

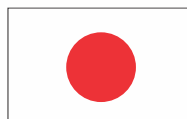
REVISTA

ULTRACONTINENTAL DE LITERATURA JURÍDICA

ISSN 2675-6714. v. 1, n. 2 (set.-dez. 2020)



Neste número:



REVISTA

ULTRACONTINENTAL DE LITERATURA JURÍDICA

ISSN 2675-6714
Volume 1, número 2 (set.-dez. 2020)

Fundadores

Professor Mestre Richardson Xavier Brant
Professor Mestre Waldir de Pinho Veloso

Editor

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso

Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros

Montes Claros, Minas Gerais, Brasil

2020

REVISTA ULTRACONTINENTAL DE LITERATURA JURÍDICA
©COPYRIGHT: ASSOCIAÇÃO DE LETRAS JURÍDICAS DE MONTES CLAROS

REVISTA ULTRACONTINENTAL DE LITERATURA JURÍDICA
PERIODICIDADE: Quadrimestral (v. 1, n. 2, set.-dez. 2020)
Revista fundada em maio de 2020 pelo Professor Mestre Richardson Xavier Brant e pelo
Professor Mestre Waldir de Pinho Veloso.

Histórico dos Editores da Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso – de maio de 2020 até ...

Editor

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso - Montes Claros, Minas Gerais, Brasil.

Conselho Editorial

Professora Doutora Alessandra Galli Aprá -
Centro Universitário de Curitiba (Unicuritiba) e
Escola da Magistratura do Paraná, Curitiba -
Paraná, Brasil.

Professora Doutora Alessia Megliacane - Centre
Georg Simmel da Ecole des Hautes Etudes en
Sciences Sociales de Paris - Paris, France.

Professora Doutora Andrea Laura Gastron -
Universidad de Buenos Aires - Buenos Aires,
Argentina.

Professora Doutora Aranzazu Roldán Martínez
- Universidad Europea de Madrid - Madrid,
España.

Professora Doutora Carmen Grau Pineda -
Universidad de Las Palmas de Gran Canaria -
Las Palmas de Gran Canaria, España.

Professor Doutor Diego Megino Fernández -
Universidad de Burgos - Burgos, España.

Professora Doutora Irene Maria Portela - Insti-
tuto Politécnico do Cávado e do Ave - Barcelos,
Portugal.

Professor Doutor J. Eduardo López Ahumada -
Universidad de Alcalá - Madrid, España.

Professor Doutor José María Pérez Collados -
Facultat de Dret - Universitat de Girona - Girona,
Espanya.

Professor Doutor Omar Huertas Díaz -
Universidad Nacional de Colombia - Bogotá,
Colombia.

Professora Doutora Paula Quintas - Universi-
dade Portucalense; Instituto Superior de Entre
Douro e Vouga (ISVOUGA) - Porto, Portugal.

Professor Doutor Ricardo Rabinovich-Berkman
- Diretor do Programa de Cursos Intensivos
para o Doutorado da Universidad de Buenos
Aires - Buenos Aires, Argentina.

Professora Doutora Rocío Martín Jiménez -
Universidad CEU San Pablo de Madrid - Madrid,
España.

Professora Doutora Tatiana Ribeiro Viana -
Roma, Itália.

Organização, padronização e revisão linguística

Prof. Ms. Waldir de Pinho Veloso

Diagramação/editoração gráfica/leiaute da capa

Maria Rodrigues Mendes

Ficha Catalográfica

Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica. Vol. 1, n.º 2. Montes Claros/
MG, Brasil, Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, 2020.

Quadrimestral

ISSN: 2675-6714

1. Literatura jurídica. 2. Letras jurídicas. 3. Cultura jurídica. 4. Associação de Letras
Jurídicas de Montes Claros. 5. Iniciação Científica.

CDU: 34:008(05)(06)

Catálogo: Vinicius Silveira de Sousa - Bibliotecário - CRB6/3073

ASSOCIAÇÃO DE LETRAS JURÍDICAS DE MONTES CLAROS

Endereço: R. Francisco Versiane Ataíde, 389/703, Bairro Cândida Câmara,
Montes Claros, Minas Gerais, Brasil, CEP 39401-039.

Correspondência e submissão de artigos
(ver normas de publicação, nas últimas páginas desta Revista):
revista.ultracontinental@gmail.com

Achoimre
Crynodeb
Geàrr-Chunntas
Kokkuvõte
Қорытынды
Kopsavilkums
Összefoglalás
Overzicht
Özet
Kopsavilkums
Përmbledhje
Резиме
Резиме
Резюме
Podsumowanie
Povzetek
РЭЗЮМЭ
Resum
Resumé
Resumen
Resumo
Rezumat
sammanfattning
Sammendrag
Santrauka
Sažetak
Sommaire
Sommario
Sommarju
Souhrn
Summary
Yfirlit
Yhteenveto
Zhrnutie
Zusammenfassung
Περίληψη

SUMMARIO

APRESENTAÇÃO	7
DOUTORADO	
Edgar Athzel Carmona Arias Evolución de la Justicia Penal Negociada a Través del Procedimiento Abreviado en México.....	16
Francisco Javier Zamora Cabot e Maria Chiara Marullo Las Grandes Empresas y su Incidencia Sobre el Sistema Democrático.....	43
Francisco Quiñonero Méndez El Principio de Igualdad en el Sector Sanitario Español.....	62
George Mousourakis Explaining Legal Transitions: Alan Watson’s Comparative Theory of Legal Change Revisited.....	94
Humberto Gosálbez Pequeño Ejecución Directa de Obras Públicas Versus Contrato Administrativo en el Derecho Administrativo Español del Siglo XIX.....	117
María de Jesús Camargo Pacheco, María Teresa Gaxiola Sánchez e María del Rosario Molina González Protección de la Mujer Víctima de Violencia Intrafamiliar: reflexiones de la normativa en Mexico.....	149
Omar Huertas Díaz e Filiberto Eduardo R. Manrique Molina Prisión San Juan de Ulúa: el último suspiro entre la gloria, el purgatorio y el infierno.....	170
LATO SENSU	
Adela Perez Del Viso Acceso a una Universidad Pública y Gratuita como Derecho Derivado de la Constitución Nacional Argentina: análisis de etapas históricas hasta el presente	190
Giowana Nunes de Pinho Veloso Direito Internacional Espacial: a lacuna jurídica da legitima defesa.....	227
ESTUDOS CONTINUADOS	
Gonçalo S. de Melo Bandeira Responsabilidade Criminal pelo Medicamento Opioide Letal: purple rain.....	252
Juliano Carneiro Veiga Da Compatibilização do Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição com a Exigência da Demonstração da Necessidade de ir a Juízo.....	259
Richardson Xavier Brant Audiência de Custódia como Direito Fundamental.....	265
Vitor Luís de Almeida Aplicação da Cota de Gênero e da Cota para Negros nas Eleições 2020.....	274
CONDIÇÕES PARA SUBMISSÃO	279

Cyflwyniad
Cur i Láthair
Bemutatás
Erindi
Esittely
Ettekanne
Præsentation
Präsentation
Predstavenie
Predstavitev
Presentació
Presentación
Presentatie
Presentation
Présentation
Presentatioun
Presentasjon
Presentazione
Prezantim
Prezentace
Prezentacija
Prezentācija
Prezentacja
Prezentare
Prezentazzjoni
Pristatymas
Sunum
Taisbeanadh
Тұсаукесер
Παρουσίαση
Презентација
Презентация
Презентація
Прэзентацыя
Представяне

APRESENTAÇÃO

A **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** se apresenta sob a roupagem do volume 1, número 2, correspondente ao terceiro quadrimestre de 2020. É a segunda publicação do ano e, por ser o tempo do seu nascimento, o segundo número da sua existência. E já se mostra com crescimento em comparação com o volume um. Para diferenciar as seções, serão elas apresentadas como subtítulos. Dentro de cada seção ou subtítulo, os autores são expostos em ordem alfabética. Como uma cabeça do texto de apresentação do artigo, há a indicação de qual país o autor do texto tem atuação. O que, fácil e visivelmente, destaca o caráter internacional – melhor, ultracontinental – da Revista.

SEÇÃO “DOUTORADO”

A Seção “Doutorado” pode pousar de carregar, em si, uma reunião das maiores presenças do Direito em várias partes do mundo. Há participação de mais de um continente, comprovando que a escolha do nome da Revista não foi apenas para um enfeite. De fato, há uma representação intercontinental. O que demonstra que a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** já dá passos largos para o seu reconhecimento em toda a Terra.

MÉXICO. A América tem representante de qualidade na presente Revista. O **Professor Doutor Edgar Athzel Carmona Arias** escreveu o artigo denominado “Evolución de la Justicia Penal Negociada a Través del Procedimiento Abreviado en México”, cuidando da ampla aplicação do procedimento na área criminal. O México tem legislação sobre o “procedimento abreviado” de tempo considerado recente e vem a Jurisprudência dando os rumos mais aceitáveis para a aplicação processual do ordenamento. O “procedimento abreviado” tem situação equiparada no Brasil com o “Juizado Especial Criminal”, e, na Espanha, com o “Juicio Verbal”. Porém, o procedimento é diferenciado. Ao iniciar um processo penal, a medida é igual para qualquer procedimento. No curso do processo, se o acusado confessar o crime, pode ser abreviado o fim do julgamento, sem que haja necessidade de tantos trâmites quanto um processo contencioso e carregado de fases e etapas probatórias. Ao diminuir o tempo do processo, a Justiça se apresenta mais apropriada, o desgaste para o próprio acusado e seus defensores. Há, também, correspondentes benefícios aos membros do Ministério Público. O artigo demonstra, em análise que começa pelo que dispõe a Constituição mexicana, passa pela lei e chega à aplicação prática de casos e situações especiais. Sem dúvidas, um estudo valioso. Em levando em consideração o Direito Comparado, um texto credor dos melhores estudos.

ESPAÑA. Os cientistas, com a profundidade da palavra, estudam pormenores acerca de um segmento, um ramo de conhecimento. Tornam-se referência – às vezes, mundial, dependendo do tema – em um assunto. É o que acontece com o **Professor Doutor Francisco Javier Zamora Cabot** e a **Professora Doutora Maria Chiara Marullo**. Embora sediados na Espanha, a base do estudo desses cientistas é o mundo como um todo. Eles escreveram o artigo “Las Grandes Empresas y su Incidencia Sobre el Sistema Democrático”, demonstrando o esforço que as grandes empresas, normalmente multinacionais, fazem para influenciar ora nas eleições de diversos países, ora nas leis sobre o segmento nos quais atuam, ora repassando informações erradas aos seus consumidores e até mesmo criando notícias falsas que venham a resultar em mais sucesso financeiro para elas próprias. Os autores falam sobre empresas que manipulam informações tanto para vender seus produtos quanto para tentar esconder infrações aos direitos humanos. Estas últimas, quando se trata de veículos de comunicação, colocam-se à disposição para divulgar notícias que têm por fim destruir imagens de políticos ou construir mercados cativos de consumidores. Muitas vezes, as empresas de comunicação divulgam, como se fossem notícias, a versão que podem trazer benefícios. Outras vezes, colocam-se como opositoras apenas para que outro governo se instale e lhe repasse muitos benefícios. Também se promove regimes políticos e se escondem fatos jornalísticos que deveriam figurar como informação correta. Se um produto industrial é pernicioso ou causadores de danos até à saúde, há tentativas extremas de não divulgação. E produtos comprovadamente perniciosos continuam sendo divulgados como se fossem saudáveis. As grandes empresas comandam até aos “comandantes”, por meio de “lobby” que sabem executar com maestria. Os autores demonstram que muitos ocupantes de cargos eletivos de Poder, enquanto no Poder, defendem, ainda que veladamente, os direitos das grandes empresas; e quando saem do Poder, imediatamente se empregam em altos cargos ou recebem altos benefícios nas empresas cujos interesses ajudaram. Os autores denominam essa mistura de servir a particulares em vez de cuidar do público como “*puertas giratorias*”. Em troca de futuras acomodações nas grandes empresas, os dirigentes de cargos públicos se esforçam, contra os administrados, para flexibilizar as leis trabalhistas e ambientais. Também produtos prejudiciais à saúde são liberados e há proteção contra divulgação de notícias contrárias aos interesses das megaempresas. Sempre em proteção aos interesses econômicos. Contrariamente aos motivos pelos quais chegaram ao Poder.

