisitos mínimos para evitar la venta de productos nocivos para el medio ambiente en el mercado de la Unión Europea; la creación del pasaporte de producto electrónico, que contenga información sobre la composición y sus posibilidades de reparación y desmontaje; propuestas y orientación sobre legislación ecológica; nueva legislación, incluidos objetivos y medidas para abordar la generación excesiva de envases y desechos; consideración de los requisitos legales para promover materias primas secundarias (para envases, vehículos, materiales de construcción y baterías) con componentes de reciclaje obligatorios; proponer un modelo de recogida selectiva de residuos en la Unión Europea; revisar las normas sobre transporte de residuos y exportación ilegal.

Con la propuesta de la “Ley Europea del Clima”, la Unión Europea legislará el objetivo dispuesto en el Pacto Verde Europeo¹⁹. Con objeto de lograr que la sociedad y la economía europeas sean en el 2050 climáticamente neutras y reducir el sesenta por ciento de las emisiones de gases invernadero, que retienen mucho el calor y provocan el efecto natural del calentamiento global. Objetivos establecidos en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático²⁰ («Acuerdo de París»).

El Informe sobre la brecha de circularidad de 2020²¹, presentado por la Circle Economy (Economía en círculo), organización apoyada por la ONU Medio Ambiente y la Global Environment Facility (el

¹⁹ https://ec.europa.eu/info/strategy/priorities-2019-2024/european-green-deal_en.

²⁰ <https://www.europarl.europa.eu/news/es/press-room/202010021PR88431/ley-europea-del-clima-una-reduccion-del-60-de-las-emisiones-para-2030>.

²¹ <https://www.circularity-gap.world/2020>

Fondo para el Medio Ambiente Mundial), concluye que la economía mundial en el año 2020 era circular solo un 8,6%.

Según el citado informe, el cambio climático y el uso de materiales están estrechamente relacionados. Circle Economy calcula que el 62% de las emisiones globales de gases de efecto invernadero (excluyendo las del uso de la tierra y la silvicultura) se liberan durante la extracción, el procesamiento y la fabricación de bienes para satisfacer las necesidades de la sociedad; sólo el 38% se emiten en el sector de los servicios.

El director general de Circle Economy, Harald Friedl, afirma lo siguiente: “Un mundo de 1,5 grados sólo puede ser un mundo circular. El reciclaje, una mayor eficiencia en el uso de los recursos, y modelos de negocio circulares, ofrecen un gran margen para reducir las emisiones. Un enfoque sistémico para aplicar estas estrategias inclinaría la balanza en la batalla contra el calentamiento global”.

A partir de la publicación de estos informes y estos comentarios, la mayoría de los Gobiernos a nivel Nacional y Autonómico están adaptando sus políticas a las recomendaciones de la Economía Circular, para cumplir el objetivo del Acuerdo de París de alcanzar el calentamiento global de 1,5° C.

En efecto, el pasado 9 de julio de 2021 se publicó en el Diario Oficial de la Unión el Reglamento (UE) 2021/1119 del Parlamento europeo y del Consejo de 30 de junio de 2021 y se modifica la “Legislación Europea sobre el Clima”²². Y es en los próximos meses en los que los Estados de la Unión adaptarán sus planes nacionales, diseñando sus estrategias a todos los niveles para adaptarse a los objetivos de la Unión sobre el cambio climático, dado que serán sometidos a la evaluación correspondiente.

²² Reglamentos (/CE) n.o 104/2009 y (UE) 2018/2019.

4. TRANSICIÓN HACIA LA ECONOMÍA CIRCULAR

Para lograr este cambio y desde un plano individual, estamos ante un problema de conciencia. Una vez que comprendamos el impacto medioambiental que tienen nuestras acciones y reflexionemos sobre alternativas a nuestras tareas diarias o consumos habituales, podremos mejorarlas. Como publica en su blog la Fundación AQUAE²³, la suma de acciones individuales desencadenará el cambio global. Por poner algún ejemplo, informarnos adecuadamente sobre el desglose de nuestras facturas de suministros eléctrico o de agua, para intentar mejorarla o utilizar medios de transporte alternativos.

Desde la óptica del mercado, como afirma Kuchinow, V (2020) en su obra “La Infraestructura necesaria para alojar a la Industria Circular”, para que funcione este modelo de Economía Circular “ha de ser negocio”. Y si no le proporcionamos a los empresarios las herramientas adecuadas, no lo harán. Las claves para poner en práctica el modelo económico de mercado de Economía Circular son varias y las mostramos a continuación. Todas ellas tienen en común un elemento: que resulta imprescindible la aplicación de la tecnología o de nuevos diseños en los productos que ofrecen al mercado.

5. IDEAS DE MODELOS DE NEGOCIO CIRCULARES

A continuación, mostramos negocios rentables basados en la economía circular y que operan en la actualidad en el mercado, basándonos en ideas mostradas por distintas consultoras ambientales

²³ <https://www.fundacionaquae.org/diez-consejos-contribuir-la-economia-circular/>.

entre las que destacamos, Envirall, Ecoseg, Simbiosy, SEN Innova, Economía Circular 381, Sostinando y Circulab.

Materiales útiles posconsumo. En este caso el producto final que elaboremos como fabricantes tras un proceso productivo, es un recurso. De esta forma, el empresario garantiza su disponibilidad, no escasearán y no verá afectada su producción por las fluctuaciones de los precios de los materiales que emplee. Para ello la empresa se ha de preocupar de poder recuperar el producto fabricado, una vez que lo ha usado el cliente, y utilizarlo de nuevo como materia prima para no tener que conseguir materiales nuevos. El fabricante ha de pensar, por tanto, en recuperar su producto final una vez que lo haya vendido.

Una conocida empresa que fabrica ropa vaquera exhibirá el próximo octubre de 2021 en su sede, **el Haus London de Levi's**²⁴ los nuevos procesos y confecciones realizados a partir de desechos.

En el mundo de la confección de la ropa hay varios ejemplos. La fundación sin ánimo de lucro H&M Foundation y el instituto de investigación textil y de la confección HKRITA de Hong Kong, **han desarrollado la máquina denominada “Green Machine”**²⁵, **que permite separar las fibras de algodón y poliéster de las prendas usadas a gran escala.**

El cliente no será el usuario final en la cadena de consumo. Bajo esta idea se consiguen poner en el mercado –a disposición de los consumidores– productos que no son el final de la cadena de consumo, sino que a su vez serán materias primas. Y, lo más importante, al consumidor le interesa muchísimo porque después de haberlos usado puede recuperar parte de su coste si se lo devuelve al comprador a cambio de un vale o efectivo; en lugar de tirarlos.

²⁴ <https://www.modaes.es/back-stage/levis-a-por-la-circularidad-se-une-al-british-council-para-dar-una-segunda-vida-a-sus-residuos.html>

²⁵ <https://fashionunited.mx/noticias/moda/h-m-marca-el-camino-comienza-con-el-reciclaje-a-escala-de-tejidos-mixtos/2020112429994>

Para el empresario es un negocio redondo porque tiene garantizado el valor de su materia prima y no está sujeta a las fluctuaciones del mercado, además de la fidelización de cliente. ¿Qué pasaría si después de usar una determinada prenda, el comercio en el que lo compramos nos hace un importante descuento si se lo devolvemos?

La empresa Paintcare²⁶ compra los restos de pintura sobrantes y los reutiliza. Tiene distintos puntos de recogida y los vuelve a poner en el mercado con otras calidades, para primeras imprimaciones, etc.

Con base a los ejemplos anteriormente expuestos, podemos concluir que desaparece el concepto de “residuo”, gracias a la tecnología y al diseño.

Alargar la vida útil de los productos. En este caso los fabricantes diseñan la ropa para que dure más tiempo, para aquellos que no son capaces de usarla mucho tiempo como son los pequeños de las casas que crecen a pasos agigantados. Una conocida marca sueca de ropa H&M ha diseñado los llamados modelos de ropa para bebés “*room to grow*”, que, mediante una serie de pliegues y dobles atractivos estéticamente, consiguen que el cliente pueda usar la ropa mucho más tiempo. Se agotaron en meses.

La servificación (López, 2018). Aquí caben dos modalidades. La primera es que la empresa ofrece al cliente un servicio de alquiler directamente, en lugar del producto. La segunda modalidad es que le venden un producto y además le ofrecen al cliente un servicio adicional.

La primera modalidad es el caso de empresas que ceden los productos en alquiler al cliente a cambio de una cuota mensual. El cliente no será el propietario del producto, pero el fabricante le

²⁶ <https://www.paintcare.org/es/>

garantiza que siempre dispondrá del último modelo tecnológicamente más avanzado que haya en el mercado y que menos consuma. Aquí podemos incluir cualquier producto como aparatos de video que utilizan los técnicos, aparatos electrodomésticos, bicicletas, herramientas para reparación que solo se van a utilizar una vez, etc. Las empresas no venden los productos a sus clientes, sino que los ceden en alquiler. Puede ser que el consumidor prefiera pagar una pequeña cuota al mes y no ser el propietario de ellos, el fabricante ya se encargará de poner a su disposición un producto duradero, último modelo y de bajo consumo. Pensemos por ejemplo en los electrodomésticos de un alojamiento turístico, puede ser que sea más interesante disponerlos en alquiler y no en propiedad.

Rolls Royce ya no busca vender los motores que fabrica, los alquila mediante un modelo de suscripción mensual o cobra solo por las horas de vuelo reales. A la aerolínea le favorece porque puede reducir el consumo de combustible, que para ellas representa el 40% del coste total. Y la empresa fabricante de motores, no se deshace de ellos porque analizan la información que le ofrecen los datos que incorporan los motores y sirviéndose de la Inteligencia artificial, mejoran sus productos.

En 2015, Rolls Royce y Singapore Airlines²⁷ firmaron un acuerdo durante cinco años, mediante el que se proponían “disminuir el consumo de combustible en 137 aviones de la compañía”.

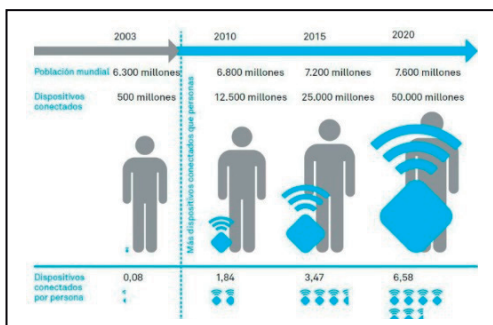
La empresa Home Depot²⁸ ha lanzado el producto “Rent Online, Pick-up In Store”, dispone de 1.300 sedes de alquiler para herramientas de demolición, taladros, sierras y todo tipo de equipos para reformas, cortadoras de césped, etc. No vende sus productos, sino que los alquila.

²⁷ <https://es.linkedin.com/pulse/el-caso-de-rolls-royce-cambia-su-modelo-negocio>.

²⁸ <https://www.prnewswire.com/news-releases/the-home-depot-lanza-reservas-en-linea-para-alquileres-y-abre-nuevas-sedes-de-alquiler-820325983.html>

La segunda modalidad es ofrecer junto a la venta de un determinado producto, un servicio al cliente. Modelo objeto + servicio. No se vende solo un producto, sino que se ofrece un producto + un servicio. La ventaja fundamental de esta modalidad como afirma (Vázquez, 2013) es que mientras el producto físico en casa del consumidor no se puede modificar, los servicios en Internet asociados al mismo sí. De hecho, se adaptarán y mejorarán, según los pedidos que realice el cliente de este servicio asociado al producto. El fabricante se acomodará a las elecciones del usuario según sus necesidades y alargará la vida del producto considerado como un tándem: producto + servicio. El sistema continuamente obtiene datos sobre el uso de ese servicio por parte de los clientes porque no se pierde la trazabilidad del producto; antes los fabricantes solo podían conseguir datos sobre los productos que vendían mediante encuestas o cuantificando las reclamaciones, si había. Concluye el autor que, gracias a los datos acumulados por el sistema, el fabricante –que será un proveedor de servicios– obtiene informaciones sobre dónde radica el valor de sus producciones para adaptar su oferta de servicios y sus políticas de precios, sin modificar el producto.

En la figura 3, mostramos la evolución de los dispositivos a los que estamos conectados.



Fuente: Evans, D. "The Internet of Things. How the next evolution of the Internet of Things is changing every thing". Cisco White Paper, abril 2011.

Empresas de reciclaje. Mediante sinergias entre empresas, utilizan los residuos de otras empresas como recurso.

Un ejemplo lo tenemos en Wiper and True²⁹, en Bristol, que creó la Bread Pudding, recuperan todos los recortes de pan de una fábrica de Yorkshire y restos de pan de panaderías cercanas para fabricar cerveza.

La puesta en práctica de la Economía Circular para las nuevas empresas que acceden al mercado es relativamente sencilla porque sólo tienen que diseñar los productos y servicios que ofrecen de manera que las materias primas conserven su valor siempre. Esto es, que las materias primas que empleen sean recuperables; si no, no interesan.

Para el caso de las empresas que ya funcionan en el mercado, si desean seguir operando en él deben adaptarse utilizando las cadenas de valor.

Las cadenas de valor. Para empresas que ya operan en el mercado y se quieren subir al tren de la Economía Circular. Este concepto lo introdujo el profesor Michael E. Porter de la Universidad de Harvard en 1985 en su libro “Competitive Advantage”. Se utiliza para medir la ventaja competitiva de una empresa en el mercado y consiste en cuantificar todos los factores que intervienen en la elaboración de un determinado producto o servicio, para poder reducir su coste y de esta forma aumentar la rentabilidad de la empresa. Reducir su valor en la cadena de producción aplicando todas las estrategias tecnológicas y de diseño que ofrece la Economía Circular y que acabamos de exponer.

Reparación, Remanufactura, Reaprovechamiento y Refabricación. Reaprovechamiento, consiste en darle una segunda vida al producto con otro uso o el mismo uso con otro diseño. La

²⁹ <https://www.infobae.com/america/mundo/2017/12/12/convertir-el-pan-en-cerveza-una-solucion-de-los-ingleses-es-un-modo-de-acabar-con-el-derroche-de-este-alimento/>

remanufactura, que consiste en utilizar los componentes de distintos artículos para hacer uno nuevo. La refabricación consiste en que es el propio fabricante el que fabrica. Con piezas de distintos aparatos y hace uno nuevo. Con las mismas garantías que si lo estuviese estrenando (esa es la clave).

Hay empresas cuyo modelo de negocio es la reparación. Cuentan con una red de talleres especializados que hacen que su producto sea reparable y se pueda devolver al mercado. Un ejemplo de este modelo lo tenemos con Retuna³⁰ en Suecia, fue el primer centro comercial de productos reparados.

El centro comercial dispone de un almacén en el que los trabajadores reciben y clasifican las mercancías entrantes y las seleccionan. Se envían a distintos talleres para su reparación o impresoras 3D para aquellas piezas que ya no existen. Posteriormente se ponen a la venta en una de las catorce tiendas que dispone el centro comercial.

Venden todo tipo de productos que podría vender un centro comercial como muebles, ordenadores, móviles, equipos de audio, juguetes, bicicletas, mobiliario.

El centro ofrece un servicio de cafetería y un restaurante ecológico, salas para conferencias y un aula en el que se debate sobre el reciclaje y la economía circular. Dispone de un espacio para compostaje. El abono se elabora con restos de comida de restaurantes y cafés y se convierte en abono que se utiliza para cultivar cultivos en centros comerciales o para la venta.

La reventa. Que se lleva haciendo mucho tiempo con los libros y es muy popular ahora con distintas aplicaciones. Se conoce ahora como la “*sharing economy*”. Gracias a las redes sociales y las apps,

³⁰ <https://www.miteco.gob.es/es/ceneam/carpeta-informativa-del-ceneam/novedades/centro-comercial-productos-reciclados.aspx>

es posible conectar personas con intereses similares para comprar y vender productos que ya no usan.

6. CONCLUSIONES

La transformación del mercado a una economía circular es crucial para lograr los Objetivos de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas, el objetivo del Acuerdo de París sobre el Cambio Climático de limitar el aumento de la temperatura global a 1,5 grados; con vistas a la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el cambio climático, COP26, que tendrá lugar en Glasgow en octubre de 2021.

Como apuntábamos al inicio en el título del artículo la economía circular ha dejado de ser una opción y ya es una realidad que está en marcha. Todo aquel individuo o empresa que decida no participar se quedará fuera del mercado y no será competitivo porque la economía –a partir de este momento– comienza a ser circular.

Teóricamente sabemos que la economía circular funciona, pero para que cambien las piezas en el mercado, hay que tener una visión sistémica sobre el impacto de la empresa en el mercado. En el que la innovación en materiales es el campo central para el mantenimiento de los recursos. Para que estos materiales sean reutilizables y se puedan reutilizar. En consecuencia, queda aún mucho margen para la tecnología y el diseño.

En consecuencia, estamos ante el final del ciclo del modelo económico actual de producción de un mayor número de productos y a un precio cada vez menor, porque los recursos materiales sabemos que finitos, por los problemas ambientales asociados, por la volatilidad³¹ de los precios en el ámbito económico y la inestabilidad en las cadenas de los suministros.

El próximo mes de septiembre de 2021, se aprobará en el Parlamento Andaluz la Ley de Economía Circular de Andalucía (LECA)

³¹ <https://www.solarnews.es/2020/09/08/volatilidad-de-precios-y-de-suministro-principal-enemiga-de-la-economia-circular/>

³² y sostiene la actual Consejera de Agricultura, Ganadería, Pesca y Desarrollo Sostenible, que “viene a dar posibilidades económicas y de empleo verde a través de este modelo que supone un nicho de negocio medioambientalmente sostenible para el futuro”.

6. BIBLIOGRAFÍA

Comisión Europea (2019): *Documento de reflexión "Hacia una Europa sostenible para 2030"* (COM (2019) 22). Bruselas.

González Ordaz, Gilberto Israel, & Vargas-Hernández, José G. (2017). La economía circular como factor de la responsabilidad social. *Economía Coyuntural*, 2(3), 105-130. Recuperado en 24 de agosto de 2021, de http://www.scielo.org.bo/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S2415-06222017000300004&lng=es&tlng=es.

Jiménez Beltrán, D; Jiménez Herrero, L. M. y de la Cruz Leiva, J. L. (2017): “Claves para un nuevo modelo productivo sostenible”. Belén Sánchez, A. (coord.): Informe sobre sostenibilidad en España 2016. Madrid, Fundación Alternativas, pp. 10-18.

Junta de Andalucía (2018): *Estrategia Andaluza de Bioeconomía Circular [EABC]*. https://www.juntadeandalucia.es/export/drupaljda/Estrategia_Andaluza_Bioeconomia_Circular_EABC_18.09.2018.pdf

Kuchinow, V (2020) la infraestructura necesaria para alojar a la industria circular. p. 75-96.

López, A. (2018). *Los servicios basados en conocimiento ¿una oportunidad para la transformación productiva en*

³² <https://www.retema.es/noticia/la-ley-de-economia-circular-de-andalucia-entrara-en-el-parlamento-para-su-aprobacion--ZIEMU>

Argentina? Buenos Aires: Serie Documentos de Trabajo del IIEP FCE UBA.

MAPAMA (2018): Estrategia española de economía circular. España Circular 2030. Madrid, Ministerio de Agricultura y Pesca, Alimentación y Medio Ambiente. Actual esta estrategia depende del Ministerio de Transición Ecológica (MITECO). Disponible en la página de MITECO:

Martín Delgado, I. (2007): Actividad de fomento y subvenciones. En Balaguer Callejón, F. (Coord): *Reformas estatutarias y distribución de competencias*. Sevilla, Junta de Andalucía, Instituto Andaluz de Administración Pública, págs. 123-134.

Nogueira López, A. (2010): “La actividad de fomento para la protección de la atmósfera”. En Loperena Rota, D. (Coord): *La calidad del aire y la protección de la atmósfera*. San Sebastián, Thomson Reuters Aranzadi, págs. 203-236.

OCDE (2009): *The Bioeconomy to 2030: Designing a Policy Agenda*. OECD. París.

Parlamento Europeo (2019): “La política de medio ambiente: principios generales y marco básico”. Fichas técnicas sobre la Unión Europea - 2019. Disponible en la página de la UE: http://www.europarl.europa.eu/ftu/pdf/es/FTU_2.5.1.pdf

Pearce, D.W, y Turner, R.K. (1990): *Economics of the Natural Resources and the Environment*. London, UK, Harvester Wheatsheaf.

Reglamento (CE) Nº 1221/2009 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2009 relativo a la participación voluntaria de organizaciones en un sistema comunitario de gestión y auditoría medioambientales (EMAS) (DOCE nº L 342/1, de 22/12/2009).

Ruiz Malbarez, Mayra y González, Zilath (2011). "La responsabilidad social empresarial y la obsolescencia programada. Saber, ciencia y libertad, pp. 127-135.

Sánchez Bravo, A. (2021). "la Biodiversidad en Europa Estrategia 2030", "De Sevilla a Filipéia". Sevilla, Punto Rojo Libros, PP 167-206.

Vázquez, J. I., "Horizontes y desafíos de Internet de las cosas", en C@mbio: 19 ensayos clave sobre cómo internet está cambiando nuestras vidas, Madrid, BBVA, 2013.

POLÍTICA NACIONAL DE MEIO AMBIENTE E INTERAÇÃO SOCIAL NO BRASIL.

Jacson Roberto Cervi¹

1. INTRODUÇÃO

O atual **status quo** ambiental denuncia a necessidade de reflexão a respeito do estilo de vida e da noção de desenvolvimento ainda prevalentes. A crise ambiental contemporânea e sua superação estão a exigir mudanças profundas e permanentes, a ponto de se caracterizar o momento presente como de transição paradigmática, em que um paradigma tradicional de desenvolvimento (centrado na economia e na dominação do homem em relação a natureza) é confrontado por um novo paradigma (sustentável), fundado na qualidade de vida e no cuidado². A transposição de um para outro modelo de sociedade exige cooperação global, com a contribuição de todos os setores do conhecimento, inclusive do Direito.

No Brasil, a Política Nacional de Meio Ambiente, materializada na Lei 6.938/81, além de estabelecer uma rede de gerenciamento estatal ambiental, nos diversos níveis, através do Sistema Nacional de Meio Ambiente (SISNAMA), criou uma série de instrumentos para implementação de uma política ambiental a nível nacional. No entanto, 40 anos depois de sua implementação, ainda são evidentes as deficiências na efetivação dos referidos instrumentos, o que tem levado à ocorrência de danos ambientais irreversíveis e à inúmeros

¹ Doutor em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC, com estágio doutoral na Universidade de Sevilla-Espanha. Pós Doutorado em Jurisdição Constitucional e Meio Ambiente na Universidade de Passo Fundo. Professor da Graduação e do PPGD, Mestrado e Doutorado em Direito da Universidade Regional Integrada do Alto Uruguai e das Missões - URI -, Campus de Santo Ângelo/RS. Membro do Grupo de Pesquisa Novos Direitos na Sociedade Globalizada. Advogado. E-mail: jrcervi@san.uri.br.

² Sobre o paradigma do cuidado consultar: CERVI, J. R.; HAHN, N. B. . O cuidado e a ecologia integral. Revista Direito Culturais - URI Santo Angelo, v. 12, p. 149-172, 2017.

conflitos socioambientais, muito em função de fatores como a descontinuidade das políticas públicas e a complexidade da configuração do SISNAMA, mas também devido a carência de informação e falta de participação cidadã.

O Grande problema do Direito Ambiental brasileiro e internacional não está na falta de normas, mas sim no baixo nível de efetividade das mesmas. Não há lei no mundo que resolva as questões ambientais se não houver espírito de cooperação global, um objetivo comum em prol de uma ética planetária. Só assim, o paradigma do desenvolvimento sustentável será algo atingível.

A participação dos cidadãos está relacionada com a concepção de democracia, não apenas à base de procedimentos e sim do envolvimento dos cidadãos e a responsabilidade cívica de cada membro da comunidade. Portanto, a ideia de democracia não se restringe a sua forma representativa, necessitando ser ampliada para modelos cada vez mais comuns de participação direta, nas quais as pessoas tenham a oportunidade de opinar e também deliberar, juntamente com os seus representantes, sobre questões de interesse comum.

2. POLÍTICA NACIONAL DE MEIO AMBIENTE E DEMOCRACIA NO BRASIL

Com a promulgação da Constituição Federal de 1988 (CF/88), a questão ambiental ganhou novos contornos, passando a ser tratada como matéria de direito fundamental, essencial à sadia qualidade de vida e ao desenvolvimento humano. A CF/88 impulsionou o Brasil rumo a um modelo de desenvolvimento mais sustentável do ponto de vista ambiental, com a definição e realização de uma política Nacional para o meio ambiente. Nesse sentido:

Na verdade, saímos do estágio da miserabilidade ecológica constitucional, própria das Constituições liberais anteriores, para um outro, que, de modo adequado, pode ser apelidado de opulência ecológica

constitucional, pois o capítulo do meio ambiente nada mais é do que o ápice ou a Face mais visível de um regime constitucional que, em vários pontos, dedica-se, direta ou indiretamente, à gestão dos recursos ambientais.³

No cenário brasileiro, toda e qualquer política ambiental, da Política Nacional de Meio Ambiente à Política Nacional de Mudanças Climáticas, passando pela Política Energética Nacional e Política Nacional de Águas, é orientada segundo os princípios do desenvolvimento sustentável, prevenção, precaução, informação, participação, cooperação internacional, dentre outros. Esse quadro normativo considera também as demais políticas públicas econômicas e sociais, a exemplo dos sucessivos Programas de Aceleração do Crescimento, políticas de saúde e saneamento básico e demais ações que visam a inclusão social e a erradicação da pobreza.

A Lei 6.938/81 dispõe a respeito da Política Nacional de Meio Ambiente (PNMA). Totalmente recepcionada pela CF/88, referida norma reflete a incorporação, pelo ordenamento jurídico pátrio, das diretrizes ambientais internacionais definidas na Conferência de Estocolmo de 1972, da qual se destaca a noção de desenvolvimento sustentável. Além disso, estrutura um Sistema Nacional de Meio Ambiente, com base em princípios, objetivos e instrumentos que servem de norma-base a estados e municípios na definição de suas políticas ambientais regional e locais.

Dentre os seus princípios, elencados no artigo 2º., está o de promover a educação ambiental em todos os níveis de ensino, com o intuito de capacitar toda a comunidade a participar ativamente na defesa do meio ambiente. Já o art. 4º., em inciso IV, segunda parte, destaca como objetivo da PNMA “a formação de uma consciência

³ BENJAMIN, Antônio Herman. "O meio ambiente na Constituição Federal de 1988." *Desafios do direito ambiental no século XXI: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado*. São Paulo: Malheiros (2005): 363-398. P.370. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79061956.pdf>. Acesso em 30 de agosto de 2021.

pública sobre a necessidade de preservação da qualidade ambiental e do equilíbrio ecológico”⁴.

Além disso, visando cumprir com as competências ambientais definidas pela CF/88, a Política Nacional de Meio Ambiente instituiu o SISNAMA (Sistema Nacional do Meio Ambiente), responsável pela proteção e melhoria da qualidade ambiental. Em linhas gerais, referido sistema é complexo e está estruturado em órgãos federais, estaduais, Distritais e municipais, responsáveis pela gestão ambiental no Brasil, de forma coordenada e descentralizada, com ampla participação da sociedade via Conselhos, a exemplo do Conselho Nacional de Meio Ambiente, o CONAMA.⁵

Contudo, uma das contribuições mais relevantes da lei 6.938/81 está no art. 9º., o qual contém uma série de instrumento que visam concretizar os princípios e objetivos da PNMA. Além de estabelecer padrões de qualidade ambiental, criar o zoneamento ambiental e exigir licenciamento para atividades potencialmente poluidoras, a PNMA elenca dentre os seus instrumentos, o sistema nacional de informação sobre o meio ambiente e institui o Relatório de Qualidade do Meio Ambiente (RQMA).⁶

Quanto ao RQMA, embora com previsão de periodicidade anual, pela Lei da PNMA, o último informe publicado data de 2013. O Estudo apresenta o estado da qualidade do meio ambiente, tanto natural quanto artificial, contendo dados a respeito do

⁴ BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional de Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Publicado no D.O.U. de 02.09.1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em: 01 de julho de 2021.

⁵ BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional de Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Publicado no D.O.U. de 02.09.1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em: 01 de julho de 2021.

⁶ BRASIL. Lei nº 6.938, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional de Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Publicado no D.O.U. de 02.09.1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em: 01 de julho de 2021.

desmatamento, proteção da biodiversidade, clima, poluição, meio ambiente urbano, dentre outros, com o objetivo de disseminar a informações para o conhecimento da sociedade e visando orientar políticas públicas nacionais, regionais e locais.⁷ No entanto, não obstante a relevância de tais estudos periódicos e a previsão na Lei da PNMA, sua descontinuidade, por si só, compromete qualquer tentativa de implementação de políticas públicas eficazes, devido à ausência de dados mais atualizados.

Da mesma forma, o Sistema Nacional de Acesso à Informação Ambiental (SINIMA), instrumento pensado para a gestão da informação ambiental nas três esferas de governo. Embora regulado conforme Portaria nº 160 de 19 de maio de 2009, tendo como forma de atuação três eixos estruturantes, o do desenvolvimento de ferramentas de acesso à informação, integração de bancos de dados e fortalecimento do processo de produção, sistematização e análise de estatísticas e indicadores relacionados com as atribuições do MMA, consiste em ferramenta descontinuada, com estudos e indicadores que não são atualizados há mais de uma década.⁸

Como consequência, embora todo esse arcabouço legislativo, não reflete as mudanças no ritmo e intensidades necessárias a uma efetiva mudança. Além de ações descontinuadas, com ausência de um banco de dados empíricos atualizado, que resultam em profundas carências no processo de informação ambiental, também observam-se decisões políticas equivocadas, fundamentadas em

⁷ IBAMA. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis. Relatório de Qualidade do Meio Ambiente - RQMA: Brasil 2013 / Diretoria de Qualidade Ambiental. - Brasília: Ibama, 2013. 268 p. Disponível em: https://www.ibama.gov.br/phoca-download/qualidadeambiental/relatorios/RQMA_2013.pdf. Acesso em: 30 de agosto de 2021.

⁸ BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Sistema Nacional de Informação sobre Meio Ambiente. Disponível em: <https://antigo.mma.gov.br/informacoes-ambientais/plano-de-dados-abertos/item/8215-sistema-nacional-de-informacao-C3%A7-C3%A3o-sobre-meio-ambiente.html>. Acesso em: 30 de agosto de 2021.

intepretações arraigadas a velhas práticas e conceitos, à margem da participação massiva da sociedade.

Enquanto o meio ambiente não for tratado como bem de uso comum do povo, gerido por todos e em prol de todos, o direito correlativo dificilmente será efetivo. Trata-se, bem entendido, de um patrimônio comum do povo brasileiro, no plano nacional, e da humanidade, no plano internacional. A fruição desse patrimônio não pode ocorrer de modo a beneficiar apenas determinados grupos, em detrimento da coletividade.⁹

As políticas públicas devem ser o norte para a definição de uma nova ordem mundial, não apenas sob o aspecto econômico e ambiental, mas, sobretudo, de solidariedade mundial. Contudo, a história tem demonstrado que nenhuma política, nenhuma mudança civilizatória se conseguiu, teve êxito, sem o respaldo dos indivíduos e das sociedades. A experiência vem demonstrando que as pessoas, quando informadas e conscientes, são mais responsáveis e representam um valioso respaldo para a introdução no mercado de produtos e recursos caracterizados pela eficiência energética e compromisso ambiental.¹⁰

Os fundamentos para a participação direta do cidadão foram lançados, mas ainda não podem ser considerados plenamente efetivos, tampouco há consenso a respeito dos seus reais benefícios. Setores mais conservadores da sociedade e dos poderes constituídos em geral tem restrições à maior participação cidadã, por

⁹ FARIAS, Talden Farias. ALVARENGA, Luciano J. A (in)justiça ambiental e o ideário constitucional de transformação da realidade: o direito em face da iníqua distribuição socioespacial de riscos e danos ecológicos. IN: Direito e justiça ambiental [recurso eletrônico] : diálogos interdisciplinares sobre a crise ecológica / orgs. Carlos E. Peralta, Luciano J. Alvarenga, Sérgio Augustin. - Caxias do Sul, RS : EducS, 2014. P. 30-52. P. 42. Disponível em: <https://conflitosambientaismg.lcc.ufmg.br/wp-content/uploads/2014/11/Direito-e-Justica-Ambiental-1.pdf#page=31>. Acesso em: 25 de agosto de 2021.

¹⁰ BRAVO, Álvaro Sánchez. Derecho humano al medio ambiente y políticas públicas ambientales. In: _____. *Políticas públicas ambientales*. Sevilla: ArCiBel Editores: 2008. p. 81-93. p. 93.

entender que colocam em risco a segurança jurídica do próprio Estado de Direito, ao substituir os poderes constitucionalmente reconhecidos como legítimos para a tomada de decisões em nome do interesse coletivo, pela presença direta dos cidadãos na cena pública, situação que permite a contestação das decisões que favorecem os grupos dominantes.

As noções de democracia participativa e deliberativa não contêm a pretensão de substituir a democracia representativa, tampouco deslegitimar os poderes constituídos no exercício de suas competências constitucionais. Seu objetivo central é reduzir a distância entre Estado e os cidadãos, mediante a transparência e a participação da sociedade na condução dos interesses coletivos. É compreensível que o papel mais ativo dos cidadãos e das comunidades sofra resistência de setores privilegiados, de governos e partidos políticos que atuam em causa própria, prática cada vez mais comum, mas é um alento para todos os que confiam que o êxito nas políticas públicas aumenta com a participação ativa da sociedade.

Essa nova moldura da democracia é de grande importância para enfrentar os inúmeros desafios e paradoxos da sociedade atual, uma sociedade global, tecnológica e de risco. Para Ulrich Beck, se está testemunhando uma fratura na modernidade que separa a sociedade industrial clássica da sociedade industrial do risco, na qual a lógica da produção de riqueza, até então prevalente, cede espaço para a lógica da produção de riscos, os quais não mais afetam apenas um determinado setor ou grupo, mas a todos indistintamente, onde a ganância pelo poder e pelo progresso técnico-econômico se vê ofuscada pela produção de riscos. Essa distinção entre modernização simples e modernização reflexiva representa uma mudança das bases da vida, onde a natureza, antes vista como um fenômeno exterior do sistema social, em contraposição à sociedade e por ela dominada, agora encontra-se no interior do sistema,

convertendo-se em pressuposto insuperável do sistema industrial mundial, o qual está à mercê da natureza.¹¹

Analisando a dinâmica reflexiva e de risco das sociedades globalizadas, José Alcebíades de Oliveira Júnior trabalha a ideia do risco e da reflexividade na direção de uma discussão sobre sustentabilidade, natural e social, observadas a partir de uma perspectiva interdisciplinar que reúne, pelo menos, os campos da ciência, da economia, da política e do direito. Contudo, ao se referir ao ponto central na democracia deliberativa, qual seja, o estabelecimento de uma comunicação efetiva entre a sociedade civil e o Estado, assevera que esse tema nunca esteve colocado em uma situação de urgência para ser repensado e praticado no Brasil, sendo esta uma das causas do descrédito no sistema político representativo nacional. Com efeito, os recentes movimentos sociais decorrem da insatisfação reinante com um sistema político que tem visado unicamente a sua auto reprodução, denunciando uma crise da política e dos sistemas partidários, os quais servem apenas de argumentos retóricos de luta pelo poder, campo fértil para corrupções.¹²

Se por um lado, a sociedade globalizada, tecnológica e de risco pode favorecer o domínio mundial pelo mercado, utilizando-se as novas tecnologias como instrumento de dominação, onde prevalece o sentimento de insegurança, contém também os elementos que desenham um cenário favorável à definição de valores comuns em prol de um desenvolvimento sustentável, fundado no acesso à informação e na maior participação cidadã, diante dos riscos dos impactos ambientais de dimensões globais. Para isso, necessárias

¹¹ BECK, Ulrich. *La Sociedad del Riesgo: hacia una nueva modernidad*. Paidós: Barcelona. 2010, p. 13-24.

¹² OLIVEIRA Jr., José Alcebíades de. *Direitos Fundamentais e Democracia Deliberativa na dinâmica reflexiva das sociedades globalizadas*. 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ff73f9b77514c1bf>. Acesso em: 07/09/2014. p. 11-12.

novas estruturas jurídicas que visem maior transparência e efetividade dos instrumentos de participação cidadã.

A clássica teoria moderna do Direito, assentada no universalismo, individualismo, igualdade, segurança e centralidade política, encasulada em ideais formalistas e tecnicismo empírico, tem se revelado de eficácia limitada para responder às crescentes necessidades da vida humana. Embora novas formas de regulação social tenham alcançado alguns desdobramentos significativos, observa-se que o surgimento de processos inovadores, fundados na pluralidade de fontes, apresentam descontinuidades, impasses e reordenações, características de um tempo de transição. Nesse sentido, o fenômeno do *Pluralismo Jurídico Comunitário-Participativo*, busca resgatar mais uma vez o debate sobre o poder de ação da comunidade, de novos direitos, de diversidades étnico-culturais e à produção de alternativas jurídicas.¹³

Na grande maioria das situações, os espaços de participação oficiais, regulamentados por normas estatais, são massivamente dominados por representantes do Governo e a participação cidadã é utilizada como forma de legitimação dos interesses do Estado, os quais nem sempre refletem a vontade popular. Já os fóruns e reuniões organizadas pela sociedade civil, como o caso do Fórum Social Mundial, embora sejam criticados por refletir a ideologia de partidos de esquerda, consistem em eventos democráticos onde se debatem os principais aspectos ideológicos e interesses econômicos que atentam aos direitos humanos, em especial o direito a um meio ambiente equilibrado. Além disso, embora sem caráter deliberativo e qualquer poder de submissão estatal, eventos

¹³ WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. IN: WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Orgs). *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas*. São Paulo: Saraiva. 2003. p. 7.

dessa natureza têm por virtude irradiar à sociedade mundial um reforço da consciência cívica ambiental.

Como consequência, em termos ambientais hoje, no Brasil, não se pode afirmar com segurança se as normas e políticas públicas de atuação do Estado refletem o desejo da sociedade. A carência de diálogo e debates sobre as convicções das pessoas, somada à baixa participação popular nas esferas existentes, geram profundas dúvidas a respeito da representatividade dos representantes do povo. Considerando que a legislação ambiental brasileira, do ponto de vista técnico, pode ser considerada como uma das mais modernas do mundo, possíveis dissonâncias entre essa qualidade formal e sua baixa efetividade ou aceitação popular, podem indicar a carência de políticas públicas para demonstrar seu valor, bem como políticas que incentivem a participação e deliberação popular na efetivação das mesmas.