ESPAÑA. O segmento do Direito, quando se propõe a analisar questões de gênero, normalmente se debruça sobre estudos acerca de transgenitalização, direitos das manifestações de pessoas que nasceram sob um sexo mas que querem ser reconhecida como integradas a outro, ou direitos da não discriminação em razão de sexo. O segmento da Saúde está bem representada pelo **Professor Doutor Francisco Quiñonero Méndez**, que escreve sobre “El Principio de Igualdad en el Sector Sanitario Español”. Como facilmente se percebe, o tema envolve os profissionais da saúde. O foco, porém, é a aplicação da “Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres”. Todo o desenvolvimento de texto

leva em consideração a Lei em questão e sua aplicação para que homens e mulheres tenham iguais direitos no exercício das profissões, no ato de galgar postos de chefia, nas oportunidades de estudos e capacitação. A demonstração é de que há um longo caminho para a obtenção de destaque para as mulheres, chegando o autor a explicar que as chefias dos serviços “sanitários” (hospitais e de saúde, em geral), pelo menos com os dados disponíveis até 2015, encontram-se quase que em sua totalidade em mãos dos homens (gênero masculino). Assim, mesmo com muita competência, as mulheres somente conseguirão assumir postos de liderança, em número expressivo, quando a jubilação (aposentadoria) ou morte abrirem caminho para a substituição dos atuais comandantes. Trata-se de um artigo científico com o olhar de dentro do campo da saúde, mas sobre a aplicação da lei.

JAPÃO. O dever de ofício é esclarecer que o autor, **Professor Doutor George Mousourakis** está localizado e filiado a uma Instituição de Ensino do Japão. Mas, tem comunicação com toda a Europa. Tem Doutorado na Alemanha, Mestrado na Inglaterra, graduação em Direito em Atenas e em Ciências Sociais no Japão. Leciona em Kyoto e Hiroshima, ambas no Japão. Foi bolsista por entidade da Alemanha e da Áustria. Para completar, a pesquisa foi, em grande parte, feita em um Instituto suíço sediado em Verona, na Itália. Tudo isso o credencia a falar sobre Direito Comparado com a máxima autoridade. O artigo é denominado “Explaining Legal Transitions: Alan Watson’s comparative theory of legal change revisited”. Na primeira parte do artigo, o autor navega na condição histórica e sociológica para demonstrar que muitas leis, com o passar do tempo do seu vigor, não podem ser objeto do Direito Comparado sem se levar em condição as mudanças sociais próprias do ser humano. O entendimento varia, a cultura varia, o conhecimento se aperfeiçoa. Assim, uma lei centenária também precisa sofrer a evolução conforme a evolução da sociedade. Nada contra a continuidade da existência de uma lei centenária. Desde que a sua interpretação seja comparada com as condições atuais e, não, em sua feição histórica. Na segunda parte do artigo, o autor se debruça em obras e teoria do jurista Alan Watson, com vasta produção jurídica, e um dos grandes estudiosos do Direito Comparado da Europa.

ESPANHA. O **Professor Doutor Humberto Gosálbez Pequeño** quis fazer uma pesquisa para não deixar ninguém apontar um único defeito. E conseguiu. O assunto é o Direito Administrativo, mais especificamente o contrato administrativo. Mas, não é um trabalho sobre a atualidade. O título “Ejecución Directa de Obras Públicas *Versus* Contrato Administrativo en el Derecho Administrativo Español del Siglo XIX” já indica que se trata de uma pesquisa histórica. E, sem dúvidas, as questões históricas foram tratadas com o esmero e a competência capazes de elevar o texto ao pontos elevadíssimos. A legislação é, como indica o título, a do século XIX, anterior, portanto a 1900. E, mais do que a legislação, o pesquisador também buscou pelos autores dos anos 1800. Até os dicionários de Direito são, no máximo, da primeira metade do século XX, refletindo as ideias, os conceitos e as fundamentações jurídicos reinantes na época. Mas, a pesquisa volta um pouco mais no tempo, para tratar dos reinados, das primeiras obras públicas espanholas, do desenvolvimento econômico que essas obras pública trouxeram

e, sobretudo, as primeiras contratações de empresar particulares para execução de obras públicas. Descreveu quando o Estado espanhol começou a executar, com seu próprio pessoal, obras públicas, especialmente rodovias, trilhos de estradas de ferro e portos. O artigo sempre mostra as condições para que o Direito Administrativo pode ser aplicado tanto nas contratações de empresa particulares quanto no desenvolvimento da atividade pelo próprio Estado.

MÉXICO. De todas as Marias existentes no México, há o destaque para três delas. Todas, Professoras com título de Doutorado. A **Professora Doutora María de Jesús Camargo Pacheco**, a **Professora Doutora María Teresa Gaxiola Sánchez** e a **Professora Doutora María del Rosario Molina González** colaboraram entre si para que desenvolvessem um texto científico denominado “Proteccion de la Mujer Víctima de Violencia Intrafamiliar: reflexiones de la normativa en Mexico”. Mostraram que a Organização Mundial de Saúde já chegou ao ponto de entender que o feminicídio, ou a homicídio de mulher por motivo de gênero, em especial o crime ocorrido em ambientes domésticos, já pode ser classificado como uma pandemia. E, ao estudarem o caso específico, as autoras apontam que o México já passou por um período em que ocorriam muitos assassinatos e outros crimes contra as mulheres, especialmente em ambiente intrafamiliar. E que algumas normas foram implantadas para o combate, a começar pela Constituição Mexicana e a adesão a Tratados e Convenções Internacionais de proteção à mulher. Também leis internas de nível nacional e estaduais, com destaque para a legislação do Estado-membro de Sonora, sede da Universidade na qual atuam as autoras. Informam as Professoras que as normas reconhecem a necessidade de uma proteção imediata contra ameaças e agressões, a tentativa de acabar com essas ameaças ou possibilidade de concretização dos crimes mesmo após a condenação, a proteção ao dano causado e as medidas de segurança que são fixadas em lei. Dentre essas, a proibição de um condenado deter arma de fogo – mesmo que anteriormente registradas em nome próprio –, o mesmo acontecendo com a proibição de porte de objetos perfurocortantes ou perfurocontundentes. A vítima, descrevem as Professoras, passa a ser única proprietária dos bens imóveis que eram do casal, além de receberem proteção policial. Das garantias existentes, as autoras dão ênfase à questão da proteção à mulher vítima de violência familiar. Mostram que a lei penal estadual de Sonora, por exemplo, colocou, em 2013, o feminicídio como um crime com a pena mais elevada entre todos: o mínimo de trinta anos de prisão, podendo chegar ao dobro desse tempo. E constatam uma realidade triste e existente em outros países, inclusive o Brasil: enquanto as entidades que se autodenominam defensoras dos Direitos Humanos se preocupam somente com os homicidas, as próprias vítimas e seus familiares ficam sem proteção qualquer.

COLÔMBIA E MÉXICO. Para uma Revista que se apresenta como de âmbito ultracontinental, nada mais expressivo do que uma publicação ser feita no Brasil, de um texto jurídico de autoria de um autor da Colômbia em parceria com um autor do México. O **Professor Doutor Omar Huertas Díaz** (Colômbia) e o **Professor Doutor Filiberto Eduardo R. Manrique Molina** (México), juntaram-se, juridicamente, para produzir o texto jurídico-histórico

denominado “Prisión San Juan de Ulúa: el último suspiro entre la gloria, el purgatorio y el infierno”. É também a junção de Criminologia com Direito Penal, alojado no âmbito da História. Os autores retomam a chegada dos espanhóis ao continente da América Central, e à época da construção de um imóvel que seria utilizado como um forte e para um presídio. O presídio de San Juan de Ulúa foi local de torturas por mais de três séculos. No último meio século de utilização como prisão, o local foi o alojamento dos opositores a quatro ditadores. Os políticos da oposição, os jornalistas ou quem ousasse emitir opinião contrária ao governo autoritário, ou eram sumariamente mortos ou eram colocados nesse cárcere. Tornou-se, por isso, uma prisão conhecida como um dos espaços de castigos mais cruéis de toda a história mexicana. É uma das ocupantes do topo, em todo o mundo, das aplicadoras de castigos, torturas e maus tratos. Uma condição desumana. Uma condenação à morte, mas morte por sofrimento, por agressões e espécies de maldades que variavam desde o pouquíssimo alimento até o trabalho forçado e a proibição de um prisioneiro socorrer o outro se esse estivesse em condições que levariam à morte. A história mostra que, uma vez ultrapassada a ponte que permite chegar ao portão da prisão, era normalmente a última caminhada, pois poucos sobreviveram aos sofrimentos impostos. Em razão da localização, o cárcere – paredes de cinco a seis metros de espessura – era imundo, sem iluminação e sem condições para a vida humana. Essa localização trazia o local sem ventilação com a quentura insuportável, especialmente pela umidade (localizada à beira do mar, quase na linha do equador, como se fosse uma ilha). Em 1915, perdeu a função de prisão. Inicialmente, foi residência presidencial. Há mais de meio século, é um museu. Com exposição dos objetos e a própria história de tortura que a prisão protagonizou. Os autores dizem que a prisão de San Juan de Ulúa foi o último suspiro entre a glória, o purgatório e o inferno.

SEÇÃO “LATO SENSU”

A seção “**Lato Sensu**” tem estreia volumosa em qualidade. E tem caráter internacional. Em amplos sentidos. Há textos de autoria de pessoas de outros países e, quanto ao texto brasileiro, é sobre o Direito Espacial.

ARGENTINA. A integração sul-americana vem sob o apoio da Argentina. A **Professora Adela Pérez del Viso** escreveu o texto “Acceso a una Universidad Pública y Gratuita como Derecho Derivado de la Constitución Nacional Argentina: análisis de etapas históricas hasta el presente”. De fato, um estudo histórico que demonstra as mais diversas fases da educação superior na Argentina, com reflexo na América do Sul. E sua comparação histórica com o desenvolvimento educacional europeu. O texto começa com as referências aos primeiros Cursos de Direito da América Latina, em uma época em que somente os economicamente poderosos podiam enviar seus filhos para estudar em outras paragens. A onerosidade começavam com as viagens, passavam pela manutenção na universidade em outro país e, por acréscimo, havia a necessidade de um apoio, envio ou recomendação de um líder religioso, além de ser o curso superior reservado apenas aos homens e, por muito tempo, ao primogênito. Na fase intermediária, demonstra o estudo,

a dificuldade de estudar em uma Universidade incluía o fato de estarem as províncias argentinas em luta pela libertação. Assim, frequentar escolas na Espanha não era próprio dos patriotas. E pouco tempo após a criação da Universidade de Buenos Aires, as questões políticas limitaram a frequência aos partidários e adeptos ao regime político federal. O estudo revela que, após 1960, a ingerência ditatorial chegou às Universidades, havendo casos, já em 1982, em que um professor abandonava a ementa de Direito Constitucional para tratar exclusivamente do ato institucional, ditatorial, que dava poderes ao Poder Executivo. A análise dos tempos mais modernos mostra a inclusão e um início de acesso mais popular ao ensino superior. Mas, como se nota, ainda há muito a evoluir.

BRASIL. A participação brasileira se dá por meio da análise que a **Advogada Giowana Nunes de Pinho Veloso** fez sobre o tema do Direito Espacial, um ramo do Direito Internacional. Em um artigo científico de longo e bom fôlego, a autora analisou a aplicação da legítima defesa em se tratando de exploração espacial. A análise jurídica parte da conteúdo do art. 51 da Carta das Nações Unidas, de 1945, e o Tratado do Espaço, que é documento internacional, de 1967. O texto mostra que enquanto a Carta das Nações Unidas permite o conflito armado, de coloração internacional, quanto qualquer Estado soberano estiver se sentindo ameaçado e necessitando utilizar dos meios da legítima defesa, o Tratado do Espaço determina que o espaço aéreo internacional somente pode ser utilizado para fins pacíficos. Depois de apresentar várias doutrinas integrantes do Direito Internacional Público, e as especializadas em Direito Internacional Espacial, especialmente estudando pormenorizadamente as Resoluções, Acordos e Tratados internacionais, a autora mostra que a aplicação do Direito Consuetudinário também tem aplicação para a situação exposta. A demonstração é de que a lacuna é, especialmente, porque o Tratado dispõe de uma forma quase contraditória em relação à Carta das Nações Unidas, mas permite a aplicação da Carta em sua interpretação. Assim, há necessidade de definir os limites. Especialmente porque o costume internacional, que é fonte do Direito, tem modificado a aplicação da Carta das Nações Unidas, principalmente em razão dos Tratados Internacionais sobre a utilização do cosmo. Tema urgente, emergente e bem descrito.

SEÇÃO “ESTUDOS CONTINUADOS”

PORTUGAL. De autoria do **Professor Doutor Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Melo Bandeira**, vem um estudo que roça o Direito pela linha transversal, sem referência direta e indicativa de um segmento jurídico. É a questão da necessidade de regulação, por norma legal, quanto aos medicamentos. Especialmente, os analgésicos à base de ópio. A discussão demonstra que o consumo dessa modalidade de analgésico vem crescendo em proporções geométricas em diversos países da Europa e das Américas (a começar pela América do Norte), sem que as autoridades locais tenham dedicado à criação de regras locais. Com a liberdade na difusão desses medicamentos, os laboratórios têm estendido seus produtos a todas as camadas da população. E, sem regras especiais, não há sequer uma

responsabilização em termos penais, quando a quantidade usada causa lesão ou morte dos usuários. O texto, denominado “Responsabilidade criminal pelo medicamento opioide letal: purple rain” serve de um alerta mundial no presente, para que haja um bom futuro.

BRASIL. Conhecer a posição interpretativa dos integrantes do Poder Judiciário é boa técnica para os operadores do Direito dos demais segmentos. Uma interpretação a ser estudada com atenção é de autoria do **Professor Juliano Carneiro Veiga**, Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. A colaboração desse autor recebe o título de “Da Compatibilização do Princípio da Inafastabilidade da Jurisdição com a Exigência da Demonstração da Necessidade de ir a Juízo”. Um breve estudo em que o autor descreve os que a Constituição prevê a inafastabilidade da análise e decisão da causa pelo Poder Judiciário, o Código de Processo Civil evoluído para afirmar da “apreciação jurisdicional”, o que faz concluir que a mediação e a autocomposição e a arbitragem podem ser agasalhadas como integrantes das válidas decisões. O artigo apresenta fundamentação em normas jurídicas e autores renomados, como segurança de que a resolução alternativa de conflitos funciona como uma das diversas portas disponíveis para o acesso à Justiça.

BRASIL. O **Professor Mestre** (e doutorando) **Richardson Xavier Brant** é, dentre os Juízes de Direito que atuam no interior do Estado de Minas Gerais, um dos mais requisitados para colaborar com diversos segmentos do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Nessas condições, foi convocado a analisar uma norma oriunda do Conselho Nacional de Justiça e emitir um Parecer para que o Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais passasse a interpretar a norma nacional de um modo uniforme. O trabalho foi minucioso por diversos motivos. Um deles, porque seria o suporte que o Tribunal teria para propor uma padronização dos procedimentos, quanto às audiências de custódia, em todo o Estado. Também porque o texto poderia servir de base para emissão de uma Resolução do Tribunal de Minas Gerais, se necessário. Se fossem somente esses os motivos, já haveria fundamentação para afirmar da extrema importância do texto. Mais do que isso, o Parecer técnico se mostra descrito de forma bem fundamentada, com interpretação contextual acima da textual e em linguagem que passeia entre o técnico e o literário. O tema, da área das Execuções Penais e do Direito Criminal, é atraente para os dedicados aos estudos de todos segmentos do Direito.

BRASIL. O **Professor Mestre** (e doutorando) **Vítor Luís de Almeida** é Juiz de Direito e, dentro dessa importante função pública, é Diretor do Foro Eleitoral da Comarca de Montes Claros, Norte de Minas Gerais. A sua contribuição vem de um estudo especial acerca da aplicação, já nas eleições partidárias de 2020, da cota de gênero e da cota de pessoas negras participantes da campanha eleitoral. O texto demonstra que as decisões dos Tribunais de ordem superior (Tribunal Superior Eleitoral e Supremo Tribunal Federal) encarregados das decisões quanto à lei eleitoral, são no sentido de que o mínimo 30% das vagas destinadas a candidatos a cargos eletivos do Legislativo (no caso, a vereadores, pois nas eleições de 2020 não houve eleições para deputados), tem que ser ocupado por mulheres. E mais: o dinheiro do financiamento de campanha também tem que ser destinado e

efetivamente utilizado na mesma proporção. Outra decisão imponente: entre as candidatas mulheres, pelo menos 30% delas deve ser de mulheres negras; e igual percentual (o mínimo de 30%) para as candidaturas de homens negros, calculado essa fração sobre a quantidade de candidatos do sexo masculino. Outro dado digno de nota: as campanhas-fantasma ou os candidatos-laranja terão consequências pesadas, na fase posterior à prestação de contas. Poderá ocorrer muita cassação de mandatos de vereadores, em todo o Brasil, no decorrer do ano de 2021.

A plantação está em fase de colheitas. E os frutos são literários e jurídicos ao mesmo tempo. Um tempo de celebração pelo segundo número da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**.

Professor Mestre Waldir de Pinho Veloso
Editor

Céim Dochtúireachta
Ceum Dotaireachd
Ступень Доктара
Daktaro Laipsnis
Diploma de Doctorat
Diplomë Doktorature
Doctoraat
Doctorado
Doctorat
Doctorate Degree
Doktora Derecesi
Doktora Grāds
Doktorat
Doktorát
Doktorgrad
Doktori Fokozat
Doktorikraad
Doktorsexamen
Doktorspróf
Dokortitel
Dottorato
Doutoramento
Gradd Doethuriaeth
Grad ta 'Dottorat
Gradën e Doktoratës
Llicenciat de doctorat
Titulado de Doutoramento
Tohtorin Tutkinto
Доктор Дәрежесі
Докторантура
Докторат
Докторський Ступінь
Докторска Степен
Докторска диплома
Докторская Степень
Докторлық Дәрежесі
Διδακτορικό

DOCTORADO

EVOLUCIÓN DE LA JUSTICIA PENAL NEGOCIADA A TRAVÉS DEL PROCEDIMIENTO ABREVIADO EN MÉXICO

EVOLUTION OF NEGOTIATED CRIMINAL JUSTICE THROUGH THE ABBREVIATED PROCEDURE IN MEXICO

EDGAR ATHZEL CARMONA ARIAS¹

RESUMEN

En el presente artículo haremos un análisis integral de la regulación que existe sobre el tema de estudio emanada de los tres poderes. Iniciando con el poder legislativo, llevaremos a cabo el análisis de la figura del procedimiento abreviado desde la concepción establecida en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos así como en las leyes reglamentarias. Por el lado del poder judicial, analizaremos los criterios jurisprudenciales que hasta el día de la elaboración de la presente investigación existen. Para concluir, se hará un análisis de los lineamientos emitidos por el ejecutivo, lineamientos que deben ser observados por las procuradurías de justicia o fiscalías, respecto a la aplicación y criterios que deben observar los fiscales o agentes del ministerio público, al resolver una controversia penal por la vía de la negociación penal a través del procedimiento abreviado.

Palabras clave: Procedimiento abreviado. Negociación penal. Criterios contradictorios.

ABSTRACT

In the present article we will make an integral analysis of the regulation that exists on the subject of study emanating from the three powers. Starting with the legislative power, we will carry out the analysis of the figure of the abbreviated procedure from the conception established in the Political Constitution of the Mexican United States as well as in the regulatory laws.

¹ Doctor en Derecho y Globalización por la Universidad Autónoma del Estado de Morelos (México). Miembro del Sistema Nacional de Investigadores SIN. Miembro del Centro Interamericano de Investigación en Derechos Humanos CIIDHLEX.AC. e-mail: edgar.carmonaari@uaem.edu.mx

On the side of the judiciary, we will analyze the jurisprudential criteria that exist until the day of the elaboration of the present investigation. To conclude, there will be an analysis of the guidelines issued by the executive, guidelines that should be observed by the prosecutors of justice or prosecutors, regarding the application and criteria to be observed by prosecutors or public prosecutors, when resolving a criminal controversy through criminal negotiation through the abbreviated procedure.

Keywords: Abbreviated procedure. Criminal negotiation. Contradictory criteria.

RESUMO

No presente artigo, faremos uma análise integral do regulamento que existe sobre o tema de estudo que emana dos três poderes. A partir do Poder Legislativo, realizaremos a análise da figura do procedimento abreviado a partir da concepção estabelecida na Constituição Política dos Estados Unidos Mexicanos, bem como nas leis reguladoras. Do lado do Judiciário, analisaremos os critérios jurisprudenciais existentes até o dia da elaboração da presente investigação. Para concluir, haverá uma análise das diretrizes emitidas pelo Executivo, diretrizes que devem ser observadas pelos Promotores de Justiça ou Promotores, quanto à aplicação e critérios a serem observados pelos Promotores ou Promotores Públicos, ao resolver uma controvérsia criminal por meio de processos penais. Negociação através do procedimento abreviado.

Palavras-chave: Procedimento abreviado. Negociação criminal. Critérios contraditórios.

1 INTRODUCCIÓN

El objetivo de llevar a cabo el presente artículo a través de la estructura y metodología planteada, es con el fin de exponer ampliamente el problema de investigación, consistente fundamentalmente en exhibir las fallas estructurales en la regulación, aplicación e incluso entendimiento teórico del procedimiento abreviado y su naturaleza jurídica. Veremos cómo han ido evolucionando los criterios jurisprudenciales en esta materia, sin embargo, aún existen diversos criterios contradictorios, esto es, no existe certeza jurídica que garantice la correcta aplicación del procedimiento abreviado; con lo que sostenemos, se violan derechos humanos a las partes intervinientes en los procesos penales que optan por esta vía anticipada de solución del conflicto.

Si bien es cierto, han habido avances significativos en la comprensión y aplicación del procedimiento abreviado, también lo es que aún se encuentra en una etapa de desarrollo precaria y falta una amplia regulación al respecto.

Podemos afirmar que desde el seno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el entendimiento de dicha figura es muy pobre por parte de los ministros, exceptuando al ministro en retiro José Ramón Cossío Díaz, quien consideramos cuenta con la mayor preparación teórica doctrinaria.

Si bien es cierto que la naturaleza jurídica del procedimiento abreviado tiene una connotación distinta y más amplia de lo que es una definición o conceptualización, resulta necesario y oportuno iniciar dando una definición teórica para efecto de ir contrastando cómo ha ido evolucionando y se ha ido desarrollando dicha institución en el contexto jurídico mexicano. Así, tenemos que:

El procedimiento penal abreviado consiste en la tramitación sumaria de la causa penal, en la cual concurre la voluntad del imputado en la aceptación de los hechos punibles, evitándose así la celebración de juicio oral. Las negociaciones previas que deben preceder la conformidad del ministerio público en este proceso, evidencian el carácter puramente acusatorio del sistema procesal, en el cual el ministerio público puede disponer libremente del contenido fáctico de la acusación. En tal caso, para el imputado los efectos de su colaboración no sólo se circunscriben a la pena a imponer, sino que también se evita la aplicación de medidas cautelares, incluida la prisión preventiva (INOA LAZALA, 2010, p. 55-ss).

Sin embargo, pese a la importancia, complejidad y multiplicidad de objetivos que se persiguen con la implementación y aplicación del procedimiento abreviado, a diferencia de lo que sucede con la reforma constitucional, en el objeto del proceso, el procedimiento abreviado brilla por su ausencia en la legislación secundaria (HIDALGO MURILLO, 2012, p. 16-17).

2 EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO EN LA LEGISLACIÓN

En el ordenamiento jurídico nacional mexicano, el procedimiento abreviado se encuentra regulado desde el nivel constitucional y en el Código que rige para todo el país; el llamado Código Nacional de Procedimientos Penales CNPP. Sin embargo, es de destacar que en ninguno de estos dos cuerpos normativos se establece una definición de lo que es el procedimiento abreviado. No obstante lo anterior, en las próximas líneas analizaremos desde la perspectiva legislativa, las cuestiones más importantes que se tienen dentro de esta figura jurídica en el sistema mexicano. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos señala respecto al procedimiento abreviado en su artículo 20 fracción VII que:

Si el imputado reconoce ante la autoridad judicial, voluntariamente y con conocimiento de las consecuencias, su participación en el delito y existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación,

el juez citará a audiencia de sentencia. La ley establecerá los beneficios que se podrán otorgar al inculcado cuando acepte su responsabilidad [...].

En este sentido, es de destacar tres cuestiones fundamentales para la procedencia del procedimiento abreviado, ya que son algunas de las que más polémica y confusión han causado tanto a nivel doctrinario como en la práctica y jurisprudencia. La primera de ellas consiste en que en la constitución se habla del reconocimiento por parte del imputado, no de una confesión, y así es reiterado por la jurisprudencia (Procedimiento abreviado. Su aceptación por el imputado no implica que deberá considerársele confeso (Legislación del Estado de México), 2015). La segunda cuestión es la referente a la frase “participación en el delito” ya que a nuestro juicio, en esta frase se está haciendo un prejuicio de la existencia de un delito cuando sabemos que a esta aseveración únicamente se puede llegar a través del dictado de una sentencia de juicio oral.

El tercer punto consiste en la frase “medios de convicción suficientes para corroborar la imputación” la cual en este caso consideramos muy acertada. Aunque al inicio de la aplicación del sistema acusatorio generó mucha controversia y confusión, ya que se confundía la mencionada expresión con una plena comprobación del delito y responsabilidad del imputado. Por último, la expresión “aceptación de responsabilidad” de la cual destacamos que esta no debe ser equiparada con la culpabilidad ya que esta última deriva de la figura jurídica conocida como “confesión”, la cual no tiene lugar dentro del procedimiento abreviado.