3. O ECOMUNITARISMO COMO INSTRUMENTO DE REALIZAÇÃO DA POLÍTICA AMBIENTAL BRASILEIRA

No Brasil, a participação e o acesso a informação são princípios basilares do Direito Ambiental. Além disso, o ordenamento jurídico pátrio, embora não contenha um procedimento específico para as questões afetas ao meio ambiente, possui valiosos mecanismos de acesso à justiça para proteção de direitos fundamentais, a exemplo da ação popular e da ação civil pública.

A participação comunitária nas questões ambientais encontrou guarida no princípio de número 10 da Declaração do Rio de 1992. O princípio implica na necessidade de cooperação entre Estado, mercado e cidadãos para a solução dos problemas ambientais. Embora o Estado concentre o poder de polícia administrativa e gestão ambiental, não possui condições de, sozinho, fiscalizar todo o

território para evitar abusos ecológicos. Logo, é premente o envolvimento de todos os setores sociais através do pleno exercício do direito de cidadania, amplamente previstos pela CF, mediante garantias como o acesso à informação (art. 5º, XIV e XXXIII), livre manifestação do pensamento (art. 220), acesso à educação ambiental (art. 225, § 1º, VI), dentre outros.

A CF/88 contemplou esse princípio no *caput* do seu artigo 225, ao estabelecer como dever de todos, Estado e coletividade, a defesa do meio ambiente. No entanto, a baixa efetividades dos princípios da informação e participação ambiental, impedem que o debate social no Brasil evolua rumo a uma transição no modelo de desenvolvimento econômico. Com isso, a velha ordem fundamentada da falsa dicotomia público privada, ainda prevalente, torna-se obstáculo para um debate mais amplo e democrático entre os diversos setores da sociedade. Como resultado, a temática ambiental fragmenta a sociedade quanto deveria representar exatamente o contrário, a união de esforços em prol do bem comum, a sustentabilidade da própria vida.

José Alcebíades de Oliveira Júnior, ao analisar participação social na PNMA, no caso específico do licenciamento ambiental, através das audiências públicas, conclui que a aplicação do direito ambiental sem diálogo pode trazer consequências irreparáveis ao meio social. Nas palavras do citado jurista:

Diante da leniência e/ou da tentativa de submissão das demais culturas, por um direito oficial importado e muitas vezes de natureza genérica e que não percebe as diferenças, diríamos que o único caminho para se evitar a desintegração social e a destruição ambiental é o diálogo, perfeitamente possível em nível de administração pública, desde que municiada com as

condições financeiras e humanas necessárias, o que, aliás, parece ainda não ser prioridade no Brasil.¹⁴

Porém, referidas políticas carecem, muitas vezes, de uma maior interação social. Não há como desvincular a participação da sociedade na condução das políticas públicas. Contudo, a concretização desse princípio deve considerar os perigos de distorções de funcionalidade, a exemplo da corrupção, falta de coordenação, além do domínio governamental ou do mercado, os quais podem levar a desvios de finalidade.

A interação entre a sociedade e o Estado para a condução de políticas públicas, mais do que um bom instrumento para a eficiência e legitimidade dessas políticas, é, no direito brasileiro, um princípio constitucional, um imperativo repetitivo e refletido nas normas infraconstitucionais de organização da Administração Pública.¹⁵

Uma participação mais efetiva, desde que exercidos com transparência, garantindo-se o direito de acesso à informação, pode representar maior legitimidade social as políticas públicas, uma vez que fundamentadas nos valores e convicções morais dos cidadãos. Além disso, políticas públicas que promovam a participação e a inclusão social acabam por fomentar o desenvolvimento econômico sustentável, pois, ao viabilizar a participação de todos, torna os cidadãos responsáveis uns pelos outros, inclusive com relação à garantia do mínimo existencial para uma vida digna.

¹⁴ OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiades de. Proteção ambiental e complexidade na pós-modernidade: caminhos para soluções dialogadas de conflitos. IN: *Revista de Direitos Culturais*. Santo Ângelo: EDIURI, 2010. P. 109.

¹⁵ PEREZ, Marcos Augusto. A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das Políticas Públicas. In: BUCCI, Maria P. D. (org). *Políticas públicas: reflexos sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 163-176. P. 176.

Em termos ambientais, essa nova ordem social baseada na participação efetiva e ampla da comunidade, tem sido definida como ecomunitarismo, ou seja:

Ecomunitarismo é a ordem socioambiental pós-capitalista na qual os seres humanos reconciliem-se entre si para permitir e incentivar o desenvolvimento multifacetado de cada sujeito, e se reconciliem com o restante da natureza, mantendo face a ela uma atitude permanente de preservação e regeneração. É a ordem socioambiental utópica, capaz de se articular com base nas três normas da ética e de manter-se pela postura de seres humanos em atitude com a libertação, é uma ideia guia que dá o norte para onde caminhar.¹⁶

As três normas éticas a que o Autor faz referência, dizem respeito à liberdade de decisão, a busca da verdade e a interação do ser humano com a natureza. O ecomunitarismo, representa uma forma diferenciada de pensar, agir e se relacionar com o meio ambiente, considerando aspectos ecológicos, políticos, econômicos e sociais, de forma descentralizada, participativa e solidária, criando condições para uma verdadeira revolução socioambiental.¹⁷

Portanto, considerando que a participação requer a implementação de um novo modelo de Estado fundado na inclusão social, bem como de regras jurídicas dialogadas e não impostas, cuja efetividade exige transformações profundas, conforme visto, conclui-se pela necessidade do desenvolvimento de uma consciência cívica a ser alcançada através de uma “democracia participativa e

¹⁶ VELASCO, Sirio Lopez. *Introdução à educação ambiental ecomunitarista*. Rio Grande: Ed. Da FURG, 2008. P. 17-18.

¹⁷ SILVA, Neuza Maria Corrêa da. *Avaliação do processo de descontinuidade da implantação da Agenda 21 em Pelotas, sob o olhar da Educação Ambiental Ecomunitarista e das Políticas Públicas*. 2009. 152 F. Tese de Doutorado (Programa de pós-graduação em educação ambiental). Fundação Universidade Federal do Rio Grande. Rio Grande, 2009. Disponível em: http://www.livrosgratis.com.br/arquivos_livros/cp137277.pdf. Acesso em: 19 de abr. de 2014. P. 29 e 32.

dialogada”¹⁸. Contudo, tal modelo de gestão pública requer uma forma de atuação mais descentralizada, mediante a instituição de políticas públicas que valorizem os movimentos sociais.

Nas sociedades informatizadas contemporâneas, o poder já não reside no exercício da força e sim no uso de informações que permitem influenciar e controlar as atividades dos cidadãos. Daí que as possibilidades de intervenção nos processos sociais, econômicos e políticos, sejam determinados pelo acesso à informação. A informação sucede o poder e este pode se tornar decisivo quando transforma informações parciais e dispersas em informações de massa e organizadas. Manifesta-se, assim, a necessidade de uma regulação jurídica deste processo, que conjugue o desenvolvimento tecnológico e científico, com a inescusável defesa dos direitos e liberdades dos cidadãos.¹⁹

Além desses instrumentos constitucionais, no âmbito da legislação ambiental, existem outros que objetivam a participação popular. O princípio da participação é materializado nos diversos conselhos e comitês, instituídos com o intuito de garantir a inclusão de atores sociais nos espaços de deliberação. Também a previsão de audiências públicas, inclusive com caráter obrigatório, integra a aspiração democrática da gestão ambiental. Ainda, soma-se a isso a difusão da informação ambiental, a qual deve ser completa e acessível.

No entanto, em muitas situações, os espaços de participação oficiais, como os Conselhos, são massivamente dominados por representantes do Governo e a participação cidadã é utilizada como forma de legitimação dos interesses do Estado. Tais espaços devem ser democratizados. Além disso, a consolidação da inserção

¹⁸ OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebíades de. Proteção ambiental e complexidade na pós-modernidade: caminhos para soluções dialogadas de conflitos. IN: *Revista de Direitos Culturais*. Santo Ângelo: EDIURI, 2010. P. 109.

¹⁹ BRAVO, Álvaro Sánchez. *A nova sociedade tecnológica: da inclusão ao controle social*. A Europa é exemplo? Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010. P. 16.

ativa requer a ampliação de fóruns de deliberação com características mais horizontais, onde se debatam as dificuldades e possibilidades do direito a um meio ambiente equilibrado no contexto da globalização e outros temas de interesse público. Sem caráter formal oficial e sem submissão ao Estado, eventos dessa natureza tem por virtude irradiar à sociedade um reforço da consciência cívica ambiental. Em matéria ambiental hoje, no Brasil, as normas e políticas públicas carecem de maior legitimidade social. Muito já foi conquistado. É preciso avançar.

Nesse sentido, visando uma maior legitimidade social das políticas públicas ambientais, através da participação mais ativa dos cidadãos, deve-se promover um maior acesso à informação e transparência no processo de tomada de decisão. O amplo acesso a informação e a participação cidadã consistem nas condições para a transformação paradigmática.

Para que isso seja viável, além da premência de uma relação horizontal entre os Estados tomados pelo espírito de universalidade e de assistência mútua, faz-se indispensável a participação massiva da sociedade. Dentre os setores sociais relevantes, muitos autores destacam a importância das organizações não-governamentais enquanto meio de mobilização da sociedade civil para cobrar do Estado políticas públicas ambientais e auxiliá-lo na implementação das mesmas. Além de terem influenciado decisivamente na evolução do movimento ambientalista no Brasil, as ONGs ocupam atualmente posição de destaque na atividades ligadas à gestão dos recursos naturais, ora atuando supletivamente na função fiscalizadora do Estado, a qual encontra-se fortemente debilitada, ora auxiliando como suporte técnico-científico na implantação de mecanismos eficientes de preservação/conservação.²⁰

Diante disso, o papel dos movimentos sociais é salutar para a instituição de um círculo virtuoso em prol da transformação do

²⁰ FURRIELA, Rachel Biderman. *Democracia, cidadania e proteção do meio ambiente*. São Paulo: Annablume, 2009. P. 142.

paradigma de desenvolvimento. A legislação ambiental, diuturnamente burlada para atender a interesses oligárquicos, empresariais e até mesmo governamentais, contém os instrumentos para se implementar uma nova concepção de vida e de desenvolvimento. No entanto, carece que o homem pós-moderno, tecnológico e comunicativo dos dias atuais, abandone sua posição tradicional de senhor possuidor e controlador da natureza, para fazer parte dela. Um ser mais livre da dependência do mercado, que atue a serviço das pessoas e do bem estar de todos.

4. CONCLUSÃO

A correta condução das questões ambientais passa necessariamente pelo fortalecimento da democracia. Para que a política ambiental brasileira se desenvolva e concretize nos marcos dos princípios da sustentabilidade socioambiental, ou seja, prudência ecológica, eficiência econômica e inclusão social é indispensável a participação comunitária e o diálogo. É a participação e o diálogo aberto, dos diferentes interesses e pontos de vista, que podem proporcionar um ambiente de convergência e cooperação.

A atual política ambiental, não raras vezes, segue as exigências do mercado. Alterar essa ordem requer a incorporação de novas forças, que tencionem o Estado na perspectiva da democratização e da opção por uma relação mais harmônica com a natureza. A participação comunitária é fundamental para que as normas e políticas públicas ambientais, alcancem a necessária legitimação social e assim atinjam seus propósitos. A consolidação da inserção ativa das comunidades requer a ampliação de fóruns de deliberação com características mais horizontais, onde se dialogue sobre os aspectos ideológicos e interesses econômicos que subjazem às questões sociais, as dificuldades e possibilidades do direito a um meio ambiente equilibrado no contexto da globalização e outros temas de interesse público. Sem caráter formal oficial e sem submissão ao Estado, eventos dessa natureza têm por virtude irradiar à sociedade mundial um reforço da consciência cívica ambiental, a qual

passa a desempenhar um papel relevante na definição e efetivação das políticas públicas ambientais.

Diante dos gigantescos desafios da sociedade global contemporânea, a exemplo das questões ambientais, a necessidade de ações coletivas exige a renovação do espírito comunitário pautado na solidariedade social e na sensibilidade ambiental. As artificialidades das relações humanas, próprias de um modelo de desenvolvimento individualista e predador, precisam ser substituídas pela instituição de um processo de integração social, com a internalização de valores compartilhados, fundantes de uma consciência coletiva capaz de transformar crenças e condutas em nome de uma nova ordem social mais humana, democrática, sustentável e responsável, preceitos assentados na Constituição Federal Brasileira.

Os avanços legislativos não devem levar à ilusão de que os problemas ambientais estão equacionados, pois a norma pode ter sua eficácia limitada por vários fatores alheios ao direito, dos quais se destaca a maior ou menor aceitação por parte da sociedade.

Além de expandir os estudos científicos para subsidiar as políticas públicas ambientais, o que pode ser conseguido através de maior aproximação com institutos e universidades via aumento do fomento à pesquisa, o Brasil carece de políticas de difusão da informação ambiental e dos direitos e deveres dos cidadãos. A implementação desse princípio demanda a superação de alguns desafios, a exemplo da maior interação das políticas ambientais com outras políticas sociais e de desenvolvimento econômico, o estabelecimento de uma periodicidade para atualização/divulgação dos indicadores ambientais e o compartilhamento desses indicadores com estados e municípios.

A participação, embora seja requisito essencial do Estado Democrático de Direito e reconhecido como princípio do Direito Ambiental Internacional, ainda encontra obstáculos para a sua real efetivação. As causas dessa realidade não residem em um ou outro

setor, havendo resistências diversas. Por parte de agentes do Estado há a alegação dos altos custos da viabilização de tal desiderato, somado ao receio de dividir o exercício do poder com os cidadãos, fruto de um entendimento equivocado sobre o suposto antagonismo entre democracia representativa e participativa/deliberativa, quando, na verdade são formas complementares. Entre os agentes do mercado, a ótica comum é de que a participação é sinônimo de burocratização dos processos de licenciamento ambiental, os quais podem se tornar infundáveis e de pouca eficácia, comprometendo a competitividade das empresas. Entre os cidadãos comuns, a insuficiente disposição de participar está vinculada a fatores como o baixo interesse pela política, a falta de empoderamento, além da carência de informação e de consciência em relação aos direitos de transparência e participação, bem como a cultura política dominante moldada na democracia representativa.

Assim, esta participação deve ser assegurada desde o princípio, da preparação, passando pela modificação ou revisão até a implementação de planos ou programas. Só assim, com ampla e efetiva participação, poderemos ventilar a possibilidade de redefinir a cultura capitalista dominante rumo a uma economia hipocarbônica.

5. REFERÊNCIAS

BRASIL. *Lei nº 6.938*, de 31 de agosto de 1981. Dispõe sobre a Política Nacional de Meio Ambiente, seus fins e mecanismos de formulação e aplicação, e dá outras providências. Publicado no D.O.U. de 02.09.1981. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/leis/l6938.htm. Acesso em: 01 de julho de 2021.

BRASIL. Ministério do Meio Ambiente. Sistema Nacional de Informação sobre Meio Ambiente. Disponível em: <https://antigo.mma.gov.br/informacoes-ambientais/plano-de-dados-abertos/item/8215-sistema-nacional-de-informa%C3%A7%C3%A3o-sobre-meio-ambiente.html>. Acesso em: 30 de agosto de 2021.

BECK, Ulrich. *La Sociedad del Riesgo: hacia una nueva modernidad*. Paidós: Barcelona. 2010, p. 13-24.

BENJAMIN, Antônio Herman. "O meio ambiente na Constituição Federal de 1988." *Desafios do direito ambiental no século XXI: estudos em homenagem a Paulo Affonso Leme Machado*. São Paulo: Malheiros (2005): 363-398. P.370. Disponível em: <https://core.ac.uk/download/pdf/79061956.pdf>. Acesso em 30 de agosto de 2021.

CERVI, J. R.; HAHN, N. B. . O cuidado e a ecologia integral. *Revista Direito Culturais - URI Santo Angelo*, v. 12, p. 149-172, 2017.

FARIAS, Talden Farias. ALVARENGA, Luciano J. A (in)justiça ambiental e o ideário constitucional de transformação da realidade: o direito em face da iníqua distribuição socioespacial de riscos e danos ecológicos. IN: *Direito e justiça ambiental [recurso eletrônico] : diálogos interdisciplinares sobre a crise ecológica / orgs. Carlos E. Peralta, Luciano J. Alvarenga, Sérgio Augustin*. - Caxias do Sul, RS : Educs, 2014. P. 30-52. P. 42.

Disponível em: https://conflitosambientaismg.lcc.ufmg.br/wp-content/uploads/2014/11/Direito_e_Justica_Ambiental-1.pdf#page=31. Acesso em: 25 de agosto de 2021.

FURRIELA, Rachel Biderman. *Democracia, cidadania e proteção do meio ambiente*. São Paulo: Annablume, 2009.

IBAMA. Instituto Brasileiro do Meio Ambiente e dos Recursos Naturais Renováveis. *Relatório de Qualidade do Meio Ambiente - RQMA: Brasil 2013 / Diretoria de Qualidade Ambiental*. - Brasília: Ibama, 2013.

268 p. Disponível em: https://www.ibama.gov.br/phocadownload/qualidadeambiental/relatorios/RQMA_2013.pdf. Acesso em: 30 de agosto de 2021.

OLIVEIRA Jr., José Alcebiádes de. *Direitos Fundamentais e Democracia Deliberativa na dinâmica reflexiva das sociedades globalizadas*. 2014. Disponível em: <http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=ff73f9b77514c1bf>. Acesso em: 07/09/2014. p. 11-12.

OLIVEIRA JÚNIOR, José Alcebiádes de. Proteção ambiental e complexidade na pós-modernidade: caminhos para soluções dialogadas de conflitos. IN: *Revista de Direitos Culturais*. Santo Ângelo: EDIURI, 2010.

PÉRES LUÑO, Antonio Henrique. *Derechos Humanos, Estado de Derecho e Constitución*. 10ª Ed. Madrid: Tecnos, 2010.

PEREZ, Marcos Augusto. A participação da sociedade na formulação, decisão e execução das Políticas Públicas. In: BUCCI, Maria P. D. (org). *Políticas públicas: reflexos sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 163-176.

SÁNCHEZ BRAVO, Álvaro. Derecho humano al medio ambiente y políticas públicas ambientales. In: _____. *Políticas públicas ambientales*. Sevilla: ArCiBel Editores: 2008. p. 81-93. p. 93.

SANCHEZ BRAVO, Álvaro. *A nova sociedade tecnológica: da inclusão ao controle social. A Europa é exemplo?* Santa Cruz do Sul: EDUNISC, 2010.

SILVA, Neuza Maria Corrêa da. *Avaliação do processo de descontinuidade da implantação da Agenda 21 em Pelotas, sob o olhar da Educação Ambiental Ecomunitarista e das Políticas Públicas*. 2009. 152 F. Tese de Doutorado (Programa de pós-graduação em educação ambiental). Fundação Universidade Federal do Rio Grande. Rio Grande, 2009. Disponível em: http://www.livrosgratis.com.br/arquivos_livros/cp137277.pdf. Acesso em: 19 de abr. de 2014.

VELASCO, Sirio Lopez. *Introdução à educação ambiental ecomunitarista*. Rio Grande: Ed. Da FURG, 2008.

WOLKMER, Antônio Carlos. Introdução aos fundamentos de uma teoria geral dos “novos” direitos. IN: WOLKMER, Antônio Carlos; LEITE, José Rubens Morato (Orgs). *Os “novos” direitos no Brasil: natureza e perspectivas*. São Paulo: Saraiva. 2003. p. 7.

CIDADANIA, RECONHECIMENTO E SOLIDARIEDADE: sinais de uma fuga¹

João Martins Bertaso²

1. CONSIDERAÇÕES INICIAIS

No âmbito do Estado republicano francês, a cidadania comportava um cidadão de perfil mais romântico que cívico. Havia uma revolução iluminista e burguesa vitoriosa das liberdades individuais e públicas sobre as opressões das hierarquias estamentais comunitárias. Quando dos movimentos da classe operária, no século XIX, se promovia uma cidadania de lutas por uma série de demandas específicas, e estava surgindo a cidadania operária e o produtor cidadão. O potencial das liberdades levou a cidadania lutar por igualdade. A igualdade se ancorou no Estado. A construção do Estado-Nação, naquele período, esteve vinculada à expansão e à universalização dos direitos de uma comunidade de cidadãos livres e iguais. Contemporaneamente, os homens todos, não só os cidadãos, são livres e iguais em dignidade e direitos. Como um processo, a cidadania, ao transpor aos movimentos de classe e as cercanias territoriais, já pode ser pensada vinculada aos direitos humanos, como uma realização da pessoa humana e de sua dignidade, independente do Estado de pertence do/a cidadão/ã. Porém, uma característica comum perpassa os períodos históricos: em todos os momentos a cidadania potencializou as lutas daqueles que demandam por justiça e que vivem em situações extremas de indignidade. Desse modo, os movimentos sociais expressam demandas por direitos à medida que se faz

¹ Pesquisa associada ao projeto de pesquisa “Cidadania e Direitos Culturais: a proteção dos direitos de minorias nos Tribunais brasileiros. Projeto financiado pela CAPES/PROSUP. PPGDireito da URI. Brasil. Primeira versão publicada em 2012. A atual versão foi revisada e modificada.

²Doutor Pesquisador vinculado ao CNPq. Coordenador do Programa de Pós-Graduação *stricto sensu* em Direito da URI/Santo Ângelo. Desenvolve atividades de pesquisa em Direitos Humanos, Multiculturalismo, Cidadania e Psicanálise.

insustentável um modo de dominação e de opressão sobre pessoas, grupos e comunidades.

Nas circunstâncias atuais, e no espaço deste capítulo, refiro-me à cidadania *desde um contexto* de catástrofes ambientais, de caos social e de pilhagem econômica. No palco das injustiças sociais, há majorias desprovidas de poder e de bens materiais básicos de sobrevivência e minorias apoderados da riqueza socialmente produzida, que se movimentam rápido para pontos opostos. Resulta que parcela considerável da cidadania permanece esquecida da partilha dos bens e dos serviços que decorrem do processo de desenvolvimento. No caso brasileiro, a insegurança tem sido partilhada entre todos. Motivo pelo qual, em tempos de Pandemia Sanitária globalizada penso numa cidadania translocal e solidária.³

Mas os tempos andam apressadamente. Repercutem preocupações e insegurança em todas as dimensões: a política econômico-financeira tem viabilizado a apropriação e a acumulação desmedida na forma de lucros financeiros sem precedentes; os ecossistemas estão asfixiados por gases letais expelidos das fábricas, das termoeletricas, dos carros, da nossa produção *vacuum*, dos oceanos transformados em lixeiras; as florestas ardem em chamas... Naturaliza-se as tragédias culturais e sociais a partir das diferentes formas xenofóbicas; no Brasil, a ausência de consciência cidadã tem elevado ao poder político, via democracia, variadas organizações criminosas que levam de assalto as instituições republicanas e, ela mesma, a democracia foi assaltada pelo terrorismo populista de extrema direita: Donald Trump, nos Estados Unidos, Viktor Orbán, na Hungria, e Jair Bolsonaro, no Brasil,⁴ provocaram e/ou provocam fortes estragos à democracia. Das cinzas deste cenário político, social, ambiental e cultural, resta desesperança sobre a vida futura no planeta.

³ Mais do que falar de "aldeia global" (*global village*), dever-se-ia falar de uma "pilhagem global" (*global pillage*). Ulrich BECK e Danilo ZOLO. Texto disponível na Internet: SWIF <http://lgxserver.uniba.it>.

⁴ Ver, MOUNK, Yascha. **O povo contra a democracia**: por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la. Companhia das Letras, 2019.

Pressupondo tais situações como reais, se coloca uma questão básica inicial: se seria possível nessas circunstâncias desfavoráveis, de perplexidade, de passividade e medo, a transição para uma cidadania sensível e solidária, de vez que a cidadania exige consciência pluridimensional a respeito das condições de possibilidades de a cidadania monitorar o poder instituído na direção de uma civilidade sustentável. Pensar democracia e cidadania hoje implica refletir uma possível convivência humana de cuidados locais-globais; intra, inter e transculturais, de um conviver respeitoso e solidário; trata-se de uma cidadania como prática dos direitos humanos. Em tempos difíceis, é prudente verificar as condições de possibilidades de materializar um estado de dignidade humana, de projetar uma fuga para a cidadania.

2. FRAÇÕES DE UM DESPERTAR

As ações e as práticas que vão desenhando o perfil de uma nova cidadania não decorrem necessariamente do Estado, de um vínculo político de subordinação como foi concebida a cidadania moderna de modelo nacional. A cidadania de substancialidade solidária prepondera à vincularidade de uma pluralidade de instituições e entidades que compõem a sociedade civil.⁵ São matrizes difusas, plurais e diversificadas de uma nova forma de atuação cidadã. Entendo que essa nova forma de realização e de atitudes humanas transcende ao modelo tradicional, que fez do cidadão um sujeito passivo de obediência a um poder político. A solidariedade toma a forma multifacetada das experiências humanas concretas dá nova dimensão à prática dos direitos humanos na proposta de uma cidadania de potencial de poder político real; um caminho de esperança nestes tempos de descaso social, de catástrofes ambientais e de pilhagem ao erário público. Quero dizer que estamos diante de uma pluralidade de novos tipos de poder político civil. Como vimos, são

⁵ Refiro-me à pluralidade de Associações populares, aos Clubes de Serviços, aos Programas de proteção da vida, tipo Pastoral da Criança, dos Médicos sem Fronteiras, do Projeto Rondon. A todos os serviços de voluntariado que atuaram e/ou atuam nos espaços municipais, estaduais e mundiais, todos praticam ações de solidariedade substancial, todos esses atores protagonizam cidadania.

ações de voluntariado, comitês populares, dentre tantas outras formas de solidariedade social, são gestores de cidadania.

Nessa linha, este texto se dedica a uma reflexão sobre as condições de possibilidades de uma ideia de cidadania adequada às sociedades complexas e multiculturais, levando em conta as diferenças que são características das sociedades humanas, de modo especial, as desigualdades internas que se alargam em países latino-americanos, por exemplo. No nível pragmático, considerando tais circunstâncias, a proposta de conceber o cidadão como um sujeito concreto envolvido nas práticas sociais cotidianas numa sociedade que pode ser definida como de risco⁶(*risikogesellschaft*), articula cidadania, reconhecimento e solidariedade social. De tal modo, a cidadania é tomada como prática dos direitos humanos, e os direitos humanos como base de um projeto emancipatório em nível local e global. No período de tempo em que vivemos, a cidadania aqui é pensada como realização individual e coletiva num espaço translocal: local, nacional e global. Mas sem deixar de considerar a sua realização num contexto problemático e complexo. A cidadania, não somente expande suas áreas de atuação, basicamente transforma sua materialidade, a sua maneira de atuação e sua maneira de realização.

Porém, no nível teórico, quero ter o cuidado em não tráfegar pelos territórios sociais minados de hierarquias, seleções e discriminações, que cultuam posturas fechadas de características mais ou menos nacionalistas. Pensar nas possibilidades que proponho, implica um esforço agudo de sensibilidade.

A cidadania moderna se fez na perspectiva igualitarista, que potencializou a comunidade matematizada pelo poder político: cada cidadão vale um voto; o cidadão como fonte do autogoverno interno, fonte das regras as quais obedece. Contudo, no plano ideológico esse modelo de cidadania é sustentado na negação dos outros, dos diferentes, dos estranhos/estrangeiros. Desconstruir essa acepção de cidadania

⁶Ulrich Beck: a sociedade de risco se concebe pela distinção entre uma sociedade que visa repartir o produto do desenvolvimento para todos, para atender as condições de acesso aos bens e aos serviços de ordem material, e uma sociedade onde a questão a ser resolvida é a do medo.

normativista e ideologizada, que parte de uma abstração, que transformou o cidadão num complexo de condutas imputadas,⁷ e introduzir em seus genes a diferença e a alteridade como forma de conviver na diversidade de culturas, das crenças e da pluralidade dos valores, implica tolerância, reconhecimento e solidariedade. Tal arquitetura moderna pode ser mais bem percebida com auxílio do saber da psicanálise. Pois bem, restaram desveladas as promessas idealizadas de amparo original, que vieram lacradas no interior de um pacote semântico, que trouxe cidadania e nacionalidade amalgamadas, uniu cidadania e identidade nacional à semelhança de um condão umbilical.

Ao pensar em sociedades de extremas desigualdades, como a nossa, antecipo um *primeiro destaque*: uma ideia de cidadania que desde longo período legitima o controle social àqueles grupos dotados de poder e força, os quais selecionam, classificam e controlam a conduta dos segmentos mais fragilizados, está perdendo seu sentido e sua força de controle diante da complexidade e da proporção numérica dos “desviantes”. Condutas desviantes são aquelas tipificadas pelas leis das penas. São os critérios morais e jurídicos pelos quais se potencializa a criminalização dos delitos daqueles segmentos sociais dominados ou não reconhecidos quando confrontados no conjunto de fatores valorativos, que faz a medida da seletividade em sociedades capitalistas. No entanto, o contingente de desviantes aumenta na proporção em que aumentam os marginalizados e os esquecidos da cota pessoal, que estão a merecer da riqueza social produzida.

Retomando, entendo que uma sociedade de cidadania se sustenta a partir do reconhecimento das diferenças e da diversidade que caracteriza em nossos dias a cartografia cultural humana. Sociedades pluralistas como as atuais, requerem sujeitos do *reconhecimento* da diversidade cultural, e nesse sentido o pluralismo não significa só a coexistência de ideias divergentes, mas a construção de mecanismos para dar acesso a todos os indivíduos e grupos sociais aos bens e aos serviços que o desenvolvimento enseja. O conjunto de fatores que faz digna a

⁷ Ver Teoria Pura do Direito de Hans Kelsen.

vida da pessoa humana, não se reduz a um grupo de cidadãos [masculinos] nacionais como fez ver a primeira Declaração de direitos francesa, nem, atualmente no Brasil, como quer deixar ver o acesso a uma cesta básica por doação. De algum modo, há que restar ressignificada a cidadania como um instituto de potência inclusiva, de respeito à igualdade e respeito às diferenças; descontaminada dos critérios excludentes, de hegemonia, de seletividades e segregações. A cidadania tende a ser entendida como um *locus* de vincularidades, de respeito, de proteção e de cuidados mútuos. Uma sociedade que sobrevive de políticas sociais doadas, por uma classe de profissionais da política, não viabiliza a formação em cidadania, mas a manipulação e a submissão do sujeito.

A cidadania apresenta uma dimensão paradoxal. As duas principais dimensões de cidadania, a jurídica e a política, vão incorporando novas significações. A dimensão jurídica se sustenta na pretensão de uma sociedade justa e que comporta formas desejadas de reconhecimento individual e coletivo. Para Touraine, “a reivindicação de justiça é em primeiro lugar um protesto contra a injustiça”.⁸ É nesse sentido que essa dimensão se legitima a partir da validação jurídica e envolve o pertencimento social do cidadão. Uma pertença que se justifica pela vinculação do cidadão a um padrão material concreto, de onde extrai as condições substanciais para uma vida digna. Já a dimensão de potencial político está associada às lutas sociais. A primeira legitima o exercício dos direitos, tendendo a garantir, redistribuir e incorporar os avanços sociais, inclusive aqueles de natureza material e simbólica. A dimensão política funciona como um conjunto de condições de lutas daqueles que estão excluídos e/ou esquecidos socialmente, sempre que as formas de vida se tornam intoleráveis caracterizando um quadro de indignidade.

Ao se afirmar como um processo, a cidadania tem assumido uma dinâmica própria, vindo a solidificar seu vínculo com os direitos humanos enunciados na Declaração Universal de 1948. A partir daí a cidadania

⁸ TOURAINE (1999: 308).

selou seu compromisso maior com a dignidade da pessoa humana. Este fato deu à cidadania as condições de justificar sua vincularidade à pluralidade das práticas sociais, que são próprias da diversidade das culturas, das crenças e dos valores humanos. Ainda que o/a cidadão/ã possua seu vínculo privilegiado de proteção com seu Estado nacional, tais vincularidades posicionais⁹ a complementa e a reforça, pois dizem respeito à formação e à mutação permanente que caracteriza a atual forma de sociedade. No sentido em que Scherer-Warren dá aos Movimentos Sociais: “é um conjunto mais ou menos abrangente de práticas sociopolítico-culturais que visam à realização de um projeto de mudança [...], resultante de múltiplas redes de relações sociais entre sujeitos e associações civis”.¹⁰ Fazer política implica uma multiplicidade de demandas identificatórias em defesa de todas as formas de vida. Neste aspecto, os direitos humanos funcionam como um referencial ético para a cidadania.

Essas vinculações mútuas entre pessoas e coletividades de pessoas estariam se tornando pontos de convergência para novas formas de realizar a cidadania; são ações difusas que refletem sobre o processo hegemônico global, o qual possui características comprovadamente predatórias sobre o meio ambiente e os ecossistemas naturais e culturais. As identificações que se estão fazendo em redes (Hall) são de natureza não fixas, sendo suspensas e transitórias, articulam-se entre diferentes posições, que se compõem de pessoas e/ou de coletividades que se envolvem e lutam por reconhecimento social e político de seus direitos fundamentais, por exemplo.

Uma fuga da ideia legalista e de exclusividade da cidadania,¹¹ que dimensionou e ideologizou a construção das condições de negação do outro,

⁹ HALL, S., op cit., 2001, p. 81 chama aqueles movimentos de “formações de identidades que atravessam e intersectam as fronteiras naturais, compostas por pessoas que foram dispersadas de sua terra natal”.

¹⁰ SCHERER-WARREN, Ilse (1999: 15-16).

¹¹ A proposta é um trânsito da concepção de cidadania vinculada à ideia de identidade centrada em valores particulares, característica de nacionalidade moderna de cunho liberal individualista.

do estrangeiro, por (des) equiparação. Não somente selecionou, discriminou e negou ao estrangeiro direitos humanos, também justificou a seletiva participação na vida política do Estado do próprio cidadão nacional. Com isso, desidratou seu potencial político, restringindo-o a capacidade de votar e de ser votado. Por essa via, o Estado seleciona, na forma da lei, aqueles que podem exercer os direitos políticos e participar do poder social instituído. Dizendo diferente, de alguma forma o sistema seleciona aqueles que podem desfrutar dos benefícios da vida comunitária.¹²

A cidadania com vínculos nos direitos humanos não se vê restrita ao exercício do voto, à nacionalidade ou à prestação obrigatória de alguns serviços. No Brasil, a cidadania é um dos fundamentos da República Federativa, assim como é a dignidade e o desenvolvimento humano, que densificam as liberdades e todo o elenco dos direitos que constitui a sociedade política, solidária e humanizada. A partir daí, o Estado brasileiro e sua instrumentalidade institucional foi transformado em *sujeito de obrigação social*,¹³ e está para *manter, garantir e promover*, na medida da dignidade da pessoa humana, todos os direitos de liberdade, de igualdade e de diferença, mais aqueles sociais (coletivos e difusos), sob bases de desenvolvimento material, para dar substancialidade à cidadania. As condições de materialidade fática que requer a realização da cidadania resultam da efetivação de um conjunto de direitos e de obrigações fundamentais sociais, (individuais e coletivas), sob a óptica da proporcionalidade e do equilíbrio que demandam os interesses individuais, coletivos e sociais. Trata-se de uma cidadania onde o sujeito/cidadão é concebido como um ser concreto, para além de uma abstração jurídica; a pessoa humana enquanto sujeito de direitos universais não pode mais ser reduzida somente a um ponto de convergência de normas estatais. Trata-se de viabilizar uma cidadania solidária, de apostar

¹² No Brasil, com o advento dos novos direitos fundamentalizados na Constituição Federal de 1988, não é mais possível sustentar tal compreensão de cidadania.

¹³ Mesmo considerando sua limitação semântica, faço uso da categoria Sujeito de Obrigação Social, ou “Estado de Obrigação Social”, considerando aquelas obrigações próprias do Estado Social.

em práticas sociais e culturais aferidas na perspectiva da dignidade humana.

3. DIREITOS HUMANOS DA CIDADANIA

Os direitos humanos não pertencem aos Estados. Os Estados são aparatos institucionais necessários para sua proteção. Os direitos humanos são mecanismos protetivos de pertence a sociedade humana. Em um primeiro plano, são instrumentos de defesa contra as estruturas de poderes públicos e privados que tendem a violar a dignidade de pessoas e de grupos humanos. Uma política de cidadania que pratica os direitos humanos envolve o reconhecimento social, a inclusão e a dignidade de todos e de cada um, sem segregações, e ancora um modo de organizar-se da sociedade no âmbito da qual os direitos funcionam como condição para a liberdade, a igualdade, a solidariedade, o respeito às diferenças, à participação efetiva no encaminhamento das questões coletivas, sem a necessidade de os cidadãos dependerem de delegações rotineiras excessivas.

Assim, entende-se os poderes, públicos e privados, limitados pelos direitos humanos fundametalizados no ordenamento jurídico da maioria dos Estados ocidentais. Ainda que isso não seja suficiente para controlar de forma efetiva as relações opressivas dos poderes sociais, esse fato tratou de retirar a legitimação da ação abusiva dessas estruturas; estruturas que, se não controladas, tendem violar de forma continuada, numa relação desproporcional de forças, pessoas e grupos de pessoas. Desse modo, os direitos relativos à pessoa humana, no entendimento de Douzinas (2009), estão ligados aos movimentos humanos e as suas formas jurídicas. Se os movimentos sociais são formas de reação as exigências excessivas dos poderes, neste momento estão em desvantagem numa escala global. A esse respeito, Douzinas argumenta: “a democracia e o Estado de direito são cada vez mais usados para garantir que as

forças econômicas e tecnológicas não estejam sujeitas a qualquer outro fim que não o da sua própria expansão continuada”.¹⁴

É nesse sentido que a cidadania, enquanto uma “política” dos direitos humanos, tende a legitimar os cidadãos no direito de agir em defesa da vida e apostando numa sociedade que pode se sustentar em cuidados mútuos; reconhecer o direito à diferença, considerar as culturas particulares, suas diversas dimensões espaciais e temporais, local e global, com suas respectivas articulações e inter-relações. Ainda que o Estado Constitucional Democrático esteja sendo desviado para atender às forças do Mercado, em seu viés econômico e financeiro. Destaco, a legitimação da vida social se viabiliza tanto pelo respeito à soberania popular, como expressão maior do conceito de sufrágio universal, tanto quanto por um ordenamento ético e juridicamente aferido pela dignidade e pelos direitos humanos fundamentalizados. Para Habermas, a legitimação pelos direitos humanos envolve uma nova maneira de agir do cidadão, que os toma para viabilizar uma defesa ética da não conquista predatória,¹⁵ em defesa da dignidade de todos os diferentes agrupamentos sociais, e no dever de compartilhar cuidados para preservarem-se de uma determinada forma de desenvolvimento capitalista de produção e de acumulação desmedida.¹⁶ Em trânsito para um estado de solidariedade social, ambiental e de interações humanas que se sustentam pelo reconhecimento da diversidade cultural, a cidadania, além de possuir uma forma procedimental, potencializa a dignidade a cada grupo e a cada pessoa, repercutindo a dignidade na medida da equiparação igualitária humana; a solidariedade como relação recíproca de cuidados entre iguais e diferentes.

¹⁴Douzinas, Costas. O fim dos direitos humanos. Editora Unisinos, São Leopoldo. 2009. Op. cit.p. 25.

¹⁵ HABERMAS. Sobre a Legitimação pelos Direitos Humanos. In: MERLE; MOREIRA (org.), et al., op. cit., p. 67.

¹⁶ WALERSTEIN, op. cit., 2002b.

Desde a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão¹⁷ até se chegar à Declaração Universal dos Direitos do Homem,¹⁸ a cidadania agregou e potencializou um complexo de direitos originados das demandas históricas, pelo menos sobre três características fundamentais: uma primeira característica da cidadania foi a de potencializar a liberdade ao cidadão moderno, inicialmente ao burguês, e que resultou mais tarde nas condições de possibilidades de legitimar os governos democráticos.

19

Todavia, nestes tempos em que o óbvio se torna fundamental, a questão da igualdade vem se consolidar por meio dos *direitos sociais*, âmbito onde o sujeito de direitos toma forma a partir de sua situação concreta no contexto social. Essa segunda dimensão dos direitos humanos – os direitos sociais e econômicos e culturais – proporcionou ao cidadão ir além das garantias individuais, visou atender comunidades e grupos: o coletivo.²⁰ Assim, além das garantias individuais fundamentais (a vida, as liberdades de religião, opinião etc.), a cidadania que se origina nesse âmbito surge ligada à realização do bem-estar individual e coletivo e dos serviços sociais qualificados para minimizar a desigualdade concreta. A cidadania social consiste na promulgação de uma ordem constitucional

¹⁷ A Assembleia Nacional Francesa aprovou em 26 de agosto de 1789 a Declaração dos Direitos do Homem e do Cidadão. Esse documento se tornou símbolo do que se chama hoje de direitos humanos. Cfe. anexo B, p. 314.

¹⁸ A resolução 217 A (III) da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 10 de dezembro de 1948, reafirmou e atualizou a primeira Declaração de Direitos Francesa, e deu ênfase aos direitos de solidariedade no sentido de congregar todos os povos.

¹⁹ LEFORT, op. cit., 1987, p. 54. A questão dos Direitos do Homem é defrontada por Lefort a partir de três paradoxos: Na primeira figura do paradoxo, a “sociedade é concebida doravante como uma sociedade de homens livres e iguais, sociedade idealmente uma nesse sentido e homogênea [...]. Segunda figura do paradoxo: os direitos do homem são enunciados; eles o são como direitos que pertencem ao homem; porém, simultaneamente, o homem aparece através de seus mandatários como aquele cuja essência é enunciar seus direitos [...]. Terceira figura do paradoxo: os direitos do homem aparecem como os dos indivíduos, os indivíduos aparecem como tantos soberanzinhos independentes, cada qual reinando sobre seu mundo privado, como tantas micro-unidades desfeitas do conjunto social; mas esta representação destrói uma outra: a de uma totalidade transcendente às suas partes”.

²⁰Direitos do trabalhador, educação, saúde, segurança e justiça, lazer, assistência aos desempregados, previdência social, proteção à maternidade Constituição Federal do Brasil, art. 5° , 6° , 7° , 170° , 182° , 225° , e outros.

que pretende a igualdade como ponto fundamental e visa resgatar a questão da justiça social.

Para Marshall (1967:94), a ampliação dos serviços sociais resulta no enriquecimento geral da substancia real da vida civilizada. Não é somente um meio de igualar as rendas, mas de equiparar os indivíduos no seu todo. Segundo ele, são os serviços oferecidos pelo Estado e não aqueles que se pode comprar no mercado, que se tornam a medida de uma sociedade de bem-estar.

A qualidade dos direitos sociais e suas expectativas legitimam e asseguraram, assim, a manutenção de uma vida digna ao cidadão. E legitima o sistema no seu aspecto de justiça social. Ao contrário, uma sociedade de pilhagem global (Beck, 2000) ignora sumariamente a cidadania, pelo fato de negar o direito devido em função do não reconhecimento do cidadão como componente da partilha dos bens gerados pelo desenvolvimento. Neste aspecto, essa negação precariza de diferentes modos os direitos individuais, os coletivos sociais e os solidários. Volto a Marshall: a cidadania e o sistema capitalista entraram em guerra no século XX. Em especial, os direitos humanos sociais e culturais, irradiaram seus valores as relações privadas e públicas, juridicamente, subordinam o mercado à justiça social; a livre barganha fica sujeitada aos direitos (Marshall, 1967: 103). Contudo, os direitos não estão podendo conter a ferocidade e a velocidade da pilhagem. Na guerra da qual fala Marshall, o cidadão vai se tornando órfão em relação à proteção estatal. Parece evidente que o Estado não tem podido limitar a proporção do ganho pessoal de alguns poucos, nem cumpre, por esse motivo, o seu dever público. Para os propósitos de uma sociedade de cidadania, vale a lembrança: “Em termos de organização política, libertação significa a sujeição do poder à razão da lei”.²¹

A dimensão dos direitos do Homem que mais se universalizou, inclusive foi determinante no sistema internacional, como se refere Wallerstein,²² foi a liberdade, surgida em sua versão moderna no século XVIII, como

²¹ Costas Douzinas ao comentar as Críticas de Kant, op. cit. P. 23.

²² WALLERSTEIN, op. cit., 2002a. Cf. cap. 7 “O fim de qual modernidade?”.

proteção ao cidadão das opressões dos poderes do Estado e da sociedade. As garantias de participação política complementaram as liberdades já no decorrer do século XIX; associados e articulados de forma inseparável com a autonomia pública e privada dos cidadãos.

Vale ressaltar que, durante a trajetória moderna dos direitos, se consolidou dois movimentos que repercutiu na democracia e na cidadania que possuímos hoje, quais sejam:

... os direitos humanos são tanto criações quanto criadores da modernidade, a maior invenção política e jurídica da filosofia política e da jurisprudência modernas. Seu caráter moderno pode ser encontrado em todas as suas características essenciais.

Primeiro, eles marcaram uma profunda mudança no pensamento político de dever para direito, de *civitas* e *communitas* para civilização e humanidade. Em segundo lugar, invertem a prioridade tradicional entre indivíduo e sociedade. (Douzinas, 2009: 37-38).²³

Como vimos, mesmo que os direitos humanos possuam em sua genética um duplo exponencial: uma potência para resistir a onipotência do Estado; e um limite a capacidade dos poderes sociais instituídos, de negar a capacidade dos indivíduos, em cujo nome eles passaram a existir, não significa que os poderes se encontram domesticados. Há uma tendência constante em vazar os limites da lei, e violar os direitos dos cidadãos pouco importando o Estado de origem. Ainda assim, os direitos humanos permanecem instrumentos de defesa da pessoa humana contra os

²³ Segue Douzinas: (...) “A primeira transferiu o padrão de direito da natureza para a história e, com o tempo, para a humanidade ou civilização. Este processo pode ser chamado de positivação da natureza. Seu lado inverso é a legalização - incompleta - da política, que torna o Direito Positivo o terreno não apenas do poder, mas também de sua crítica. A segunda tendência, intimamente relacionada à primeira, foi a legalização do desejo. O homem foi transformado no centro do mundo, seu livre-arbítrio tornou-se o princípio da organização social, seu desejo infinito e irrefreável conquistou o reconhecimento público.” Cf, p. 37-38.

poderes sociais, poderes que tendem a se tornar estruturas permanentes de opressão e de dominação.

Ressalto, da mesma forma, que a igualdade, como segundo ingrediente básico dessa geocultura,²⁴ adveio somente com os direitos sociais, econômicos e culturais que se consolidaram durante o século XX, realizados por meio de um Estado de *obrigação social*, nesse âmbito a igualdade veio vinculada à questão da justiça social. Fato que redimensiona a cidadania na direção da igual dignidade humana, viabiliza a proteção e a promoção de instrumentos para coibir as discriminações, como exemplo, as de raça, cor, credo político e religioso, entre tantos outros mecanismos protetivos que implicam a criação das condições fácticas para que possam repercutir concretamente na vida dos cidadãos.

Segundo WALLERSTEIN, foi somente após a segunda metade do século XX, de modo especial, com a Declaração Universal dos Direitos do Homem, que surgiram os direitos solidários, como uma terceira dimensão de direitos - os transindividuais - possibilitando a tutela dos interesses coletivos e difusos; reforçados que foram com a Declaração de 14 de dezembro de 1960 em que a ONU enfatizou direitos sobre o “Reconhecimento da Independência de Países e Povos Coloniais”.²⁵ Somente depois de conquistada a liberdade pelos países vitoriosos na segunda guerra mundial, alargou-se para o reconhecimento dos países e povos colonizados. Oportunidade em que a ONU “ratificou sua ‘fé nos direitos humanos fundamentais, na dignidade e no valor da pessoa humana, na igualdade de direitos de homens e de mulheres e de nações grandes e pequenas”.²⁶ Assim, a cartografia dos direitos humanos, que

²⁴ Categoria utilizada por WALLERSTEIN, op. cit., 2002a.

²⁵ WALLERSTEIN, op. cit., 2002a, p. 151. Em nota de rodapé o autor declina a Resolução de número 1514 (XV) da Assembleia Geral da ONU, que se refere “ao desenvolvimento de uma ‘norma de descolonização’ no sistema internacional do pós-guerra...”.

²⁶ Idem, p. 152.

veio consolidar essa geocultura já nos séculos XIX e XX, caracteriza o moderno sistema internacional de proteção existente.²⁷

O momento é para um *segundo destaque*: neste contexto de Pandemia Sanitária, desnudou-se uma chaga de dor que carregamos desde os nossos primeiros tempos de sociedade. Ela é a expressão de muitas dores: a dor de uma sociedade que naturaliza práticas sociais de discriminação para incriminar: sua maneira de culpar a vítima; a que se materializa através de juízos depreciativos das características da cor ou da conduta de determinados segmentos sociais ou étnicos; a que deprecia mulheres, pretos, índios, quilombolas, ribeirinhos; a que surge do cotidiano dos “julgamentos” e “condenações” sem direito a defesa... nesse âmbito, não há diálogo que se possibilite, nem fraternidade que se consolide, já que uma parte da cidadania carrega uma carga de preconceito que lhes são colocadas em seus “ombros”, no cotidiano de suas vidas. A dor de não podermos desarmar nem desarticular procedimentos, ações e posturas que discriminam milhões de brasileiros, nem fazer chegar a eles os direitos humanos. Lá onde não chegam os direitos humanos materializa a versão maior da nossa desumanização. São dores que teimam em não se afastar das vísceras de nossa história. Assim, não vivemos valores transindividuais, transgrupais e transclassistas, como são os valores republicanos de cidadania, da democracia e dos direitos humanos. De modo que falar em direitos humanos e em cidadania para todos, enquanto critérios pelos quais se garantem a solidariedade, as liberdades e a igualização das oportunidades, repercute muito difícil.

Ainda assim, resta conceber o Estado Constitucional Democrático como protetor e promotor de um rol de bens e de valores constituídos, como Ferrajoli propõe, onde os direitos fundamentalizados (liberdades negativas e positivas) tornam-se vínculos de substância e não de forma, pelo fato de substancializar a validade das normas, dando a direção e a orientação às instituições estatais. O reconhecimento deste sistema protetivo como direito de cidadania, apresenta certo grau de

²⁷ Idem, p. 152-153.

dificuldade em sociedades, como a brasileira, que se valem de políticas paternalistas. A falta de consciência a respeito dos direitos como bens coletivos remete a nossa prática de políticas públicas como *medidas doadas* àqueles segmentos sociais vulneráveis. Faz-se necessário permanecer dizendo que os direitos fundamentais pertencem a todos e a cada um, independente dos desempenhos, das hierarquias e das seleções por que passa a cidadania nesta terra dos brasis.

De fato, a juridicização da dignidade como bem/direito humano fundamental e princípio estruturante dos sistemas jurídicos contemporâneos, requer uma postura solidária na busca da justiça social. Na perspectiva de Taylor, a política universalista dos direitos humanos enfatizou a dignidade igual de todos os cidadãos, viabilizando com seu conteúdo a equalização dos direitos.²⁸ A questão da dignidade e da solidariedade, ainda que distintas, se articulam para qualificar ainda mais a cidadania, uma vez que, num só tempo, deslocou e dinamizou o "lugar" de realização dos direitos, ampliando sua proteção por meio do Estado para além do Estado e contra o Estado se se fizer necessário, dada sua natureza e finalidade, qual seja: a de proteção universal do ser humano. É por esse mesmo motivo que, apesar de sua característica universal, a ideia da igual dignidade transpassa o tratamento igual, envolve o direito a ser tratado como igual, apesar das diferenças, que são próprios de indivíduos e de grupos, tomados pelas suas particularidades.

4. RECONHECIMENTO, SOLIDARIEDADE E CIDADANIA

A geocultura (Wallerstein) dos direitos humanos já há algum proporção uma pressão continuada e um efeito expansivo, que tem repercutido sobre as cercanias dos Estados e das diferentes estruturas sociais dos poderes de dominação e de exclusão, pouco importando suas cores e onde estejam localizados. Concomitante, os espaços democráticos expandiram-se graças aos movimentos sociais, gerando novos campos

²⁸ TAYLOR, op. cit., 1993, p. 46.

de lutas libertárias que despertaram, ampliaram e reforçaram a dimensão solidária e cidadã de indivíduos e de grupos, em diferentes lugares e de diferentes graus, em especial, no último quarto do XX. Como foi o caso da luta pela dignidade da vida em todas as suas formas (humana, ecológica, cultural e ambiental), que se fez por meio de uma pluralidade de organizações e instituições da sociedade, com atuação global quanto local. Oportunizou-se, assim, o questionamento do modelo de desenvolvimento – capitalista industrial predador – incrementado desde o século XIX.²⁹

Nesse âmbito, as organizações não governamentais (ONGs),³⁰ atuando em rede, constituíram um movimento planetário de contratendência ao capitalismo globalizado, como uma forma alternativa de resistir ao modelo de concentração da riqueza social produzida. Na esteira da modelagem da vida social, da padronização massificada de valores culturais, da mundialização dos mercados e da conseqüente exclusão de grandes contingentes humanos do acesso às condições civilizacionais, demarcaram o caráter mundializado de tais demandas.

Esses movimentos, por sua vez, traduzem uma cidadania difusa, de modo geral, são lutas por direitos e por sua expansão, que abrem novos caminhos de sua realização, que foram vazando as fronteiras territoriais. Foi dessa forma que a prática dos direitos humanos, em nível local e global, se fez por meio de um processo continuado que consolidou e ampliou, em alguma medida, os espaços democráticos, ao mesmo tempo em que repercutiu sobre diferentes governos a capacidade de as Organizações não Governamentais, seus papéis, na configuração de uma sociedade civil e de um espaço público transnacionais.

²⁹ As preocupações em escala mundial surgiram em 1972, com a declaração de Estocolmo. Buscavam conciliar economia e meio ambiente. O clube de Roma, também, denunciava a velocidade do esgotamento de recursos diante da fragilidade do ecossistema global, elaborando previsões catastróficas para o milênio ora iniciado.

³⁰ Cabe salientar a diferença entre Organizações Populares ou Movimentos Populares. Segundo Pressburger (apud GONÇALVES, Hebe Signorine. (Org.) et al. **Organizações não governamentais: solução ou problema.** São Paulo: Liberdade, 1996.

Assim, foi se constituindo, a duras penas, uma nova maneira de realização da cidadania que emergia num espaço extranacional, relativizando fronteiras geográficas; inspirada na dignidade humana e numa ética de cuidados pela vida, transpassada na transversal pelos valores da democracia, dos direitos humanos, da solidariedade e do respeito ao outro. Foram movimentos que se fizeram articulando e interconectando os níveis locais ao global, onde a ação mais localizada resultava de uma reflexão sobre questões mais gerais. Esses novos espaços de cidadania, da mesma forma, viabilizaram o diálogo como meio de convivência entre indivíduos, grupos e culturas, com o propósito de proteger a diversidade cultural humana.

Quero dizer que foi perdendo sentido o modelo de cidadania nacional galvanizada por um verniz nacionalista e enredada numa narrativa que canalizou o reconhecimento dos cidadãos na direção do Estado nacional. Na medida que os Estados foram se tornando Democráticos de Direito e substancializados nos direitos humanos, a cidadania tomou um caminho de fuga, foi se descolonizando de um âmbito fechado, restrito, segregador e excludente, e tornando-se uma maneira de viver solidário, buscando a realização de um “estado de dignidade humana” para todos, independentemente do território de origem; atitudes respeitadas e cuidadosas a todas as formas de vida, de todas as culturas. O reconhecimento se volta para a pessoa humana. A cidadania passou a funcionar como mediadora multiétnica, como canal de aproximação de pessoas e de culturas. Supera-se, assim, as formas naturalizadas de competição e de exclusão próprias de um processo grupalista que se afirmou pela negação do outro; hoje são maneiras que brotam fragmentadas no cotidiano “enraizadas na multiplicidade das inserções sociais”, ³¹ favorecendo a humanização do processo civilizatório. ³²

Saliento, a ideia de solidariedade aqui trabalhada não se restringe a uma comunidade de valores compartilhados nos modelos nacionais e/ou de

³¹ ALPHANDÉRY, Pierre; BITOUN, Pierre; DUPONT, Yves. *O equívoco ecológico: riscos políticos*. São Paulo: Brasiliense, 1992. p. 87.

³² WOLKMER, Antonio Carlos (org.). *Humanismo e Cultura Jurídica Latino-Americana*. In: _____. *Humanismo e Cultura Jurídica no Brasil*. Florianópolis: Fundação Bouteux, 2003.

grupos fechados, não é uma solidariedade mafiosa, ela é concebida no sentido de responsabilidade social, de responsabilidade para com o outro, do cuidado indispensável àqueles bens e valores comuns que giram em torno de uma vida digna para todos e para cada um. A solidariedade se concretiza por atitudes e por ações que resultam em proteção e em promoção da pessoa humana, em frente às dificuldades que se afirmam enquanto constrangimentos internos e externos às relações no cotidiano da vida dos indivíduos. Como se refere Ilse Scherer-Warren ao conceber os valores de solidariedade como ideias-força da participação: “A solidariedade, definindo-se pelo princípio de responsabilidade individual e coletiva com o social e o bem comum, cujas implicações práticas são a busca da cooperação e da complementaridade na ação coletiva e, portanto, para o trabalho em parceria”.³³

Assim, cidadania não é somente distribuição de direitos por nacionalidade, por raça, por etnia ou por qualquer outra forma de justificação de privilégios para alguns e de opressões e segregações a outros tantos. As diferenças não podem mais servir de pressuposto para dividir a humanidade por raças, cores, cultura entre tantas outras maneiras de selecionar e classificar. A cidadania vai se ampliando para a sociedade humana.

A cidadania como uma maneira de praticar os direitos humanos, a solidariedade como responsabilidade para com o outro e o reconhecimento da diversidade que compõe os indivíduos e as comunidades humanas formam um conjunto de ingredientes teóricos que, articulados de forma não dissociados, funcionam para potencializar um pensar novo a respeito da cidadania. Geram sinergias à cidadania. Estamos diante de categorias que modificam a força semântica da concepção de cidadania, vinculando-a, com certeza, a pessoa humana nas suas múltiplas formas de viver a vida individual e coletiva. Na minha compreensão, para que a cidadania possa se tornar uma mediadora em sociedades multiétnicas, plurais e diversificadas, para potencializar a realização

³³ SCERER-WARREN, Ilse (1999:62).

convivencial da pessoa desde um conjunto de bens e de valores comuns, a cidadania deve estender seu vínculo básico aos direitos humanos.

Recordemos: a cidadania possui genéticas política e jurídica. Na *polis* grega, na *civitas* romana e na *república* iluminista a cidadania não decorreu de uma identidade cultural. Ainda que seu processo de formação tenha trazido ingredientes daquelas culturas, ela hoje se sustenta e sustenta as bases da democracia constitucional contemporânea. Entre o cidadão e a democracia existe um vínculo de compromissos. A propósito da questão do palco, Touraine explicita que “o ator está tão descomprometido como o personagem do romance está comprometido”.³⁴

Atualmente a cidadania dos direitos humanos encontra-se desafiada sob vários aspectos. Não está concluída a luta pela democratização – destaque os arbóricidas, as milícias, o neofascismo, os fundamentalismos religiosos, o retorno do populismo, a ultra direita, a xenofobia, o terrorismo institucional, entres outros. Sendo um processo, não está concluída na dimensão local muito menos na global os desafios são políticos, sociais, culturais e ecológicos.

Em tempo, um *terceiro destaque*: Entre a última década do século XX e a primeira do século XXI, a fé na democracia foi consolidada. Ainda que nos últimos dez anos esse quadro venha se modificando, pois com a chegada ao governo pelo voto, em diversos países, de personagens populistas e autoritárias, como foi o caso de Donald Trump, nos Estados Unidos, Viktor Orbán, na Hungria, e Jair Bolsonaro, no Brasil, gerou fortes estragos à democracia.³⁵ Ao contrário desses grupos, que agrega

³⁴ TOURAINE, op. cit., 1999, p. 203. Diz o autor: “Cito um homem de teatro porque o teatro é o lugar por excelência onde o sujeito se deixa ver, da mesma maneira que o romance foi a forma natural de apresentação de personagens cuja individualidade inseria-se numa situação histórica, definida social e politicamente”.

³⁵ MOUNK, Yascha. *O povo contra a democracia: por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la*. Companhia das Letras, 2019. Destaco, por exemplo, as obras: *A crise da democracia liberal*, de Manuel Castells (Zahar, 2018), *Como as democracias morrem*, de Steven Levitsky (Zahar, 2018), *Como a democracia chega ao fim*, de David Runciman (Todavia, 2018) e *Na contramão da liberdade: a guinada autoritária nas democracias liberais* (Timothy Snyder, Companhia das Letras, 2019).

fundamentalistas, ultradireita com tendência fascista, nacionalistas e populistas, penso que a retomada da democracia, assim como tem sido, haverá de ser pelo voto mesmo que ela ressurgirá.

Nestes tempos, cabe salvar a democracia. Refletir a cidadania envia a um patamar ético atitudinal que se materializa através de práticas de preservação de todas as formas de vida, viabilizando, assim, uma guiada para a sustentabilidade e manutenção da diversidade cultural humana, um pouco do que diz Wallerstein sobre uma ação de racionalidade material.³⁶ Daí a ideia de cidadania articulada indissociavelmente com o conceito de reconhecimento (reconhecer direitos culturais, ambientais e ecológicos sempre é uma maneira de conhecer/reconhecer o outro). Para efeito, cidadania e reconhecimento potencializariam o sujeito como ator social de uma sociedade que se pretende solidária e humanizada.³⁷ A cidadania como prática dos direitos humanos coloca as condições de possibilidades para o surgimento da convivência sustentável da democracia e de uma participação de inclusão social.

De tal modo, a cidadania pode ser concebida como um movimento político e social continuado,³⁸ um processo em permanente potência de libertação das opressões sociais, ou então perderá seu sentido. Uma cidadania constituída de atores³⁹ dos direitos humanos, civis, políticos, sociais, culturais e solidários pressuporia reconhecer que todos os humanos almejam igual dignidade como condição de realizar sua felicidade. Compreendida assim a cidadania, é possível constatar o esgotamento da ideia de cidadão a partir de uma *abstração* jurídicista, e encoscorado numa ideologia nacionalista, dependente da negação e do banimento do estranho. Um cidadão/rambo que vê o outro como inimigo. Estou tratando de pensar um sujeito concreto, solidário e identificado com a pluralidade das formas de viver sustentável. Uma cidadania vinculada a um “estado de con-vivência”. Viés pelo qual penso os direitos humanos e, por eles, vejo possível a realização da cidadania

³⁶ WALLERSTEIN, op. cit., 2002b, p. 120.

³⁷ Cf. WOLKMER, op. cit., 2003, p. 19.

³⁸ SCHERER-WARREN, op. cit., 1999, p. 15-16.

³⁹ TOURAINE, op. cit., 1999, p. 102.

sustentada pelas múltiplas formas pelas quais o diálogo pode viabilizar o entendimento entre pessoas e culturas e monitorar as instituições sociais: um cidadão diferenciado do modelo nacional. A cidadania realizando a dignidade de todos e de cada um resulta numa sociedade de proteção e de inclusão. Nesta proposta, o cidadão possui potencial político concreto, pelo que se reconhece como ator social de um devir humano solidário. Desse modo, democracia pode retomar a forma de um espaço permanente instituinte da política e da sociedade, como afirma Claude Lefort.

A cidadania vive a transição de uma identidade (nacional) para uma pluralidade de identificações pontuais, relacionais, de dimensões políticas, éticas e estéticas; vive o desafio dos direitos humanos como referencial de dignidade para todos, o que implica resgatar o conceito de cidadão/ator, realizando-se intra e interculturalmente, na pluralidade de um cotidiano social translocal (local e global).⁴⁰

Faço um *último destaque*: A intenção não é a de provocar em demasia as possibilidades de uma sociedade que articula comodismo e desinteresse em relação à vida pública. Quanto a isso, vejo mais dificuldade que utopia na proposta de cidadania solidária e translocal. Acolher os direitos humanos como política da cidadania implica envolvimento do cidadão consigo mesmo e com o outro. A proteção de um e de outro é do interesse público de uma sociedade. A cidadania como uma forma de praticar e fazer garantir os direitos de todos, de reconhecer e respeitar pessoas e grupos de excluídos e/ou de esquecidos sociais, envolve tanto a ampliação das garantias jurídicas constituídas, quanto as ações de solidariedade e de cuidados recíprocos. Em alguma medida, é a cota de responsabilidade que cada cidadão deve ao outro. Penso de forma invertida da modernidade política: a preocupação não é deixar um Estado ou uma Sociedade política melhor adequada ao conceito de

⁴⁰ SANTOS et al., op. cit., 2003, p. 438. A noção de direitos humanos como política da cidadania objetiva tomá-los como Santos os concebe: "Para poderem operar como forma de cosmopolitismo, como globalização contra-hegemônica, os direitos humanos têm de ser reconceituados como multiculturais". Afirma que se forem tomados como as concepções hegemônicas têm feito, "tenderão sempre a ser instrumentos do 'choque de civilizações' [...], como arma do ocidente contra o resto do mundo".

cidadão, preocupa sobretudo os cidadãos que deixaremos para habitar esse mundo finito e frágil; a convivência sustentável em uma sociedades de risco e de características multiculturais. Porém há que se ter consciência de que reconhecer e respeitar a diferença e a singularidade não é possível em comunidades intolerantes. A intolerância é própria do fanatismo ideológico e religioso e, neste momento, invade o futebol. O fanatismo é letal à democracia.

5. CONSIDERAÇÕES PERTINENTES

A resignificação da cidadania com potencial de reconhecimento, solidariedade vinculada aos direitos humanos, implica considerar os diferentes modos de mediar relações fraternas e sustentabilidade sociais. Vinculada aos direitos humanos de tal modo que o devir humano não estaria somente na dependência de um sistema racionalizado de instituições estatais, ainda menos pela capacidade individual de competição no mercado, que elege os mais fortes como incluídos e/ou aqueles que sucumbirão primeiro, os excluídos.

O cidadão estaria envolvido na produção de experiências de cuidados, em preservação recíprocas, onde o Outro (ser, natureza e cultura) encontrariam condição de interação de sentido nas práticas do cotidiano. No sentido em que Guattari acentua: “o caráter radicalmente pluralista, multicentrado, heterogêneo da subjetividade contemporânea, apesar da homogeneização da qual ela é objeto pelo fato de sua mass-mediatisação [...] um indivíduo é já um ‘coletivo’ de componentes heterogêneos”.⁴¹ O autor fala de uma subjetividade “dissensual” como forma de evitar os fechamentos característicos das personalidades autoritárias.

Porém, as relações sociais são relações de poder e força. Assim as práticas cidadãs implicaria em atitudes de envolvimento/participação no cotidiano, uma participação continuada e efetiva se torna a condição necessária, onde a questão da dignidade se efetivará.

⁴¹ GUATTARI, Felix (1992: 6).

A vida digna para um cidadão não resulta de uma doação. Somos todos livres e iguais em dignidade, se tivermos acesso as condições materiais e simbólicas que resultam do desenvolvimento econômico, social e humano. Esse é um patamar de vida a ser alcançado. Uma vida digna, enquanto um bem desejável para a humanidade. O direito a dignidade é pertence humano e se viabiliza na solidariedade. Assim, cidadania, reconhecimento e solidariedade vão se constituindo num bem comum fundamental.

A cidadania transitaria permanentemente se identificando, de forma pontual, entre o sistema político e os movimentos sociais emancipatórios, locais e globais. Movimentos de experiências gerando resultados concretos de convivência solidária. Importando poder de decisão compartilhado que, por sua vez, produziriam relações concretas de força e poder político, demandando à institucionalização das demandas coletivas.

Pretende-se afirmar a hipótese da cidadania como um compromisso com a prática dos direitos humanos como um trânsito para um estado de solidariedade social e como geradora de uma convivência humana sustentada na ética e na prudência para se atingir a autonomia.

Recupera-la implica ir além da nacionalidade. Os cidadãos e as cidadãs atuando em movimentos sociais que se propugnam pelos valores da democracia e dos direitos independentemente de sua nacionalidade de pertence. Daí que a cidadania pode ser pensada mais além de um ente político, não amarrada a uma ordem social de pertencimento.

As evidências são de que o Estado nacional vai se modificando e deixando de ser o signficante da experiência coletiva, experiência expressada na cidadania. A sociedade humana é translocal, transnacional, e os fluxos migratórios são constantes, a circulação de pessoas é permanente, e o sistema de comunicação humano independe dos espaços territoriais, também é local/global. Assim, a cidadania implica uma sociedade de convivência, descolada da razão de Estado e de sua ética belicosa, da atual forma de Estado.

A ação da cidadania, para além do Estado, mas não sem este, é cada vez mais ligada aos direitos humanos e a democracia, e sua prática remete, também, à defesa da institucionalidade e das liberdades constituídas. Daí o trânsito entre a forma jurídica e uma convicção que se transforma em ação concreta: os direitos humanos, as instituições jurídicas e a convicção do cidadão construindo um estado de solidariedade social. As instituições passam a ser concebidas como sujeitos sociais de obrigações onde as demandas coletivas se efetivam e os direitos sociais e fazem concretos.

Os direitos humanos e os valores da democracia podem referenciar os procedimentos locais para se alcançar um patamar de dignidade, pois vão adquirindo a força dos movimentos sociais que se universalizam e são movimentos que visam à libertação do homem de uma determinada forma de fazer política e de viver, que tanto exclui quanto explora. Vai se fazendo pela emergência de atores que convivem na diversidade de suas diferenças, unidos em solidariedade, “indivíduos que defendem seu direito de serem sujeitos”.⁴²

As evidências são de que o Estado se tornou irresponsável diante do conjunto dos elementos que compõem o meio, a sociedade, a cidadania e o desenvolvimento com dignidade. Rompeu o pacto social, pretendendo reconhecimento como sujeito racional na representação mundializada dos atores econômicos. Assim, o Estado não desapareceu como sujeito político, se transformou e abriu um vazio no espaço público da cidadania. Reduziu a política à ética do mercado mundializado: o Estado passou a expressar a vontade geral de um conjunto de atores econômicos, que possuem um poder político privado, segundo Capella, não controlado. O cidadão de modelo estatal permanece legitimando aquele sistema e reduzido às condições materiais de consumo. Nesta proposta, o cidadão transita de criatura do Estado nacional para a posição de ator social, retomando a ética no sistema político e colocando as instituições a serviço da cidadania e da democracia social, dado que cidadania é sempre um controle sobre as tendências de poder e dominação, e

⁴² TOURAINE, Alain (1999: 354).

tende a libertação. O Estado Democrático de Direito é que pertence a cidadania.

Qualquer que seja o modo de organização de uma sociedade e/ou de uma comunidade em particular, justifica-se para viabilizar a vida com dignidade e efetivar os direitos como patamar de autonomia individual e coletiva. Nessas condições, a cidadania, enquanto prática dos direitos humanos, do conhecimento e do reconhecimento da diversidade e do outro, não se vê limitada somente às ações e aos procedimentos facultados pelos direitos estatais, mas prioritariamente envolvida nos movimentos sociais de cunho emancipatório para se viabilizar o cidadão como fonte legítima dos poderes sociais instituídos.

A cidadania vinculada às práticas dos direitos humanos faria o papel de referencial, de um ideal político e social a ser alcançado, manter a dimensão normativa da cidadania, como um comportamento coletivo desejado. Sua dimensão de reconhecimento funcionaria como elemento de sustentação subjetiva, como condição de possibilidades de se trabalhar as paixões – individuais e grupais – que consubstanciam as relações humanas. De um lado, uma atitude concreta de diálogo para o entendimento intra, inter, transcultural. De outro, a utopia que move as ideologias e os projetos emancipatórios. De um lado, um potencial pré-normatizante. De outro, a ação política. Todos esses ingredientes se complementam para viabilizar uma sociedade local/global de *con-vivência* solidária.

6. REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BECK, Ulrich e ZOLO, Danilo. *A sociedade global do risco*. Texto disponível na Internet: SWIF <http://lgxserver.uniba.it>

BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Rio de Janeiro: Campos. 1992.

CAPELLA, Juan Ramón. *Os cidadãos servos*. Porto Alegre: Sérgio Antonio Fabris. 1998..

CHÂTELET, François; PISIER-KOUCHNER, Évelyne. *As concepções políticas o século XX: história do pensamento político*. Rio de Janeiro: ZAHAR, 1983.

DOUZINAS, Costas. *O fim dos direitos humanos*. São Leopoldo : Unisinos, 2009.

FERRAJOLI, Luigi. Constitucionalismo, garantias e neoconstitucionalismo. Anais do IX Simpósio Nacional de Direito Constitucional. Academia Brasileira de Direito Constitucional.

GUATTARI, Félix. *As três ecologias*. São Paulo: Papyrus Editora. 1999.

KELSEN, Hans. *Teoria geral do direito e do estado*. São Paulo: Martins Fontes, 2000.

LEFORT, Claude. *A invenção democrática: os limites do totalitarismo*. São Paulo: Brasiliense. 1987.

MARSHALL, T. H. . *Cidadania, classe social e status*. Rio de Janeiro: Zahar Editores, 1967.

MOUNK, Yascha. *O povo contra a democracia: por que nossa liberdade corre perigo e como salvá-la*. Companhia das Letras, 2019.

OST, François. *A natureza à margem da lei: a ecologia à prova do direito*. Lisboa : Instituto Piaget, 1997.

SCHERER-WARREN, Ilse. *Cidadania sem fronteiras: ações coletivas na era da globalização*. São Paulo: Editora Hucitec, 1999.

SOUZA SANTOS, Boaventura de. *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

SOUZA, Jessé. *A construção social da subcidadania: para uma sociologia política da modernidade periférica*. Belo Horizonte: Editora UFMG; Rio de Janeiro, IUPERJ, 2003.

TAYLOR, Charles. *El multiculturalismo y la política do reconhecimento*. México: Fondo de Cultura Econômica, 1993.

TOURAINÉ, Alain. *O que é democracia*. 2ª edição. Trad. Guilherme João de Freitas Teixeira. Petrópolis, Rio de Janeiro. Vozes. 1994.

_____. *Poderemos viver juntos? Iguais e diferentes*. Petrópolis: Vozes, 1999.

TRINDADE, A. A. Cançado. *Direitos humanos e meio ambiente*. Porto Alegre: Fabris, 1993.

VIEIRA, Liszt. *Cidadania e globalização*. Rio de Janeiro: Record. 1997.

WALLERSTEIN, Immanuel. *O fim do mundo como o concebemos: ciência social para o século XXI*. Trad. Renato Aguiar. Rio de Janeiro: Revan, 2002b.

WARAT, Luis Alberto. *Por quien cantan las sirenas*. Florianópolis: UNOESC/CPGD/UFSC. 1996.

PROPUESTA DE POLÍTICA PÚBLICA PARA LA TUTELA EFECTIVA EN LA PROTECCIÓN DE DEFENSORES DE DERECHOS HUMANOS Y PERIODISTAS: INICIATIVA PARLAMENTARIA DESDE LA ÓPTICA DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL EN LA EXPERIENCIA DE LA LXIV LEGISLATURA DE LA CÁMARA DE DIPUTADOS DEL H. CONGRESO DE LA UNIÓN DE MÉXICO

José Luis Leal Espinoza

Doctor en Filosofía (PhD) con especialidad en Derecho Constitucional y derechos fundamentales por la Universidad de Alicante, España. Especialista en Justicia Constitucional y Argumentación Jurídica por la Universidad de Castilla La Mancha, España. Catedrático Investigador a Tiempo Completo y Vicedecano de Investigación y Posgrado de la Facultad de Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Autónoma de Coahuila, México. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel I del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología de México. Miembro Numerario del Instituto Iberoamericano de Estudios Constitucionales, España. Correo electrónico: jose.leal@uadec.edu.mx.

1. INTRODUCCIÓN

Debatir y analizar los presupuestos respecto de las categorías de los derechos humanos y su tutela efectiva a través de políticas públicas tangibles para los ciudadanos y organizadas desde el Estado, nos enfrenta, sin lugar a duda, a una dicotomía dogmática según la cual exige del tejido normativo claros elementos interpretativos

por parte del legislador, con el afán de que el contenido esencial de los derechos fundamentales encuentre asidero conforme a los nuevos tiempos que corren en la implementación de modernas fórmulas legislativas que permitan el libre desarrollo de la personalidad, tal como lo señalase el maestro Norberto Bobbio (1991).