El procedimiento abreviado, en el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) legalmente es considerado como una forma de terminación anticipada (véase, artículo 185). Se encuentra regulado en el título I, capítulo IV, artículos 201 al 207. Aquí, de lo más destacable que podemos mencionar es que en el artículo 201, fracción III, b) se establece la renuncia expresa al juicio oral, como requisito de procedencia del procedimiento abreviado. Con lo cual nos hacemos la siguiente pregunta, ¿con esto se abre la posibilidad y asimismo es legal la renuncia a los derechos constitucionales?

Lo anterior es así, ya que la mayoría de los principios del nuevo sistema de justicia y del debido proceso legal, en sí, se desenvuelven en la audiencia de juicio oral; como lo son: la contradicción, inmediatez, oralidad, el derecho de ofrecer y desahogar pruebas y oponerse de las pruebas en su contra y el derecho a ser juzgado por un juez imparcial. Con lo cual, de facto, se pierde sino la totalidad, sí gran parte de su observancia a la hora de optar por esta forma de terminación anticipada mediante la renuncia al derecho que se tiene a un juicio oral.

Es por ello que hay quienes consideran que con la implementación del procedimiento abreviado “se pagará un alto costo, esto es, la destrucción de los principios y de los valores que hasta hoy, eran cimiento de nuestro proceso penal” (ZAMORA PIERCE, 2014, p. 87).

Dentro de la regulación del procedimiento abreviado en el Código Nacional de Procedimientos Penales, podemos destacar que éste tiene lugar a solicitud del Ministerio Público, sin hacer referencia de la posibilidad de ser solicitado al mismo Ministerio Público por parte del imputado o su defensor, con intervención de la víctima u ofendido, posibilidad que consideramos debiera ser expresa. Por otro lado, el lapso de procedencia comprendido en el artículo 202 de mismo CNPP es “después de que se dicte el auto de vinculación a proceso y hasta antes de la emisión del auto de apertura a juicio oral”. Dentro del mismo artículo se establece un acuerdo que deberá de ser emitido por el procurador para efecto de solicitar la pena.

Respecto de la sentencia, es importante destacar que “no podrá imponerse una pena distinta o de mayor alcance a la que fue solicitada por el Ministerio Público y aceptada por el acusado [...]” de acuerdo a lo establecido en el artículo 206 del mencionado Código, de lo cual se entiende que el Juez a la hora de aceptar la tramitación del procedimiento abreviado, deberá aceptar la pena solicitada por el Ministerio Público y aceptada por el imputado, entendiéndose que en ningún caso podrá imponer una pena no sólo mayor, sino que tampoco menor.

Así como que “el juez deberá fijar el monto de la reparación del daño, [...]” con lo cual tampoco estamos de acuerdo, ya que la exigencia del procedimiento abreviado de que las partes, a través de un acuerdo, determinen las consecuencias del hecho imputado, debe ser también uno de los puntos de acuerdo de las partes. En este rubro hacemos énfasis en la víctima u ofendido, quien deberá ser consultado en este punto de acuerdo.

No queremos concluir este apartado sin antes hacer referencia a la Ley Federal Contra la Delincuencia Organizada², misma que no debemos olvidar que no es de reciente creación, ya que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de noviembre de 1996 y, sin embargo, ya en esta ley se establece una forma de colaboración con la justicia a través de una forma de negociación penal, no únicamente para el imputado de alguno de los delito más graves, como lo son los delitos en materia de delincuencia organizada. Este tipo de negociación se establece también para aquellos que ni siquiera tienen abierta una investigación en su contra; o para quien teniendo abierta una investigación en su contra, aún no se le haya hecho formalmente una imputación; o por el contrario, incluso está abierta la posibilidad de que una persona que ya cuenta con una sentencia ejecutoriada, pueda llevar a cabo una negociación de la misma, bajo los términos y condiciones que se establecen en el artículo 35 de la citada ley federal.

De la lectura del artículo anterior, se deduce la posibilidad de negociar la imputación o los cargos, las “posibles pruebas” o “antecedentes de investigación” (al no ser tomadas en cuenta en su contra) la pena, e incluso,

² La negociación penal en este rubro resulta particularmente importante si tenemos en cuenta que en este tipo de casos que generalmente resultan ser muy complejos y con varios acusados, permite a los fiscales a obtener información privilegiada crítica sobre las redes delictivas. “in complex, multi-defendant cases, it helps prosecutors obtain critical insider information about criminal networks.” (TURNER, 2017, p. 219-246, traducción propia).

como ya lo mencionamos, la sentencia “firme” que tenga en su contra quien colabora con la justicia, o sentencia que ya, de hecho, este cumpliendo.

Es por lo anterior que vamos más allá, ya que consideramos que el acuerdo suscrito por las partes para la procedencia del procedimiento abreviado, si no debiera, sí pudiera ir más allá de la determinación de la pena, alcanzando incluso, como sucede en otros países, al acuerdo en la forma de ejecutar dicha pena. Acordando la improcedencia o la forma en que pudieran proceder los beneficios y subrogados tales como los beneficios preliberacionales y sanciones no privativas de la libertad; entre los que tenemos: la libertad condicionada, la libertad anticipada, la sustitución y suspensión temporal de las penas, la preliberación por criterios de política penitenciaria y las sanciones y medidas penales no privativas de la libertad (MÉXICO, 2016, art. 136 y ss.). Así, podemos concluir que:

[...] pese a que en el procedimiento en estudio existe una predisposición del imputado de participar en el mismo, no se abandona su carácter de juicio, puesto que dentro de éste se discute la licitud de los datos de prueba, la clasificación legal que hace la fiscalía de los hechos imputados, el empleo de la fórmula de la disminución de la pena solicitada, la procedencia de la condena condicional o de algún sustitutivo penal, entre otros [...] (BARRÓN DÍAZ, 2016, p. 49).

Esto último, a diferencia de lo que sucede en otros países, aún no es objeto de negociación en el caso mexicano, sin embargo, estamos seguros que en un futuro también así se realizará en nuestro país. Así, como ya se ha referido en diversas ocasiones y sostenido por diversos autores, se pretende que el procedimiento abreviado sea la vía por la cual se resuelva el 95% de casos, para que los mismos no lleguen a la etapa de juicio oral (ZAMORA PIERCE, 2014, p. 63).

Actualmente, esta situación ha permanecido meramente en la teoría, ya que en la práctica la resolución de las causas penales a través del procedimiento abreviado son mínimas, debido a dos principales razones; la primera es por su desconocimiento; la segunda se debe a que la ley limita las diversas formas de su procedencia, esto es, es una figura muy reducida respecto a sus homologas en Colombia y Estados Unidos. La reforma constitucional al artículo 20, pero principalmente al 17 ha concebido al sistema de justicia penal, en tres diferentes posiciones que toma el Estado frente a los conflictos sociales:

1. “El Estado no interviene porque las conductas se limitan a cuestiones subjetivas o no perjudican bienes sociales útiles.
2. La intervención del Estado se mantiene de forma subsidiaria debido a que la relevancia jurídica de los conflictos pueden ser resueltos directamente por los involucrados en el conflicto.
3. El Estado interviene obligadamente dado que en el conflicto resulta ser de alto impacto para el orden público y jurídico (delitos graves) (VASCONCELOS MÉNDEZ, 2012, p. 200).

A continuación, analizaremos la forma en la cual otra parte del poder público, como lo es el Poder Judicial, ha concebido aplicar, e incluso ha desarrollado al procedimiento abreviado, a través de su facultad de interpretación.

3 ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL DEL PROCEDIMIENTO ABREVIADO EN EL SISTEMA JURÍDICO PENAL MEXICANO

Consideramos que no únicamente el legislador mexicano ha sido desconocedor de la figura jurídica del procedimiento abreviado y por ende errático en la forma de legislarlo en su momento, en las legislaciones locales que iniciaron con la implementación del sistema acusatorio en diversos Estados de la República, sino también el legislador federal en la implementación del procedimiento abreviado a nivel nacional con el Código Nacional de Procedimientos Penales.

En la misma situación se encuentra el intérprete de la ley a través de la jurisprudencia, a la hora de resolver las controversias que llegan a su consideración. En las próximas líneas, realizaremos un análisis de la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación, no únicamente respecto a las codificaciones procesales penales locales del sistema acusatorio, sino también la emitida bajo la regulación del CNPP.

Uno de los primeros y principales problemas que surgen a la hora de aplicar el procedimiento abreviado, consiste en el choque de dos principios aplicables al sistema procesal penal. Por un lado tenemos al llamado principio de legalidad, el cual rige desde el sistema anterior a la reforma de 2008, y por otro lado, al principio o criterio de oportunidad, el cual llegó a nuestro sistema penal con la citada reforma (HUERTAS DÍAZ, 2018).

Uno de los primeros criterios emitidos al respecto surgió de un asunto seguido bajo la jurisdicción de la legislación de Chihuahua, el cual se resolvió en el 2010 y se estableció que debido a que en los artículos 14, 20, apartado A, fracciones II, VII, VIII y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) “se tutela la garantía de exacta aplicación de la ley en materia penal” (principio de legalidad), y “se otorga al Juez la facultad exclusiva de desahogar audiencias, valorar las pruebas, imponer las penas y determinar su modificación y duración” (Procedimiento abreviado. El hecho de que el inculpado opte por esta forma especial de terminación anticipada, admita los hechos que se le atribuyen y esté de acuerdo con la cantidad que el ministerio público precisó en su acusación por concepto de reparac, 2015), además, se establece que “el Juez de Garantía” –hoy Juez de Control–:

puede [...], valorar las pruebas y concretar la imposición de dicha sanción pecuniaria, toda vez que no puede quedar despojado de esa facultad que constitucionalmente le ha sido dada y que se encuentra obligado a cumplir, aplicando la lógica, los conocimientos científicos y las máximas de la experiencia, en estricto apego a los principios fundamentales de objetividad y deber de decidir, así como de

fundamentación y motivación, según los artículos 17 a 20 de la Constitución Federal (Procedimiento abreviado. El juez de garantía puede, sin excederse del monto que conformó la imputación, valorar las pruebas y concretar la imposición de la reparación del daño, aun cuando el activo, al admitir el hecho que se le atribuye, haya estado de a, 2010).

De esta forma, nos damos cuenta que en la jurisprudencia se habla de una valoración de pruebas en una etapa previa a la audiencia de juicio oral, cuando sabemos que es precisamente en audiencia de juicio oral, la única etapa en la cual se desahogan y valoran pruebas, propiamente dicho. Sin embargo, lo peor no termina ahí. Una tesis emitida con posterioridad a la citada en el párrafo anterior, fue más allá y se estableció que dentro del procedimiento abreviado,³ el juzgador está obligado a valorar –no algunos “datos de prueba”– sino “la totalidad de las pruebas que existan en la causa penal al dictar la sentencia respectiva,” aunque más adelante en la misma tesis se establezca que lo que se valora son “elementos de prueba” y se continúa diciendo que tal valoración se realiza “a efecto de que precise con cuáles acreditó el hecho probado y si éste materializó el ilícito, así como la plena responsabilidad del inculpado.” (Procedimiento abreviado. Su tramitación no exime al juzgador de la obligación de valorar la totalidad de las pruebas que existan en la causa penal al dictar la sentencia respectiva (Legislación del Estado de Nuevo León), 2013). Pero esta no es la única jurisprudencia que en “cumplimiento” del artículo 16 constitucional confunde la “fundamentación y motivación” de todo acto de autoridad con la “valoración de pruebas, comprobación de la existencia del delito y la plena responsabilidad del imputado” en una sentencia de procedimiento abreviado. También podemos hacer referencia a la que al rubro señala:

Sentencia condenatoria emitida oralmente en la audiencia que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la resolución dictada en el procedimiento abreviado. Aun cuando el imputado haya aceptado su participación en el hecho delictivo, aquélla debe fundarse y motivarse independientemente de que la resolución escrita cumpla con esa exigencia constitucional (2013).

Además de la obligación de emitir, nuevamente, “un juicio de valoración de los datos de prueba”. En esta resolución se tocan dos nuevos temas de relevancia teórica y práctica al hacer referencia a la “aceptación por parte del imputado” de su “participación en el hecho” y la “posibilidad de que se emita una resolución absolutoria”, lo cual retomaremos más adelante, pero asimismo, se vuelve a insistir en el error –producto del desconocimiento de la institución del procedimiento abreviado– de la “acreditación de la existencia del hecho delictuoso y la certeza de que el imputado lo cometió” (Procedimiento abreviado. El hecho de que el inculpado opte por esta forma

³ Regulado en el artículo 601 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Nuevo León.

especial de terminación anticipada, admita los hechos que se le atribuyen y esté de acuerdo con la cantidad que el ministerio público precisó en su acusación por concepto de reparac, 2015).⁴

No sería sino hasta un año cuatro meses después de emitida la tesis citada en el párrafo anterior, que el poder judicial a través de sus criterios jurisprudenciales daría un significativo avance en cuanto a la comprensión del objeto y naturaleza jurídica del procedimiento abreviado, al establecer que dentro de éste, la “aceptación” por parte del imputado no implica que los “datos de prueba” recabados “deban tener valor probatorio preponderante o sean jurídicamente correctos”; nótese que a nuestra consideración nuevamente se vuelve a emplear correctamente el término “dato de prueba” en lugar de “prueba” en sí misma.

Sin embargo, pese al ya mencionado avance, también consideramos que en esta misma tesis se ejemplifica claramente una nueva problemática en cuanto a ciertas definiciones terminológicas, como lo son: “aceptación”, “reconocimiento” y “admisión”, mismas que son utilizadas indistintamente, cuando en la realidad cada una de ellas tiene un significado propio.

Pero el problema no termina ahí, nuevamente vemos que el Juez constitucional utiliza erróneamente los términos, al establecer la expresión “[...] si el imputado reconoce ante la autoridad judicial su participación en el delito” ya que sabemos que para hablar de “delito” éste debe ser determinado como tal, por el Juez de juicio oral, después de haberse comprobado en esta misma audiencia los elementos del tipo penal, situación que de forma involuntaria es rectificada en líneas más adelante, al hablarse de la “existencia de medios de convicción suficientes para corroborar la imputación.” (Procedimiento abreviado. Su aceptación no implica que los datos de prueba recabados en la investigación (dictámenes periciales) deban tener valor probatorio preponderante o sean jurídicamente correctos (Legislación del Estado de México), 2014).

En el mismo sentido, consideramos correcta la terminología utilizada por el Código de Procedimientos Penales para el Estado de México –citada en la misma tesis– al hablar, de una admisión por parte del imputado de “el hecho atribuido en la acusación” así como el de una aceptación a “ser juzgado con los antecedentes recabados en la investigación” (véase, Artículos 388, 390 y 268 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México). En el mismo contexto de utilización de forma indistinta de los términos, además de los ya mencionados, tenemos al de “acusación e imputación” (Procedimiento abreviado. Su aceptación no implica que las autoridades ministeriales y judiciales estén exentas de fundar y motivar la resolución en que se dicta o que ante la inadvertencia o complacencia del defensor o del inculcado con la acusación, ésta, 2014).

⁴ Respecto a la “fundamentación y motivación de los actos de autoridad” en el mismo sentido se exige en, (Procedimiento abreviado. Su aceptación no implica que los datos de prueba recabados en la investigación (dictámenes periciales) deban tener valor probatorio preponderante o sean jurídicamente correctos (Legislación del Estado de México), 2014).

De igual forma, en el mismo año 2014 volvemos a ver avances en cuanto a la comprensión de la naturaleza jurídica del procedimiento abreviado por parte del órgano jurisdiccional, al resolver que dentro del procedimiento abreviado no hay rendición de pruebas, sin embargo, sí se pueden considerar “los actos que obren en la carpeta de investigación” y los “datos de prueba” –como lo son los peritajes– para el dictado de una sentencia equiparable a la penalidad establecida en el Código Penal para el delito imputado, a quien se somete a esta solución alterna, incluso se enfatiza esta posibilidad al señalar que “máxime si de autos no se aprecia que se haya inconformado –el imputado– de tal circunstancia o se hubiera objetado la mencionada pericial” (Procedimiento abreviado. Al ser un mecanismo alternativo de solución de conflictos que el inculcado elige, es legal que el juez de control, con base en el dictamen de valuación del objeto material del robo que se le imputa, le imponga alguna de las sanciones, 2014).

Continuando con la evolución jurisprudencial, podemos ahora hacer referencia a una tesis ya del 2016, específica del procedimiento abreviado establecido en la fracción VII constitucional, en la cual consideramos que ahora sí, en definitiva se entiende por parte del órgano jurisdiccional que dentro de este procedimiento, de ninguna forma se hace “un ejercicio de valoración probatoria por parte del juzgador para tener por demostrada la acusación formulada por el Ministerio Público”, el Juez de Control debe limitarse a “determinar si la acusación contra el imputado contiene lógica argumentativa, a partir de corroborar que existan suficientes medios de convicción que la sustenten” (Procedimiento abreviado. Connotación y alcances del presupuesto de procedencia consistente en que “existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación”, previsto en el artículo 20, apartado a, fracción VII, de la Constitución Política, 2016).

En ese sentido, dentro de la misma tesis se remata señalando que “de no considerarse así, no tendría sentido contar con un procedimiento abreviado, pues éste se convertiría en un juicio oral un tanto simplificado, otorgándole la misma carga al juzgador de valorar los datos de prueba para comprobar la acusación y premiando al imputado con el beneficio de penas disminuidas.” Lo anterior es reiterado mediante tesis del mismo año 2016 al establecerse que “no podrá ser materia de cuestionamiento constitucional, en el referido juicio de amparo directo, la acreditación del delito y la responsabilidad penal del acusado, ni la exigibilidad de valoración de pruebas, pues ello no tiene aplicación en dicha forma de terminación anticipada del proceso penal acusatorio.” (Procedimiento abreviado. Connotación y alcances del presupuesto de procedencia consistente en que “existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación”, previsto en el artículo 20, apartado a, fracción VII, de la Constitución Política, 2016).

Continuando con el estudio analítico reflexivo de los criterios establecidos acerca del procedimiento abreviado y a través de la misma metodología; veremos cómo ha ido evolucionando la concepción del órgano jurisdiccional respecto de los acuerdos celebrados por las partes, a efecto de poner fin al procedimiento penal a través de la forma alternativa consistente en el procedimiento abreviado.

Así, tenemos que en un primer criterio derivado de la legislación de Chihuahua y publicado en el 2014, la autoridad judicial, nuevamente en contra de la naturaleza jurídica del procedimiento abreviado, determinó que el Juez no tienen la obligación jurídica de imponer la pena pactada mediante acuerdo de las partes, a efecto de acceder a un procedimiento abreviado, sino que peor aún, concluyó que las partes ni siquiera tienen el derecho a pactar la pena a imponerse en la controversia materia del procedimiento abreviado.

Incluso se estableció que de ser así, la limitante del Juez de imponer una pena mayor a la “pactada” así como la posibilidad precisamente de “pactar la pena” debería de tenerse la redacción siguiente: “No podrá imponer una pena superior a la pactada por el Ministerio Público y el imputado.” En efecto, coincidimos con el hecho de que no se pueda imponer una pena superior a la llámese “pactada” o “solicitada por el agente del Ministerio Público” ya que el pactar, acordar, consensuar o negociar la pena, es uno de los elementos esenciales del procedimiento abreviado, a excepción de los casos de aceptación lisa y llana, como sucede en la llamada *plea of guilty* del sistema norteamericana o el allanamiento o aceptación de los cargos en el sistema colombiano.

Tan es así, que el principal exponente a nivel mundial de esta forma de impartición de justicia como lo son los Estados Unidos, llaman a esta figura jurídica “*plea bargaining*” lo cual se traduce como “negociación penal”.⁵ De igual forma, de los primeros criterios establecidos por el juzgador, se desprende la posibilidad de que él mismo imponga en la sentencia del procedimiento abreviado, una pena inferior a la solicitada por el fiscal, cuando el Juez “analice”:

[...] las circunstancias que garanticen el principio de proporcionalidad entre la acción típica llevada por el imputado y la pena que corresponda al ilícito de que se trata, pues es ahí donde el juzgador puede variar la pena objeto del acuerdo en aras de resguardar el mencionado principio, siempre que no exceda de la propuesta por el Ministerio Público, pues ésta representa una garantía efectiva para el imputado desde el inicio del procedimiento. Ello es así, en tanto que el citado artículo 426, incluso prevé la posibilidad de que pueda dictar una sentencia absolutoria, lo que de suyo revela que es la participación del Juez en aras de mejorar su situación, lo que puede influir en la determinación tomada por la fiscalía y el imputado (Procedimiento abreviado. La circunstancia de que el inculcado acepte la propuesta del ministerio público de instaurarlo, admita su culpabilidad en el hecho que le atribuye y la aplicación de una pena reducida hasta en un tercio de la mínima señalada, 2016).

⁵ La facultad-posibilidad de negociar o pactar la pena aplicable en la sentencia derivada de un procedimiento abreviado fue reconocida con posterioridad por el órgano jurisdiccional. Véase (Procedimiento abreviado. Connotación y alcances del presupuesto de procedencia consistente en que “existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación”, previsto en el artículo 20, apartado a, fracción VII, de la Constitución Política, 2016).

De lo anterior, volvemos a deducir el desconocimiento del órgano jurisdiccional en la figura que estamos analizando, toda vez que se insiste en la valoración por parte del juez de la “acción típica llevada por el imputado y la pena que corresponde al ilícito de que se trata”, en esta ocasión bajo el argumento de garantizar el “principio de proporcionalidad”, lo que implicaría un perjuicio de los elementos típicos del delito y la probable responsabilidad del imputado por parte de un Juez y en una instancia en que esto es improcedente, esto, cuando ya fue hartamente mencionado que este ejercicio y función jurisdiccional únicamente le está facultado al Juez de juicio oral una vez abierta esta instancia.⁶

Pero el yerro establecido en esta tesis va más allá, debido a que se establece que el Juez que conoce del trámite del procedimiento abreviado está facultado para imponer una pena más baja de la propuesta por el agente del Ministerio Público, toda vez que de la legislación adjetiva penal local analizada se desprende la posibilidad del dictado de una sentencia absolutoria. La existencia de esta posibilidad deriva de la improcedencia del procedimiento abreviado por cuestiones de forma, más no del análisis del fondo del asunto, por lo que es erróneo asumir la facultad del juzgador de imponer una sentencia menor a la solicitada por el fiscal en aras de velar por el principio de proporcionalidad, ya que el hacer esto restaría certeza jurídica a la institución del procedimiento abreviado, como en un criterio posterior fue reconocido (Procedimiento abreviado. Connotación y alcances del presupuesto de procedencia consistente en que “existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación”, previsto en el artículo 20, apartado a, fracción VII, de la Constitución Política, 2016).

Existe gran controversia acerca de la constitucionalidad del procedimiento abreviado. Para muchos autores el procedimiento abreviado resulta inconstitucional debido a que contraviene muchos principios establecidos para el procedimiento acusatorio y sobre todo para los establecidos, en particular, en la audiencia de juicio oral. Nosotros no estamos de acuerdo con tal afirmación, siempre y cuando se sigan puntualmente las reglas establecidas para la procedencia y tramitación del procedimiento abreviado.

Es cierto que en este apartado hemos lanzado un gran número de críticas a las determinaciones adoptadas por el órgano jurisdiccional a través de su

⁶ Si queremos enfatizar que la posibilidad de una sentencia absolutoria derivada de un procedimiento abreviado debe ser muy limitada y excepcional, toda vez que incluso cuando se violen u omitan requisitos de procedencia de esta figura jurídica, por defecto, la determinación del antes llamado juez de garantías, hoy juez de control, debe consistir ya sea en la reposición del trámite del procedimiento abreviado o la improcedencia de éste y la continuación del trámite del asunto a través de la vía ordinaria consistente en el juicio oral. El pronunciamiento en este sentido fue establecido como directriz para el dictado de la sentencia de amparo. Véase, (Procedimiento abreviado. El juez de control, previo a ordenar su tramitación, debe cerciorarse de que el imputado otorgó libre y voluntariamente su consentimiento para que se llevara a cabo su apertura y que está consciente de sus alcances y consecuencias, 2015). Sin embargo, nosotros consideramos que dicha determinación debe ser observada por la autoridad judicial en instancias previas. De no ser así, se le restaría certeza jurídica al procedimiento abreviado y se le podrían violar derechos a víctimas y ofendidos como lo son, el de acceso a la justicia y la reparación del daño, o incluso principios del procedimiento acusatorio como lo es el de procurar el delito no quede impune.

jurisprudencia, sin embargo, en esta ocasión consideramos que la interpretación realizada de forma indirecta respecto a la constitucionalidad del procedimiento abreviado ha sido la acertada, en el entendido de que al tramitarse a través de la observancia plena de los lineamientos que lo regulan, se estaría salvaguardando el derecho humano al debido proceso (Procedimiento abreviado. Aun cuando el inculpado solicite su apertura y admita el hecho que le atribuye el ministerio público, si el juez de control no verifica, previo a ordenar su tramitación, que aquél conoció puntual y plenamente en qué consistió la a, 2015).

Algunos de los referenciados lineamientos que deben ser plenamente observados y comprobados por el juez de control a efecto de salvaguardar ese derecho humano al debido proceso, podemos mencionar que el imputado “otorgue su consentimiento, de manera libre, voluntaria y plenamente consciente de su decisión; por lo que es necesario, sin pretender que la audiencia correspondiente se convierta en una cátedra, que el Juez de control explique y describa detenidamente, evitando tecnicismos jurídicos en su lenguaje, el entorno en el que se encuentra el imputado;” a efecto de que se corrobore que aquel “conoce y está plenamente consciente de su determinación (de someterse a un procedimiento abreviado)” (Procedimiento abreviado. El juez de control, previo a ordenar su tramitación, debe cerciorarse de que el imputado otorgó libre y voluntariamente su consentimiento para que se llevara a cabo su apertura y que está consciente de sus alcances y consecuencias, 2015).