En esta línea discursiva, dogmática y de análisis cualitativo de los contenidos esenciales de los citados derechos fundamentales, no podemos obviar que para que éstos alcancen el mayor nivel de irradiación entre las personas detentadoras de los mismos, es indispensable que la clasificación de los derechos económicos, políticos, sociales, ambientales, culturales, civiles, entre otros (Peces-Barba, 2005); no sólo se encuentren positivizados en el marco constitucional, sino que además, y por encima de todo, es invariablemente necesario el concurso de actores judiciales, académicos, de políticas públicas que permitan ejecutarlos y adecuarlos en el garantismo que conlleva, en sí mismo, una práctica cultural permanente de esos derechos hasta que el estado democrático practique la gobernanza, la dignidad y la calidad de vida de sus habitantes de forma vigorosa, más allá de voluntades políticas y de programas gubernamentales en turno, tal como lo estableciera en su obra del desarrollo constitucional del maestro Gustavo Zagrebelsky.

2. MARCO NORMATIVO EN EL DISCURSO CONSTITUCIONAL MEXICANO

La violación sistémica a los derechos humanos, la cual se ha instaurado permanentemente en las últimas décadas en nuestro país, nos hace suponer que la reflexión constitucional llevada a un garantismo legislativo de forma genérica es claramente insuficiente. Y es insuficiente puesto que el juez que aplica el control convencional según señala el artículo 133° en el denominado bloque constitucional, en muchas ocasiones no encuentra eco a la interpretación jurisprudencial que establece con el ánimo de armonizar los criterios emanados en sus razonamientos; por tanto, en nuestro sistema

jurídico la actividad legislativa que coadyuve a la consolidación de estos procesos internacionales de control difuso requiere, necesariamente, de la acción decidida del cuerpo legislativo para alcanzar los objetivos antes planteados.

En esta línea argumentativa, para poder establecer la tutela y aplicación efectiva de los derechos humanos de dignidad y al libre desarrollo de la personalidad, es preponderante que los alcances de la legislación nacional emanada del marco normativo vigente encuentre una armonización con los precedentes y razonamientos del máximo tribunal constitucional mexicano, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, quien a su vez integrará a través de la hermenéutica constitucional la convencionalidad de la cual nuestras instituciones jurídicas son vinculantes, y cuyo diálogo se establece en el “*corpus iuris*” internacional que el Estado mexicano reconoce y recepciona en una interpretación conforme a los tratados, convenios, convenciones y protocolos que nuestro país circunscribe y cuyo impacto. Inspiración, y jurisdicción lo recoge nuestro bloque de constitucionalidad en sinergia con la legislación y la jurisprudencia aplicable en nuestro país. (Sartori, 2010)

En aras de conquistar y hacer efectiva la tutela del derecho humano a la dignidad y al libre desarrollo de la personalidad, inherentes e inequívocamente desarrollado su análisis y ámbito de aplicación en la transversalidad y multidisciplinariedad de los principios, normas y diversas legislaciones generales, orgánicas y secundarias para la correcta creación normativa, ejecución política, aplicación e interpretación jurisdiccional por parte de los poderes del Estado, con estricto apego a los cánones constitucionales, sus principios y su ámbito material y espacial de validez a fin de alcanzar la justicia constitucional en nuestro país.

3. POLÍTICA PÚBLICA EN LA TUTELA EFECTIVA DE DERECHOS HUMANOS PARA PERSONAS DEFENSORAS Y PERIODISTAS

La eficacia constitucional, se define como la unidad de medida contemporánea que permite ponderar y hacer justiciables la protección garantista de políticas públicas orientadas a la vigencia, desarrollo y conquista de los derechos humanos, siempre bajo una visión progresista y universal de los mismos.

Dicha eficacia constitucional se encuentra inmersa en la sustanciación de factores legales, políticos, económicos, culturales, ideológicos, sociales y hasta presupuestarios, ya que como señalara el jurista Boaventura De Sousa Santos en su obra “Las bifurcaciones del orden” (2018), en la cual expresa los diferentes contextos temporales y espaciales del orden jurídico, así como las condiciones dentro de las cuales el derecho puede movilizarse para mejorar la vida de los grupos y las clases sociales más vulnerables a través de la experiencia política y de la sociología jurídica, teniendo como marco de referencia la transformación de los procesos políticos mediante la construcción de esquemas garantistas que permitan la transformación social, y con ella, la eficacia plena de las normas jurídicas.

Es preciso reconocer que las diferencias conceptuales existentes entre la validez y la eficacia de las normas jurídicas radican en el enfoque metodológico que el Estado, a través de sus instituciones, establezca como guía y medida para la convivencia, vigencia y legitimidad entre la constitución política del Estado y la constitución jurídica; por tanto, es absolutamente necesario reconocer los distintos esquemas de coexistencia por parte de los Poderes de la Unión que permitan, que reconozcan, que garanticen y que ponderen de forma hermenéutica y argumentativa, la construcción y consolidación del anhelado estado social y democrático de derecho a través del entendimiento y ejercicio pleno de nuevas visiones

metaconstitucionales consagradas en un modelo de defensa y protección de los derechos humanos a través de la norma fundamental. (Sabater, 1998)

Como magistralmente expusiera el maestro Norberto Bobbio en su obra "El tiempo de los derechos" (1991), los derechos humanos se modifican de acuerdo a la época y las condiciones históricas en que se presentan, y esto debido a la implicación necesaria de su protección, por tanto, la manifestación más plena de que los derechos fundamentales cohabitan en una democracia consolidada parte de la necesidad de no sólo reconocerlos en los marcos normativos del Estado, sino además y por encima de todo, de garantizar su legítima protección.

La esfera jurídica vital que todo individuo debiese gozar para el desarrollo armónico de sus derechos más fundamentales e inalienables como lo son el derecho de libertad, el derecho a la seguridad jurídica y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, no podrán alcanzar su máximo desarrollo teleológico e interpretativo por parte de las instituciones judiciales, mientras los órganos legislativos impongan de forma vedada limitaciones a las normas ordinarias u orgánicas que impidan su correcta aplicación. (Ferrajoli, 2009)

Es de justicia reconocer que en los últimos años y gracias a un activismo judicial a nivel local e internacional, pero sobre todo a un activismo de organismos defensores y protectores de derechos humanos, quienes impulsados desde las plataformas ciudadanas, la academia y los organismos no gubernamentales, pusieron el acento en lo que hoy los juristas consideramos el parteaguas del sistema jurídico mexicano con el nacimiento del nuevo paradigma de los derechos humanos como piedra angular no sólo de la constitución, sino de todo el tejido normativo que involucra a los actores e instituciones del Estado en todos sus fueros, y con ello, la consolidación de la justicia constitucional, la cual se recoge en nuestro ordenamiento, concretamente en el artículo primero de la carta

fundamental, el cual se constituye el diez de junio de dos mil once, a la luz de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso Radilla Pacheco contra el Estado mexicano (Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2012).

4. INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE MÉXICO EN EL CRITERIO DE PROGRESIVA ASIGNACIÓN PRESUPUESTARIA

Destacamos que nuestro máximo tribunal constitucional, la Suprema Corte de Justicia de México como de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, han reiterado que el control de convencionalidad es una obligación de toda autoridad pública como, por ejemplo, el en Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones, Sentencia de 24 de febrero de 2011, de la Corte Interamericana.

Asimismo, para el control de convencionalidad, se debe tener en cuenta el Caso Radilla Pacheco y la Resolución del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación del Expediente Varios 912/2010, de 14 de julio de 2011 (Comisión Nacional de Derechos Humanos, 2018, pp. 10-11).

Tesis Jurisprudencial 1a./J. 107/2012 (10a.) de Suprema Corte de Justicia, Primera Sala

PRINCIPIO PRO PERSONA. CRITERIO DE SELECCIÓN DE LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL APLICABLE

“De conformidad con el texto vigente del artículo 1o. constitucional, modificado por el decreto de reforma constitucional publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, en materia de derechos fundamentales, el ordenamiento jurídico mexicano tiene dos

fuentes primigenias: a) los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y, b) todos aquellos derechos humanos establecidos en tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte.

Consecuentemente, las normas provenientes de ambas fuentes, son normas supremas del ordenamiento jurídico mexicano. Esto implica que los valores, principios y derechos que ellas materializan deben permear en todo el orden jurídico, obligando a todas las autoridades a su aplicación y, en aquellos casos en que sea procedente, a su interpretación.

Ahora bien, en el supuesto de que un mismo derecho fundamental esté reconocido en las dos fuentes supremas del ordenamiento jurídico, a saber, la Constitución y los tratados internacionales, la elección de la norma que será aplicable -en materia de derechos humanos-, atenderá a criterios que favorezcan al individuo o lo que se ha denominado principio pro persona, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 10. constitucional. Según dicho criterio interpretativo, en caso de que exista una diferencia entre el alcance o la protección reconocida en las normas de estas distintas fuentes, deberá prevalecer aquella que represente una mayor protección para la persona o que implique una menor restricción. En esta lógica, el catálogo de derechos fundamentales no se encuentra limitado a lo prescrito en el texto constitucional, sino que también incluye a todos aquellos derechos que figuran en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano”.

5. PROPUESTA DE INICIATIVA CON PROYECTO DE DECRETO PARA LA MODIFICACIÓN DEL MARCO LEGAL PARA LA PROTECCIÓN DE PERSONAS DEFENSORAS DE DERECHOS HUMANOS Y PERIODISTAS

Estamos pues, en presencia de un nuevo hito en la forma de interpretar la constitución y sus leyes ordinarias; el esquema garantista reconocido hasta entonces obligaba a que un reducido núcleo de las entonces conocidas como garantías individuales fuesen dictaminadas por el Estado a través del Poder Legislativo, no obstante, en la actualidad la totalidad de la carta fundamental y con ella todo el entramado jurídico de nuestro sistema atraviesa, necesariamente, por un proceso de vigilancia constante y permanente para la actualización, progresividad y garantismo de los derechos; tal como lo señala el citado precepto constitucional invocado con anterioridad y que enuncia concretamente en el artículo primero, párrafos segundo y tercero:

“Artículo 10. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia,

el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.” (Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión, 2021, pp. 1-2)

Por todo lo anterior, no podemos obviar la precaria situación en la que se encuentran las personas defensoras de derechos humanos y periodistas, las cuales ejercen la noble tarea de la búsqueda de la verdad en sus diferentes dimensiones, la investigación puntual y científica, la excitación de la maquinaria judicial para que actúe con estricto apego a derecho, la reparación del daño a la víctima y sus familias y, sin ser menos importante, la visibilidad de una problemática que trasciende la esfera de lo político para instaurarse en un conflicto humanitario de proporciones bélicas.

Estamos conscientes que no exageramos el argumento, máxime cuando vivimos en el segundo país del mundo con más muertes de periodistas sin ser declarado un “Estado de sitio”; al menos no formalmente.

Cuando un país tiene 43 estudiantes desaparecidos por el Estado, constituyéndose así en un crimen de lesa humanidad, siendo esto la punta del iceberg de cientos de miles de desaparecidos sin, hoy en día, tener una cifra cierta; lo más lamentable es que de acuerdo con el Alto Comisionado de Derechos Humanos para México (2018), la violación sistemática a los derechos humanos y la adecuada protección a quienes combaten y señalan este fenómeno es una “asignatura pendiente”.

Asignatura que en los países democráticos de nuestro entorno han asumido con responsabilidad, no solo en el reconocimiento público a la tarea de defensores y periodistas, sino además, a la protección más amplia, garantista, preventiva, investigadora y subsidiaria de los DDHH de estos.

En la Ley para la Protección de Personas Defensoras de Derechos Humanos y Periodistas (Cámara de Diputados, 2012), antes de la derogación de su numeral 51, según el cual se establecían los recursos a través de los cuales era constitutivo el fondo para atención y protección adecuada a los sujetos antes citados, establecía que:

Artículo 51.- Los recursos del Fondo se integrarán por:

I. La cantidad que el Gobierno Federal aporte inicialmente, así como las aportaciones que en su caso realice en términos de las disposiciones aplicables;

II. Los recursos anuales que señale el Presupuesto de Egresos de la Federación y otros fondos públicos;

III. Los donativos que hicieren a su favor personas físicas o morales sin que por ello adquieran algún derecho en el fideicomiso;

IV. Los bienes que le transfiera a título gratuito el gobierno federal o las entidades federativas, y

V. Los demás bienes que por cualquier título legal adquiera el fideicomiso para o como consecuencia del cumplimiento de sus fines. (Cámara de Diputados, 2012)

Y es en este punto donde concentro el principal argumento a considerar por esta soberanía, toda vez que el citado y aludido artículo 51 de la presente ley, tras un análisis dogmático y comparativo constitucional respecto de las fuentes legales y jurisprudenciales en la materia, esta representante popular considera indispensable modificar la fracción V y adicionar una VI fracción de la Ley para la protección de personas defensoras de derechos humanos y periodistas; toda vez que la prevención y los mecanismos de protección que contempla la legislación en cuanto al fondo de los recursos públicos para llevar a cabo su cumplimiento los consideramos, a la luz del derecho internacional humanitario, insuficientes.

Estableciendo un caso comparado, respecto de la violación de los Derechos perpetrados en España en contra de sus ciudadanos por parte de la organización terrorista ETA según datos de la Oficina de Asistencia a las Víctimas del Terrorismo de la Audiencia Nacional, ésta asesinó a 964 personas en 40 años de existencia. El número de heridos superaría los 2.500, según la Asociación de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado Víctimas del Terrorismo. Mientras tanto, en México no existe un registro oficial de víctimas del terrorismo (mortales y no mortales), ni un registro completo que vincule víctima con causa judicial, pese a los avances alcanzados en este ámbito. (Punto de Acceso General de la Administración de Justicia, s/f; Defensor del Pueblo, 2016)

Es inadmisibles que los números más conservadores de desaparecidos en México ascienda, según Investigación de la Universidad Nacional Autónoma de México, a 32 mil personas. (Méndez, 2017)

Esta realidad atroz no puede abstraerse de la naturaleza en la que se sustenta la “ratio legis” de la ley en cuestión; ya que esta soberanía, concretamente mi grupo parlamentario en fechas recientes manifestamos la preocupación y condena de que el fondo para la protección de medidas de seguridad integral para defensores de derechos humanos y periodistas se encontrase sin presupuesto.

No obstante, en un país que lucha día a día para erradicar la violencia entre sus ciudadanos y las instituciones, no puede permitirse que, en un tema de máxima sensibilidad, como lo es la protección del Estado como garante de los derechos de los ciudadanos; no puede transitar y quedar bajo el amparo gubernamental de un presupuesto en cuya voluntad política descansa su legitimidad y vigencia.

Esta más que demostrado y teorizado que la seguridad es un derecho inalienable, el cual según la ONU debe ser justiciabilizado por el Estado a través de políticas públicas de largo recorrido sin dependencia a los contenidos presupuestales de cada ejercicio fiscal, ya que como es una costumbre en países como el nuestro, al existir estadios de crisis o desaceleraciones económicas, queda en riesgo inminente el estado social de derecho, el cual se traduce de forma en la vulneración de los derechos al mínimo vital de seguridad y a la vida misma, que conlleva el riesgo el ejercicio del periodismo y de las personas defensoras de derechos humanos. (Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, 2018)

6. CONCLUSIONES Y PROYECTO DE DICTAMEN

Por tal motivo, consideramos la modificación del citado precepto; proponiendo que los bienes materiales, muebles e inmuebles incautados por las fuerzas armadas y del orden público en cada una de las entidades federativas a la delincuencia organizada, sean transferidos en los porcentajes que actualicen los casos que tenga conocimiento la Coordinación Ejecutiva Nacional creada en la legislación para dicho fin; siendo en todo momento suficientes, óptimos y pertinentes para que el citado Fondo para la protección de personas defensoras de derechos humanos y periodistas actúe con plena autonomía de gestión; toda vez que en un efectivo Estado democrático y de derecho, la defensa de la seguridad y la investigación de los actos de amenaza criminal contra sus ciudadanos

hasta las últimas consecuencias requiere, necesariamente, de mecanismos presupuestales suficientes; y que mejor fuente de financiamiento que los bienes incautados producto del rompimiento al marco de convivencia, a la instauración del estado del miedo y a la vulneración sistémica a los Derechos por parte de los enemigos del Estado.

En esta línea argumentativa, se propone la reforma a la fracción V del artículo 51 y adiciona la fracción VI de la Ley para la Protección de Personas Defensoras de Derechos Humanos y Periodistas (Cámara de Diputados, 2011, p. 12); para quedar como sigue:

Artículo 51.- Los recursos del Fondo se integrarán por:
I al IV...

V. Los demás bienes que por cualquier título legal adquiriera el fideicomiso para o como consecuencia del cumplimiento de sus fines; *mismos que deberán estar garantizados durante todo el ejercicio presupuestario; siendo estos óptimos, suficientes y pertinentes para la adecuada protección y defensa integral de las personas defensoras de derechos humanos y periodistas.*

VI. *Los bienes materiales, muebles e inmuebles incautados por las fuerzas armadas y del orden público en todos sus fueros en cada una de las entidades federativas a la delincuencia organizada, serán transferidos en los porcentajes que actualicen y determinen previo estudio de los casos que tenga conocimiento, la Coordinación Ejecutiva Nacional en los términos de la presente ley.*

7. REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

Asensi Sabater, J. (1998) El tiempo de los derechos: (materiales para una introducción al constitucionalismo y al derecho constitucional. Tirant lo Blanch.

Bobbio, N. (1991) El Tiempo de los Derechos, Editorial Sistema, Madrid.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (2012) Ficha Técnica: Radilla Pacheco vs México. En: https://www.corteidh.or.cr/CF/jurisprudencia2/ficha_tecnica.cfm?nld_Ficha=360

Cámara de Diputados (2012) Ley para la Protección de Personas Defensoras de Derechos Humanos y Periodistas. En: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LPP-DDHP_200521.pdf

De Sousa Santos, B. (2018) Las bifurcaciones del orden. Trotta, Madrid.

Ferrajoli, L. (2009), Garantismo. Debate sobre el derecho y la democracia, Editorial Trotta, Madrid.

Méndez, F. (2017) Los 32 mil desaparecidos en México tienen nombre y apellido. UANMGlobal. En: <https://unamglobal.unam.mx/los-32-mil-desaparecidos-en-mexico-con-nombre-y-apellido-2/>

Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2018) Doble Injusticia. Informe sobre violaciones de derechos humanos en la investigación del caso Ayotzinapa. En: https://www.ohchr.org/Documents/Countries/MX/OHCHRMexicoReportMarch2018_SP.pdf

Peces-Barba Martínez, G. (2005) Lecciones de Derechos Fundamentales, Dykinson, Madrid.

Punto de Acceso General de la Administración de Justicia (s/f). Víctimas de terrorismo. Gobierno de España. En: https://www.administraciondejusticia.gob.es/paj/publico/pagaj/Pagina1Columna1Fila/!ut/p/c4/04_SB8K8xLLM9MSSzPy8xBz9CP0os3hjLo

MjCydDRwN3koAzA8cglOsTRws-
nlwMLA_2CbEdFADc9sTY!/?itemId=240238

Sartori, G. (2010) Ingeniería Constitucional Comparada, Fondo de Cultura Económica, México.

Defensor del Pueblo (2016) Estudio sobre los derechos de las víctimas de ETA. Su situación actual. En: <https://www.defensordel-pueblo.es/wp-content/uploads/2016/12/VictimasETA.pdf>

Comisión Nacional de los Derechos Humanos (2018) Protocolo de actuación para la protección de los derechos de las personas que ejercen el periodismo. En: https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/documentos/2019-05/Libro_PROTOCOLO-PERIODISMO.pdf

AS TEORIAS DA COMUNICAÇÃO E AÇÃO COMUNICATIVA: UM REPENSAR SOBRE OS NOVOS DIREITOS

Liton Lanes Pilau Sobrinho¹

1. INTRODUÇÃO

O presente texto trata de um tema extremamente importante para a sociedade, em todos os tempos e, principalmente, na atualidade. Mostra-se relevante a observação das contribuições que surgem diante da rediscussão dos paradigmas que envolvem os novos direitos, a partir da percepção das teorias da comunicação.

O estudo da implementação e concretização de novos direitos a partir de uma análise das teorias da comunicação e da ação comunicativa, é estabelecido como forma de homenagear o grande jurista brasileiro, José Alcebíades de Oliveira Junior. Logo, este estudo se faz em homenagem aos ensinamentos do referido mestre, cujos trabalhos servem de referência para discutir a teoria do direito.

Diante disso, o presente texto, inicialmente, analisa a teoria da comunicação, de forma analítica, na perspectiva de Niklas Luhmann, a partir de sua teoria sistêmica, que trabalha com as improbabilidades comunicacionais.

Em um segundo momento, faz a discussão das teorias de Jurgen Habermas, na perspectiva da teoria da ação comunicativa, a partir

¹ Professor dos cursos de Mestrado e Doutorado no Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* em Ciência Jurídica da Universidade do Vale do Itajaí - UNIVALI. Professor e Coordenador do Programa de Pós-Graduação *Stricto Sensu* Mestrado em Direito da Universidade de Passo Fundo - UPF. Pós-Doutor em Direito pela Universidade de Sevilha - US - Espanha. Doutor em Direito pela Universidade do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Mestre em Direito pela Universidade de Santa Cruz do Sul - UNISC.

da qual a racionalização da comunicação mostra-se fundamental para o processo de racionalização da sociedade. A partir disso, frente ao reconhecimento das relações estabelecidas nas condições de possibilidade da racionalidade humana, verifica-se a condição de possibilidade para um repensar sobre o reconhecimento dos novos direitos.

2. A TEORIA DA COMUNICAÇÃO COMO ELO COMUNICACIONAL DO DIREITO

A comunicação é um fenômeno fundamental na sociedade. Estamos diante de um processo evolutivo fantástico. Em épocas remotas, o homem tentava se comunicar através de gestos, ruídos e desenhos, etc., mas foi através da fala que a comunicação ganhou grande expressão, e não parou por aí. O homem, através do uso de sua inteligência, criou forma e técnicas para facilitar este processo de comunicação, dentre as quais podemos citar: a linguagem, a escrita, a mensagem, o telégrafo, o jornal, o rádio, a televisão, a Internet, como fórmula revolucionária de comunicação social. Ainda, podemos entendê-la como um processo de três seleções, ao qual Marcondes Filho, afirma:

Comunicação é um resultado de três seleções: um agente sinaliza alguma coisa, eu percebo nisso uma intenção de comunicar e, por fim, eu entendo que esse agente está se comunicando comigo. Ou então, a síntese entre um sinalizar, um informar e um entender a diferença entre o sinalizar e o informar. É como a visão humana, que pode ver dois planos, mas tem como resultado final apenas um terceiro, que funde os anteriores.²

² MARCONDES FILHO, Ciro. **O escavador de silêncios :formas de construir e desconstruir sentidos na comunicação: Nova teoria da comunicação II**. São Paulo: Paulus, 2004. p.457.

Para haver a comunicação, será necessário que haja um agente que utiliza a informação como intenção de comunicação e um receptor que a recebe ou não. Temos ainda, o entendimento de comunicação estruturado em sistemas, ao qual Puig, diz:

Los procesos propios de la adaptación de un SISTEMA a su MEDIO, o del ACOPLAMIENTO entre dos sistemas em tanto que adaptación mutua, pueden ser entendidos, em su conjunto, como procesos de comunicación: intercambios de conductas o mensajes entre sistemas, que possibilitan el establecimiento, mantenimiento, ruptura o cambio de las relaciones entre ellos.³

Temos então, uma nova proposição sobre comunicação, centrada na matriz sistêmica, relacionada ao processo de acoplamento do sistema e seus subsistemas, sendo a comunicação o condutor de mensagens entre os sistemas, possibilitando a troca de informações entre eles. Em consonância, Marcondes Filho afirma:

As comunicações são produzidas nessa rede recursiva de comunicações que constitui a unidade do sistema. [...] a comunicação é a operação que caracteriza os sistemas sócias, a de separar o que é sistema do que não é: continuar a comunicação é dar manutenção à auto-poiese destes mesmos sistemas. Os sistemas sociais não fazem outra coisa a não ser comunicações, e fora dos sistemas não há comunicação. Ela é uma operação interna de cada sistema social, não havendo comunicação entre eles e o ambiente externo.⁴

³ MARCÉ PUIG, Francesc. **Conducta y comunicación: Una perspectiva sistémica**. Barcelona: PPU, 1990. p. 169.

⁴ MARCONDES FILHO, Ciro. **O escavador de silêncios : formas de construir e desconstruir sentidos na comunicação: Nova teoria da comunicação II**. São Paulo: Paulus, 2004. p.458-459.

Através do processo de produção de comunicação do sistema social, pode-se compreender que a circulação da comunicação entre os sistemas, só é possível dentro do próprio sistema, estando assim fechado ao ambiente externo.

A própria evolução social faz com que se tenha uma adequação do sistema em que vivemos, pois, com a evolução em todas as áreas da sociedade, tem-se uma sociedade de mudança e adequação. Nessa seara, Luhmann conceitua o sistema social:

É o sistema que, em um ambiente altamente complexo e contingente, é capaz de manter relações constantes entre as ações. Para tanto o sistema tem que produzir e organizar uma seletividade de tal forma que ele capte a alta complexidade e seja capaz de reduzi-la as bases da ação, passível de decisões”.⁵

Em consonância, Arnaud afirma que “o sistema social é o lugar de interação social dos indivíduos, já o jurídico tem como função principal à interação ou o controle social”.⁶ Logo, essa interação é trabalhada na esfera social, colocando a parte jurídica para a manutenção do controle social. Refere Luhmann:

“Los sistemas sociales son formas de relación comunicacional. Todas las realidades sociales, de cualquier rango, se encuentran preformadas por formas específicas de comunicación que las delimitan frente a otras. {...} El poder, la economía, el derecho, la educación son formas de relación comunicacional que

⁵ LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. – Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985. p. 168.

⁶ ARNAUD, André-Jean. **Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos**. 2000. p. 11.

preestructuran las interacciones sociales. [...] Estos sistemas sociales son autopoiéticos.”⁷

Em virtude dessa relação da comunicação presente nos sistemas sociais, pode-se agregar a idéia de uma inter-relação dos modelos estatais propostos pela sociedade através dos tempos. Com isso, podemos chegar a uma imposição dos sistemas no mundo. Em consonância, Rocha afirma que: “A sociedade como sistema social é possível graças à comunicação. Por sua vez, a comunicação depende da linguagem, das funções, da diferenciação e das estruturas”.⁸

A comunicação é um dos instrumentos mais antigos da humanidade. É através dela que o homem consegue se expressar, desde os tempos das cavernas, onde a comunicação era feita através de gestos, sons, posteriormente, da palavra. Temos então, o surgimento do desenho, da escrita, das sílabas, das palavras, do papiro, do papel, da tipografia, do correio, do jornal, da eletricidade, do telefone, do rádio, da televisão, do satélite e da Internet. De acordo com Hansen, este processo evolucionista começa com,

[...] a comunicação existe desde o instante em que o homem das cavernas deixou sua história registrada. Um primitivo grupo humano começou a se entender por gestos e sons indicativos de objetos e também de intenções. [...] Da palavra surgiu o desenho, e o homem passou a reproduzir figuras de animais, plantas e cenas da vida que levava junto à natureza. [...] A escrita remonta há mais de quatro mil anos. É chamada primeiramente de escrita pictográfica ou hieroglífica, pois mostra objetos que acabam formando, por seqüência um relato bastante coerente de uma situação vivida.[...] Depois vieram as sílabas, as palavras, que

⁷ LUHMANN, Niklas. **Sociologia del riesgo**. 1998. p. 9.

⁸ ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia**. 2.ed. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2003. p.104.

traduziam a voz humana. [...] o papiro, fabricado de uma planta da família das ciperáceas, foi sem dúvida alguma, o primeiro papel da humanidade.[...] somente no ano de 105 de nossa era é atribuída a chinês chamado Tsai-Lun a invenção do papel[...] Mais tarde surge a tipografia, sendo sua invenção atribuída a Gutenberg, com 200 exemplares da primeira Bíblia impressa, em aproximadamente 1456.[...] Em seguida vem o correio, o jornal, a eletricidade, que mudará os aspectos da comunicação, já não mais escrita. Surge, o telégrafo[...] A invenção do telefone foi atribuída a Alexander Graham Bell[...] Depois temos a fantástica radiodifusão, a televisão, o satélite e a Internet.⁹

A comunicação passa por um processo de transformação como a própria evolução da sociedade. Com o passar dos tempos, a comunicação é possível através do descobrimento de outros meios de comunicação, permitindo que, conforme Amado apud Luhmann, “La sociedad – dice Luhmann- no se compone de personas, sino de comunicaciones entre personas”¹⁰ Luhmann coloca a idéia da sociedade ser formada não de pessoas, mas da comunicação entre as pessoas, somente através da comunicação é possível desenvolver a sociedade. Por outro lado,

La comunicación es un evento extremadamente improbable. Basta con dejar de considerar durante un instante que ya existe de hecho un sistema social y que este sistema reproduce comunicación, para caer en la cuenta de la improbabilidad de que ocurra la comunicación.¹¹

⁹ HANSEN, João Henrique. **Como entender a saúde na comunicação?** São Paulo: Ed. PAULUS, 2004. p. 9-10.

¹⁰ GARCIA AMADO, Juan Antonio. **La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann.** Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colômbia. 1997. p. 113.

¹¹ LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. **Teoría de la Sociedad.** México: Ed. Universidad Guadalajara y Universidad Iberoamericana, 1993. p. 81.

A comunicação dentro do sistema social funciona como fenômeno de sua auto-reprodução. Assim, só é possível estabelecer a comunicação através dela própria, “la comunicación es una síntese que resulta de três selecciones: información, acto de comunicación, comprensión”.¹² Nesse sentido, o processo de auto-reprodução comunicacional está relacionado com seu próprio sistema, sendo, “El entorno que possibilita todo esto nos permite comprender muchas cosas.[...] no puede explicarnos cómo es posible acceder a la autopoiesis de la comunicación, a la clausura operacional de los sistemas de comunicación.”¹³ O entorno é colocado como condição de possibilidade de abrir links, para permitir que a comunicação se acople e saia de sua clausura operacional.

A própria sociedade deve encontrar a saída dentro de sua auto-reprodução comunicacional. Mas, para ocorrê-la, lidamos com sua improbabilidade em três tópicos elencados por Luhmann,

Em primeiro lugar, é improvável que alguém compreenda o que o outro quer dizer, tendo em conta isolamento e a individualização de sua consciência. O sentindo só se pode entender em função do contexto, e para cada um o contexto é basicamente, o que sua memória lhe faculta. A segunda improbabilidade é a de aceder aos receptores. É improvável que uma comunicação chegue a mais pessoas do que as que se encontram presentes numa situação dada. O problema assenta na extensão espacial e temporal. A terceira improbabilidade é a de obter o resultado desejado. Nem sequer o facto de que uma comunicação tenha sido entendida garante que também tenha sido aceite. Por <<resultado desejado>> entendo o facto de que o receptor adote o conteúdo selectivo da comunicação (a informação) como premissa de seu próprio comportamento, incorporando à selecção novas

¹² LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *idem*, p. 81.

¹³ LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. *ibidem*, p. 83.

selecções e elevando assim o grau de selectividade. A aceitação como premissa do próprio comportamento pode significar actuar em virtude das directizes correspondentes, bem como experimentar, pensar e assimilar novos conhecimentos, supondo que uma determinada informação seja correta¹⁴.

Pode-se considerar a comunicação como autopoietica, ou seja, um fenómeno que se reproduz nele mesmo. Assim, a comunicação é suscetível a sua própria improbabilidade, relacionada à questão da memória, tempo e seleção (resultado). Diante da complexidade comunicacional, faz-se necessário abordar a questão temporal da comunicação e sua relação com o direito, ao qual Rocha, afirma que,

O Direito tem como função principal contribuir com a institucionalização do social, isto quer dizer, que a função do controle do Tempo do Direito é uma função instituinte, O Direito tem que fazer com que aqueles instantes, aquelas possibilidades de construção e de decisão que nós realizamos na sociedade tenham duração, sejam assimiladas, sejam institucionalizadas. [...] o Direito tem que fazer com que a sociedade exista, o Direito constrói a sociedade. O Direito é um dos construtores da sociedade, é construidor de instituições, ou seja, de decisões, de valores, de experiências, de desejos e de atos.[...]Tempo como instituição social e o direito como institucionalização social[...]¹⁵

Na idéia proposta por Rocha, o Direito tem a função de institucionalizar a sociedade na relação temporal. Logo, estamos diante de uma junção do tempo do Direito, que, segundo Ost, [...] a função principal do jurídico é contribuir para a instituição do social: [...] es- treitar o elo social e oferecer aos indivíduos os pontos de

¹⁴ LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade da comunicação**. Lisboa: Ed. Veja, 2001. p. 42-43.

¹⁵ ROCHA, Leonel Severo. **A construção do tempo pelo direito**. Anuário/2003. Programa de Pós-Graduação em Direito. Mestrado e Doutorado. São Leopoldo: 2003. p. 314.

referência necessários a sua identidade e autonomia.¹⁶ Nesta dicotomia, o direito funciona como elo comunicacional da institucionalização da sociedade. Mas para respondermos à relação proposta por Luhmann, da improbabilidade da comunicação, devemos ver a relação temporal proposta por Ost,

A memória que recorda que há o dado e o instituído.[...] Instituir o passado, certificar os factos ocorridos, garantir a origem dos títulos, das regras, das pessoas e das coisas: eis a mais antiga e a mais permanente das funções do jurídico¹⁷

A memória seria o backup do passado, sendo uma das funções mais exercidas pelo direito. Em consonância, Rocha diz,

a memória - o Direito é a memória da sociedade. O que são os cartórios, os arquivos, os nossos documentos, senão aquilo que está dentro da memória do Direito, ou falando normativamente, só é válida a memória jurídica, o Direito está muito ligado à ideia de tradição, então o direito constrói uma certa sociedade, é a sua memória da sociedade, ele mantém tradição. Não existe direito sem passado, sem memória, sem tradição.¹⁸

O Direito está ligado à ideia de tradição, que só é possível fazer esta relação por haver a comunicação como sendo o meio condutor e possibilitar da memória. Ligadas a questão da temporalidade que Ost diz: “[...] ultrapassado ou superado em formas enriquecidas de temporalidade: a do perdão que desliga o passado, a da promessa e do questionamento que instituem um novo futuro”.¹⁹

¹⁶ OST, François. **O Tempo do Direito**. Lisboa: Ed. Piaget. 2001, p. 14.

¹⁷ OST, François. 2001. Idem p. 51-52.

¹⁸ ROCHA, Leonel Severo. **A construção do tempo pelo direito**. Anuário/2003. Programa de Pós-Graduação em Direito. Mestrado e Doutorado. São Leopoldo: 2003. p. 315.

¹⁹ OST, François. 2001. Ibidem p. 138.

O tempo é a condição que possibilita ao direito “ter a capacidade de construir, reconstruir e desconstruir o Tempo e a si próprio”.²⁰ Nessa condição que o Direito assume como institucionalizador do processo temporal, que é possibilitado pela comunicação, que Luhmann, falava de sua improbabilidade dentro do processo auto-poietico, de uma relação entre meio e forma, nos diz que:

Los sistemas de comunicación se constituyen a sí mismos mediante una distinción entre medio y forma. [...] „medio de comunicación» entendemos siempre el uso operativo de la diferencia entre substrato medial y la forma. La comunicación es posible sólo – y ésta es nuestra respuesta al problema de la improbabilidad – como processualización de esta diferencia.²¹

Então, os sistemas de comunicação são constituídos de si mesmos, sendo possível acabar com a problemática da improbabilidade através da produção de diferença. Assim, a complexidade anunciada acerca da comunicação entre os sistemas direito e saúde são possíveis desde que haja o acoplamento estrutural, não podendo acontecer fora do sistema. Assim, pode-se relacionar a comunicação como meio, condição de possibilidade dos sistemas. Nessa interação, é importante ressaltar o posicionamento de Mcluhan, utilizando “[...] “o meio é mensagem”, significa, em termos da era eletrônica, que já se criou um ambiente totalmente novo. O “conteúdo” deste novo ambiente é velho ambiente mecanizado da era industrial. O novo ambiente reprocessa o velho, tão radicalmente quanto a TV está reprocessando o cinema.”²² Através da utilização da proposição de Mcluhan, podemos entender que a criação de um novo ambiente só é possível através do reprocessamento do velho, mas sem o velho não será possível construir o novo. Assim, a complexidade do direito e da saúde estão arraigadas nos velhos

²⁰ ROCHA, Leonel. 2003. Idem. p. 316.

²¹ LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. idem, p. 84-85.

²² MCLUHAN, Marchal. **Os meios de comunicação: como extensões do homem (understanding media)**. São Paulo: Ed. Cultrix. 2005, p. 11-12.

projetos de implementação prestacional do Estado, infundadas no pragmatismo burocrático que enfraquece seu êxito.

Nesse sentido podemos observar o exemplo de Oliveira Junior, nos que diz:

“[...] o “Brasil não fez o seu devr de casa”. É certo que o déficit público é um problema de má gestão. No entanto, porque o dito “dever de casa” é tão lembrado quando existe uma crise na Ásia ou uma queda do dólar? Será que o Brasil não tem que fazer “dever de casa” para contribuir com o dólar para que ele possa fazer frente ao euro? De qualquer modo, a crise de legalidade [...] pode ser associada à globalização quando se toma em conta o quanto os poderes executivos comprometidos (com o dever de casa) rompem o sistema de tripartição de poderes, clássico no Estado de direito{...}”²³

Vislumbramos nesse sentido a atenção que é utilizada no reprocessamento da informação que é grande parte das vezes não conseguimos fazer o dever de casa, pois a sociedade não se apodera de cobrar ações efetivas de seus representantes, assim, veremos as proposições feitas pela teoria da ação comunicativa.

3. HABERMAS E A AÇÃO COMUNICATIVA

O fio condutor deste referencial baseia-se na proposição de tentar esboçar os marcos referenciais para elaboração da conceitualização da ação comunicativa em Habermas. Deve-se, de antemão, fazer as seguintes proposições acerca de seu conceito, partindo inicialmente da teoria sociológica, que

²³ OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades. **Teoria Jurídica e Novos Direitos**. Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000. p. 130.