Otro tema que consideramos de suma relevancia cuando hablamos del procedimiento abreviado es el de la procedencia o no, o la aplicación o no, de un sustitutivo penal a que pueda tener acceso una persona que ha recibido una sentencia –reducida– a través de un procedimiento abreviado. Como veremos en los próximos capítulos, estos temas, en particular el de la aplicación de un subrogado penal, resulta ser de los más estudiados y relevantes en otros sistemas jurídicos. En la actualidad, en el joven sistema acusatorio mexicano esto apenas y es mencionado.

Tan es así, que en el primer año de vigencia del sistema acusatorio en todo el territorio nacional, no ha habido pronunciamiento alguno por parte del órgano jurisdiccional a través de su jurisprudencia; sin embargo, antes de la entrada en vigor del Código Nacional de Procedimientos Penales se dieron –aunque muy pocos– pronunciamientos al respecto en Códigos Procesales Penales en materia de procedimiento acusatorio de un par de entidades federativas.

Así, de lo más relevante que tenemos al día de hoy por cuanto a los efectos de una sentencia condenatoria consistente en pena de prisión producto de un procedimiento abreviado, tenemos que una ley sustantiva penal puede expresamente prohibir “la procedencia de los beneficios o de los sustitutivos penales [...]” así como “la suspensión de la pena de prisión” (véase, artículo 69 del Código Penal del Estado de México) cuando se trate de delitos así determinados por el legislador, o por alguna circunstancia particular como lo es la reincidencia o habitualidad o simplemente la tentativa de cometer algunos de estos delitos (Robo con violencia. Si se dicta sentencia

condenatoria en el procedimiento abreviado por dicho ilícito, únicamente debe reducirse la pena mínima prevista en un tercio, sin que proceda la concesión de beneficios, sustitutivos ni la suspensión de la pena de, 2015). Por lo tanto, se adoptó el criterio de que es legal que se resuelva por parte de la autoridad competente únicamente la aplicación de una pena reducida producto del procedimiento abreviado pero “con exclusión de cualquier otro beneficio” (Robo de vehículo con violencia (procedimiento abreviado). Dicho delito sólo permite condenar al inculcado con la pena mínima, pero no el otorgamiento de algún beneficio (interpretación del artículo 389, párrafos cuarto y quinto, del Código de Procedimient, 2014).

En sentido contrario, en todos los demás casos en que no existe este tipo de restricciones o condiciones, resulta procedente la convivencia de dos o más beneficios a que puede acceder un imputado que acepta someterse a un procedimiento abreviado, como lo es una pena reducida más el beneficio de una libertad condicionada o libertad anticipada. Lo anterior, podría en no pocos casos generar falta de certeza jurídica para la víctima u ofendido que decide no oponerse a la tramitación del asunto a través del procedimiento abreviado, respecto de la pena que de hecho cumplirá el sujeto activo del delito.

La posibilidad de coexistencia de beneficios en un mismo asunto se encontraba ya establecida en la legislación sustantiva penal estatal con relación al sistema acusatorio, cuando haya “confesión espontánea, lisa y llana” por un lado y por el otro cuando se realice el “pago espontáneo del monto de la reparación del daño y se constriña a delitos patrimoniales” como se desprende del artículo 58 del Código Penal del Estado de México y así avalado mediante tesis aislada (Reducción de la pena. Los beneficios establecidos en el artículo 58, párrafos segundo y tercero, del Código Penal del Estado de México, pueden coexistir en un mismo asunto, cuando se colman las exigencias que cada uno establece, 2016). Sin embargo, en el mismo artículo 58 se identifica un problema que trasciende al actual sistema acusatorio regulado por el CNPP vigente en todo el país. Nos referimos específicamente al segundo párrafo de dicho artículo, que a la letra dice:

[...] Si el inculcado al rendir su declaración en la audiencia de juicio confiesa espontánea, lisa y llanamente los hechos que se le imputan, el juzgador reducirá en un tercio la pena que le correspondería conforme a este Código. Este beneficio no se aplicará a quien se sujete al procedimiento abreviado.

Así, en la legislación del Estado de México se distingue entre una “confesión espontánea, lisa y llana” que acarrea el beneficio de una reducción determinada en un tercio de la pena aplicable, y el reconocimiento de la responsabilidad a través de un procedimiento abreviado. Esto es, se reconoce la existencia de dos figuras jurídicas distintas que tienen como finalidad la terminación anticipada del proceso y ambos con beneficios en la sentencia, aunque dichos beneficios son distintos. Sin embargo, en la legislación actual vigente no se encuentra establecida tal distinción, teniéndose definido

únicamente al procedimiento abreviado en forma genérica, lo cual a nuestro juicio es una situación que dará lugar a múltiples problemas y falta de certeza jurídica.

Como lo analizaremos más adelante, esta situación está resuelta puntualmente tanto en la legislación colombiana al determinar por un lado lo que es una negociación penal consistente en un acuerdo entre el fiscal y el imputado, y por el otro, un allanamiento en el cual existe únicamente reconocimiento de la responsabilidad a cambio de una pena más favorable. De igual forma, en el sistema anglosajón se diferencia entre una negociación penal "*plea bargaining*" y un mero allanamiento a los cargos "*plea of guilty*", también a cambio de una pena más favorable, situación que no se ha definido en el sistema mexicano.

Una referencia al tema de los subrogados penales cuando se llega a la sentencia condenatoria través de un procedimiento abreviado, que se hace en la jurisprudencia, como ya lo mencionamos, fue hecha con base en la legislación del Estado de México, más no sobre lo que se establece en el hoy vigente Código Nacional de Procedimientos Penales. La jurisprudencia señala que en caso de sentencia condenatoria existe "la posibilidad o no, de la concesión de algún beneficio o sustitutivo penal, en caso de resultar penalmente responsable, de acuerdo con el delito que se le imputa," (Procedimiento abreviado. El juez de control, previo a ordenar su tramitación, debe cerciorarse de que el imputado otorgó libre y voluntariamente su consentimiento para que se llevara a cabo su apertura y que está consciente de sus alcances y consecuencias, 2015) es decir, en este caso se decide el abrir o ampliar la posibilidad de la modificación de la forma de ejecución real de la pena.

Así, una problemática más que adelantamos en el actual sistema jurídico consiste en la convivencia de múltiples beneficios para el imputado que se someta al procedimiento abreviado, no al momento del dictado de la sentencia, sino al momento de la ejecución de la misma, al querer acceder al beneficio de condena condicional, como ya se dio el caso en el Estado de Chihuahua, cuando en su legislación local ya se aplicaba el sistema acusatorio (Recurso de apelación en el nuevo sistema de justicia penal en el Estado de Chihuahua. Si el inculcado optó por el procedimiento abreviado y al interponerlo contra la sentencia definitiva, manifestó expresamente que lo hacía única y exclusivamente contra l, 2015), lo que nuevamente daría lugar a la multicitada falta de certeza jurídica respecto de la pena que de hecho cumpla el imputado que se someta a un procedimiento abreviado.

Otra problemática existente se da a la hora de retractarse o impugnar la sentencia del procedimiento abreviado, por parte del imputado. El procedimiento abreviado se resuelve ante la vía judicial, al ser aprobado por el Juez y dicha resolución, es decir, la sentencia producto del procedimiento abreviado tiene el mismo efecto coercitivo que una sentencia de juicio oral.

Esto es así, ya que incluso está establecido no sólo en el CNPP sino desde la legislación en materia de procedimiento acusatorio de las entidades federativas, como es el caso de la legislación del Estado de Zacatecas, que una vez llevado a cabo el trámite del procedimiento abreviado con los

requisitos establecidos en la ley, resulta improcedente el retractarse a la procedencia de esta vía, así como a la admisión de los hechos que le atribuye el fiscal en su acusación “porque ello equivale a una retractación o desconocimiento que vulnera los principios de contradicción e igualdad consagrados en el artículo 4 del código mencionado” (Procedimiento abreviado. Si el imputado admite el hecho que le atribuye el ministerio público en su escrito de acusación, así como los datos que integran la carpeta de investigación, no es factible que en una fase posterior los desconozca, porque ello equ, 2016).

Sin embargo, si bien es cierto que no está permitida la retractación al procedimiento abreviado, caso contrario sucede a la hora de la impugnación de la sentencia dictada en él. Lo anterior tan es así, que la apelación de esta resolución abarca incluso el acuerdo presentado por las partes para la tramitación del procedimiento abreviado, así como los agravios y la propia sentencia independientemente de que si esta es condenatoria o absolutoria (Procedimiento abreviado. La delimitación de la litis en el recurso de apelación interpuesto contra una sentencia dictada en aquél, no sólo abarca los agravios expresados, sino también el acuerdo de las partes respecto de la aplicación del derecho por el j, 2015).

En este tipo de impugnaciones, la *litis* se centra únicamente en cuestiones de forma, esto es, que la tramitación del procedimiento abreviado haya cumplido con las formalidades legales de procedencia. En sentido contrario, ni en la apelación, ni en la tramitación del juicio de amparo directo procede el estudio del fondo del asunto consistente en la comprobación del tipo penal y la plena responsabilidad del imputado (Procedimiento abreviado en el juicio oral. Su aceptación expresa por el imputado con las formalidades legales, impide el análisis en el juicio de amparo directo de la acreditación del delito y la responsabilidad penal (Legislación del Estado de México), 2012).

De no considerarse así, no existirá firmeza en lo acordado con el acusado respecto a la aceptación de su participación en el delito a partir de los datos de prueba recabados durante la investigación y, menos aún, seguridad jurídica para la víctima u ofendido del delito, quien espera que, de acuerdo con el daño inicialmente aceptado por el acusado, obtenga una reparación proporcional a la afectación que le generó la comisión del delito (Procedimiento abreviado. Connotación y alcances del presupuesto de procedencia consistente en que “existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación”, previsto en el artículo 20, apartado a, fracción VII, de la Constitución Política, 2016).

Otro tema que ha generado mucha confusión, polémica y controversia en relación al procedimiento abreviado, lo es el referente a la diferenciación entre lo establecido en la constitución y el Código Nacional de Procedimientos Penales como requisito de procedencia de este medio de terminación anticipada, consistente en la “admisión”, “aceptación” o “reconocimiento” (véase, Artículo 20, apartado A, fracción VII, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos) por parte del inculpado de su participación en el delito, de la responsabilidad o culpabilidad por parte del imputado con la

“confesión”. En un primer criterio emitido por el poder judicial se ha establecido puntualmente que la aceptación por parte del imputado de ninguna manera es equivalente a una confesión. En ese mismo sentido se ha establecido que la confesión:

es la declaración voluntaria realizada por una persona penalmente imputable ante autoridad competente, y con las formalidades legalmente exigidas, sobre hechos propios constitutivos de delito, que importa el reconocimiento de la propia culpabilidad derivada de su actuar; de lo que se concluye que, para considerar la existencia de una confesión, el dicho del inculpado debe comprender la admisión de que el delito existe, y el reconocimiento de que participó en su ejecución, con la concreción de todos sus elementos típicos [...] (Aun cuando con posterioridad se invoque alguna excluyente del ilícito o de la responsabilidad, o bien, una atenuante)... aspectos que no se satisfacen, con la única circunstancia de que el imputado acepte ser juzgado conforme a las reglas del procedimiento abreviado (Procedimiento abreviado. Su aceptación por el imputado no implica que deberá considerársele confeso (Legislación del Estado de México), 2015).

Mientras que la aceptación se da como requisito de procedencia del procedimiento abreviado y “debe realizarse forzosamente ante la autoridad judicial, con las reglas del sistema procesal penal acusatorio y bajo los términos en que lo haya especificado el Ministerio Público en su escrito de acusación, es decir, en las modalidades y con la calificación jurídica establecida en el escrito correspondiente, la cual, aceptada en sus términos, no admite objeciones o variantes...”. Es el término “aceptación” (Procedimiento abreviado. La aceptación total del imputado de la acusación, en los términos en que la formula la fiscalía o el ministerio público, tiene una consecuencia jurídica trascendental (Legislación del Estado de Durango), 2016), el que consideramos el más adecuado para identificar a este elemento de procedencia del procedimiento abreviado.

Por cuanto a lo que es “aceptado”, la situación es más compleja y sigue causando controversias. Consideramos que para el caso mexicano ni la legislación, ni la jurisprudencia así como la doctrina han dado solución a este problema de forma puntual, ya que indistintamente se sigue utilizando una gran diversidad de términos que consideramos que en esencia son diferentes, como lo es la aceptación: “de los hechos”, “del delito”, “de la responsabilidad”, “la acusación”, “la participación en el delito” y de “la imputación”.