[...] A la teoría sociológica de la acción le importan no solo las características formales de la acción social en general, sino los mecanismos de coordinación de la acción que hacen posible una concatenación regular y estable de interacciones. Los *patrones* de interacción solo se forman cuando las secuencias de acción a las que los distintos actores hacen su aportación, no se rompen contingentemente, sino que se coordinan según reglas. Esto vale, así para el comportamiento estratégico como para el comportamiento cooperativo. La búsqueda de mecanismos de conexión no significa una predecisión en favor de un planteamiento en términos de teoría del consenso frente a un planteamiento en términos de teoría del conflicto.²⁴

A partir dos aportes da teoria sociológica da ação, trazem em seu bojo os mecanismos de uma ação social dentro da possibilidade de estabelecimento de interações, partindo do comportamento dos atores inicialmente estratégicos para uma relação cooperativa. Com isso, tenta-se estabelecer uma conexão através da pré-decisão em favor de uma planificação da teoria do consenso e do conflito. Esta inter-relação só é possível através da ação da comunicação. Assim, faz-se necessário observar a relação que Habermas propõe entre a teoria sociológica e da ação:

(...) Mediante la tarea de explicar un orden social intersubjetivamente compartido, la teoría sociológica de la acción, finalmente, no tiene más remedio que sacarnos también las premisas de la filosofía de la conciencia. Por eso no queda ligada en el mismo grado que la teoría analítica de la acción al modelo de un sujeto solitario, capaz de conocimiento y de acción, que se enfrenta a la totalidad de estados de cosas existentes y

²⁴ HABERMAS, Jürgen. **Teoría de la acción comunicativa: complementos y estudios previos**. 3ª. ed. Madrid: Cátedra, 1997, p. 479.

puede referirse a algo del mundo objetivo, así mediante la percepción como interviniendo en él.²⁵

Através da intersubjetividade da ordem social compartida, pode-se conectar o mesmo grau de abstração estabelecida na exemplificação do sujeito solitário, que possui capacidade de conhecimento e ação, através da percepção que possibilita interagir com o meio. Mas, para que isso ocorra será necessário o estabelecimento de uma ação coordenada por mecanismos, que Habermas diz: “Las mencionadas teorías sociológicas de la acción coinciden en algunas decisiones básicas. En primer lugar optan por un análisis que parte de la perspectiva interna de los agentes. Una acción puede entenderse como realización de un plan de acción, que se apoya en una interpretación de la situación.”²⁶ Em outras palavras, propõe-se um exame sobre a perspectiva interna dos agentes, utilizando a ação como planejamento apoiado pela interpretação de um caso em si.

Llamo *acción comunicativa* a aquella forma de interacción social en que los planes de acción de los diversos actores quedan coordinados por el intercambio de actos comunicativos, y ello haciendo una utilización del lenguaje (o de las correspondientes manifestaciones extraverbales) orientada al entendimiento. En la medida en que la comunicación sirve al entendimiento (y sólo al ejercicio de las influencias recíprocas) puede adoptar para las interacciones el papel de un mecanismo de coordinación de la acción y con ello hacer posible la acción comunicativa.²⁷

Na proposição exposta por Habermas, temos a ação comunicativa, como uma forma de interação social entre os diversos atores

²⁵ HABERMAS, Jürgen. **Teria de la acción comunicativa: complementos y estudios previos.** 3ª.ed. Madrid: Cátedra, 1997, p. 480.

²⁶ Op. cit. p. 481.

²⁷ HABERMAS, Jürgen. **Teria de la acción comunicativa: complementos y estudios previos.** 3ª. ed. Madrid: Cátedra, 1997, p. 418.

orientados pelos atos comunicativos utilizando-se da linguagem, para fazerem esta interação. Ainda, ao criar sua teoria, ele “parte de uma ontologia onde existem sujeitos-atores dotados de capacidade lingüística, e três mundos com os quais estes se relacionam”.²⁸ Essa referência é proposta inicialmente pela exposição do mundo, ao qual,

[...]lenguaje y de acción, situados en cada caso en el horizonte de sus mundos de la vida compartidos, deben poder <<referirse>> a <<algo>> en el mundo objetivo si, en el curso de la comunicación, quieren entenderse entre ellos <<sobre algo>> o quieren, en actitud práctica, arreglárselas <<con algo>>[...] Todos ellos presuponen <<el mundo>> como la totalidad de objetos que existen independientemente y que puede ser enjuiciada o tratada²⁹.

Esta objetividade do mundo coloca-se numa relação de igualdade, identificando um mundo igual para todos. Por tanto, faz-se necessário observar as divisões de mundo propostas por Habermas, vislumbrando inicialmente o mundo objetivo, que “efectivamente, la función regulativa de la orientación a la verdad, apoyada en la suposición del mundo objetivo, dirige los procesos fácticos de justificación hacia una meta que, en cierta medida, convierte en móvil el tribunal supremo de la razón”³⁰. Esse mundo está relacionado com a asserção da verdade, nesse sentido Aragão nos fala, “o mundo objetivo (como a totalidade de entidade sobre as quais são possíveis afirmações verdadeiras”³¹ Não obstante, “los participantes en la comunicación pueden entenderse por encima de las fronteras de mundos de la vida divergentes, ya que con la mirada

²⁸ ARAGÃO, Lucia Maria de Carvalho. **Razão comunicativa e teoria social crítica em Jürgen Habermas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 53.

²⁹ HABERMAS, Jürgen. **Acción comunicativa y razón sin transcendência**. Barcelona: Editorial Paidós. 2002. p.50.

³⁰ HABERMAS, Jürgen. Idem. P.31

³¹ ARAGÃO, Lucia Maria de Carvalho. **Razão comunicativa e teoria social crítica em Jürgen Habermas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p. 53.

puesta en un mundo objetivo común se orientan por la pretensión de verdad de sus enunciados, es decir, por su validez incondicionada”.³² A pretensão do mundo objetivo está focada em trazer a verdade em seus enunciados. Em consonância com a classificação de Habermas, observar-se-á o mundo da vida intersubjetivo,

En tanto que se entienden sobre algo en el mundo objetivo y adoptan la misma referencia al mundo contraen una relación interpersonal. En esta actitud realizativa *respecto al otro* y sobre el trasfondo de un mundo de la vida intersubjetivamente compartido hacen experiencias comunicativas juntos. Entienden lo que el otro dice o piensa. Aprenden de las informaciones y de las objeciones del oponente y extraen sus propias conclusiones de la ironía o del silencio, de las expresiones paradójicas, de las alusiones [...]”³³

Este mundo da vida intersubjetivo trata das relações entre pessoas, onde se deve o respeito de um com o outro, dividindo suas experiências em conjunto, “como a totalidade de relações interpessoais legitimamente reguladas”.³⁴ Esta regulação é proposta pela regulamentação dos direitos na sociedade. Relacionando-se à “[...] correspondência entre as normas elaboradas para a condução da ação social (e individual) e a solução dos conflitos práticos da própria realidade social”.³⁵

O terceiro mundo da vida proposto, é o subjetivo que trata, “[...] como a totalidade de experiências à qual o falante tem um

³² HABERMAS, Jürgen. **Acción comunicativa y razón sin transcendência**. Barcelona: Editorial Paidós, 2002. p.33.

³³ HABERMAS, Jürgen. *Idem*, p.40

³⁴ ARAGÃO, Lucia Maria de Carvalho. **Razão comunicativa e teoria social crítica em Jürgen Habermas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p.53.

³⁵ GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e Diferença: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p.118.

acesso privilegiado que pode expressar ante um público”,³⁶ sendo considerados enunciados expressivos, assim,

[...] se determina más bien de forma negativa como el conjunto de todo aquello que ni aparece en el mundo objetivo ni tiene validez (o encuentra reconocimiento intersubjetico) en el mundo social. En tanto que complemento de estos dos mundos públicamente accesibles, el mundo subjetivo abarca todas las vivencias que un hablante, cuando quiere revelar algo de sí mismo ante un público, puede convertir-expresándose en el modo de la autopresentación- en el contenido de oraciones de primeira persona.³⁷

O mundo subjetivo é individual, onde o ator tem a liberdade para a manifestação de seus sentimentos e emoções. Cabe assim, melhor explanar os tipos de mundo propostos por Habermas, na composição elaborada por Gallupo, no quadro a seguir:

VERDADE	MUNDO OBJETIVO	ENUNCIADOS DESCRITIVOS
CORREÇÃO	MUNDO INTERSUBJETIVO	ENUNCIADOS NORMATIVOS
VERACIDADE	MUNDO SUBJETIVO	ENUNCIADOS EXPRESSIVOS

* proposição feita por Gallupo³⁸

Através da seguinte proposta, temos o entendimento de Gallupo, a respeito dos mundos de vida propostos por Habermas, aos quais,

³⁶ ARAGÃO, Lucia Maria de Carvalho. Idem. p.53.

³⁷ HABERMAS. Jürgen. Ibidem. p. 51.

³⁸ GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e Diferença: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002. p.119.

[...]o mundo objetivo, que é compartilhado por todos os seres de existência natural e que é o mundo da ciência; o mundo intersubjetivo, compartilhado por todos os seres racionais e que é o mundo da moral e do direito; mundo subjetivo, que é absolutamente individual, de acesso privilegiado ao indivíduo, mundo este da arte e da expressão de sentimentos e emoções”.³⁹

Assim, pode-se estabelecer três ligações no mundo da vida e os atores, “ que se expressam pelo modo de linguagem usado através dos atos-de-fala e se traduzem nos três tipos de ação: a ação teleológica, a ação normativamente regulada e a ação dramática”⁴⁰. Seguindo a proposição da teoria habermasiana, Aragão diz que,

[...] se o modo de coordenação visa ao entrelaçamento de cálculos egocêntricos de utilidade, temos a ação teleológica; que pode torna-se ação estratégica, quando nesse cálculo entrar a antecipação de decisões por parte de, pelo menos, um ator. Se visa a um acordo socialmente integrante sobre os valores e normas, instituído através da tradição cultural e da socialização, temos a ação regulada normativamente. Se visa uma relação consensual entre atores e seu público, temos a ação dramática.⁴¹

O objetivo dos três tipos de ação é promover o entendimento entre os atores sociais, em uma instância interpretativa possibilitando a interação com o mundo, de tal forma a estabelecer a ação comunicativa, onde os participantes vão promover interações, possibilitadas pela comunicação buscando alcançar o entendimento, “que os participantes na comunicação chegam a um acordo a respeito

³⁹ GALUPPO, Marcelo Campos. Idem, p.118.

⁴⁰ ARAGÃO, Lucia Maria de Carvalho. **Razão comunicativa e teoria social crítica em Jürgen Habermas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p.53

⁴¹ ARAGÃO, Lucia Maria de Carvalho. **Razão comunicativa e teoria social crítica em Jürgen Habermas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p.53-54.

da validade de uma asserção: o acordo é o reconhecimento intersubjetivo da pretensão de validade que o falante ergue”.⁴² Os falantes e ouvintes utilizam a referência de um dos três mundos, para trabalhar situações comuns no sistema interpretativo. A ação comunicativa é uma possibilidade de questionamento aos agentes-atores sociais de sua dominação, ao qual,

[...] uma sociedade deve sua emancipação da instância da natureza exterior aos processos de trabalho: à produção de um saber tecnicamente aplicável (inclusive à transformação da ciência natural em maquinarias); a emancipação frente à coerção da natureza interna se processa quando as instituições detentoras do poder coercitivo são substituídas por organizações da interação social exclusivamente comprometidas com uma comunicação isenta de dominação.⁴³

A ação comunicativa, passa a ser um ideal a ser alcançado no nível social, ou seja, um padrão normativo, dentro da própria evolução social. Ela depende de conceitos básicos para sua melhor compreensão: esclarecimento, emancipação e mundo social. “Esclarecimento – reflexo da auto-experiência no decurso do processo de aprendizagem”⁴⁴; “Emancipação – tem a ver com a libertação em relação à parcialidade que pelo fato de não resultar da causalidade da natureza ou das limitações do próprio entendimento, deriva de uma certa forma, de nossa responsabilidade”⁴⁵; “Mundo social – constituído pelas normas que estabelecem quais as interações que em cada caso, pertencem à totalidade das relações interpessoais legítima e quais os atores para as quais vale semelhante conjunto de normas”.⁴⁶ Após a conceitualização dos elementos básicos, para

⁴² ARAGÃO, Lucia Maria de Carvalho. Idem, p.54.

⁴³ HABERMAS, Jürgen. **Conhecimento e interesse**. Rio de Janeiro, Zahar, 1982, traduzido do original Erkenntnis und Interesse, Frankfurt, Suhrkamp Verlag, 1973. p.68-69.

⁴⁴ HABERMAS, Jürgen. **Passado como Futuro**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1990. p.99.

⁴⁵ HABERMAS, Jürgen. Idem. P.99.

⁴⁶ GUIMARÃES, Junia. MARINHO JUNIOR, Inaldo Barbosa. **Socialização da informação: aportes da teoria da ação comunicativa**. Ci. Inf, Brasília, v.25 nº 3, 1996. p.468.

composição do conceito de ação comunicativa, ela só será possível na relação esclarecimento e emancipação, se “ambos são processos nas quais gente experimenta em si mesmo como se transforma, quando se aprende a se comportar racionalmente, sob ponto de vistas formais”⁴⁷. Através de formalidade é que será possível chegar ao mundo social composto por normas, que possibilitam a interação de cada processo. Mas para que a emancipação venha a ocorrer, será necessário, “um tipo especial de auto-experiência, porque nela os processos de auto-entendimento se entrecruzam com um ganho de autonomia”⁴⁸. Para ocorrerá terá que haver a ligação moral, com idéias éticas, ou seja: “Morais- saber o que é igualmente bom para todos. – idéias → Éticas – obter clareza sobre o que somos e o que gostaríamos de ser”.⁴⁹ Nesta relação evidenciasse a idéia de que estes processos são necessários, para entender o mundo social, desde que se tenha moral, relacionada com idéias éticas.

Desse modo, Habermas faz a troca do termo emancipação, aplicando a designação entendimento e agir comunicativo, “que se referem àquilo que acontece constantemente na prática do cotidiano”⁵⁰. De outra banda, Habermas coloca que: “Em nenhum caso é-nos permitido representar aos destinatários ou a própria sociedade como um sujeito em tamanho grande, cujos olhos precisam ser abertos pelo teórico; num processo de esclarecimento existem somente participantes”.⁵¹ Através disso, é possível socializar a informação, mas para que isso venha a ocorrer, a linguagem será o ator principal da Teoria da Ação Comunicativa, isto é,

[...] os indivíduos socializados, quando no seu dia-a-dia se comunicam entre si por meio da linguagem comum, não têm como evitar que se empregue essa linguagem também no sentido voltado ao entendimento. E, ao

⁴⁷ HABERMAS, Jürgen. *Ibidem*. P.99.

⁴⁸ GUIMARÃES, Junia. MARINHO JUNIOR, Inaldo Barbosa. *Idem*. p.468.

⁴⁹ GUIMARÃES, Junia. MARINHO JUNIOR, Inaldo Barbosa. *Op. cit.* P. 468.

⁵⁰ GUIMARÃES, Junia. MARINHO JUNIOR, Inaldo Barbosa. *Ibidem*, p.468.

⁵¹ HABERMAS, Jürgen. **Passado como Futuro**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1990. p.97.

fazer isso, eles precisam tomar como ponto de partida determinadas pressuposições pragmáticas, nas quais se faz valer algo parecido com uma razão comunicativa”.⁵²

A linguagem é o veículo da comunicação, pois é institucionalizada a sociedade, possibilitando a interação entre os indivíduos no seu dia-a-dia. Assim, pode se pensar em dizer o que é válido e verdadeiro, mas no futuro está pretensão poderá ser modificada, através de novas experiências e informações. Ao qual Habermas, assevera,

[...] não são, entretanto, novas tecnologias que demarcam o caminho do progresso de uma formação social nas etapas progressivas de reflexão; por seu intermédio se suprime o caráter dogmático de formas de dominação e de ideologias superadas, a pressão do quadro institucional é sublimada e o agir próprio à comunicação libera-se como (um) agir que promove a comunicação propriamente dita. Com isso, antecipa-se o objetivo de tal dinâmica, a saber: a organização da sociedade exclusivamente sobre a base de uma discussão livre de qualquer forma de dominação repressiva.⁵³

Então, o agir da comunicação, corresponde “ao interesse prático, há necessidade de se libertar da dominação social e política, se se quer realmente transformá-lo em uma ação comunicativa, isto é, numa interação racional motivada”.⁵⁴ Somente isso será possível, pela reflexão, com objetivo de estabelecer um entendimento mútuo. Em suma sua teoria pretende:

⁵² HABERMAS, Jürgen. **Passado como Futuro**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1990. p.98.

⁵³ HABERMAS, Jürgen. **Conhecimento e interesse**. Rio de Janeiro, Zahar, 1982, traduzido do original Erkenntnis und Interesse, Frankfurt, Suhrkamp Verlag, 1973. p.55.

⁵⁴ ARAGÃO, Lucia Maria de Carvalho. **Razão comunicativa e teoria social crítica em Jürgen Habermas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997. p.56.

[...] (a) reabilitar as interações originais da Teoria Crítica da década de 30, e; (b) substituir o modelo crítico da dominação através da relação de apropriação material do excedente da produção que origina as classes sociais, pelo modelo da crítica da cultura moderna ou da modernidade, uma vez que os conflitos fundamentais da sociedade contemporânea não se dão mais ao nível da estrutura econômica, mas foram deslocados para a esfera superestrutural. (c) Através dessa duas atitudes, de reabilitação e alteração simultâneas do modelo crítico, Habermas procurou estabelecer um diagnóstico das patologias sociais contemporâneas que fornecesse à ciência social um referencial de análise e crítica das formas de dominação objetivamente supérfluas.⁵⁵

A *Teoria da Ação Comunicativa* de Habermas vislumbra mostrar como a racionalização da comunicação é fundamental para o processo de racionalização da sociedade. Não por acaso, nessa obra se procede a uma detalhada análise das noções de ação social weberiana, acrescentando-lhe uma dimensão comunicacional que tem como objetivo atualizar as proposições frankfurtianas clássicas. Ao propor uma base comunicativa para as interações sociais, Habermas elabora uma explicação dinâmica das ações sociais, desligando-se da teoria original frankfurtiana, mas sem perder a perspectiva crítica da compreensão social.

Nesse sentido, a elaboração teórica de Habermas permite a estruturação de uma teoria social a partir de uma teoria de comunicação, mais do que isso, a partir de uma teoria da “ação comunicativa”, isto é, tomando o ato da fala não apenas como uma matriz geradora de ações, mas como a ação em si.

⁵⁵ ARAGÃO, Lucia Maria de Carvalho. p.57.

4. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Diante das considerações desenvolvidas no presente texto, observa-se a necessidade de um relacionamento entre as teorias da comunicação e da ação comunicativa com a teoria jurídica. Isso porque a informação possui um grande papel na sociedade, porém existe o grande problema referente à manipulação da informação ou o seu isolamento de conhecimento, que deve ser regulado no campo do direito.

Frente a esse paradoxo, mostrou-se necessário trazer à tona a íntima ligação com a teoria da ação comunicativa, que traz uma relação com o mundo da vida de Habermas, com as condições de possibilidades através da utilização da verdade, correção e veracidade.

Assim, em uma sociedade altamente complexa, é imprescindível repensar os processos comunicativos e as suas improbabilidades comunicacionais, estabelecidas pelo isolamento social ou até mesmo por sua falta de conhecimento. Nesse sentido, os ensinamentos dos autores trabalhados no texto, levam a um repensar sobre as suas teorias em uma análise crítica da realidade social.

5. REFERÊNCIAS DAS FONTES CITADAS

ARAGÃO, Lucia Maria de Carvalho. **Razão comunicativa e teoria social crítica em Jürgen Habermas**. 2ª ed. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro, 1997.

ARNAUD, André-Jean. **Introdução à análise sociológica dos sistemas jurídicos**. 2000.

GALUPPO, Marcelo Campos. **Igualdade e Diferença: Estado democrático de direito a partir do pensamento de Habermas**. Belo Horizonte: Mandamentos, 2002.

GARCIA AMADO, Juan Antonio. **La Filosofía del Derecho de Habermas y Luhmann**. Bogotá: Ed. Universidad Externado de Colombia. 1997.

GUIMARÃES, Junia. MARINHO JUNIOR, Inaldo Barbosa. **Socialização da informação: aportes da teoria da ação comunicativa**. Ci. Inf, Brasília, v.25 nº 3, 1996.

HABERMAS, Jürgen. **Passado como Futuro**. Rio de Janeiro: Tempo Brasileiro. 1990.

HABERMAS, Jürgen. **Teria de la acción comunicativa: complementos y estudios previos**. 3ª.ed. Madrid: Cátedra, 1997.

HABERMAS, Jürgen. **Conhecimento e interesse**. Rio de Janeiro, Zahar, 1982, traduzido do original Erkenntnis und Interesse, Frankfurt, Suhrkamp Verlag, 1973.

HABERMAS, Jürgen. **Ação comunicativa y razón sin transcendência**. Barcelona: Editorial Paidós. 2002.

HANSEN, João Henrique. **Como entender a saúde na comunicação?** São Paulo: Ed. PAULUS, 2004.

LUHMANN, Niklas; DE GIORGI, Raffaele. **Teoria de la Sociedad**. México: Ed. Universidad Guadalajara y Universidad Iberoamericana, 1993.

LUHMANN, Niklas. **A improbabilidade da comunicação**. Lisboa: Ed. Veja, 2001.

LUHMANN, Niklas. **Sociologia do direito I**. Tradução de Gustavo Bayer. - Rio de Janeiro: Edições Tempo Brasileiro, 1985.

MARCÉ PUIG, Francesc. **Conducta y comunicación: Una perspectiva sistémica**. Barcelona: PPU, 1990.

MARCONDES FILHO, Ciro. **O escavador de silêncios: formas de construir e desconstruir sentidos na comunicação: Nova teoria da comunicação II.** São Paulo: Paulus, 2004.

MCLUHAN, Marshall. **Os meios de comunicação: como extensões do homem** (understanding media) São Paulo: Ed. Cultrix. 2005.

OLIVEIRA JUNIOR, José Alcebiades. **Teoria Jurídica e Novos Direitos.** Rio de Janeiro: Editora Lumen Juris, 2000.

OST, François. **O Tempo do Direito.** Lisboa: Ed. Piaget. 2001.

ROCHA, Leonel Severo. **A construção do tempo pelo direito.** Anuário/2003. Programa de Pós-Graduação em Direito. Mestrado e Doutorado. São Leopoldo: 2003.

ROCHA, Leonel Severo. **Epistemologia Jurídica e Democracia.** 2.ed. São Leopoldo: Ed. UNISINOS, 2003.

TRIBUTACIÓN E INGRESOS BÁSICOS: CÓMO MINIMIZAR ALGUNOS EFECTOS DE LA PANDEMIA

Marciano Buffon¹

1. INTRODUCCIÓN

Vivimos tiempos inimaginables para nuestra generación. Como una especie de tsunami planetario, un virus nos conduce por caminos impensados, transformando el presente en algo sin precedente. Es cierto que, afortunadamente, no hemos tenido –hasta ahora– la nefasta experiencia de un conflicto armado y, vale siempre recordar, que “no hay nada peor que la guerra”, como decía Hemingway. Es por ello que esta pandemia es, seguramente, la peor experiencia que los que nacieron en este tiempo (en los países que no tuvieron guerras, al menos) comparten entre sí.

No obstante la natural angustia e inquietud, es fundamental mantener la racionalidad humanista y transformarla en una especie de motor propulsor para acciones, sea en el plano individual o colectivo. Optar por este camino implica establecer una escala valorativa de prioridades, en la que la vida humana ocupa la parte más alta de la cumbre. Preservar la existencia, principalmente de los más fragilizados, consiste en un imperativo humanista innegociable. Parafraseando al fallecido profesor Ovidio Baptista, ¿qué dirían los que ya se han ido si esta generación viera el padecimiento de los más vulnerables con la misma indiferencia de quien comenta el clima?

¹ Postdoc en Derecho por la Universidad de Sevilla - España. Doctor en Derecho por la Universidad do Vale do Rio dos Sinos - UNISINOS. Profesor del Programa de Postgrado en Derecho (Maestría/Doctorado) y de grado en la UNISINOS. Abogado en el área tributaria.

En el caso de que los argumentos de orden humanista no sean suficientes, conviene recordar, también, que no hay nada que destruya más la economía que apilar cadáveres como si fueran tan solo “daños colaterales”, citando aquí la infeliz expresión consagrada por los “halcones de Bush” durante la trágica Guerra de Irak. Estudios recientemente publicados sobre la Gripe Española, de un siglo atrás, muestran que ciudades y estados americanos que eligieron “la economía” en detrimento de las vidas fueron los más afectados económicamente por aquella pandemia.

O sea, en este primer momento, es deshumano y antieconómico (incluso) oponer vidas a la economía, incluso aunque esto se presente de una manera sutil y disfrazada de falso pragmatismo y aceptación de la realidad. Tampoco es posible que políticos discutan ciencia. Aquellos simplemente actuarán de acuerdo con esta, incluso porque –si llegan a ser inteligentes y a tener conocimiento histórico– recordarán que hay el precio que se paga por el negacionismo científico es altísimo y que democracia, como recordaba Asimov, no puede significar que “mi ignorancia es tan buena como su conocimiento”.

El presente trabajo se inserta en esta perspectiva. Busca analizar las posibilidades de adoptar políticas públicas aptas, en un momento inicial, para minimizar los efectos de la caótica situación social y económica, cuyo límite ya se está viviendo, sin que se consiga determinar el tamaño de su profundidad. Sin la pretensión de trazar una prescripción exhaustiva y suficiente, este estudio pone su mirada en la institución de un Programa de Ingresos Mínimos pensado para todos los que ya están (y otros tantos que pronto estarán) viviendo por debajo de la línea de la pobreza. Para tanto, algunos dogmas, considerados irrefutables, tendrán que ser superados, entre los cuales está la idea de austeridad, en los siguientes términos.

2. LA SUPERACIÓN DEL DOGMA DE LA AUSTERIDAD

Con la eclosión de la crisis fiscal del Estado de Bienestar, a mediados de los años 1970, la cuestión del déficit público comenzó a entenderse como la principal razón de las crisis económicas, que se volvieron más notables en las décadas de 1980 y 1990, principalmente en países que, paradójicamente, ni siquiera habían tenido, de hecho, éxito en la tarea de concretizar tal modelo de Estado.

Dando énfasis específico en este asunto, los organismos financieros –brazos visibles de las ideas neoliberales que fundamentaron el proceso de globalización– vendieron por el mundo la fórmula según la cual el Estado debería tener como principal meta la obtención de un superávit fiscal, incluso aunque esto significara reducir expresivamente las inversiones en el campo social. O sea, se difundió, con gran éxito, la idea de que el Estado debería gastar menos de lo que recaudara para que fuera posible, con ello, producir el superávit primario², así denominado por no computar los gastos necesarios para financiar la deuda pública.

Por un lado, este discurso fue sumamente seductor, teniendo en cuenta que existía –y todavía existe– una creciente desconfianza con respecto a la calidad del gasto estatal, especialmente por los aparentes desperdicios de dinero público, con la realización de obras faraónicas, como también debido a los escándalos de corrupción. Por otro lado, las inversiones públicas en políticas sociales también restaron fuertemente limitados, y los escasos recursos disponibles para atender las demandas sociales no fueron suficientes ante el advenimiento de los nuevos riesgos sociales. Por evidencia, esto colaboró significativamente para la ampliación de las desigualdades sociales y para que se fortaleciera el proceso de exclusión.

² Superávit primario es el resultado positivo de todos los ingresos y gastos del gobierno, excepto los gastos con el pago de intereses. El déficit primario ocurre cuando este resultado es negativo. Ambos constituyen el "resultado primario. Ver SENADO. Superávit primario. Disponible en:

<https://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/superavit>. Fecha de acceso: 20 de Mayo de 2020.

En otras palabras, este ingreso único, vendido como verdad incontestable a lo largo de los años 1990, colaboró enormemente para que economías más fragilizadas (América Latina como un todo) se volvieran aún más disfuncionales, ya que la consecuencia –que a esa altura debería ser previsible– fue la maximización de la desigualdad que ahora se observa en todo el continente y especialmente en Brasil.

En el contexto europeo de la postcrisis de 2008, Giannatiempo (2018, p. 51) explica que “la austeridad es una política de desinflación y rigor fiscal, repleta de evaluaciones morales; se inscribe en el cuadro ideológico del liberalismo y del neoliberalismo”, constituyéndose uno de los fundamentos de las políticas económicas de la Unión Europea. Relativamente a su país, concluye que “más que en el resto de Europa, los tomadores de decisión italianos implementaron estas medidas, justificándolas en el proceso de integración comunitaria.” (GIANNATIEMPO, 2018, p. 54).

Como jocosamente explica Mark Blyth (2014, p. 2), “la austeridad es la penitencia –el dolor virtuoso que llega después de la fiesta inmoral–, pero no será una dieta de dolor que todos compartiremos”. Esto resalta el carácter regresivamente selectivo del proceso, pues, como él afirma, “pocos de nosotros han sido invitados a la fiesta, pero piden que todos paguemos la cuenta”. En otras palabras, finaliza el autor, “cuando dicen que todos tenemos de ajustar el cinto, soy el primero en estar de acuerdo, siempre que todos usemos los mismos pantalones”. “Lo que me enoja”, continúa, “es la injusticia del corte. Cuando esto ocurre en una democracia, es desestabilizador. Porque debería ser un campo de juego nivelado”. (BLYTH, 2014).

Además, esta lucha intransigente contra el déficit público se revela ineficaz, justamente debido a las altas tasas de intereses, por las que el Estado remunera a los inversionistas en títulos públicos, cuyos recursos sirven para financiar el denominado desplazamiento de la deuda estatal (especialmente en Brasil durante las tres últimas décadas).

Hay que reconocer, por lo tanto, que un componente que agravó el proceso de exclusión social fue la deliberada opción de luchar contra el déficit público en detrimento de inversiones que

podrían minimizar los efectos causados por los nuevos riesgos sociales, muchos de ellos oriundos del modelo de globalización que se consolidó, exclusivamente, en el aspecto económico. Como critica Lara Resende, gastar solamente lo recaudado se trata de una verdadera “obsesión, que aparece como algo derivado de posición técnico-científica”, cuando, de hecho, no es más que una “posición ideológica de restricción del Estado”. Segundo él, “esta desmoralización del Estado fue la que llevó [a la sociedad] a un malestar con la democracia representativa.” (RESENDE, 2020).

En el caso específico de Brasil, aunque se notara una mejora en los históricos niveles de desigualdad social en la primera década y media de este siglo, la obsesión por la generación de un superávit primario, combinada con la lucha contra una inflación –que ya no tenía las mismas características del proceso inercial de los años 1980 y la primera mitad de la década de 1990– se transformó en un obstáculo de dos caras para que la reducción de la desigualdad no alcanzara números más expresivos y mayor solidez, revirtiéndose en el proceso de su ampliación que ahora se vive, que coloca a Brasil en la disputa por el primer lugar entre los países más desiguales en la distribución de los ingresos.

3. EL “EFECTO BOOMERANG” DE POLÍTICAS DE REDUCCIÓN DE PROTECCIÓN SOCIAL Y DE INGRESOS

Una vez que, a partir de 2013, Brasil dejó de calcular el tan anhelado superávit fiscal, las políticas públicas que dedicadas a garantizar los derechos fundamentales sociales fueron enfriándose, lo que puede constatar, incluso, por la inversión de la curva del Coeficiente de Gini, ya a partir del mismo año, cuando Brasil comienza a vivir un período de rápida recuperación de la “desigualdad perdida”. (IBGE, 2016).

Para agravar el cuadro, en 2016, fueron aprobadas dos Enmiendas Constitucionales que agudizan la ya escuálida protección social. En un primer momento, se amplió el mecanismo de la Desvinculación de los Ingresos de la Unión - DRU, del veinte al treinta por ciento

del Presupuesto de la Seguridad Social, lo que, en términos prácticos, genera la supresión de casi un tercio de los valores constitucionalmente asegurados para financiar políticas públicas sociales (Enmienda Constitucional nº 93/2016). Después, la Enmienda Constitucional nº 95/2016 ajustó el gasto público primario (excluyendo los intereses nominales) para los veinte años subsecuentes, a los mismos niveles de 2016, actualizados tan solo por la inflación (IPCA).

Como si tales medidas no fueran suficientes, una verdadera acción concatenada de empobrecimiento de la dicha clase media y la miserabilización de los ya empobrecidos continuó en un ritmo acelerado, bajo el fundamento que defendía que el Estado debería ser reducido (por ser corrupto e ineficiente en su esencia). Con un amplio apoyo de los medios, estos cambios radicales fueron “vendidos” como salvadores de empleos y garantizadores de una futura jubilación. De tal forma fueron implementados –con bajo nivel de rechazo– y aprobados, incluso, por una parte expresiva de sus víctimas más notables, algo que se aproxima a una especie de “Síndrome de Estocolmo”³ de carácter político y económico.

Durante este proceso, la Reforma Laboral perpetrada todavía en 2017 (Ley 13.467/17), como también la más reciente Reforma Previsional (EC 103/19) ocupan un papel importante. Ambas producen una combinación de factores que, por un lado, reducen la protección social y, por otro, achatan los ingresos de la clase media y baja trabajadora, empujando a la informalidad al mayor contingente ya colocado en esta condición en Brasil (en un espacio tan corto de tiempo), algo que, paradójicamente, reduce la recaudación de aportes jubilatorios.

Como relata Dowbor, el desempleo había llegado a un porcentaje muy reducido tras la primer década del Siglo XXI (un 5 %,

³ Síndrome de Estocolmo es un término generalmente empleado para designar un estado psicológico en el que la víctima de una agresión desarrolla simpatía por su agresor. Es el caso del oprimido que se identifica emocionalmente con su opresor. Del abusado que defiende a su abusador. O del rehén que comienza a sentir compasión por su secuestrador. Ver SÍNDROME de Estocolmo, significado, origen e ejemplos. In: HIPERCULTURA. Disponible en: <https://www.hipercultura.com/sindrome-de-estocolmo-significado-origen-exemplos/>. Fecha de acceso: 06 de mayo de 2020.

aproximadamente) y subió vertiginosamente “a más del 12 % después que los banqueros asumieron”. Sucede que esto no explica completamente el drama que se vive ahora, pues “además de los 13 millones de desempleados, tenemos 40 millones de personas en el sector informal, donde los ingresos aproximados son mitad de lo que asegura el empleo formal”. De esta manera, “sumando el desempleo y la informalidad, hay 53 millones de personas en situaciones precarias, para una fuerza de trabajo de 105 millones, prácticamente la mitad”. (DOWBOR, 2020).

Lo que sucede es que “políticas de empobrecimiento” provocan algo que podría denominarse “efecto boomerang”: en un primer momento, provocan una mejora en las cuentas públicas y el aumento de la productividad en el sector privado, pero con el tiempo, se vuelven contra aquellos que efímeramente fueron beneficiados. Por parte del Estado, esto se verifica porque, al adoptar acciones pensadas para el empobrecimiento de la población (sean cuáles fueran los pretensos efectos benéficos que las justifiquen), los eventuales beneficios que surjan a causa de la reducción del gasto social se pierden en un espacio de tiempo mucho más corto de lo que sus arraigados defensores siquiera imaginaban, ya que al acelerar la miserabilidad se coloca a un contingente expresivo de la población frente a las dos indeseables alternativas: mendicidad o marginalidad. Por más que acciones altruistas de la población (caridad privada) tengan un efecto meritorio, serán insuficientes para evitar las severas consecuencias de un proceso de esta naturaleza.

De parte de la iniciativa privada, los eventuales aumentos de productividad y rentabilidad, causados por la reducción de la presión salarial, tienen un plazo de validez igualmente muy corto, pues tienden, naturalmente, a desaparecer frente a un cuadro recesivo y de reducción del consumo, debido a la compresión de los ingresos de aquellos que justamente podrían consumir los bienes y servicios producidos. La ilusión del empresario individualista reside en imaginar que la desvalorización de los ingresos laborales impuesta a sus trabajadores no repercutirá negativamente en el consumo de bienes o servicios que produce; olvidándose de que una amplia, general e irrestricta precarización

de derechos del trabajo y la informalidad de las actividades laborales, cuando se las adopta como políticas de Estado, colaboran para que los más diversos sectores las impongan indistintamente, reduciendo el poder de compra de todos los que ahora se denominan “colaboradores”.

El emprendimiento por necesidad, ampliamente difundido y propagado como un futuro de libertad para trabajadores, en una economía disruptiva, se ha revelado tan solo como una nueva forma de esclavitud moderna, en la que el trabajador piensa ser libre para ejercer sus actividades, cuando, en realidad, nunca estuvo tan sometido a los nocivos efectos del trabajo ilimitado e inductor de los más diversos males. La contrapartida: ingresos cada vez menores e insuficientes como para suplir sus necesidades más básicas.

Los beneficiarios iniciales se transforman, también, en víctimas de este proceso, justamente porque no tomaron en serio el aviso de que la desigualdad de ingresos –obviamente con la prevalencia de la escala inferior– conduce a la disfuncionalidad económica, como también al aumento de rentabilidad de los negocios, fundado en una severa reducción de los ingresos globales de los trabajadores (“por acaso” también consumidores en un mercado dedicado fuertemente al consumo interno), produce una, casi inevitable, reducción de la actividad productiva (con excepción del “capítulo aparte” de las *commodities*), que puede llevar a una recesión económica.

Considerando todo esto, aquellas ganancias se derriten rápidamente, pues son sucedidas por una reducción de facturación que rápidamente las consumirá, llevando, incluso, a una insolvencia en larga escala. Dicho de otra forma, quien produce mercaderías destinadas al mercado consumidor interno necesita, sencillamente, ciudadanos que tengan ingresos suficientes como para adquirir tales mercaderías; de lo contrario, la reducción en la escala de producción y, como consecuencia, de ingresos absorberá inapelablemente las efímeras ganancias fruto de la reducción de la presión salarial.

Es necesario entender que tanto la preservación de los ingresos del trabajo como la garantía de una protección social mínima no

son solamente elementos que sirven de adorno a la Constitución, pues trascienden la “mera” condición de norma jurídica (si es posible referirse así a derechos fundamentales), para asumir el papel de instrumentos que preservan el propio capitalismo, considerando que ejercen la función de enfriar la natural tensión social producida, históricamente, dentro de tal modo de producción. Cuando ingresos y protección social son desvalorizados, se asume el riesgo de crear las condiciones que colocan en jeque el *status quo* de los propios detentores de los medios de producción (en lenguaje marxista), principalmente en países que no han tenido éxito en construir una sociedad como aquella utópicamente pretendida por el art. 3º de la Constitución Brasileña.

Podría decirse, incluso, que la antigua retórica acerca de la razón para la existencia del Estado -promover el bien común- está positivada en el referido dispositivo constitucional y la concretización de los derechos fundamentales, enumerados en los artículos 5º, 6º y 7º, no es más que un medio para lograr tal fin. En otras palabras, cuando políticas de empobrecimiento son adoptadas, aunque lo sean mediante una Enmienda Constitucional, se viola directamente o rol pético de la norma que constituye el Estado brasileño. Obviamente, como deben saber los estudiantes de los semestres iniciales de cualquier facultad de derecho, los derechos fundamentales no podrían siquiera ser objeto de una propuesta que tiende a abolirlos o a mezquinarlos (art. 6º, §4º).

No obstante, si el argumento de que se opone a la Constitución encuentra oídos sordos entre aquellos que se auto titulan oráculos de una supuesta ciencia, estos ya deberían haber aprendido con la historia (VEYNE, 2004, p.7)⁴, que no existen ejemplos de economías que se desarrollaron, ni sociedades que alcanzaron una relativa paz social, cuando una porción expresiva de la población es excluida de la posibilidad de consumir bienes y servicios más

⁴ Cuando se habla de la historia, sin embargo, siempre existe el riesgo de que el análisis sea un tanto reduccionista, pues el peligro de la historia es que parece fácil, pero no lo es, como ya alertaba VEYNE, Paul. In: GOMES CANOTILHO, José Joaquim. Estudos Sobre Direitos Fundamentais. Coimbra: Ed. Coimbra, 2004. p. 7.

allá de aquellos que suplen sus necesidades básicas y, mucho menos, cuando siquiera estas consiguen ser atendidas.

Con las debidas disculpas a los lectores por la repetición, sociedades desiguales son causas y consecuencias de economías disfuncionales y potencializan conflictos y tensiones sociales, que, en un extremo, pueden conducir al caos económico y social. Esto, pues, es lo que ha sido denominado antes de efecto boomerang, que afecta a aquellos que, en un primer momento, se han beneficiado con tales medidas y serán víctimas de sí (como si fuera posible ejercer el papel de un auto verdugo).

Es cierto que, por la amplitud de un trabajo como este, no es posible examinar, más detenidamente, los efectos de adoptar, entre otras, las medidas antes referidas. Lo que interesa, para fines de un necesario recorte, es examinar si, frente al cuadro instaurado a partir de la pandemia, es posible pensar en mantener o profundizar tales medidas o si será necesario dar un giro radical en el sentido opuesto. La respuesta parece obvia para cualquier lector de la realidad que vivimos, razón por la que se asume aquí la defensa de adoptar una medida que parece ser la más dramáticamente inmediata -implementar un Programa de Ingresos Básicos- como más adelante será expuesto. Antes, se examina, de forma general, los actuales y futuros efectos del cuadro que se vive actualmente.

4. LA PANDEMIA Y ALGUNOS MEDIOS PARA EVITAR SUS DRAMÁTICOS EFECTOS SOCIALES

Existe un relativo acuerdo general de que la pandemia que ahora vivimos tendrá consecuencias sociales que, en la actualidad, aún no es posible definir las con precisión, incluso aunque nadie -mínimamente informado y no afectado por alguna paranoia negacionista- consiga sustentar que la magnitud de sus efectos adversos pueda ser ignorada.

Como denuncian Bombardi y Nepomuceno, “será muy positivo si esta pandemia pudiera lograr que viéramos nuestras llagas que preceden la propia pandemia”, pues ahora están más “evidentes, igritan!”. Más allá de las tenebrosas fosas comunes que están siendo abiertas en los cementerios, con “la pandemia vemos claramente *quiénes* mueren más. Con la pandemia ya no es posible fingir que no vemos la desigualdad”, pues, junto con las asimetrías, estas “emergen” y permiten constatar que, “mundialmente, los países más vulnerables son los más pobres”. En el contexto brasileño, afirman los autores, “las desigualdades regionales afloran: la región Nordeste, proporcionalmente, es la que más padece”, junto con el Norte. Sin adornos, “las desigualdades raciales, de género y económicas se vuelven evidentes en el ‘número’ de los que mueren más”. (BOMBARDI; NEPOMUCENO, 2020).

Tomando esto en cuenta, un estudio del insospechado Fondo Monetario Internacional defiende la adopción de “políticas fiscales, monetarias y financieras de gran envergadura y bien orientadas”. Esto puede darse “en la forma de garantías de crédito, líneas de liquidez, flexibilización de los plazos de los préstamos, ampliación del seguro desempleo, refuerzo de los beneficios y exoneraciones fiscales (que han sido la salvación de familias y empresas)”. El estudio proyecta una caída en el PIB superior a cinco puntos porcentuales en Brasil y un promedio de tres puntos porcentuales en el mundo. (GOPINATH, 2020).

En una línea tangente, Dowbor afirma que “Brasil ya sufre desde hace tiempo con una inmensa subutilización de su fuerza laboral, y, para las decenas de millones de personas que literalmente ‘se las arreglan’ para sobrevivir, cuando se añade el choque económico del virus, la situación se vuelve dramática”. (DOWBOR, 2020). Tal como también proyecta la Cepal, esta caída en la economía alcanzará un porcentual que excede los cinco puntos (y todo indica que será mayor aún), lo que colabora enormemente para agravar el

cuadro de la desigualdad y de la pobreza extrema, con todas las consecuencias que esto cause. (CEPAL, 2020).

En este estudio publicado recientemente, el “brazo” de la ONU para América Latina (Cepal) explica que a medida que la pandemia avanza en la región –refiriéndose a todo el continente–, su caracterización como crisis de salud, económica y social es cada vez más evidente, y la dimensión y duración de sus efectos, aunque difíciles de cuantificar debido a la incertidumbre, están comenzando a notarse claramente. Conforme concluye el estudio, la pandemia causará la mayor crisis económica y social de la región en décadas, con efectos muy negativos sobre el empleo, la lucha contra la pobreza y la reducción de la desigualdad. (CEPAL, 2020).

Como no podría dejar de ser, la propia ONU respalda este entendimiento acerca de la gravedad de la situación y reconoce que “la diseminación de la COVID-19 abaló fundamentalmente las economías, y la gente está comenzando a cuestionar los modelos económicos existentes”. Una vez que la pandemia está elevando “los niveles existentes de injusticia y desigualdad en todo el mundo”, la representante de la ONU sustenta que “son necesarias ideas más audaces, incluyendo algunas que antes eran dejadas de lado”, como la institución de ingresos mínimos a favor de los más afectados. (WIGNARAJA, 2020).

Hasta economistas de arraigada tradición liberal vienen reconociendo que, al menos frente al escenario actual, se debe exigir del Estado una postura activa, especialmente en el sentido de proteger a los más fragilizados, ya que se corre el riesgo de una crisis humanitaria hasta más grave y duradera que la pandemia. Entre otros, Lara Resende recuerda que “la teoría económica tiene un papel fundamental en la concepción anti-Estado, porque tiene una orientación ideológica muy marcada por detrás, implícita en políticas monetarias y fiscales según las cuales el Banco Central debe

emitir lo mínimo posible [de moneda] y el presupuesto debe estar siempre equilibrado”. (RESENDE, 2020).

Considerando esto, el referido autor sustenta que es imprescindible, en este momento, una expansión de la inversión pública y critica lo que denominó “restricción dogmática de las cuentas públicas y complacencia de los gobernantes con la parálisis del Estado”, que se resume en la idea, según la cual, “no se puede hacer nada, en la espera de que la inversión externa cree un nuevo milagro brasileño.” (RESENDE, 2020). Como remata el autor en otra oportunidad, “hasta los más empedernidos defensores del equilibrio fiscal –y en el Brasil de hoy son ellos los que dan las cartas– reconocen que frente a la crisis es necesario que el Estado gaste para evitar una verdadera catástrofe humanitaria”. (RESENDE, 2020).⁵

Aunque signataria de la misma tradición, Monica de Bolle también defiende la institución de un programa de ingresos básicos universal y sustenta que “sin el cuidado de las personas, no existe economía que resista al choque inédito del que somos testigos”, recordando que, “como ya argumentaba Thomas Paine, en el siglo XVIII, no existe libertad plena sin derechos fundamentales” y, aduce al final la economista que, para concretizarlos, “un humanista no puede dejar de defender que el Estado cumpla sus papeles fundamentales”. (DE BOLLE, 2020).

En fin, es obvio que sin la debida profundización, se parte de la presuposición que frente a la gravedad del actual cuadro, el Estado Brasileño no puede omitirse en la adopción de un plexo

⁵ Lo que sucede es que, en el campo estrictamente político e ideológico no se ignora el tamaño del desafío, pues, como explica Fernanda Frizzo Bragato, en el actual gobierno, dividido en diferente núcleos, a veces contradictorios entre sí, la política económica, a cargo del Ministro Paulo Guedes, se sitúa en el núcleo neoliberal. El modelo neoliberal o monetarista, en el que se inspira el gobierno de Jair Bolsonaro, no intenta solo de rechazar los modelos comunistas o socialistas, sino también el Estado-provisión de inspiración keynesiana de la posguerra, y que a partir de los años, comenzó a suplantarse en muchos lugares del mundo. Ver BRAGATO, Fernanda Frizzo. Direito à vida e responsabilidade. IHU. 28 de abril de 2020. Disponible en: <http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/598405-direito-a-vida-e-responsabilidade-dos-estados-no-contexto-da-pandemia-de-covid-19>. Fecha de acceso: 15 de mayo de 2020.

estructurado de medidas que minimicen sus efectos, especialmente pensadas para proteger el sector productivo de la economía, de los trabajadores en general y de aquellos que no tienen más ingresos –y que difícilmente los tendrán– para proveer su propio sustento. Con ellos, específicamente, el texto se ocupa a partir de ahora.

5. EL PROGRAMA DE INGRESOS MÍNIMOS Y LA NEUTRALIZACIÓN DE SUS EFECTOS TRIBUTARIOS

Como afirmo en la introducción, la prioridad inmediata es preservar vidas, lo que puede implicar, incluso, una necesidad de aislamiento social, en mayor o menor grado, dependiendo de cuánto se propague la contaminación y de la estructura de salud en el local, pues el crecimiento exponencial de los infectados es inversamente proporcional a la convivencia social y aglomeraciones. Innegablemente, sin embargo, con las restricciones a las actividades económicas, algunas severas en locales de mayor diseminación, será necesario que el Estado brasileño asegure lo básico para que las personas puedan sobrevivir al “momento”, cuyo fin todavía no es posible precisar.

Pero el alerta más contundente viene de Miguel Barreto, Director Regional para América Latina y Caribe del Programa Mundial de Alimentos (PMA) de la ONU, haciendo referencia al Informe Global de Crisis Alimentaria 2019, que identifica, cada año, países que se encuentran en una situación más crítica. Según el informe, en 2019, 135 millones de personas, en 55 países, “sufrían de hambre moderada (cuando se vende los últimos bienes para comprar comida), o aguda, cuando no tienen más acceso al alimento”. Con el impacto de la pandemia, “la estimativa es que pasen a ser 265 millones las personas en crisis alimentaria”, lo que el director del PMA clasificó como “hambre de proporciones bíblicas”. De acuerdo con su clasificación, “el impacto real es que, si no atendemos rápidamente a esas poblaciones, es muy probablemente que también

tengamos poblaciones que morirán de hambre”. (BARRETO, 2020).

Considerando lo expuesto, Miguel Barreto defiende que, entre otros, es fundamental que los Estados, “aumenten el gasto social, por medio de sus redes de protección social, particularmente en las transferencias de ingresos, especialmente para personas en extrema pobreza”, sin descuidar también a aquellos que “todavía” se encuentran solo en la línea de la pobreza. (BARRETO, 2020)

Para tanto, Kanni Wignaraja, representante del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo - PNUD, de la propia ONU, alerta que “si no llega a haber un piso mínimo de ingresos al que se pueda recurrir cuando sucede este tipo de choque macizo, las personas literalmente no tienen opción”. Teniendo esto en cuenta, vaticina que “sin los medios para sustentarse, es mucho más probable que sucumban ante el hambre u otras enfermedades, mucho antes de que la COVID-19 llegue hasta ellas”. (WIGNARAJA, 2020).

Antes de la pandemia, entre otros autores en el plano internacional, Piketty sustentaba, en su más reciente obra, que es esencial universalizar el acceso a ingresos básicos a todas las personas con salarios o ingresos muy bajos provenientes del trabajo, de una forma lo más pragmática posible, o sea, mediante un pago automático de ingresos básicos en el nombre de las personas necesitadas, sin necesidad de que lo soliciten, tal como ocurre con la retención del impuesto a las ganancias. (PIKETTY, 2019, p. 1187).

Si esto es significativo para otros países, no hay como negligenciar su importancia con respecto a Brasil. La efectuación de un programa de ingresos básicos que pueda atender a aquellos que ya están viviendo por debajo de la línea de la pobreza (números de 2017 ya indicaban 55 millones), como también aquellos que serán empujados a este abismo, se trata de algo que se impone indiscutiblemente. Los efectos económicos y sociales que se sentirán por

algunos años, en Brasil especialmente, serán dramáticos y pueden volverse socialmente caóticos y potencialmente conflictivos.

No se ignora, pues, que algo de esta naturaleza existe en Brasil desde hace casi dos décadas (Programa Bolsa Familia). Sin embargo, tampoco debemos olvidar que, no obstante los significativos efectos en la lucha contra la pobreza extrema, se trata de una política pública con notables limitaciones, tanto en el campo de su alcance, como -de una forma más significativa- del montante de ingresos efectivamente transferidos.

Es cierto que la implementación de un programa de ingresos mínimos y universales (la lucha de toda la vida del ex-Senador Eduardo Suplicy) para aquellos que viven por debajo de la línea de la pobreza no tiene la virtud de neutralizar los efectos de una crisis tan grande. Podrá, sin embargo, servir como una especie de “dique de contención” para el caos social que se avecina, para la miserabilidad, que ya humilla a quien en ella vive y hiere los ojos de aquellos que no perdieron la capacidad de sensibilizarse, con todo tipo de degradación de la vida en la sociedad brasileña. Es por ello que, para el PNUD, antes referido, “es tan esencial reanudar la conversación sobre ingresos básicos universales y transformarlos en parte central de los paquetes de estímulo fiscal que los países están planeando”. (WIGNARAJA, 2020).

Una vez más, si argumentos de orden humanitaria son poco convincentes, basta dejar que la racionalidad económica -capitalista- pueda ser oída y “descubierta” en el sentido del conocimiento, como enseñaba Heidegger. El gasto público con un programa de ingresos básicos tiene la concreta posibilidad de ser fuertemente revertido en beneficio de aquellos que históricamente negaban su legitimidad. Como fue posible constatar en el pasado reciente, el crecimiento económico vivido por Brasil, en más de una década recientemente, se debió fuertemente a la garantía de (muy) mínimos ingresos para aquellos que vivían en la extrema pobreza (Bolsa

Familia) aliada a una creciente expansión de la remuneración resultante del trabajo (especialmente el salario mínimo).

Es necesario tener presente, sin embargo, que por más paradójico que parezca, para cada real gastado con un programa de ingresos básicos, más del cuarenta por ciento se revierte en favor de las propias cuentas públicas. Esto sucede porque, muy probablemente, los ingresos transferidos para la parte de la población que vive por debajo de la línea de la pobreza serán utilizados, casi en su totalidad, para adquirir insumos y alimentos de primera necesidad. Sucede que, sobre tales ítems (y sobre el consumo en general) incide una pesada carga fiscal que hace que los menores ingresos -de un forma imperceptible e indolora- sean significativamente comprometidos con el costo de los tributos indirectos (ICMS, IPI, PIS, COFINS, CIDE, ISSQN, etc.), que inciden regresivamente sobre productos esenciales para la supervivencia del ciudadano.

Teniendo esto en cuenta, concomitantemente a la institución de un programa de ingresos mínimos, es imprescindible que se lleve a cabo una reforma tributaria estructural que puede, mínimamente, corregir lo que viene siendo denunciado hace tanto tiempo: el efecto regresivo de la carga fiscal. En Brasil, la tributación constituye una verdadera forma de “redistribuir ingresos de forma inversa”, especialmente mediante la indiscriminada -y pesada- incidencia sobre el consumo (regresiva, por lo tanto) y, por otro lado, por el débil gravamen del patrimonio y de la renta (principalmente aquella provenientes del capital). (DE BOLLE, 2020). Sin esto, los efectos de cualquier programa de este tipo serán parcialmente neutralizados por el propio ente instituidor que, si por un lado, transferiría ingresos (en valores que difícilmente serían sustanciales en Brasil), por otro, imperceptiblemente retiraría casi la mitad de estos ingresos con la tributación indirecta.

Para superar esto, basta exonerar total una gama de productos esenciales, que son notablemente consumidos por la parte de la

población con menor poder adquisitivo o, de una forma tal vez más eficaz, crear un programa de restitución de tributos indirectos pagos en la adquisición de géneros de primera necesidad, para beneficiar justamente a aquellos que serán alcanzados por el Programa de Ingresos Básicos.

6. CONSIDERACIONES FINALES

Todo indica que será un período largo, o mucho mayor que nuestra inquietud y angustia. El costo para las finanzas públicas no tendrá precedentes. Muchos negocios no podrán solventarse. Una parte expresiva de la población quedará sin ingresos, sea aquellos provenientes del empleo o de la informalidad.

Considerando esto, no existe, en este momento, ningún espacio para el mantra de la austeridad pública, incluso porque, en países como Brasil, siempre ha sido regresivamente selectiva. Más que nunca, el Estado deberá ejercer su papel de protagonista y protector, principalmente de aquellos que más lo necesitan. Políticos y economistas vinculados a concepciones radicalmente liberales no tienen condiciones de seguir adelante en esta jornada, simplemente porque necesitan hacer todo al contrario de lo que siempre pensaron que era correcto y, obviamente, ni siquiera saben cómo obrar, concatenadamente, frente a tal cuadro.

Durante y después de la mayor lucha trabada por esta generación, será necesario reconstruir la idea de Estado, que nunca se confundió con “gobiernos de turno”. Como inspiración histórica, podemos recordar el *New Deal*, conducido por Roosevelt en los Estados Unidos de la poscrisis de 29 o incluso del propio Plan Marshall, implementado en la Europa de la posguerra. Lógicamente, las concepciones Keynesianas que iluminaron tales planes necesitan ser

debidamente actualizadas para el multifacético y globalizado Siglo XXI.

Para tanto, será necesario romper con dogmas vendidos como verdades incontestables por el “liberalismo al estilo brasileño”, notablemente romper con acciones gubernamentales que se dedicaron, de acuerdo con una perspectiva, a reducir la protección social y los ingresos de los trabajadores y, de acuerdo con otra, a concretizar una especie de “austeridad selectiva”, en la que el gasto público estuvo prioritariamente orientado a atender los intereses del sector financiero, en detrimento del sector productivo de la economía.

Entre las medidas más urgentes y fundamentales, está la creación de un Programa de Ingresos Básicos para todos aquellos que ya no consiguen y que, sin duda, no conseguirán proveer para su propio sustento a corto y mediano plazo (eran más de 55 millones antes de la pandemia que vivían por debajo de la línea de la pobreza definida por la ONU: 5 dólares por día). Una vez más, si no se lo hace por razones humanitarias, que se lo haga tan solo por razones económicas, puesto que es conocido el potencial de retorno que cada real tiene cuando se lo destina a personas de bajos ingresos, siendo imprescindible, no obstante, neutralizar los efectos de la tributación indirecta sobre el consumo que incide sobre los productos esenciales.

En fin, es necesario alertar que mantener el recetario que hasta aquí fue prescrito y adoptado como único posible, implica asumir riesgos desconocidos y tan inimaginables como esta desastrosa pandemia. Es urgente un giro radical en los rumbos sociales y económicos, pues se avecinan posibilidades peores que el maldito COVID-19. Basta examinar el pasado y recordar, en todo momento, la frase de Ernest Hemingway...

7. REFERENCIAS

- BAPTISTA DA SILVA, Ovídio A. Processo e ideologia: o paradigma racionalista. Rio de Janeiro: Forense, 2004.
- BARRETO, Miguel. “Sem ação, populações morrerão de fome, não só de coronavírus” [Entrevista cedida a] Folha de São Paulo. São Paulo, 09 de mayo de 2020. Disponible en: <https://www1.folha.uol.com.br/mundo/2020/05/sem-acao-populacoes-morrerao-de-fome-nao-so-de-coronavirus-diz-diretor-de-programa-da-onu.shtml>. Fecha de acceso: 20 de mayo de 2020.
- BLYTH, Mark. Austeridade: a História de Uma Ideia Perigosa. Lisboa. Quetzal Editores. 2014.
- BOMBARDI, Larissa Mies e NEPOMUCENO, Pablo Luiz Maia, Covid-19, desigualdade social e tragédia no Brasil.in <https://diplomatique.org.br/covid-19-desigualdade-social-e-tragedia-no-brasil/>. Fecha de acceso: 11/05/2020.
- BRAGATO, Fernanda Frizzo. Direito à vida e responsabilidade. IHU. 28 de abril de 2020. Disponible en:<http://www.ihu.unisinos.br/78-noticias/598405-direito-a-vida-e-responsabilidade-dos-estados-no-contexto-da-pandemia-de-covid-19>. Fecha de acceso: 15 de mayo de 2020.
- COMISSION ECONOMICA PARA LATINOAMERICA Y EL CARIBE (CEPAL). Dimensionar los efectos del COVID-19 para pensar en la reactivación. Abr. 2020. 21 p. Disponible en: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/45445-dimensionar-efectos-covid-19-pensar-la-reactivacion>. Fecha de acceso: 11 de mayo de 2020.
- DE BOLLE, Monica. A agenda da cidadania. In: Cidadania 23. Brasília, 18 de mayo de 2020. Disponible en: <https://cidadania23.org.br/2020/05/13/monica-de-bolle-a-agenda-da-cidadania/>. Fecha de acceso: 18 de mayo de 2020.
- DOWBOR. Ladislau. O capitalismo se desloca: novas arquiteturas sociais. São Paulo: Edições SESC, 01 de mayo de 2020. Disponible en: <http://dowbor.org/2020/05/1-dowbor-o-capitalismo-se-desloca-edicoes-sesc-divulgacao-01-05-2020.html/>. Fecha de acceso: 15 mayo. 2020.

FUNDACIÓN INSTITUTO BRASILEÑO DE GEOGRAFÍA Y ESTADÍSTICA - IBGE

PNAD 2015: rendimentos têm queda e desigualdade mantém trajetória de redução. Disponible en:

https://censo2010.ibge.gov.br/noticias-censo.html?busca=1&id=1&id_noticia=3312&t=pnad-2015-rendimentos-tem-queda-desigualdade-mantem-trajetoria-reducao&view=noticia. Fecha de acceso: 20 de mayo de 2020.

GIANNATIEMPO, Marco. La narrazione dell'austerità. In: Democrazia e Diritto. Nº 3/2017. Finito di stampare nel luglio 2018. Roma: Ed. FrancoAngeli, 2018.

GOPINATH, Gina. O Grande **Lockdown**: a mais grave retração da economia desde a Grande Depressão, 2020. Disponible en:

<https://www.imf.org/pt/News/Articles/2020/04/14/blog-weo-the-great-lockdown-worst-economic-downturn-since-the-great-depression>. Fecha de acceso en: 18 de mayo de 2020.

HEMINGWAY, Ernest. Adeus às armas. Trad. Monteiro Lobato. São Paulo: Bertrand Brasil. 2013.

VEYNE, Paul. In: GOMES CANOTILHO, José Joaquim. Estudos Sobre Direitos Fundamentais. Coimbra: Ed. Coimbra, 2004.

PIKETTY, Thomas. Capital e ideología. Trad. Daniel Fuentes. Ediciones Deusto. Barcelona, 2019, p. 1187

RESENDE, André Lara. "Posição ideológica que restringe gasto público". In: Valor Econômico, Rio de Janeiro, 29 de abril de 2020.

Disponible en: <https://valor.globo.com/brasil/noticia/2020/04/29/andre-lara-resende-critica-posicao-ideologica-que-restringe-o-gasto-publico.ghtml>. Fecha de acceso: 07 de mayo de 2020.

RESENDE, André Lara. "Quem vai pagar essa conta?" In: Fundação Astrojildo Pereira, 24 abr. 2020. Disponible en:

<http://www.fundacaoastrojildo.com.br/2015/2020/04/24/andre-lara-resende-quem-vai-pagar-essa-conta/>. Fecha de acceso: 20 mayo. 2020.

SENADO. Superávit primario. Disponible en: <https://www12.senado.leg.br/noticias/entenda-o-assunto/superavit>. Fecha de acceso: 20. Mayo de 2020.

SÍNDROME de Estocolmo, significado, origem e exemplos. In: HIPERCULTURA. Disponible en: <https://www.hipercultura.com/sindrome-de-estocolmo-significado-origem-exemplos/>. Fecha de acceso: 06 de mayo de 2020.

WIGNARAJA, Kanni. "COVID-19: ONU defende renda básica universal para combater desigualdade crescente" [Entrevista cedida a] UM NEWS. ONU, 06 de mayo de 2020. Disponible en: <https://nacoesunidas.org/covid-19-onu-defende-renda-basica-universal-para-combater-desigualdade-crescente/>. Fecha de acceso: 20 de mayo de 2020.

HACIA UNA CONVIVENCIA PACÍFICA EN EL CONTEXTO EDUCATIVO UNIVERSITARIO: INSTRUMENTOS Y PROCEDIMIENTOS

Nuria Belloso Martín
Universidad de Burgos

1. INTRODUCCIÓN

La Universidad constituye un espacio en el que conviven miles de personas (Personal Docente e Investigador, estudiantes y Personal de Administración y Servicios) y donde, al igual que en otros tipos de organización, se construyen sinergias de trabajo colaborativo, pero donde, sin embargo, también abundan los conflictos. Hay una diferencia sustancial entre que el clima de trabajo sea positivo, aportando bienestar e incentivos a los miembros de la misma, a que sea confrontativo, donde prime la tensión y situaciones incómodas,¹ que afecta al rendimiento y calidad del trabajo desempeñado.

En este trabajo se pretende examinar, en primer lugar, los parámetros que favorecen la particular conflictología que caracteriza al contexto educativo de la comunidad universitaria (relaciones con una perspectiva a largo plazo y fuertemente jerarquizadas; competencia entre compañeros por la promoción en su escalafón; indisciplina por parte de algún alumnado; faltas de respeto hacia los docentes y conductas más graves entre los propios estudiantes, etc.).

¹ Nada mejor para homenajear a un profesor universitario que ha dedicado su vida a la enseñanza e investigación universitaria, y que ha vivido intensamente la educación universitaria desde dentro, -como el profesor Alcebiades de Oliveira Junior- que escribir acerca de un modelo de Universidad que refleje una convivencia pacífica entre sus miembros y la vocación por difundir y transmitir el conocimiento. De un profesor universitario, lo que queda al final de su trayectoria académica son todos aquellos estudiantes a quienes ha formado y en quienes perdurará en su memoria.

Además de los conflictos que venían siendo habituales, a raíz del confinamiento provocado por la pandemia y de los consiguientes ajustes que se han debido llevar a cabo (adaptación de una docencia presencial a otra mixta o telemática, nueva distribución de espacios, medidas de prevención de riesgos, control del uso de los espacios comunes universitarios en cuanto al contacto social) han surgido nuevos tipos de conflictos.

Por ello, en segundo lugar, se indagará en los procedimientos idóneos para la gestión de tales conflictos. Las Defensorías Universitarias y los Servicios de Mediación intrauniversitaria se perfilan como dos instrumentos idóneos que, bien coordinados, podrán contribuir a la pacificación en el contexto educativo universitario.

En tercer y último lugar, haré un análisis del Anteproyecto de Ley de Convivencia y Disciplina académica en la Enseñanza Universitaria -en adelante APLCDAEU- que en mayo de 2021 se ha dado a conocer y está en la fase de tramitación. Tal Anteproyecto viene a aportar el marco jurídico que resultaba urgente y que está llamado a hacer posible una convivencia más pacífica entre los miembros de la comunidad universitaria². Partiendo del contexto tipo de los conflictos que son habituales entre los miembros de la comunidad universitaria, aquí se pretende poner de relieve que, a partir de los efectos del Covid, ha surgido una tipología de nuevos conflictos en el ámbito educativo universitario. El inicio del nuevo curso académico, en un escenario todavía pandémico, ha hecho que se incrementen. Una vez se especifiquen cuáles son esos nuevos conflictos, se hará referencia a los mecanismos e instrumentos que están contribuyendo a pacificar las relaciones intrauniversitarias.

² Desde la Conferencia Universitaria Internacional para el Estudio de la Mediación y el Conflicto -CUEMYC- se creó un grupo de trabajo específico para avanzar con relación a este Anteproyecto. <https://cuemyc.org>

Con este propósito, se analizará la función de mediación que tienen encomendadas la Defensoría Universitaria. El Defensor Universitario está llamado a desarrollar su intermediación con una frecuencia más habitual que hasta ahora, a la vez que se espera que aporte un clima de pacificación social en la comunidad universitaria para evitar que se enquisten los conflictos. También se harán algunas reflexiones sobre el Servicio de Mediación intrauniversitario que ayudaría a gestionar numerosos conflictos que surgen entre los diversos miembros de la comunidad universitaria (ROSALES ÁLAMO; GARCÍA VILLALUENGA: 2010). Los Servicios de asesoría Jurídica suelen tener una gran carga de trabajo por lo que deben de dar prioridad a asuntos que son urgentes para que la Universidad pueda seguir con su actividad ordinaria. Los conflictos interindividuales, entre otros, podrían ser derivados a ese Servicio de Mediación intrauniversitario, que se convertiría en un importante órgano pacificador en la comunidad universitaria. La confianza en la consecución de una cultura de la paz, enunciada por Naciones Unidas, en el año 1998, mediante la Resolución A/52/13, se ha depositado en el citado Anteproyecto de Ley -APLCDAEU-, en el que se establecen algunos instrumentos y mecanismos para articular la convivencia pacífica como es la Comisión de Convivencia Universitaria, a la que se hará referencia más adelante. Asimismo, tal Anteproyecto se incardina en los Objetivos de Desarrollo Sostenible, concretamente en el ODS 16. Paz, Justicia e Instituciones sólidas, como una concreción de la Agenda 2030 “Transformar nuestro mundo”.

La metodología utilizada para este trabajo parte de unas bases tanto teóricas (Informes de los dos últimos cursos académicos de la Defensora Universitaria de la Universidad de Burgos, artículos científicos sobre experiencias de Servicios de Mediación interuniversitaria) como empíricas (conflictos en los que la autora se ha visto implicada directa o indirectamente fruto de su experiencia en la gestión académica (Coordinadora del Programa de Doctorado,

Coordinadora de Máster, así como principalmente, en cuanto que forma parte de un órgano unipersonal de gestión universitaria como Directora de Departamento). Se finalizará con unas conclusiones a modo de propuestas.

2. LOS CONFLICTOS EN EL CONTEXTO UNIVERSITARIO

La comunidad educativa universitaria conlleva un tipo de convivencia que favorece unas relaciones cercanas y permiten forjar colaboraciones duraderas: el grado de permanencia en la Universidad es alto; no resulta fácil la movilidad o trasladarse de una Universidad a otra; se establecen relaciones de “vecindad”; se comparte un modelo de Universidad, características todas ellas que contribuyen a forjar un sustrato que impulsa la unidad, una forma de hacer, de pensar y de actuar (ALCOVER DE LA HERA, 2010). Si las relaciones son cordiales, el clima es adecuado para desarrollar el trabajo intelectual por parte de todos los colectivos (Personal Docente e Investigador, Personal de Administración y Servicios y estudiantes). Ahora bien, si hay diferencias, es la propia dinámica universitaria la que en numerosas ocasiones contribuye a que el conflicto se enquistee; se produce una ruptura negativa y violenta con respecto al otro y los roles y posicionamientos se endurecen, configurando un contexto poco adecuado para desarrollar un actividad intelectual, que requiere concentración y serenidad, a la vez que fomenta un ambiente incómodo -en reuniones, Comisiones- ya que en la Universidad el trabajo colaborativo entre los diversos estamentos que lo integran es esencial.

En un escenario pre-Covid ya eran habituales ciertos conflictos. Las actividades que se llevan a cabo en el ámbito universitario son variadas y cada una de ellas permite abrir diversos tipos de conflictos: acceso y matrícula; becas y ayudas; Biblioteca universitaria, movilidad Erasmus; evaluación y calificaciones; guías docentes;

expedición del Título; reconocimiento de créditos; Tribunales; procedimientos de contratación de PDI y de PAS; docencia e investigación y relaciones laborales, entre otras.

Los conflictos entre el estamento de estudiantes y de Profesores suelen ser los más habituales. Las Universidades han contemplado y regulado la disciplina en las aulas y las actuaciones fraudulentas en pruebas de evaluación mediante Protocolos, así como conflictos sobre autoría de las pruebas y revisión de calificaciones, mediante los respectivos Reglamentos de evaluación que cada Universidad ha aprobado.

Las relaciones entre el Personal Docente e Investigador entre sí no están exentas de conflictos tales como acusación de *moobing* laboral; amenazas o insultos mediante e-mail u obstaculización de actividad docente (privar de acceso a material -desde folios hasta llave de acceso al despacho o para apertura del tablón físico para hacer públicas las calificaciones-). También las relaciones entre el PDI y los órganos de gestión universitaria (Rectorado, Decanos y Directores de Centro, Directores de Departamento, Gerente) suelen ser fuente de conflictos.

Como se ha indicado, el contexto educativo universitario, al igual que otros sistemas organizacionales, no queda ajeno a diversas fuentes de conflictos, que suelen dar lugar a las diferencias. A su vez, estas mismas fuentes que originan los conflictos pueden considerarse, en cierta medida, obstáculos para llevar a cabo la mediación. Así:

- la jerarquización y relaciones de poder suelen originar ciertos problemas entre quienes ocupan esos niveles de relación jerárquica: estudiante-profesor, profesor-Decano, etc. Este tipo de conflictos, en mediación deben gestionarse adecuadamente para, en primer lugar, neutralizar lo que podría considerarse un desequilibrio de

poder (por ejemplo, un estudiante puede estar cohibido ante un profesor, o temer represalias porque es quien posteriormente le va a examinar; un PDI puede tener temor ante las posibles represalias que adopte un Decano).

- los grupos ideologizados y las formaciones cerradas: ante un determinado conflicto de carácter inter-individual, es frecuente posicionarse, sin conocer el trasfondo del asunto, a favor de una parte u otra según el grupo al que se adscriba y que sea de la facción. Ello dificulta que los conflictos se examinen a partir de las necesidades reales, dejando en un segundo plano los intereses.

-la competencia por la carrera, bien sea académica (PDI) o funcional-laboral (PAS): la convocatoria de concursos de acceso y de mérito suelen ser fuente de conflictos en razón de cómo se hayan valorado tales méritos, la pugna por acceder a plazas que uno considera que le correspondía, la consabida expresión “mi plaza” (bien fuera por antigüedad, por méritos, etc.) puede obcecar y cerrarse a otros vías de solución del conflicto (acuerdo para establecer un orden en el acceso a los concursos).

- la proyección en el tiempo de las relaciones en el ámbito universitario: es frecuente que el PDI que inicie su itinerario académico en una Universidad se acabe jubilando en la misma, al igual que un PAS. Los estudiantes, si cursan nivel de Grado y de Doctorado, también pueden fácilmente participar de ese contexto universitario entre ocho y diez años. En definitiva, al no tratarse de un contacto puntual -como el que pudieran tener dos partes que han formalizado un contrato y tienen un desacuerdo-, esa pacificación resulta aún más imperiosa. Y ello tanto por su bienestar emocional, como por la repercusión que el conflicto suele tener entre otros compañeros. Esas relaciones “obligadas” (están llamados a entenderse) en el tiempo, influyen de forma muy negativa, enquistándose el conflicto y convirtiéndose en temas que, cada vez que haya

que gestionar algún tema que les atañe, de nuevo saldrán a la luz (asignación y reparto de créditos en el Plan de Organización Docente, pugna por ser el primero en elegir horarios para impartir la asignatura, etc.).

3. EL ESCENARIO COVID COMO CALDO DE CULTIVO DE NUEVOS CONFLICTOS EN LA COMUNIDAD UNIVERSITARIA

La etapa de confinamiento, a partir de la declaración del estado de alarma en España, el 14 de marzo de 2020, supuso un cambio en los hábitos de los ciudadanos (encerrados en sus domicilios y circunscritos a la unidad familiar como relación social) y en las formas de trabajo. En el caso de los docentes, no por elección propia, se impuso el teletrabajo y con ello la enseñanza en modalidad telemática, a la que tuvieron que acogerse en cuestión de horas porque no se podía dejar perder un curso académico a tantos jóvenes. Sin entrar en el análisis de los efectos emocionales y de *stress* que supuso para muchos miembros del PDI, PAS y alumnado, lo cierto es que esa enseñanza telemática ha sido origen de nuevos conflictos entre los diversos colectivos universitarios:

-Estudiantes: las Adendas de las Guías docentes (ajuste del temario; modificación de criterios de evaluación); procedimientos de evaluación, recurriendo en su mayoría a cuestionarios; tutorías y revisión de exámenes por Skype; malas interpretaciones de los foros online y nuevas discusiones; interrupción de las “Prácticas externas en empresas dada la imposibilidad de su realización; retorno de los estudiantes Erasmus y profesores que estaban participando de la movilidad; ajuste de criterios de evaluación; limitación de tiempo de realización de los exámenes -cuestionarios, test- para evitar que el alumnado copiara en los exámenes o se pasaran las respuestas entre ellos; programación taxativa de tutorías para que no se alargaran innecesariamente -al

ser online, el estudiante tiene tendencia a extenderse más que en un ámbito presencial; pacificar los malos entendidos que se producen en los foros; flexibilizar plazos para realizar las prácticas; facilitar retorno de estudiantes de movilidad internacional; brecha digital (estudiantes que carecían de equipo informático o de acceso a internet).