Nosotros consideramos que el término más adecuado ya que engloba todas y cada una de esas definiciones de forma general es el de “la aceptación de los cargos”, como se utiliza en los más avanzados sistemas jurídicos, como lo son el colombiano y sobre todo el norteamericano. Inclusive más adelante, el poder judicial ha hecho un esfuerzo de interpretación en este rubro al identificar las diferencias jurídicas existentes entre la confesión y el reconocimiento o aceptación del hecho tipificado como delito en la ley penal, al señalar que:

La “confesión” y la “aceptación” se dan en niveles distintos, la “confesión” constituye un indicio que alcanza el rango de prueba plena cuando se corrobora por otros elementos de convicción, la “aceptación” del inculpado de su responsabilidad no constituye una prueba ni un dato de prueba [...]. En efecto, la “confesión” del inculpado no tiene otra finalidad que la de reconocer su participación en la comisión del delito imputado; mientras que la “aceptación” voluntaria de la participación, se hace con el objetivo específico de terminar en forma anticipada el proceso penal; que se tramite en el procedimiento referido, y se disfrute de los beneficios legales que procedan, tales como la obtención de penas menos estrictas [...]. (Procedimiento abreviado. Diferencias jurídicas entre los conceptos “confesión” conforme al sistema procesal penal tradicional mixto/escrito, y “reconocimiento” o “aceptación” del hecho señalado en la ley como delito, acorde al sistema procesal penal acusa, 2016).

Incluso se ha hecho énfasis en una de esas diferencias entre reconocimiento y confesión, nos referimos a la importancia del corroborar a través de medios de convicción este reconocimiento por parte del imputado como requisito esencial de procedencia del procedimiento abreviado a través de medios de convicción suficientes e idóneos, sin que ello implique –como sucedía por desconocimiento del sistema acusatorio e incluso en muchos casos aún sigue sucediendo–

que deba realizarse un ejercicio de valoración probatoria por parte del juzgador para tener por demostrada la acusación formulada por el Ministerio Público [...] es decir, que la aceptación del acusado de su participación en la comisión del delito no sea el único dato de prueba, sino que está relacionada con otros que le dan congruencia a las razones de la acusación (Procedimiento abreviado. Connotación y alcances del presupuesto de procedencia consistente en que “existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación”, previsto en el artículo 20, apartado a, fracción VII, de la Constitución Política, 2016).

Como ya lo comentamos, la imposición del sistema acusatorio en nuestro sistema de justicia penal, generó gran confusión entre los operadores jurídicos y evidenció el desconocimiento de la naturaleza jurídica de la novedosa institución conocida como procedimiento abreviado. Esta problemática alcanzó incluso al Juez de amparo. En los inicios de la práctica del sistema acusatorio en México a través de las leyes locales en la materia se llegó a determinar que contra el recurso de revisión interpuesto en contra de la sentencia del procedimiento abreviado “es improcedente el juicio de amparo directo y procedente la vía indirecta, al tratarse de un acto dictado después de concluido el juicio” (Amparo directo. Es improcedente contra el fallo que resuelve el recurso de revisión previsto en el artículo 429 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Morelos, al tratarse de un acto dictado después de concluido el juicio que hace procedente, 2011). Ello con relación a la legislación procesal penal en materia de sistema acusatorio para el Estado de Morelos.

Aunque por otro lado, con relación a la legislación también en materia de procedimiento acusatorio pero esta vez para el Estado de México se determinó que el medio de impugnación idóneo para interponer contra de la sentencia emitida en el procedimiento abreviado lo era el recurso de apelación (Sentencia emitida en el procedimiento abreviado. Previo a la promoción del amparo en su contra debe interponerse el recurso de apelación previsto en el artículo 409 del Código de Procedimientos Penales para el Estado de México, 2015), de lo cual se deduce que una vez recurrida la sentencia dictada en el procedimiento abreviado a través del recurso de apelación, a la postre, en su caso, el medio de control constitucional procedente a diferencia de lo determinado para el caso del Estado de Morelos, para el Estado de México lo sería el juicio de amparo directo.

Lo cual se corrobora en criterios posteriores, en los cuales es de destacar que incluso antes del amparo –amparo directo– “no podrán ser materia de impugnación por parte del quejoso ni de análisis en la ejecutoria respectiva, los temas relativos a la acreditación del delito y la plena responsabilidad, ya que previamente fueron aceptados expresamente por el imputado al someterse al referido procedimiento abreviado” (Procedimiento abreviado en el juicio oral. Su aceptación expresa por el imputado con las formalidades legales, impide el análisis en el juicio de amparo directo de la acreditación del delito y la responsabilidad penal (Legislación del Estado de México), 2012). Tampoco será objeto de impugnación la exigencia de valorar pruebas, porque ellas únicamente se desahogan y valoran en audiencia de juicio oral. Al día de hoy se ha resuelto y sacado de toda duda que contra la sentencia definitiva derivada del procedimiento abreviado procede el juicio de amparo directo. Asimismo, se ha reiterado que:

[...] sólo podrá ser objeto de cuestionamiento la violación al cumplimiento de los presupuestos jurídicos fundamentales para la procedencia de esa forma de terminación anticipada del proceso penal acusatorio, lo cual comprende el análisis de la congruencia, idoneidad, pertinencia y suficiencia de los medios de convicción invocados por el Ministerio Público en la acusación. Así como, de ser el caso, la imposición de penas que sean contrarias a la ley, por ser distintas o mayores a las solicitadas por el Representante Social y aceptadas por el acusado; además de la fijación del monto de la reparación del daño [...] (Procedimiento abreviado. Connotación y alcances del presupuesto de procedencia consistente en que “existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación”, previsto en el artículo 20, apartado a, fracción VII, de la Constitución Política, 2016).

En tal sentido, todas las actuaciones realizadas por un Juez del sistema mixto o tradicional cuando debieron ser competencia del Juez del sistema adversarial, deben ser declaradas insubsistentes, así, se ha establecido por la Corte, por ejemplo, que:

el Juez del sistema tradicional carece de facultades para resolver la situación jurídica del quejoso bajo las reglas del citado proceso, pues

éstas no empatan con el diverso penal mixto; máxime que, como quedó asentado, los Jueces que intervienen en las diversas etapas del nuevo sistema son diferentes. De modo que, el Tribunal Colegiado de Circuito que conozca del recurso de revisión respectivo debe enderezar los efectos de la concesión de amparo para que el Juez de la causa deje insubsistente el auto de plazo constitucional y devuelva los autos al Ministerio Público investigador para que actúe conforme a las facultades inherentes del procedimiento penal acusatorio (Proceso penal acusatorio. Si el juez de distrito al conocer del auto de formal prisión estima que los hechos materia de análisis son competencia del juez del sistema adversarial, la concesión del amparo no puede ser para que el juzgador del proceso mixto, 2016).

4 LA JUSTICIA PENAL NEGOCIADA DESDE LA ÓPTICA DEL PODER EJECUTIVO

Desde el ámbito del poder ejecutivo también se va configurando la aplicación del procedimiento abreviado debido a las facultades que tiene para expedir reglamentos, facultad que no únicamente está establecida a nivel constitucional (artículos 21 y 102, Apartado A, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos), en la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República (artículos 2, 3, 9, 10, 15 y 16), así como en su Reglamento (artículos 5, 7, 10 y 11), sino también a partir de la ley reglamentaria del propio procedimiento abreviado como se establece en el último párrafo del artículo 202 del Código Nacional de Procedimientos Penales.⁷

En efecto, esos acuerdos por parte del ejecutivo se enfocan en la forma en que en cada caso, el fiscal solicitará la pena de acuerdo a las características del caso concreto. Se establecen básicamente dos procedimientos; el primero, para delitos cuya pena media aritmética de prisión aplicable no exceda de cinco años, siempre que el vinculado a proceso no haya sido previamente condenado por un delito doloso. En esta primera hipótesis se manejan, a su vez, dos rangos de reducción de la pena; el primero, de una reducción de hasta un 50% de la pena mínima cuando se trate de un delito doloso; el segundo, de una reducción de hasta dos terceras partes de la pena mínima para el caso de los delitos culposos.

La segunda hipótesis, a consideración del Ministerio Público, es aplicable tanto para la hipótesis anterior como para todos los demás casos incluidos los que sean considerados como graves o cuya pena media aritmética de prisión exceda de cinco años. En este caso, los rangos de reducción de la pena también se dividen en dos. El primero, de hasta un tercio de la mínima para los casos de delito doloso; el segundo es de hasta la mitad de la mínima para el caso de delitos culposos. Pese a esta determinación de pena a solicitar establecida en el Código Adjetivo, el ejecutivo a través de su órgano

⁷ A la letra dice: “El Ministerio Público al solicitar la pena en los términos previstos en el presente artículo, deberá observar el Acuerdo que al efecto emita el Procurador”. Artículo 202 del Código Nacional de Procedimientos Penales.

correspondiente ha establecido un acuerdo y unos lineamientos para la solicitud de la pena por parte de sus agentes, en un procedimiento abreviado, que es lo que analizaremos a continuación.

El Acuerdo a/017/15 por el que se Establecen los Criterios Generales y el Procedimiento que Deberán Observar los Agentes del Ministerio Público de la Federación, para solicitar la Pena en el Procedimiento Abreviado (Procuraduría General de la República, 2015) y por consiguiente obligatorio para el Ministerio Público de la federación, señala en su apartado denominado “Considerando”, los rangos de reducción de la pena establecidos en el artículo 202 del Código Nacional de Procedimientos Penales y establece los mismos rangos. Asimismo, se centra básicamente en “variables” o “criterios generales” a considerar para una mayor o menor reducción de la pena a solicitar. Una de las más destacadas se encuentra en el tercer punto de acuerdo, el cual excluye la primera hipótesis de la segunda de reducción de penas, establecidas en el artículo 202 de CNPP; sin embargo, los rangos de reducción de la pena siguen siendo los mismos. Los acuerdos cuarto y quinto, que a la letra dicen:

CUARTO. El Ministerio Público de la Federación, dentro de los márgenes de punibilidad establecidos en los artículos segundo y tercero del presente Acuerdo, para determinar la pena que solicitará que se imponga en la aplicación de un procedimiento abreviado, deberá tomar en consideración los siguientes criterios:

I. La gravedad de la conducta típica y antijurídica, con base en el valor del bien jurídico, el grado de afectación, los medios empleados, las circunstancias de tiempo, modo, lugar u ocasión del hecho, así como por la forma de intervención del imputado;

II. El grado de culpabilidad, con base en las circunstancias y características del hecho, la posibilidad de comportarse de manera distinta y de haber respetado la norma jurídica quebrantada, así como los motivos que lo llevaron a cometerlo; la edad, el nivel educativo, sus costumbres, las condiciones sociales y culturales; el vínculo de parentesco, relación o amistad que guarde con la víctima u ofendido y demás circunstancias especiales del imputado, víctima u ofendido, y

III. Los usos y costumbres, en caso de que el imputado pertenezca a un grupo étnico o pueblo indígena.

QUINTO. Asimismo, para la reducción de pena a imponer deberá tomar en consideración, los siguientes criterios:

I. Menor reducción si el imputado ha sido condenado por delito doloso en el fuero federal o local;

II. Menor reducción si el delito amerita prisión preventiva oficiosa, y

III. Mayor reducción si el imputado aportó información que colaboró de forma eficaz a evitar la comisión de otro delito o en la investigación de otros imputados o delitos.

Asimismo, el Ministerio Público podrá solicitar una mayor reducción si la apertura del procedimiento abreviado se realiza en el periodo más próximo a la emisión del auto de vinculación a proceso y menor, en caso de que ésta se realice en el momento más próximo al dictado del auto de apertura a juicio.

Estos dos puntos de acuerdo, son los que consideramos más relevantes por distintas razones, entre ellas, debido a que los criterios que en ellos se

establecen son los mismos que en el sistema penal anterior a la reforma debían observar los juzgadores a la hora de emitir una sentencia condenatoria, ahora, en el actual sistema de justicia vemos que este ejercicio valorativo o de ponderación debe ser observado por el órgano acusador a la hora de solicitar una pena dentro del procedimiento abreviado, situación que resulta por demás polémica y controversial. Con lo anterior no queremos decir que estemos en desacuerdo con dicha determinación.

Por otro lado tenemos que la evolución que va teniendo el procedimiento abreviado, como lo hemos sostenido a lo largo de la presente investigación, se va asemejando a lo que se tiene en sistemas más avanzados como lo es el colombiano el cual a su vez va adoptando características del sistema anglosajón. Asimismo, tenemos a los puntos sexto y décimo, los cuales, respectivamente, establecen la verificación del pago o garantía de “la reparación del daño a la víctima u ofendido” y la aplicabilidad de todas las disposiciones contenidas en el acuerdo para el caso de las personas jurídicas.