-Profesores y responsables de gestión universitaria: Procedimiento y decisiones sobre cómo gestionar la pandemia (qué material comprar (micrófonos inalámbricos, cámaras, renovación de equipos informáticos en las aulas), atención al PDI en sus necesidades (materiales, cursos de formación al PDI de docencia online); decisión sobre modalidad de impartición del actual curso académico: presencial u online; el papel del Servicio de Informática y de los informáticos en cuanto a la necesidad que tenían los docentes de orientación sobre determinados programas, alfabetización digital y formación en habilidades online, funciones muchas de ellas desconocidas (“soy profesor de una universidad presencial no de una online”).

-Personal de Administración y Servicios y sus compañeros: Organización de turnos rotatorios de atención presencial; disponibilidad de ordenadores portátiles para desarrollar el teletrabajo; quién se integra en colectivo vulnerable y teletrabaja exclusivamente sin presencialidad; promoción de algunos responsables desde Gerencia, etc.

Iniciado el nuevo curso académico, y bajo los dictados de los Protocolos anti-Covid en las Universidades, el uso de la mascarilla, la distancia social y el uso de los espacios universitarios se han configurado como tres fuentes de conflictos. A modo de ejemplo, de la nueva tipología de conflictos que han surgido se pueden citar desde casos en que un profesor se niega a usar la mascarilla e incluso podría estar incitando a los alumnos a que tampoco ellos lleven tal protección; o a al conflicto que ha llevado a realizar

sentadas a los exalumnos (egresados) de la UBU por no poder estudiar en la Biblioteca. Tras finalizar sus estudios están preparando oposiciones. Se les exige tener el carnet acreditativo de estar matriculados este curso o pagar la cuota de la asociación de antiguos estudiantes 'Alumni' ya que, por la necesidad de reducir el aforo de la Biblioteca y por prevención anti Covid, está prohibido el acceso al recinto universitario a toda persona ajena a la comunidad universitaria; profesores que reclaman no impartir clase presencial sino online por pertenecer a colectivo vulnerable (por razón de edad o por sufrir patologías previas); docentes que solicitan que la Universidad les dote de las EPIS necesarias para impartir la docencia presencial, y tantos otros.

4. EL DEFENSOR DE LA COMUNIDAD UNIVERSITARIA COMO ÓRGANO PACIFICADOR

La mediación se ha convertido en una estrategia prioritaria para la resolución de conflictos dentro de las organizaciones, entre las cuales, el ámbito educativo tiene una especial relevancia, y ello tanto en su nivel de contextos educativos no universitarios como también universitarios. La Ley 27/2005, de 30 de noviembre, de fomento de la educación y la cultura de la paz, ya puso de manifiesto la relevancia del desarrollo de los fines de la Cultura de la Paz en los ámbitos educativos. Se vio reforzada por La Ley 5/2012, de 6 de julio, de mediación en asuntos civiles y mercantiles, como trasposición al Derecho español la Directiva 2008/52/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 21 de mayo de 2008, sobre ciertos aspectos de la mediación en asuntos civiles y mercantiles, formalizando la gestión cooperativa y pacífica de los conflictos. El *Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia procesal* del servicio público de Justicia, aprobado por el Consejo de Ministros en diciembre de 2020 y que, actualmente, está concluyendo su fase de tramitación. La denominada “mediación escolar”, es decir, la de un contexto no universitario, ha sido promovida en varias

Comunidades Autónomas, interesadas en propiciar una convivencia educativa pacífica.

El ámbito educativo universitario, hasta ahora, estaba huérfano de legislación *ad hoc*, lo cual no significa que no hubiera interés en las Universidades por fomentar una cultura de la paz, como se pone de manifiesto en que, desde hace más de dos décadas, varias Universidades han ofertado Cursos de especialización y de Postgrado en formación de mediadores - como es el caso de la Universidad de Burgos desde el año 2001-. La institución de la Defensoría universitaria en todas las Universidades ha venido a mitigar en parte esa carencia, a la vez que se ha confiado en los Servicios de Inspección de las Universidades. Aun reconociendo que este tipo de Servicios permiten llegar donde otros órganos universitarios no pueden -por ejemplo, a abrir expediente disciplinario e imponer la sanción administrativa que corresponda- tiene sus limitaciones porque no consigue abordar los conflictos desde una dimensión integral, gestionando el problema real de fondo (GARCÍA VILLALUENGA, 2009: 68).

A pesar de carecer de que hasta ahora se carecía de un marco normativa general como el que el que presenta el APL al que se hará referencia, algunas Universidades han ido implementando un Servicio de Mediación intrauniversitaria. Así, en el año 2004, la Universidad Complutense de Madrid inició una experiencia pionera en España, vinculada a la Inspección de Servicios, lo que facilitó que, en el año 2007, se creara el Instituto Complutense de Mediación y Gestión de Conflictos (IMEDIA). (GARCÍA VILLALUENGA, 2016). Otras Universidades han seguido esta línea y, así, en el año 2011 la Universidad de La Laguna aprobó el reglamento para la creación de la Unidad de Mediación y Asesoramiento de Conflictos (UNIMAC). Otras experiencias más recientes han sido las de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, la Universidad de Vigo y la Universidad de Barcelona.

“La introducción de la mediación en el ámbito universitario, servirá para dotar de elementos de excelencia a la propia universidad y será de utilidad para la solución amistosa de los conflictos horizontales (entre alumnos y también entre personal que trabaja en la universidad, docente y no docente), y también horizontales (entre alumnos y profesores o entre personal de la propia universidad), lo cual no deslegitima en absoluto el necesario principio de autoridad sino que lo potencia, y además permite la generación de un clima de trabajo mucho más adecuado”.³

Todo ello hace dirigir el centro de atención a la figura de la Defensoría Universitaria en cuanto órgano que tienen encomendadas, en la mayor parte de las Universidades, funciones de mediación.

La figura de los defensores (*ombudpersons*) han cobrado relevancia en los sistemas organizacionales. Como se sabe, tiene su origen en la Constitución de Suecia de 1809 y presenta unas connotaciones de perfil esencialmente democrático. En cuanto al ámbito universitario se refiere, la figura del Defensor Universitario, que desde los años ochenta algunas Universidades habían venido incluyendo voluntariamente en sus Estatutos, adquirió carácter obligatorio a partir de la Ley Orgánica de Universidades (LOU) del año 2001.⁴

Como es conocido, el Defensor Universitario es el comisionado del Claustro para velar por el respeto de los derechos y libertades de

³ GEMME está impulsando activamente el desarrollo e implantación de la mediación en el ámbito universitario, tal y como se pone de manifiesto en la firma de un acuerdo de colaboración con tal propósito, con el Sr. Rector de la Universidad Politécnica de Valencia, el día 28/07/2021.

⁴ *Disposición adicional decimocuarta Del Defensor Universitario.*

Para velar por el respeto a los derechos y las libertades de los profesores, estudiantes y personal de administración y servicios, ante las actuaciones de los diferentes órganos y servicios universitarios, las Universidades establecerán en su estructura organizativa la figura del Defensor Universitario. Sus actuaciones, siempre dirigidas hacia la mejora de la calidad universitaria en todos sus ámbitos, no estarán sometidas a mandato imperativo de ninguna instancia universitaria y vendrán regidas por los principios de independencia y autonomía.

Corresponderá a los Estatutos establecer el procedimiento para su elección o designación, duración de su mandato y dedicación, así como su régimen de funcionamiento.

los miembros de la comunidad universitaria en las actuaciones de los diferentes órganos y servicios universitarios. Desempeña sus funciones con imparcialidad, autonomía y según su criterio. Al Defensor Universitario puede dirigirse cualquier miembro de la comunidad universitaria y todas las actuaciones que considere necesario llevar a cabo para el correcto ejercicio de sus funciones tendrán carácter confidencial.

Independientemente de que los respectivos Reglamentos universitarios que regulen la figura del Defensor, les permita o no realizar procesos formales de mediación, conviene recordar que algunos mediadores no tienen formación específica en mediación, por lo que estrictamente no son “mediadores”. Por tanto, más que llevar a cabo mediaciones en un sentido técnico, lo que hacen es aplicar los recursos y habilidades propias de la mediación en procesos que podrán calificarse de “informales”.

El Defensor Universitario no puede imponer una solución, no puede emitir un laudo vinculante ni una resolución que contemple recomendaciones o sugerencias. Su papel consiste en ayudar a que las partes determinen claramente cuáles son sus motivos de desacuerdo, mediante entrevistas conjuntas o por separado en la que expongan sus posiciones; ayudar a que las partes concreten cuáles son sus peticiones; sentirse escuchado es una demanda muy habitual por parte de quien se ve inmerso en un conflicto; facilitar que las partes encuentren un acuerdo satisfactorio que concilie las peticiones de todos los implicados; por último, actuar como fedatario de dicho acuerdo y efectuar su seguimiento.

Entre las diversas funciones que tiene encomendadas se encuentran: i) Atender y canalizar las quejas, reclamaciones y peticiones que reciba sobre disfunciones, irregularidades o carencias detectadas en el funcionamiento de los órganos o servicios de la Universidad o en las actuaciones concretas de sus miembros; ii) Orientar las consultas que se le formulen, dando las informaciones pertinentes o dirigiéndolas hacia los órganos competentes; iii) Dirigir a los

órganos y miembros de la comunidad universitaria recomendaciones y sugerencias para corregir las deficiencias que hubiera observado; iv) Elaborar cuantos informes le sean solicitados o considere oportuno emitir en relación con sus actuaciones; y, por último, v) Actuar como mediador cuando así se le solicite.

Cuando el Defensor actúa como mediador, la dinámica que se sigue es la ya conocida para las mediaciones. Son las partes las que llegan al acuerdo, ante o a través de una tercera persona imparcial. Este tercero neutral, en este caso, el Defensor Universitario, no puede imponer una solución, sino que su papel consiste en: i) Ayudar a que las partes determinen claramente cuáles son sus motivos de desacuerdo, mediante entrevistas conjuntas o por separado en la que expongan sus posiciones; ii) Facilitar a que las partes concreten cuáles son sus peticiones; iii) Ayudar a encontrar un acuerdo satisfactorio que concilie las peticiones de todas las partes; iv) En su caso, actuar como fedatario de dicho acuerdo y efectuar su seguimiento.

Tomando como referencia la Universidad de Burgos y el Informe Anual de la Defensora Universitaria, curso académico 2018-2019⁵, destacamos los siguientes aspectos:

- Hay tres grupos principales de solicitudes que se reciben en la Defensoría: peticiones o consultas (27%), solicitudes de mediación (2%), y quejas o reclamaciones (71%), siendo el último grupo, el que representa un mayor porcentaje de casos sobre el total.

-Solamente el profesorado ha acudido a la Defensora para solicitar mediación -no los otros dos estamentos- (de ahí el

⁵ <https://www.ubu.es/defensor-universitario/informe-anual-de-actividades>

porcentaje tan bajo de un 2% con respecto a la comparativa con respecto a todas las actuaciones).

-El mayor número de actuaciones tiene como origen las quejas del estudiantado con el tema de evaluación y calificaciones. Organización académica, docencia e investigación y servicios del campus son los tres temas que constituyen una fuente de conflictos.

- El número de actuaciones no siempre es directamente proporcional al número de estudiantes de la Universidad. Si bien el mayor número de conflictos se han presentado en la universidad Complutense de Madrid (720), le sigue la Universidad de Murcia (309), la de Salamanca (275) y la de Valladolid (258). En cambio, la Universidad Carlos III de Madrid, aunque mayor en número de estudiantes que la de Salamanca o Valladolid ha tenido un menor número de actuaciones (205) o la Autónoma de Barcelona, con sólo 94. La de Burgos ha llevado a cabo 74 actuaciones de las que sólo un 2% corresponden a actuaciones de mediación (es decir, prácticamente una única actuación en un año).

En el Informe anual de la Defensoría Universitaria de la Universidad de Burgos, correspondiente al curso 2019-2020, se desglosan los datos diferenciando desde el inicio del curso hasta la declaración del estado de alarma, y los tramitados desde entonces hasta el 1 de septiembre de 2020, cuando iniciaba el siguiente curso académico. Los expedientes, como ya se viene haciendo, se han clasificado en tres grupos: quejas y reclamaciones, consultas y solicitudes de mediación. Ese segundo periodo denota un mayor índice de expedientes iniciados por representaciones estudiantiles, lo que pone de relieve su carácter más colectivo que particular, de manera que afecta a cursos completos o a grupos de estudiantes. Las consultas sobre evaluación y calificaciones, y las quejas por el mismo concepto, son los que han primado, destacando entre los diversos centros, la Facultad de Derecho (posiblemente debido a

la formación en derechos y deberes que tienen los estudiantes del área jurídica). Todo ello pone de manifiesto que la mediación sigue siendo desconocida por los estamentos universitarios.

5. EL ANTEPROYECTO DE LEY DE CONVIVENCIA Y DISCIPLINA ACADÉMICA EN LA ENSEÑANZA UNIVERSITARIA

Posiblemente, una de las razones que ha influido en que el Ministerio de Universidades estén trabajando para ultimar el citado Anteproyecto obedece a que los conflictos en la comunidad universitaria exigen una tramitación acorde al paradigma de una Administración de Justicia que ha abierto sus puertas a la cultura de la pacificación y a los denominados “medios adecuados de solución de conflictos”, tal y como se pone de manifiesto en el Anteproyecto de Ley de eficiencia procesal, que está en la última fase de su tramitación.

En el ámbito universitario se ejercitan varios derechos y libertades fundamentales, tales como la libertad ideológica y religiosa, la libertad de expresión, los derechos de reunión, asociación y manifestación, además de la libertad de enseñanza, la libertad de cátedra y el derecho a la educación, todo ello gracias a que la comunidad académica se desarrolla en un marco democrático. Esta nueva norma del APL derogará el Decreto de 8 de septiembre de 1954, por el que se aprueba el Reglamento de Disciplina Académica de los Centros Oficiales de Enseñanza Superior y de Enseñanza Técnica dependientes del Ministerio de Educación Nacional que permanecía vigente respecto del estudiantado y que resulta inconstitucional. La futura Ley servirá de marco general para que después, las Universidades, en el marco de su autonomía, desarrollen sus propias normas de convivencia.

En APLCDAEU se estructura en tres Títulos. El primero establece el objeto, ámbito de aplicación y régimen jurídico; el Segundo

regula los “Instrumentos y principios generales de respeto, corresponsabilidad y convivencia en la comunidad universitaria”. Se subdivide en dos Capítulos, el primero sobre un Código de conducta en la Universidad y, el segundo, sobre el “Fomento de la convivencia y corresponsabilidad en la Universidad”. Resulta acertada la introducción de ambas ideas, ya que sólo si se reconocen los valores que deben permear el sistema educativo universitario, y se refuerzan con un Código de conducta en la Universidad, es decir, se hace una llamada a la ética destinada a reforzar “la cultura de la responsabilidad como presupuesto necesario para toda la actividad académica”. Debe tomarse conciencia de la corresponsabilidad que todos los integrantes de la comunidad educativa universitaria están llamados a ejercer, al formar parte de un proyecto inserto en una Administración pública y en la realización de un servicio público, mediante la docencia, la investigación y el estudio (art. 4). Los principios básicos que las Universidades incorporarían en sus códigos de conducta serían los siguientes: “responsabilidad personal, ciudadanía democrática, solidaridad, tolerancia, transparencia, participación, pluralismo, diálogo, sentido crítico, reconocimiento de la diversidad y el multiculturalismo, capacidad, mérito, esfuerzo, igualdad de oportunidades, respeto a las personas y al entorno, libertad dentro de los principios democráticos que inspiran la convivencia, preservación del medio ambiente, búsqueda de la mejora continua y capacidad de adaptación a los cambios”. (art.5). Por ello, es imperativo no dejar que problemas de convivencia arruinen todo ese proyecto común, del que cada integrante debería estar obligado a rendir cuentas (al menos, desde un enfoque ético).

El Título tercero establece la tan necesaria “Mediación y otros instrumentos de resolución de conflictos”. El APLCDAEU, en su artículo 10, abre la puerta a los instrumentos extraprocesales de resolución de conflictos, tales como la mediación, el arbitraje, la conciliación, y otros de análoga naturaleza, “en orden al fortalecimiento del diálogo y la convivencia”. Define la mediación como “aquel medio de solución de controversias en el que dos o más partes intentan voluntariamente alcanzar por sí mismas un acuerdo con la intervención de una persona mediadora” (art. 11). No cabrá

la mediación en materia disciplinaria, ni cuando se abra un expediente relativo a violencia de género, daños contra el patrimonio de la Universidad y fraude académico. Tampoco se podrá hacer cuando una de las partes se niegue a ello.

La mediación, según el APL, es uno de los elementos "cruciales" para la resolución de conflictos, pero la futura Ley encomienda las tareas de mediación a la institución del Defensor Universitario en aquellos casos en que, transcurrido un año desde la entrada en vigor de esta Ley, las Universidades no hayan regulado los instrumentos de mediación previstos en este Título tercero (Disposición Adicional primera). Sin embargo, considero que, si bien la Defensoría lleva haciendo funciones de intermediación entre las personas en conflicto habitualmente, ya es hora de dotar a la mediación de su propia entidad. Uno o varios profesionales mediadores, formados en las técnicas y procedimientos de mediación, especializados en la mediación educativa, podría integrar el Servicio de Mediación intrauniversitario. Un Defensor universitario no suele tener formación especializada en mediación y recibe desde quejas a reclamaciones de distinto tipo. Por ello, permitiría una concentración de la Defensoría universitaria en otro tipo de procedimientos. Tanto por derivación desde la Defensoría universitaria como por iniciativa de una o de ambas partes en conflicto, se podrían dirigir a recabar la ayuda de este Servicio.

Una de las novedades principales de este Anteproyecto es que establece que las Universidades crearán una Comisión de Responsabilidad y Convivencia que, sin fuerza vinculante, pueda adoptar determinadas declaraciones para mejorar la convivencia, el respeto mutuo y la tolerancia en los centros universitarios. Se encargará de canalizar las iniciativas para mejorar la convivencia en la Universidad, promover la utilización del mecanismo de mediación y, en aquellos casos en que resulte procedente, tramitar el procedimiento de mediación como alternativa al régimen sancionador. Esta Comisión contará con una representación paritaria de estudiantes, personal docente e investigador y personal de administración y servicios.

El Título cuarto regula la “Disciplina académica”, y se subdivide en cinco Capítulos: potestad disciplinaria, infracciones, sanciones, responsabilidad disciplinaria y procedimiento disciplinario. En este Título se establece un régimen disciplinario principalmente destinado a los estudiantes, y se distingue entre faltas muy graves, y falta graves y leves. Este Título viene a paliar la inseguridad jurídica que se había puesto de manifiesto -tanto por el Defensor del Pueblo⁶ como por los propios órganos universitarios- con relación a los derechos y deberes de los estudiantes en la tramitación de los expedientes disciplinarios, y que venía exigiendo un esfuerzo interpretativo por parte de las Universidades para adecuar el Estatuto del Estudiante Universitario, sancionado por el Real Decreto 1791/2010, de 30 de diciembre y el obsoleto Decreto de 8 de septiembre de 1954. En aras de tal seguridad jurídica, la regulación de las faltas, régimen disciplinario y demás aspectos se han contemplado en la futura Ley, al amparo del marco que ha configurado el artículo 46.2 de la LOU.

Entre las faltas muy graves está el plagio "total o parcial" de una obra o cometer fraude académico en la elaboración de un trabajo de fin de grado, fin de máster o tesis doctoral, alterar o falsificar documentos académicos, la discriminación por razón de sexo u orientación sexual, incumplir las normas de salud pública o suplantar a un miembro de la comunidad universitaria. Este tipo de faltas serán sancionadas con la expulsión de dos meses a tres años y la pérdida de la matrícula. Igualmente se considerarán faltas muy graves hacer novatadas ya que conllevan un menoscabo de la dignidad de la persona. Como faltas graves se tipifican apoderarse indebidamente de exámenes o falsear sus resultados, impedir la celebración de actividades universitarias o acceder sin permiso a los sistemas informáticos de la universidad, entre otros. Para estos casos se podrá expulsar al alumno durante un mes o la pérdida de la

⁶ Recomendación de 3 de julio de 2008, en relación al expediente 08006607, iniciado de oficio, para comprobar si resultaban plenamente garantizados los citados derechos y deberes. Por ello, el Defensor del Pueblo formuló una recomendación para que se elaborara una disposición con rango normativo que estableciera el régimen de disciplina académica en las Universidades (Recomendación de 4 de febrero de 2009).

matrícula de la asignatura en la que se haya cometido el fraude. Finalmente, se consideran faltas leves el acceder a instalaciones universitarias a las que no se tenga autorizado el acceso, actuar para copiar el contenido de exámenes a través de medios que no se consideren graves o muy graves, o realizar actos que deterioren de forma no grave el patrimonio de la universidad. En este caso, las faltas leves, que se solventan con una amonestación privada que puede ir acompañada de medidas sustitutivas de carácter educativo o recuperador. Las faltas muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves a los seis meses. Las sanciones impuestas por faltas muy graves, por graves y por leves, prescribirán, respectivamente, a los tres años, a los dos años y al año.

6. CONCLUSIONES

Todo lo expuesto permite apuntar cinco conclusiones:

Primera.- La comunidad universitaria no es más que un reflejo de la sociedad que se ve también afectada por situaciones conflictivas y que está compuesta por un mismo porcentaje de individuos problemáticos, inmaduros y generadores de conflictos. Pero hay que recordar que la comunidad universitaria es un colectivo privilegiado con relación al conjunto de la sociedad y está más obligado que otros a gestionar sus conflictos de una forma colaborativa y en un clima de pacificación. Es una cuestión de responsabilidad.

Segunda.- Uno de los principales retos es difundir e impulsar la gestión pacífica de los conflictos en la comunidad universitaria. La mediación se configura como el instrumento más idóneo para ello. En cada Universidad, miembros de CUEMYC, órganos de gestión universitaria y Defensorías Universitarias están llamados a dar a conocer y difundir los cauces idóneos para la gestión de los conflictos.

Tercera.- El espíritu cooperativo que debe presidir esta difícil situación pandémica impele a reforzar actualmente la función mediadora de los Defensores Universitarios.

Cuarta.- Recurrir a técnicas y estrategias de gestión pacífica de los conflictos no es sólo deber de los Defensores universitarios. PAS y órganos unipersonales de gestión (Vicerrectores, Decanos, Directores de Departamento, Jefes de Servicio), cada uno, en su ámbito, deberían recibir una formación *ad hoc*, de manera que utilizaran las técnicas y habilidades de la mediación y la negociación como primer y principal procedimiento cuando deban lidiar con un conflicto. Ello contribuirá a evitar que se enquisten conflictos nacientes, a agilizar los procesos adversariales que la maquinaria administrativa universitaria ralentiza, y que la cultura de la pacificación pueda ir calando entre los miembros de la comunidad universitaria.

Quinta.- el Anteproyecto de Ley de Convivencia y Disciplina académica en la Enseñanza Universitaria tiene ante sí el reto de, por una parte, implantar una disciplina, acorde con la carta Magna, de aquellas conductas que no deben ser toleradas de ningún modo en un ámbito universitario; por otro, de articular unas formas de convivencia que permitan un tratamiento del verdadero conflicto y que hagan posible la continuidad de unas relaciones de convivencia armónica entre aquéllos que están llamados a convivir de forma duradera.

7. BIBLIOGRAFÍA

ALCOVER DE LA HERA, C. M.a. (2010). “Alternativas de mediación en contextos universitarios: una propuesta de modelo contingente y sus aplicaciones en la resolución de conflictos a través de la figura del defensor universitario”, en González-Cuellar Serrano (Director), Sanz Hermida, A. M.a. y ORTIZ PRADILLO, J. C. (Coordinadores), *Mediación: un método de? Conflictos. Estudio interdisciplinar*, Madrid, Colex, pp. 67-288.

GARCIA VILLALUENGA, L. (2009) Mediation in university communities: the experience of the Complutense University, *Conflictology*, 1, pp.75-81. <http://openaccess.uoc.edu/webapps/o2/bitstream/10609/3030/1/garcia.pdf>

ROSALES ÁLAMO, M. y GARCÍA VILLALUENGA, L. (2019). “La mediación intrauniversitaria: reflexiones y propuestas”, en Isabel Luján Henríquez (Coordinadora), *Conflictos y mediación en contextos plurales de convivencia*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Las Palmas de Gran Canaria, pp.171-196.

LEGISLACIÓN, INFORMES

Ley Orgánica de Universidades (LOU), 2001.

www.boe.es › 2001 › [BOE-A-2001-24515-consolidado](http://www.boe.es/BOE-A-2001-24515-consolidado)

Informe Anual de la Defensora Universitaria, curso académico 2018-2019. Universidad de Burgos.

<https://www.ubu.es/defensor-universitario/informe-anual-de-actividades>

Informe Anual de la Defensora Universitaria, curso académico 2019-2020. Universidad de Burgos

[https://www.ubu.es › informe_claustro_18-2-21](https://www.ubu.es/informe_claustro_18-2-21)

Anteproyecto de Ley de Medidas de Eficiencia Procesal del Servicio Público de Justicia

<https://www.lamoncloa.gob.es/consejodeministros/Paginas/enlaces/151220-justicia.aspx>

Anteproyecto de Ley de Convivencia y Disciplina académica en la Enseñanza Universitaria

[https://www.lamoncloa.gob.es › Paginas › enlaces › 25...](https://www.lamoncloa.gob.es/Paginas/enlaces/25...)

**Conferencia Universitaria Internacional para el Estudio de la
Mediación y el Conflicto -CUEMYC-.** <https://cuemyc.org>

GEMME España firma acuerdo de colaboración con la Universidad Politécnica de Valencia para impulsar la mediación en la Universidad

<https://mail.google.com/mail/u/o/#inbox/FMfcgzGkZZrjSRwFkpCkQtzmbwkGmHJD>

IMPLICAÇÕES DA PANDEMIA DO COVID-19 NO MERCADO DE TRABALHO DO BRASIL

Paulo Cesar Amaral de Pauli.

Abogado, Máster y Doctor en Derecho.

Pos Doctor en Derecho. Universidad de Sevilla.

1. INTRODUÇÃO

No final de 2019, surgiu em Wuhan na China, o COVID-19, uma doença facilmente transmitida, podendo ser contraída, conforme estudos até então divulgados, pela saliva contaminada em contato com olhos, boca ou nariz de uma pessoa não contaminada¹. Além disso, sabemos que o vírus sobrevive em diferentes superfícies, em objetos, tecidos, corpo e, até mesmo, no ar, facilitando sua propagação. Tais características possibilitaram ao coronavírus que se tornasse uma pandemia em menos de três meses, segundo a Organização Pan-Americana da Saúde². Desde seu surgimento, muitas foram as mudanças no cotidiano de todos, como, por exemplo, o aumento dos cuidados pessoais com a higienização das mãos, o não contato físico, a limitação do número de pessoas por ambiente, o isolamento e a quarentena, o uso de máscaras e álcool gel, a proibição de aglomerações e as demais medidas de saúde. Temos, também, as implicações mais específicas do mercado de trabalho, devido à pandemia.

Encontramos um grande número de documentos legais, em âmbito nacional, sobre as medidas de contenção do COVID-19 e, também,

¹ SILVA, J. B. da; MUNIZ, A. M. V.. Pandemia do Coronavírus no Brasil: Impactos no Território Cearense. Espaço e Economia. **Revista brasileira de geografia econômica**, v. 9, n. 17, p. 1-20, 2020.

² OPAS. Organização Pan-Americana da Saúde. **Folha informativa - COVID-19** (doença causada pelo novo coronavírus). 2020.

diversos sobre o mercado de trabalho³. Além disso, segundo Bitencourt⁴, Guimarães, Frascino e Bueno⁵ e Ferreira Junior e Santa Rita⁶, implicações sociais como problemas psicológicos, financeiros e empregatícios, além do foco, que é a saúde, são circunstâncias que demandam atenção. Dessa forma, nosso objetivo visa apresentar as principais implicações da pandemia do COVID-19 no mercado de trabalho do Brasil.

Para esta pesquisa, utilizamos de uma revisão de literatura, normas legais, debates, relatórios etc.⁷. Além disso, utilizamos materiais de mídias *online* como o IBGE, revistas e jornais⁸, estabelecendo referencial teórico subdividido em: Pandemia do COVID-19; Implicações da COVID-19 no Brasil; e Implicações do COVID-19 no mercado de trabalho do Brasil. No terceiro tópico, apresentamos nossas análises e discussões dos resultados e, por fim, nossas considerações finais e as referências do artigo.

2. REFERENCIAL TEÓRICO

2. 1. PANDEMIA DO COVID-19

Estamos experienciando uma situação, que a maioria de nós, nunca viveu. Segundo Silva e Muniz⁹ uma praga nos assusta e nos coloca em prontidão, “Trata-se do Covid-19, o novo Coronavírus, doença

³ PLANALTO. **Legislação COVID-19**. Brasília: Planalto, 2020.

⁴ BITTENCOURT, R. N.. Pandemia, isolamento social e colapso global. **Revista Espaço Acadêmico**, v. 19, n. 221, p. 168-178, 2020.

⁵ GUIMARÃES, A. C.; FRASCINO, G. L.; BUENO, I.. Redução de tributos, uma ferramenta óbvia Carga tributária menor é essencial para minimizar os efeitos da Covid-19. **Revista Conceito Jurídico**, v. 4, n. 39, p. 49-50, 2020.

⁶ FERREIRA JUNIOR, R. R.; SANTA RITA, L. P.. Impactos da Covid-19 na Economia: limites, desafios e políticas. **Cadernos de Prospecção**, v. 13, n. 2 COVID-19, p. 459, 2020.

⁷ MARCONI, M. de A.; LAKATOS, E. M.. **Fundamentos de metodologia científica**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2016, p. 176.

⁸ Iden.

⁹ SILVA, J. B. da; MUNIZ, A. M. V.. Pandemia do Coronavírus no Brasil: Impactos no Território Cearense. Espaço e Economia. **Revista brasileira de geografia econômica**, v. 9, n. 17, p. 1-20, 2020.

infecciosa que ocupa horas e horas do noticiário da imprensa e dos meios digitais nas redes sociais com suas consequências nos diferentes territórios e segmentos sociais.”. Os sintomas mais comuns da doença são: “Tosse; Febre; Coriza; Dor de garganta; Dificuldade para respirar”¹⁰. Este vírus foi declarado, no final de janeiro de 2020, pela Organização Mundial da Saúde (OMS), como uma Emergência de Saúde Pública de Importância Internacional, ou seja, o mais alto nível de alerta da Organização. Já, em 11 de março de 2020, a OMS caracterizou a COVID-19 como uma pandemia devido sua alta propagação em nível mundial¹¹. Esclarecemos que pandemia “[...] refere-se ao aumento não-habitual da incidência de uma doença que afeta elevada proporção de pessoas e que se estende por uma área ampla em muitos países e continentes.”¹². No mesmo sentido, “Por pandemia entende-se um fenômeno patológico que alcança simultaneamente grande número de pessoas em uma zona geográfica muito vasta.”¹³.

O COVID-19, também chamado de Novo Coronavírus ou mesmo apenas Coronavírus, é transmitido por meio de “• Toque do aperto de mão; • Gotículas de saliva; • Espirro; • Tosse; • Catarro; • Objetos ou superfícies contaminadas, como celulares, mesas, maçanetas, brinquedos, teclados de computador etc.”¹⁴. Surgida em Wuhan na China, ainda no final de 2019, a doença propagou-se em nível mundial, principalmente, pelo tráfego aéreo¹⁵. Além disso, os autores indicam que “O morcego aparece até agora como o principal vetor

¹⁰ MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Sobre a doença**. Brasília: Ministério da Saúde, 2020.

¹¹ OPAS. Organização Pan-Americana da Saúde. **Folha informativa - COVID-19** (doença causada pelo novo coronavírus). 2020.

¹² PALMEIRAS, G.; GONDIM, G. M. de M.; ROJAS, L. I.. Vigilância em Saúde e Novas Práticas Locais. In: Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio (Org.). **Informação e diagnóstico de situação**. Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2004, p. 76. 172 p.

¹³ CHAMMAS, D. O Direito nos tempos de pandemia. **Revista Conceito Jurídico**, v. 4, n. 39, p. 22-25, 2020.

¹⁴ MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Sobre a doença**. Brasília: Ministério da Saúde, 2020.

¹⁵ SILVA, J. B. da; MUNIZ, A. M. V. Pandemia do Coronavírus no Brasil: Impactos no Território Cearense. Espaço e Economia. **Revista brasileira de geografia econômica**, v. 9, n. 17, p. 1-20, 2020.

do surto iniciado em Wuhan, gigantesca metrópole com mais de 10 milhões de habitantes localizada na China central.”¹⁶.

Desde o primeiro caso de COVID-19 com sintoma grave de insuficiência respiratória, em dezembro de 2019, na China¹⁷, mais de 200 países, incluindo o Brasil, já confirmaram a doença¹⁸. Para evitar a contaminação, é indicado: Limpar as mãos com água e sabão com frequência ou uso de álcool em gel 70%; Cobrir o nariz e a boca ao tossir ou espirrar; Evitar tocar olhos, nariz e boca sem lavar as mãos; Manter cerca de 2 metros de distância de outras pessoas; Evitar contatos físicos; Higienizar itens pessoais como celular; Não compartilhar objetos de uso pessoal; Manter os ambientes limpos e bem ventilados; Evitar circulação desnecessária e, se possível, ficar em casa; Se estiver doente, evitar contato físico com outras pessoas; Dormir bem e ter uma alimentação saudável; Utilizar máscaras¹⁹.

Tal declaração “[...] provocou efeitos em cadeia mundo afora. Enquanto alguns países se negaram às evidências e a seguir as sugestões, sobretudo de redução dos contatos sociais, outros decretaram confinamentos [...]”²⁰. São muitas as opiniões, até mesmo entre os governantes de nosso país. A doença ainda é desconhecida clinicamente, não temos uma vacina para prevenção, nem mesmo sabemos todos os seus sintomas com precisão, o que causa inúmeras dúvidas e preocupações sobre como faremos o enfrentamento desta pandemia e suas implicações.

Acreditamos ser importante citar que no Brasil, os testes que confirmam o COVID-19 só estão sendo realizados em casos com maior gravidade, devido ao limitado número de testes disponíveis, o que

¹⁶ Iden.

¹⁷ OLIVEIRA, E. de S.; DE MORAIS, A. C. L. N. COVID-19: Uma pandemia que alerta à população. **InterAmerican Journal of Medicine and Health**, v. 3, p. 1-7, 2020.

¹⁸ WORLDOMETERS. **Pandemia de coronavírus Covid-19**. Worldometers, 2020.

¹⁹ MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Sobre a doença**. Brasília: Ministério da Saúde, 2020.

²⁰ MELLO-THÉRY, N. de et al. A geopolítica do COVID-19. Espaço e Economia. **Revista brasileira de geografia econômica**, v. 9, n. 17, p. 1-10, 2020, p. 1.

nos indica que as estimativas não são exatas²¹. Assim, reafirmando que os governantes devem determinar medidas mais rigorosas para a contenção da pandemia²². Além disso, compreendemos que “Indubitavelmente, o tamanho da crise será determinado principalmente pelas medidas e políticas tomadas para evitar o contágio em larga escala, contribuindo, assim, para o achatamento da curva.”²³.

Segundo Possídio e Martinez²⁴, essa pandemia se diferencia de outras anteriores, por ter uma disseminação muito rápida que pode levar os sistemas de saúde ao colapso. Assim, podemos afirmar que “O coronavírus mudará o rumo da história mundial. Seus impactos não têm precedentes.”²⁵.

2.2. IMPLICAÇÕES DA COVID-19 NO BRASIL

Com a propagação da COVID-19, muitas foram as implicações mundiais. Nesse sentido, a pandemia “[...] colocou as cidades em alerta, especialmente as grandes que apresentam altas densidades e facilitam a propagação da doença. O clima de pânico está instaurado e emerge a certeza que o mundo não será o mesmo quando superada essa fase de expansão da contaminação do Coronavírus.”²⁶. Em 03 de maio de 2020, o número de casos confirmados no Brasil era de 96.559 e 6.750 óbitos, chegando a 7,0% de letalidade²⁷. O primeiro óbito causado pelo COVID-19 no Brasil, ocorreu em 17 de março e um mês depois, no dia 17 abril, já tínhamos 2.141

²¹ Iden.

²² Iden.

²³ FERREIRA JUNIOR, R. R.; SANTA RITA, L. P. Impactos da Covid-19 na Economia: limites, desafios e políticas. **Cadernos de Prospecção**, v. 13, n. 2 COVID-19, p. 459, 2020, p. 471.

²⁴ POSSÍDIO, C.; MARTINEZ, L. **O trabalho nos tempos do Coronavírus**. Saraiva Educação SA, 2020.

²⁵ GUIMARÃES, A. C.; FRASCINO, G. L.; BUENO, I. Redução de tributos, uma ferramenta óbvia Carga tributária menor é essencial para minimizar os efeitos da Covid-19. **Revista Conceito Jurídico**, v. 4, n. 39, p. 49-50, 2020, p. 49.

²⁶ SILVA, J. B. da; MUNIZ, A. M. V. Pandemia do Coronavírus no Brasil: Impactos no Território Cearense. Espaço e Economia. **Revista brasileira de geografia econômica**, v. 9, n. 17, p. 1-20, 2020, p. 1.

²⁷ PAINEL CORONAVÍRUS. **Casos confirmados, óbitos e letalidade**. Ministério da Saúde, 2020.

mortes. Chegamos a um total de 200.000.000 confirmados e 4.250.000 mortes, no mundo²⁸ e, 20.000 confirmados e 558.000 mortes, no Brasil²⁹, em 04 de agosto de 2021. Sendo que a população total brasileira nesta mesma data computa 214.879.955.

A partir desses dados, reafirmamos a importância de medidas de contenção do Coronavírus³⁰. Cada país têm tomado suas providências, sendo que, em maioria, realizaram isolamento social, a quarentena, a proibição do funcionamento do comércio (salvo essenciais, como farmácias e mercados) e demais locais de aglomeração de pessoas. Isolamento é conceituado como “[...] a separação de pessoas doentes ou contaminadas, de maneira a evitar a propagação do vírus. Por sua vez, a quarentena é a restrição de atividades ou separação de pessoas.”³¹. Outros conceitos sobre isolamento e quarentena são apresentados pela Lei nº 13.979³², sendo o primeiro compreendido como a “[...] separação de pessoas doentes ou contaminadas, ou de bagagens, meios de transporte, mercadorias ou encomendas postais afetadas, de outros, de maneira a evitar a contaminação ou a propagação do coronavírus” e o segundo “[...] restrição de atividades ou separação de pessoas suspeitas de contaminação das pessoas que não estejam doentes, ou de bagagens, contêineres, animais, meios de transporte ou mercadorias suspeitos de contaminação, de maneira a evitar a possível contaminação ou a propagação do coronavírus.”.

Alguns países também instituíram a obrigatoriedade do uso de máscaras e a multa pelo descumprimento das orientações. “Na expansão da pandemia, evitar aglomerações, encontros coletivos, não é uma recusa ao social, pelo contrário, é uma consciente

²⁸ OPAS. Organização Pan-Americana da Saúde. **Folha informativa - COVID-19** (doença causada pelo novo coronavírus). 2020.

²⁹ PAINEL CORONAVIRUS. **Casos confirmados, óbitos e letalidade**. Ministério da Saúde, 2020.

³⁰ DE ARAÚJO, Iara Soares; BRANDÃO, Viviane Bernadeth Gandra. Trabalho e renda no contexto da pandemia de Covid-19 no Brasil. *Revista Práxis*, v. 2, p. 96-111, 2021.

³¹ GIRASOLE, Y. L.; VECCHIO, M. L. D. Coronavírus e seus impactos nas relações de trabalho. **Baptista Luz Advogados**, 2020, p. 20.

³² BRASIL. **Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Brasília, 2020b.

afirmação da prevalência da sociedade sobre nossa mera individualidade.”³³. Sabemos pouco, ainda, sobre essa nova doença, e, por isso, recebemos diferentes e novas informações, mudanças constantes no dia-a-dia a fim de prevenir a propagação da COVID-19.

No Brasil, muitas foram as orientações passadas para a população em referência a esta pandemia, sendo mais de 50 documentos federais já registrados, entre leis, resoluções, decretos, portarias e medidas provisórias³⁴. Em 03 de fevereiro de 2020, foi declarada emergência de saúde pública nacional por meio da Portaria nº 188³⁵ e, em 20 de março de 2020, o Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo nº 6³⁶, reconhece a ocorrência do estado de calamidade pública inclusive para acompanhar a situação fiscal e a execução orçamentária e financeira das medidas relacionadas à emergência de saúde pública.

Nesse contexto, o Governo Federal, por meio da Medida Provisória nº 926 de 20 de março de 2020³⁷, posteriormente convertida na lei nº 14.035 de 11 de agosto de 2020³⁸, instituiu mecanismos que alteraram a lei 13.979 de 6 de fevereiro de 2020 para enfrentamento da emergência de saúde pública, contudo, o Supremo Tribunal Federal, decidindo a ADI 6341³⁹, por unanimidade, confirmou o entendimento de que as medidas adotadas pelo Governo Federal na MP 926/2020 para o enfrentamento do novo coronavírus não afastam a competência concorrente nem a tomada de providências normativas e administrativas pelos estados, pelo distrito Federal e pelos municípios, viabilizando, então, aos entes

³³ BITTENCOURT, R. N.. Pandemia, isolamento social e colapso global. **Revista Espaço Acadêmico**, v. 19, n. 221, p. 168-178, 2020, p. 171.

³⁴ PLANALTO. **Legislação COVID-19**. Brasília: Planalto, 2020.

³⁵ BRASIL. **Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020**. Brasília, 2020a.

³⁶ PLANALTO. **Decreto Legislativo nº 6 de 20 de março de 2020**. Brasília, 2020b.

³⁷ PLANALTO. **Medida Provisória 926 de 20 de março de 2020**. Brasília, 2020b.

³⁸ PLANALTO. **Lei nº 14.035 de 11 de agosto de 2020**. Brasília, 2020b.

³⁹ Supremo Tribunal Federal. Ação direta de inconstitucionalidade nº 6341.

federados a condução regionalizada de medidas de enfrentamento ao estado de calamidade.

Na sequência, outros documentos legais em nível federal, estadual e municipal foram publicados a fim de atender as necessidades do Brasil quanto a contenção da pandemia, bem como atender às particularidades de cada região. Entre as principais recomendações estão o isolamento, uso de máscaras e de álcool gel, limpeza das mãos, repressão à aglomerações, entre outros. De acordo com o art. 3º da Lei nº 13.979⁴⁰, as medidas que podem ser adotadas em decorrência ao coronavírus, são: isolamento; quarentena; determinação de realização compulsória de: a) exames médicos; b) testes laboratoriais; c) coleta de amostras clínicas; d) vacinação e outras medidas profiláticas; ou e) tratamentos médicos específicos, dentre outras.

Dessa forma, entendemos que as medidas de contenção da pandemia implicam em restrições de liberdades fundamentais, como o direito de ir e vir, contudo, em face ao direito à saúde, enquanto direito fundamental, temas já assinalados no âmbito do Supremo Tribunal Federal, ainda que de modo esparso. Dentre as medidas, temos a quarentena, a proibição do comércio e demais locais de aglomeração, que não essenciais, a limitação de clientes em locais públicos, o isolamento compulsório de pessoas com suspeita de infecção pelo vírus, entre outros e, aliás, lembrando que cada ente federativo estabeleceu regramento próprio em complemento às medidas previstas na referida lei federal. “Além dessas medidas, há também a imposição de terapias, supressão ou restrição de reuniões públicas, vacinação obrigatória, e até mesmo a ingerência na maneira de como se realizam os funerais.”⁴¹

⁴⁰ BRASIL. **Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Brasília, 2020b.

⁴¹ CHAMMAS, D. O Direito nos tempos de pandemia. **Revista Conceito Jurídico**, v. 4, n. 39, p. 22-25, 2020, p. 22.

2. 3. IMPLICAÇÕES DO COVID-19 NO MERCADO DE TRABALHO DO BRASIL

A partir dos dados apresentados até então, vemos que a quarentena é uma das principais medidas de contenção da COVID-19, a qual trata-se de uma medida desagradável, porém, eficaz para a contenção de maiores riscos e propagação da pandemia⁴². No entanto, a quarentena faz com que as pessoas deixem de ser produtivas e de consumir, o que implica negativamente em diversos setores da economia e, por consequência, no mercado de trabalho⁴³. Assim, vemos que o mundo do trabalho entrou em convulsão com o aparecimento o Covid-19. No entanto, observamos que “[...] a pandemia da Covid-19 agudizou as dimensões da precarização do trabalho. Em outras palavras, a precarização como um velho fenômeno se apresenta como um problema intensificado diante do desafio de enfrentamento da crise sanitária.”⁴⁴. Ou seja, a precarização do trabalho não é novidade, apenas foi intensificada com a pandemia⁴⁵.

Apesar de entendermos que as medidas de contenção do Coronavírus, que limitam a circulação de pessoas na rua, bem como aglomerações em locais públicos ou particulares, são impactantes para o comércio. Em principal, cabe destacar que “É fundamental que a saúde e a integridade dos indivíduos sejam preservadas, e a manutenção de empregos é crucial para isso.”⁴⁶. Nesse sentido, “A histeria mercadológica afirma que a baixa produção na vigência da

⁴² Iden.

⁴³ POSSÍDIO, C.; MARTINEZ, L. **O trabalho nos tempos do Coronavírus**. Saraiva Educação SA, 2020.

⁴⁴ DE ARAÚJO, Iara Soares; BRANDÃO, Viviane Bernadeth Gandra. Trabalho e renda no contexto da pandemia de Covid-19 no Brasil. *Revista Práxis*, v. 2, p. 96-111, 2021.

⁴⁵ DE ARAÚJO, Iara Soares; BRANDÃO, Viviane Bernadeth Gandra. Trabalho e renda no contexto da pandemia de Covid-19 no Brasil. *Revista Práxis*, v. 2, p. 96-111, 2021.

SOUZA, Diego de Oliveira. As dimensões da precarização do trabalho em face da pandemia de Covid-19. *Trabalho, Educação e Saúde*, v. 19, n. 1, p. 1-15, 2021.

⁴⁶ GUIMARÃES, A. C.; FRASCINO, G. L.; BUENO, I..Redução de tributos, uma ferramenta óbvia Carga tributária menor é essencial para minimizar os efeitos da Covid-19. **Revista Conceito Jurídico**, v. 4, n. 39, p. 49-50, 2020, p. 49.

pandemia gerará desemprego. Então cabe ao Estado usar suas reservas para manter a maior totalidade possível da população reclusa em casa [...]”⁴⁷. Cabe destacar que a pandemia repercutiu não apenas na saúde, mas em todos os âmbitos, demonstrando a vulnerabilidade do país⁴⁸.

Entre muitas incertezas, uma coisa podemos afirmar: “[...] é imprescindível o engajamento dos atores políticos para ajustar a legislação, de modo a acomodar as necessárias isenções e remissões tributárias, que, mais do que recomendáveis, são fundamentais para superarmos a crise da saúde e da economia.”⁴⁹. Nesse sentido, notamos que o governo federal declara no art. 2º da Medida Provisória (MP) 927⁵⁰, que durante o estado de calamidade pública indicado no art. 1º do mesmo documento “[...] o empregado e o empregador poderão celebrar acordo individual escrito, a fim de garantir a permanência do vínculo empregatício, que terá preponderância sobre os demais instrumentos normativos, legais e negociais, aparentemente sobrepondo-se à legislação ordinária federal, contudo, respeitando-se os limites estabelecidos na Constituição.”.

Silva e Muniz (2020, p. 13) contribuem com a alarmante afirmativa de que “Com os setores econômicos mais dinâmicos da cidade operando com sérias restrições o aumento do desemprego e, conseqüentemente, da pobreza já é uma realidade.”. Concomitantemente, indicamos que essa situação é de extrema importância e cabe, ao governo, além de priorizar as ações e medidas de contenção do COVID-19, cuidar das empresas e, conseqüentemente,

⁴⁷ BITTENCOURT, R. N. Pandemia, isolamento social e colapso global. **Revista Espaço Acadêmico**, v. 19, n. 221, p. 168-178, 2020, p. 176.

⁴⁸ DE ARAÚJO, Iara Soares; BRANDÃO, Viviane Bernadeth Gandra. Trabalho e renda no contexto da pandemia de Covid-19 no Brasil. *Revista Práxis*, v. 2, p. 96-111, 2021. SOUZA, Diego de Oliveira. As dimensões da precarização do trabalho em face da pandemia de Covid-19. *Trabalho, Educação e Saúde*, v. 19, n. 1, p. 1-15, 2021.

⁴⁹ GUIMARÃES, A. C.; FRASCINO, G. L.; BUENO, I. Redução de tributos, uma ferramenta óbvia Carga tributária menor é essencial para minimizar os efeitos da Covid-19. **Revista Conceito Jurídico**, v. 4, n. 39, p. 49-50, 2020, p. 49.

⁵⁰ BRASIL. **Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020**. Brasília, 2020c.

dos empregados destas⁵¹. Os autores ainda complementam, que para o enfrentamento da pandemia, em questão econômica, “A redução ou eliminação de tributos, ainda que temporariamente, é uma das ferramentas óbvias e que deve ser utilizada em momentos graves como este.”⁵².

Dessa maneira, com o comércio proibido de funcionar ou com restrições, o número de clientes se reduz, bem como os lucros, o que impacta na redução do quadro de colaboradores ou outras medidas, conforme disponibilizadas pelo governo, como a redução de salário e carga horária, proporcionalmente. Tais medidas podem causar reflexos como falência de empresas e desemprego, o que implica num posterior “[...] aumento da inadimplência das empresas e famílias, causando uma crise financeira e o colapso do sistema de crédito.”⁵³.

No intuito de sanar ou minimizar tais problemas econômicos, o governo liberou o auxílio emergencial para aqueles que encontram-se em situação vulnerável devido as medidas de contenção do COVID-19. Segundo a lei nº 13.982⁵⁴, este auxílio trata-se do valor de R\$ 600,00 (seiscentos reais), a partir de 02 de abril, para trabalhadores sem emprego formal que cumpram os requisitos determinados nesta lei.

Em questão do direito do trabalho, Possídio e Martinez⁵⁵ afirmam que são muitas as discussões, sejam elas sobre as interrupções, mudanças ou rescisão. Porém, um “[...] fato inteiramente inédito nessa crise é que, na ausência de políticas públicas típicas de tempos de guerra, as empresas deixarão de produzir e as pessoas

⁵¹ GUIMARÃES, A. C.; FRASCINO, G. L.; BUENO, I.. Redução de tributos, uma ferramenta óbvia Carga tributária menor é essencial para minimizar os efeitos da Covid-19. **Revista Conceito Jurídico**, v. 4, n. 39, p. 49-50, 2020.

⁵² Iden.

⁵³ FERREIRA JUNIOR, R. R.; SANTA RITA, L. P.. Impactos da Covid-19 na Economia: limites, desafios e políticas. **Cadernos de Prospecção**, v. 13, n. 2 COVID-19, p. 459, 2020, p. 467.

⁵⁴ BRASIL. **Lei Nº 13.982, de 2 de Abril de 2020**. Brasília, 2020e.

⁵⁵ POSSÍDIO, C.; MARTINEZ, L.. **O trabalho nos tempos do Coronavírus**. Saraiva Educação SA, 2020.

perderão seus empregos simplesmente para não ter suas vidas ceifadas pela Covid-19.”⁵⁶. A afirmação de Ferreira Junior e Santa Rita⁵⁷ nos mostra o quanto estamos despreparados para situações de emergência como esta. No que se refere ao mercado de trabalho, a MP nº 927, de 22 de março de 2020⁵⁸ indicou:

Art. 3º Para enfrentamento dos efeitos econômicos decorrentes do estado de calamidade pública e para preservação do emprego e da renda, poderão ser adotadas pelos empregadores, dentre outras, as seguintes medidas: I - o teletrabalho; II - a antecipação de férias individuais; III - a concessão de férias coletivas; IV - o aproveitamento e a antecipação de feriados; V - o banco de horas; VI - a suspensão de exigências administrativas em segurança e saúde no trabalho; VII - o direcionamento do trabalhador para qualificação; e VIII - o diferimento do recolhimento do Fundo de Garantia do Tempo de Serviço - FGTS.

Na sequência, o Decreto nº 10.470⁵⁹, de 24 de agosto de 2020, “[...] prorroga os prazos para celebrar os acordos de redução proporcional de jornada de trabalho e de salário e de suspensão temporária de contrato de trabalho e para efetuar o pagamento dos benefícios emergenciais [...]”. Dessa forma, destacamos que para a compreensão das decisões de Estado sobre a pandemia apoiamos na MP nº 936⁶⁰, a qual foi convertida na Lei nº 14.020 em 06 de julho de 2020, e na Lei nº 13.982⁶¹, documentos legais sobre as

⁵⁶ FERREIRA JUNIOR, R. R.; SANTA RITA, L. P.. Impactos da Covid-19 na Economia: limites, desafios e políticas. **Cadernos de Prospecção**, v. 13, n. 2 COVID-19, p. 459, 2020, p. 465.

⁵⁷ FERREIRA JUNIOR, R. R.; SANTA RITA, L. P.. Impactos da Covid-19 na Economia: limites, desafios e políticas. **Cadernos de Prospecção**, v. 13, n. 2 COVID-19, p. 459, 2020, p. 465.

⁵⁸ BRASIL. **Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020**. Brasília, 2020c.

⁵⁹ BRASIL. **Decreto nº 10.470, de 24 de agosto de 2020**. Brasília, 2020g.

⁶⁰ BRASIL. **Medida Provisória nº 936, de 1º de abril de 2020**. Brasília, 2020d.

⁶¹ BRASIL. **Lei Nº 13.982, de 2 de Abril de 2020**. Brasília, 2020e.

ações que podem ser adotadas pelas empresas, em vista da pandemia e suas implicações no mercado de trabalho.

No ano seguinte, em 2021, novas medidas provisórias foram publicadas, a saber: MP nº 1.045⁶² e a MP nº 1.046⁶³, ambas de 27 de abril de 2021. Ambas trataram do mercado de trabalho e as implicações neste devido a pandemia. A MP nº 1.045⁶⁴ trata: “Da instituição, dos objetivos e das medidas do Novo Programa Emergencial. [...] Do Benefício Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda. [...] Da redução proporcional de jornada de trabalho e de salário. [...] Da suspensão temporária do contrato de trabalho. [...] Das disposições comuns às medidas do Novo Programa Emergencial.”. Em suma, esta MP dá sequência ao programa de suspensão e redução de jornada da MP nº 936. Já a MP nº 1.046⁶⁵ “Dispõe sobre as medidas trabalhistas para enfrentamento da emergência de saúde pública de importância internacional decorrente do coronavírus (covid-19).”.

A MP nº 1.046 refere-se a um novo pacote de medidas que flexibilizam regras trabalhistas no que se refere, por exemplo, às férias, feriados, banco de horas e FGTS. Segundo a Agência Brasil⁶⁶ Esta tem por objetivo “[...] promover a preservação do emprego, a sustentabilidade do mercado de trabalho e o enfrentamento das consequências econômicas decorrentes da pandemia de covid-19.”. Outra decisão do governo foi a promulgação da Lei nº 14.151⁶⁷, de 12 de maio de 2021, a qual “Dispõe sobre o afastamento da empregada gestante das atividades de trabalho presencial durante a emergência de saúde pública de importância nacional decorrente do novo coronavírus.”. Essa legislação trata especificamente da obrigatoriedade do afastamento da empregada gestante, de seu

⁶² BRASIL. **Medida Provisória Nº 1.045, De 27 De Abril De 2021**. Brasília, 2021a.

⁶³ BRASIL. **Medida Provisória Nº 1.046, De 27 De Abril De 2021**. Brasília, 2021b.

⁶⁴ BRASIL. **Medida Provisória Nº 1.045, De 27 De Abril De 2021**. Brasília, 2021a.

⁶⁵ BRASIL. **Medida Provisória Nº 1.046, De 27 De Abril De 2021**. Brasília, 2021b.

⁶⁶ AGÊNCIA BRASIL. **Publicada MP de flexibilização trabalhista para enfrentamento da crise**. Brasília, 2021.

⁶⁷ BRASIL. **Lei nº 14.151, de 12 de maio de 2021**. Brasília, 2021c.

ambiente presencial de trabalho, podendo ela seguir suas atividades de forma remota.

A pandemia implica em uma crise econômica e, por consequência, um aumento do desemprego⁶⁸. Este cenário apresenta “Desemprego crescente, precariedade exacerbada, redução acentuada de salários, perda crescente de direitos [...]”⁶⁹. Além disso, o isolamento social provocou mudanças no mercado de trabalho brasileiro, assim como em outros países, “[...] com impactos mais severos para 37,3 milhões de pessoas que vivem na informalidade, já que elas não têm direitos como Fundo de Garantia por Tempo de Serviço (FGTS) e seguro-desemprego.”⁷⁰.

Dados do IBGE⁷¹, referentes ao mês de agosto de 2020, apresentam o impacto da pandemia no número de funcionários das empresas, conforme destacamos a seguir: Empresas em que houve aumento do número de funcionários (6,3%); Empresas em que não houve alteração no número de funcionários (857%); Empresas em que houve redução do número de funcionários (8,1%); Empresas em que não souberam responder (0,5%). Percebemos que o número de redução de funcionários não parece ser tão significativo, mas, sabemos que muitas instituições estão mantendo seus colaboradores por apoio governamental ou mesmo a partir de seus fundos.

No entanto, o cenário não é nada positivo, pelo contrário, 33,5% das empresas em funcionamento, pesquisadas no início de agosto de 2020, reportaram que a pandemia teve um efeito negativo

⁶⁸ AMADO, João Leal. DA PANDEMIA AO “Lay-off simplificado”: o caso português. In: BELMONTE, Alexandre Agra; MARTINEZ, Luciano; FREDIANI, Yone. **X Congresso Internacional da ABDT: crise econômica e social e o futuro do direito do trabalho - Anais do Congresso** [livro eletrônico]. São Paulo: Matrioska Editora, 2020.

⁶⁹ DA SILVA COSTA, Simone. Pandemia e desemprego no Brasil: consequências e medidas de enfrentamento. **Revista de Administração Pública**, v. 54, n. 4, p. 969-978, 2020, p. 972, tradução nossa.

⁷⁰ DA SILVA COSTA, Simone. Pandemia e desemprego no Brasil: consequências e medidas de enfrentamento. **Revista de Administração Pública**, v. 54, n. 4, p. 969-978, 2020.

⁷¹ IBGE. **O IBGE apoiando o combate à Covid-19**. 2020a.

sobre a empresa⁷². Além disso, 8,1% das empresas em funcionamento reduziram o número de funcionários. Outros dados que ressaltam os impactos da pandemia no mercado de trabalho são as 32,9% das empresas que tiveram redução nas vendas ou serviços comercializados e as 31,4 % que indicaram dificuldade para fabricar produtos ou atender clientes.

Neste sentido, dados de setembro de 2020 mostram que o Brasil chegou 2,7 milhões de pessoas foram afastadas do trabalho devido ao distanciamento social⁷³. Cabe ressaltar que 879 mil pessoas ocupadas e afastadas deixaram de receber remuneração⁷⁴. Em 2018 a taxa média de desocupação era de 12,3% em 2018 e baixou para 11,9% em 2019⁷⁵. Depois, chegou à 13,7 % em julho de 2020, e na última pesquisa realizada em setembro de 2020, chegou a 14,4 %. No entanto, cabe ressaltar que esse número vem aumentando como apresentado no gráfico a seguir e, que a falta de continuidade nas pesquisas sobre esses números, dificulta a verificação da gravidade desta situação⁷⁶.

Gráfico 1: Taxa de desocupação entre 03 de maio e 19 de setembro de 2020

Fonte: Dados do IBGE⁷⁷.

⁷² IBGE. **Indicadores de empresas**. 2020b.

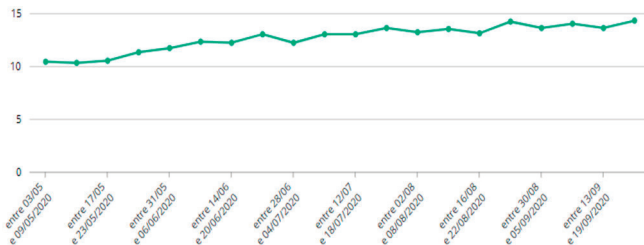
⁷³ IBGE. **Trabalho**. 2020c. Disponível em: <https://covid19.ibge.gov.br/pnad-covid/trabalho.php>. Acesso em: 19 ago. 2020.

⁷⁴ Iden.

⁷⁵ IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua - PNAD Contínua**. 2019.

⁷⁶ IBGE. **Trabalho**. 2020c.

⁷⁷ IBGE. **Trabalho**. 2020c.



A pandemia mudou de forma abrupta as relações e a forma de trabalho, bem como, ressaltou ou incluiu as tecnologias em diversas áreas. Além disso, algumas medidas governamentais, proibiram algumas funções ou pelo menos de serem realizadas da forma como vinham sendo. Essas, rápidas e imprevisíveis alterações, geraram um crescimento do índice de desemprego, ainda mais, considerando a dificuldade de requalificação desses profissionais. Nesse sentido, entendemos que “É preciso que as forças que governam o mundo priorizem a implementação de medidas que reduzam este cenário de desemprego estrutural.”⁷⁸. No entanto, cabe trazer para a discussão que 15,3 milhões não procuraram trabalho por conta da pandemia ou por falta de trabalho na localidade⁷⁹, considerados como desalentados.

Além dos problemas de saúde e de trabalho, muitos outros dilemas têm surgido, como por exemplo os problemas mentais, estresse, depressão, ansiedade, medo e angústia⁸⁰. Dessa forma, as incertezas trazidas pela doença afetam a dimensão psíquica dos indivíduos, causando sofrimento e de adoecimento mental⁸¹. A partir dos documentos analisados, bem como a literatura revisada, percebemos que muitas são as mudanças sociais, econômicas, culturais e

⁷⁸ DALLEGRAVE NETO, José Affonso. Globalização, pandemia e trabalho. In: BELMONTE, Alexandre Agra; MARTINEZ, Luciano; FREDIANI, Yone. **X Congresso Internacional da ABDT: crise econômica e social e o futuro do direito do trabalho - Anais do Congresso** [livro eletrônico]. São Paulo: Matrioska Editora, 2020.

⁷⁹ Iden.

⁸⁰ PAVANI, Fabiane Machado et al. Covid-19 e as repercussões na saúde mental: estudo de revisão narrativa de literatura. **Revista Gaúcha de Enfermagem**, v. 42, n. 1, p. 1-14, 2021.

⁸¹ DE SOUZA, Suerda Fortaleza; ANDRADE, Andréa Garboggini Melo; DE CARVALHO, Rita de Cássia Peralta. Saúde mental e trabalho no contexto da pandemia por Covid-19: proposta para vigilância em saúde. **Revista Baiana de Saúde Pública**, v. 45, n. 1, p. 125-139, 2021.

políticas no Brasil devido ao Coronavírus e suas implicações. Também é possível compreender que há uma preocupação governamental com as inúmeras pessoas que dependem do comércio, seja ele formal ou informal.

3. CONSIDERAÇÕES FINAIS

Em resposta ao nosso objetivo de apresentar as principais implicações da pandemia do COVID-19 no mercado de trabalho do Brasil, destacamos a existência de ampla gama de documentos legais que balizam a conduta do estado, seja no âmbito federal, seja no estadual e municipal, sobretudo pelo alto índice de contágio e letalidade.

O Brasil, bem como outros países, não estava preparado para uma pandemia, contudo, percebemos que, de um modo geral, o governo está, e precisa estar, atento na busca de medidas ainda mais eficazes ao combate à doença e para contenção do elevado número de óbitos, sendo ele o responsável por cuidar das milhões de vidas do seu país⁸². Vale salientar que o foco é a pandemia, mas as ações voltadas à saúde devem voltar-se, também às tantas outras áreas afetadas, dentre as quais, a economia, a cultura, a saúde psicológica, a educação e, não esqueçamos, o grupo vulnerável de trabalhadores formais e informais.

A pandemia causou mudanças significativas na vida de muitas pessoas, a nova rotina, cheia de cuidados com a higiene e com o contato físico, o distanciamento social, as restrições quanto aglomerações, as reduções de lucratividade do comércio, dos autônomos e informais, as implicações no mercado de trabalho, entre outras. No que se refere, mais especificamente ao último item, a Lei nº

⁸² GUIMARÃES, A. C.; FRASCINO, G. L.; BUENO, I.. Redução de tributos, uma ferramenta óbvia Carga tributária menor é essencial para minimizar os efeitos da Covid-19. **Revista Conceito Jurídico**, v. 4, n. 39, p. 49-50, 2020.

FERREIRA JUNIOR, R. R.; SANTA RITA, L. P.. Impactos da Covid-19 na Economia: limites, desafios e políticas. **Cadernos de Prospecção**, v. 13, n. 2 COVID-19, p. 459, 2020.

14.020⁸³ indica medidas do Programa Emergencial de Manutenção do Emprego e da Renda: o teletrabalho, redução proporcional de jornada de trabalho e de salários, suspensão temporária do contrato de trabalho, entre outras.

O mercado de trabalho do Brasil foi tremendamente impactado pela pandemia. Leis, decretos e medidas provisórias nos âmbitos federal, estadual e municipal limitaram a atividade econômica e as instituições de estado fazendo com que houvesse uma redução drástica na renda dos trabalhadores e o desemprego se mostrou presente, contudo, com seus efeitos vem sendo relativizados a partir do alcance dos chamados benefícios emergenciais pelo Governo federal, muito embora se saiba que a fonte de recursos é limitada e vacinas ainda vem tendo suas eficácias testadas, ou seja, o horizonte ainda é nebuloso.

A certeza que se pode expressar é a de que a pesquisa em todos os âmbitos da ciência deve continuar para que tenhamos efetiva contenção da disseminação da doença e para que o país possa, efetivamente, programar o retorno da atividade econômica sustentável a partir da retomada das atividades de estado e das atividades empresariais que viabilizem ao mercado de trabalho, contemplando trabalhadores formais e informais, retomar sua rotina produtiva que suporta as necessidades humanas em todos os seus vieses, dessa forma, salientamos a importância da atenção do Estado com o mercado de trabalho e a situação das famílias mais pobres e mais afetadas por essa situação.

4. REFERÊNCIAS

AGÊNCIA BRASIL. **Publicada MP de flexibilização trabalhista para enfrentamento da crise.** Brasília, 2021. Disponível: <https://agenciabrasil.ebc.com.br/economia/noticia/2021->

⁸³ BRASIL. **Lei nº14,020, de 06 de julho de 2020.** Brasília, 2020f.

BRASIL. **Medida Provisória nº 936, de 1º de abril de 2020.** Brasília, 2020d.

04/publicada-mp-de-flexibilizacao-trabalhista-para-enfrentamento-da-crise. Acesso em: 28 maio 2021.

AMADO, J. L.. Da pandemia ao “Lay-off simplificado”: o caso português. In: BELMONTE, A. A.; MARTINEZ, L.; FREDIANI, Y.. **X Congresso Internacional da ABDT: crise econômica e social e o futuro do direito do trabalho - Anais do Congresso** [livro eletrônico]. São Paulo: Matrioska Editora, 2020.

BITTENCOURT, R. N.. Pandemia, isolamento social e colapso global. **Revista Espaço Acadêmico**, v. 19, n. 221, p. 168-178, 2020. Disponível em: <http://gg.gg/m46hq>. Acesso em: 25 abr. 2020.

BRASIL. **Portaria nº 188, de 3 de fevereiro de 2020**. Brasília, 2020a. Disponível em: http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/portaria/prt188-20-ms.htm. Acesso em: 25 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº 13.979, de 6 de fevereiro de 2020**. Brasília, 2020b. Disponível em: <http://gg.gg/m45yj>. Acesso em: 23 abr. 2020.

BRASIL. **Medida Provisória nº 927, de 22 de março de 2020**. Brasília, 2020c. Disponível em: <http://gg.gg/m45yq>. Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. **Medida Provisória nº 936, de 1º de abril de 2020**. Brasília, 2020d. Disponível em: <http://gg.gg/m46he>. Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. **Lei Nº 13.982, de 2 de Abril de 2020**. Brasília, 2020e. Disponível em: <http://gg.gg/m46h5>. Acesso em: 20 abr. 2020.

BRASIL. **Lei nº14.020, de 06 de julho de 2020**. Brasília, 2020f. Disponível em: <http://gg.gg/m46gh>. Acesso em: 05 set. 2020.

BRASIL. **Decreto nº 10.470, de 24 de agosto de 2020.** Brasília, 2020g. Disponível em: <http://gg.gg/m45z0>. Acesso em: 25 ago. 2020.

BRASIL. **Medida Provisória Nº 1.045, De 27 De Abril De 2021.** Brasília, 2021a. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-1.045-de-27-de-abril-de-2021-316257308>. Acesso em: 28 maio 2021.

BRASIL. **Medida Provisória Nº 1.046, De 27 De Abril De 2021.** Brasília, 2021b. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/medida-provisoria-n-1.046-de-27-de-abril-de-2021-316265470>. Acesso em: 28 maio 2021.

BRASIL. **Lei nº 14.151, de 12 de maio de 2021.** Brasília, 2021c. Disponível em: <https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.151-de-12-de-maio-de-2021-319573910>. Acesso em: 28 maio 2021.

CHAMMAS, D.. O Direito nos tempos de pandemia. **Revista Conceito Jurídico**, v. 4, n. 39, p. 22-25, 2020. Disponível em: <https://www.zkeditora.com/imagens/capa1.pdf>. Acesso em: 05 abr. 2020.

DALLEGRAVE NETO, J. A.. Globalização, pandemia e trabalho. *In*: BELMONTE, A. A.; MARTINEZ, L.; FREDIANI, Y.. **X Congresso Internacional da ABDT: crise econômica e social e o futuro do direito do trabalho - Anais do Congresso.** São Paulo: Matrioska Editora, 2020.

DA SILVA COSTA, S.. Pandemia e desemprego no Brasil: consequências e medidas de enfrentamento. **Revista de Administração Pública**, v. 54, n. 4, p. 969-978, 2020. Disponível em: <http://gg.gg/m46e7>. Acesso em: 19 ago.2020.

DE ARAÚJO, Iara Soares; BRANDÃO, Viviane Bernadeth Gandra. Trabalho e renda no contexto da pandemia de Covid-19 no Brasil.

Revista Práxis, v. 2, p. 96-111, 2021. Disponível em: <https://periodicos.feevale.br/seer/index.php/revistapraxis/article/view/2545>. Acesso em: 29 maio 2021.

DE SOUZA, Suerda Fortaleza; ANDRADE, Andréa Garboggini Melo; DE CARVALHO, Rita de Cássia Peralta. Saúde mental e trabalho no contexto da pandemia por Covid-19: proposta para vigilância em saúde. **Revista Baiana de Saúde Pública**, v. 45, n. 1, p. 125-139, 2021. Disponível: <https://rbsp.sesab.ba.gov.br/index.php/rbsp/article/view/3242>. Acesso em: 26 maio 2021.

FERREIRA JUNIOR, R. R.; SANTA RITA, L. P.. Impactos da Covid-19 na Economia: limites, desafios e políticas. **Cadernos de Prospecção**, v. 13, n. 2 COVID-19, p. 459, 2020. Disponível em: <http://gg.gg/m46dx>. Acesso em: 29 abr. 2020.

GIRASOLE, Y. L.; VECCHIO, M. L. D.. Coronavírus e seus impactos nas relações de trabalho. **Baptista Luz Advogados**, 2020. Disponível em: https://baptistaluz.com.br/wp-content/uploads/2020/04/VF_trabalhista.pdf. Acesso em: 27 abr. 2020.

GUIMARÃES, A. C.; FRASCINO, G. L.; BUENO, I.. Redução de tributos, uma ferramenta óbvia Carga tributária menor é essencial para minimizar os efeitos da Covid-19. **Revista Conceito Jurídico**, v. 4, n. 39, p. 49-50, 2020. Disponível em: <https://www.zkeditora.com/imagens/capa6.pdf>. Acesso em: 25 abr. 2020.

IBGE. **Pesquisa Nacional por Amostra de Domicílios Contínua - PNAD Contínua**. 2019. Disponível em: <http://gg.gg/m460o>. Acesso em: 19 ago. 2020.

IBGE. **O IBGE apoiando o combate à Covid-91**. 2020a. Disponível em: <https://covid19.ibge.gov.br/>. Acesso em: 19 ago. 2020.

IBGE. **Indicadores de empresas**. 2020b. Disponível em: <https://covid19.ibge.gov.br/pulso-empresa/>. Acesso em: 19 ago. 2020.

IBGE. **Trabalho**. 2020c. Disponível em: <http://gg.gg/m46dl>. Acesso em: 19 ago. 2020.

MARCONI, M. de A.; LAKATOS, E. M.. **Fundamentos de metodologia científica**. 7. ed. São Paulo: Atlas, 2016. 297 p.

MELLO-THÉRY, N. de et al.. A geopolítica do COVID-19. Espaço e Economia. **Revista brasileira de geografia econômica**, v. 9, n. 17, p. 1-10, 2020. Disponível em: <https://journals.openedition.org/espa-coeconomia/11224>. Acesso em: 18 abr. 2020.

MINISTÉRIO DA SAÚDE. **Sobre a doença**. Brasília: Ministério da Saúde, 2020a. Disponível em: <https://coronavirus.saude.gov.br/sobre-a-doenca#transmissao>. Acesso em: 25 abr. 2020.

OPAS. Organização Pan-Americana da Saúde. **Folha informativa - COVID-19**. 2020. Disponível em: <http://gg.gg/m46dc>. Acesso em: 04 ago. 2021.

OLIVEIRA, E. de S.; DE MORAIS, A. C. L. N.. COVID-19: Uma pandemia que alerta à população. **InterAmerican Journal of Medicine and Health**, v. 3, p. 1-7, 2020. Disponível em: <https://iajmh.com/iajmh/article/view/80/77>. Acesso em: 22 mar. 2020.

PAVANI, Fabiane Machado et al. Covid-19 e as repercussões na saúde mental: estudo de revisão narrativa de literatura. **Revista Gaúcha de Enfermagem**, v. 42, n. 1, p. 1-14, 2021. Disponível: <https://www.seer.ufrgs.br/RevistaGauchadeEnfermagem/article/viewFile/110484/61126>. Acesso em: 26 maio 2021.

PAINEL CORONAVIRUS. **Casos confirmados, óbitos e letalidade.** Ministério da Saúde, 2020. Disponível em: <https://covid.saude.gov.br>. Acesso em: 9 set. 2020.

PALMEIRAS, G.; GONDIM, G. M. de M.; ROJAS, L. I.. Vigilância em Saúde e Novas Práticas Locais. In: Escola Politécnica de Saúde Joaquim Venâncio (Org.). **Informação e diagnóstico de situação.** Rio de Janeiro: FIOCRUZ, 2004. 172 p. Disponível em: <http://gg.gg/m46d7>. Acesso em: 19 abr. 2020.

PLANALTO. **Legislação COVID-19.** Brasília: Planalto, 2020. Disponível em: <http://gg.gg/m46cw>. Acesso em: 26 abr. 2020.

POSSÍDIO, C.; MARTINEZ, L.. **O trabalho nos tempos do Coronavírus.** Saraiva Educação SA, 2020.

SILVA, J. B. da; MUNIZ, A. M. V.. Pandemia do Coronavírus no Brasil: Impactos no Território Cearense. Espaço e Economia. **Revista brasileira de geografia econômica**, v. 9, n. 17, p. 1-20, 2020. Disponível em: <http://gg.gg/m46cp>. Acesso em: 19 abr. 2020.

SOUZA, Diego de Oliveira. As dimensões da precarização do trabalho em face da pandemia de Covid-19. **Trabalho, Educação e Saúde**, v. 19, n. 1, p. 1-15, 2021. Disponível em: <https://www.scielo.br/j/tes/a/7rJ6TkW8Cs88QkbNwHfdkxb/?lang=pt&format=pdf>. Acesso em: 24 maio 2021.

WORLDOMETERS. **Pandemia de coronavírus Covid-19.** Worldometers, 2020. Disponível em: <https://www.worldometers.info/coronavirus/#countries>. Acesso em: 03 mai 2020.

ISBN 978-84-19090-86-7



9 788419 090867 >

AM Alma mater