Por último, también queremos destacar que en este acuerdo, a diferencia de lo que sí sucede en otros países, no diferencia la reducción de la pena cuando exista flagrancia que cuando no la hay, ni hace mención o abre la posibilidad de negociar o acordar otras cuestiones diversas a la pena aplicable *per se*, como lo serían las pruebas, los cargos o delitos imputados y la forma de ejecución de las penas.

A diferencia de los acuerdos analizados *supra*, los cuales son de aplicación obligatoria para los agentes del ministerio público de la federación, los lineamientos emitidos por la conferencia nacional de procuración de justicia a través de su secretaría técnica “tienen la finalidad de ser criterios orientadores para que las procuradurías o fiscalías de cada una de las entidades federativas emitan su normatividad correspondiente” (Conferencia Nacional de Procuración de Justicia, 2016) para su observación por parte de los fiscales o agente del ministerio público de las entidades en la persecución de los delitos del fuero común.

Los mismos, como su nombre lo indica, son lineamientos para regular la aplicación de los criterios de oportunidad, como género, lo cual no viene contemplado en el Acuerdo a/017/15; y la determinación de la pena a solicitar por parte del ministerio público en la tramitación de un procedimiento abreviado, como especie de los criterios de oportunidad. Por todo lo demás, no existen mayores diferencias con lo establecido en el Acuerdo a/017/15, por lo que no habría mucho más que comentar al respecto.

5 CONCLUSIÓN

Como pudimos ver a lo largo del presente artículo, del a análisis de la regulación que existe sobre el procedimiento abreviado mexicano, del cual se deriva la negociación penal, introducida con la reforma constitucional de 2008 con la que se incorpora el llamado sistema acusatorio, trajo consigo la problemática de la aplicación de una figura jurídica novedosa de terminación anticipada del procedimiento penal.

A lo largo de la utilización del procedimiento abreviado se han ido teniendo avances y retrocesos en su regulación desde las tres esferas del poder público, como lo son: el poder ejecutivo, a través de acuerdos y lineamientos; el poder legislativo, a través de la reforma constitucional en la materia *per se*, tanto a nivel nacional con el Código Nacional de Procedimientos Penales, como en las jurisdicciones estatales, y; el poder judicial, a través de sus criterios jurisprudenciales. De lo anterior, vimos que si bien es cierto, en términos generales ha habido más avances por cuanto a la comprensión de la naturaleza jurídica del procedimiento abreviado, de su aplicación y regulación, también lo es que aún hay mucho que avanzar.

Únicamente por mencionar algunos ejemplos de lo que hace falta incorporar, definir y sobretodo regular respecto del procedimiento abreviado tenemos: la distinción de lo que es una negociación penal, en la cual debe haber un consenso entre las partes y lo que es una aceptación de forma unilateral de participación en el probable hecho punible así como la responsabilidad del mismo; la negociación no únicamente de la pena, sino también, de los cargos; el delito o delitos imputados; sus calificativas, agravantes o atenuantes; las pruebas; la forma de ejecución de la sentencia; así como una combinación de todos estos elementos.

BIBLIOGRAFÍA

AMPARO DIRECTO. Es improcedente contra el fallo que resuelve el recurso de revisión previsto en el artículo 429 del Código de procedimientos penales del Estado de Morelos, al tratarse de un acto dictado después de concluido el juicio que hace procedente, Tesis: XVIII.2o.17 P (9a.) (Segundo Tribunal Colegiado del Décimo Octavo Circuito Octubre de 2011).

BARRÓN DÍAZ, Genaro. **Análisis sobre la conveniencia de limitar los beneficios en el procedimiento abreviado en materia penal, a nivel constitucional.** Ciudad Universitaria, Ciudad de México, México: UNAM, 2016.

HIDALGO MURILLO, José Daniel. **El juicio oral abreviado.** México: Porrúa / Universidad Panamericana, 2012.

HUERTAS DÍAZ, Omar. **Principio de legalidad penal y justicia transicional en Colombia:** legalidad estricta o legalidad flexible. Bogotá: Ibáñez, 2018.

INOA LAZALA, Orlidy. **El principio de oportunidad como manifestación de mínima intervención en el proceso penal acusatorio.** Santo Domingo, D.N. (República Dominicana): Escuela Nacional del Ministerio Público, Secretaría Pro-Tempore Red de Capacitación del Ministerio Público Iberoamericano, 2010.

MÉXICO. Conferencia Nacional de Procuración de Justicia. Lineamientos por los que se Establecen los Criterios Generales y el Procedimiento para la Aplicación de los Criterios de Oportunidad y de la Determinación de la

Pena que el Ministerio Público Solicitará al Juez de Control en la Aplicación del Procedimient. Lineamientos por los que se Establecen los Criterios Generales y el Procedimiento para la Aplicación de los Criterios de Oportunidad y de la Determinación de la Pena que el Ministerio Público Solicitará al Juez de Control en la Aplicación del Procedimient. **Diario Oficial de la Federación**. Ciudad de México, México, 9 de Febrero de 2016.

MÉXICO. Ley Federal contra la Delincuencia Organizada. **Diario Oficial de la Federación**. Ciudad de México, México, 17 de noviembre de 1996.

MÉXICO. Ley Nacional de Ejecución Penal. **Diario Oficial de la Federación**. Ciudad de México, México, 16 de junio de 2016.

MÉXICO. Procuraduría General de la República. Acuerdo a/017/15 Acuerdo por el que se Establecen los Criterios Generales y el Procedimiento que Deberán Observar los Agentes del Ministerio Público de la Federación, para Solicitar la Pena en el Procedimiento Abrevia. Acuerdo a/017/15 Acuerdo por el que se Establecen los Criterios Generales y el Procedimiento que Deberán Observar los Agentes del Ministerio Público de la Federación, para Solicitar la Pena en el Procedimiento Abrevia. **Diario Oficial de la Federación**. Ciudad de México, México, 23 de Febrero de 2015.

PROCEDIMIENTO ABREVIADO. Al ser un mecanismo alternativo de solución de conflictos que el inculpado elige, es legal que el juez de control, con base en el dictamen de valuación del objeto material del robo que se le imputa, le imponga alguna de las sanciones, Tesis: II.3o.P.30 P (10a.) (Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito 4 de Abril de 2014).

PROCEDIMIENTO ABREVIADO. Aun cuando el inculpado solicite su apertura y admita el hecho que le atribuye el ministerio público, si el juez de control no verifica, previo a ordenar su tramitación, que aquél conoció puntual y plenamente en qué consistió la a, Tesis: II.1o.P. J/2 (10a.) (Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito 27 de Marzo de 2015).

PROCEDIMIENTO ABREVIADO. Connotación y alcances del presupuesto de procedencia consistente en que “existen medios de convicción suficientes para corroborar la imputación”, previsto en el artículo 20, apartado a, fracción VII, de la Constitución Política, Tesis: 1a. CCXII/2016 (10a.) (Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 19 de Agosto de 2016).

PROCEDIMIENTO ABREVIADO. Diferencias jurídicas entre los conceptos “confesión” conforme al sistema procesal penal tradicional mixto/escrito, y “reconocimiento” o “aceptación” del hecho señalado en la ley como delito, acorde al sistema procesal penal acusa, Tesis: 1a. CCIX/2016 (10a.) (Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 19 de Agosto de 2016).

PROCEDIMIENTO ABREVIADO. El hecho de que el inculcado opte por esta forma especial de terminación anticipada, admita los hechos que se le atribuyen y esté de acuerdo con la cantidad que el ministerio público precisó en su acusación por concepto de reparac, Tesis: XVII.1o.P.A. J/11(10a.) (Primer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Décimo Séptimo Circuito Diciembre de 2015).

PROCEDIMIENTO ABREVIADO. El juez de control, previo a ordenar su tramitación, debe cerciorarse de que el imputado otorgó libre y voluntariamente su consentimiento para que se llevara a cabo su apertura y que está consciente de sus alcances y consecuencias, Tesis: II.1o.P. J/3(10a.) (Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito 27 de Marzo de 2015).

PROCEDIMIENTO ABREVIADO. El juez de garantía puede, sin excederse del monto que conformó la imputación, valorar las pruebas y concretar la imposición de la reparación del daño, aun cuando el activo, al admitir el hecho que se le atribuye, haya estado de a, Tesis: XVII.1o.P.A.57 P (Primer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Décimo Séptimo Circuito Julio de 2010).

PROCEDIMIENTO ABREVIADO. La aceptación total del imputado de la acusación, en los términos en que la formula la fiscalía o el ministerio público, tiene una consecuencia jurídica trascendental (Legislación del Estado de Durango), Tesis: 1a. CCXI/2016 (10a.) (Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 19 de Agosto de 2016).

PROCEDIMIENTO ABREVIADO. La circunstancia de que el inculcado acepte la propuesta del ministerio público de instaurarlo, admita su culpabilidad en el hecho que le atribuye y la aplicación de una pena reducida hasta en un tercio de la mínima señalada, Tesis: XXIII.4 P (10a.) (Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito 29 de Enero de 2016).

PROCEDIMIENTO ABREVIADO. La delimitación de la litis en el recurso de apelación interpuesto contra una sentencia dictada en aquél, no sólo abarca los agravios expresados, sino también el acuerdo de las partes respecto de la aplicación del derecho por el j, Tesis: XVII.1o. P.A. J/6 (10a.) (Primer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Décimo Séptimo Circuito 10 de Abril de 2015).

PROCEDIMIENTO ABREVIADO. Si el imputado admite el hecho que le atribuye el ministerio público en su escrito de acusación, así como los datos que integran la carpeta de investigación, no es factible que en una fase posterior los desconozca, porque ello equ, Tesis: XXIII.5 P (10a.) (Tribunal Colegiado del Vigésimo Tercer Circuito 29 de Enero de 2016).

PROCEDIMIENTO ABREVIADO. Su aceptación no implica que las autoridades ministeriales y judiciales estén exentas de fundar y motivar la resolución en que se dicta o que ante la inadvertencia o complacencia del defensor o del inculcado con la acusación, ésta, Tesis: II.1o.2 P (10a.) (Primer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito Septiembre de 2014).

PROCEDIMIENTO ABREVIADO. Su aceptación no implica que los datos de prueba recabados en la investigación (dictámenes periciales) deban tener valor probatorio preponderante o sean jurídicamente correctos (legislación del estado de México), Tesis: II.1o.14 P (10a.) (Primer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito Octubre de 2014).

PROCEDIMIENTO ABREVIADO. Su aceptación por el imputado no implica que deberá considerársele confeso (Legislación del Estado de México), Tesis: II.1o.20 P (10a.) (Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación Mayo de 2015).

PROCEDIMIENTO ABREVIADO. Su aceptación por el imputado no implica que deberá considerársele confeso (Legislación del Estado de México), Tesis: II.1o.20 P (10a.) (Primer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito 22 de Mayo de 2015).

PROCEDIMIENTO ABREVIADO. Su tramitación no exime al juzgador de la obligación de valorar la totalidad de las pruebas que existan en la causa penal al dictar la sentencia respectiva (Legislación del Estado de Nuevo León), Tesis: IV.2o.P.5 P (10a.) (Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Cuarto Circuito Abril de 2013).

PROCEDIMIENTO ABREVIADO EN EL JUICIO ORAL. Su aceptación expresa por el imputado con las formalidades legales, impide el análisis en el juicio de amparo directo de la acreditación del delito y la responsabilidad penal (Legislación del Estado de México), Tesis: XXI. (VII Región) 1 P (9a.) (Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Séptima Región Abril de 2012).

PROCESO PENAL ACUSATORIO. Si el juez de distrito al conocer del auto de formal prisión estima que los hechos materia de análisis son competencia del juez del sistema adversarial, la concesión del amparo no puede ser para que el juzgador del proceso mixto, Tesis: I.5o.P.46 P (10a.) (Quinto Tribunal Colegiado en Materia Penal del Primer Circuito 3 de Julio de 2016).

RECURSO de apelación en el nuevo sistema de justicia penal en el Estado de Chihuahua. Si el inculpado optó por el procedimiento abreviado y al interponerlo contra la sentencia definitiva, manifestó expresamente que lo hacía única y exclusivamente contra 1, Tesis: XVII.1o.P.A.23 P (10a.) (Primer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Décimo Séptimo Circuito 8 de Octubre de 2015).

REDUCCIÓN DE LA PENA. Los beneficios establecidos en el artículo 58, párrafos segundo y tercero, del Código Penal del Estado de México, pueden coexistir en un mismo asunto, cuando se colman las exigencias que cada uno establece., Tesis: II.1o.34 P (10a.) (Primer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito 15 de Julio de 2016).

ROBO CON VIOLENCIA. Si se dicta sentencia condenatoria en el procedimiento abreviado por dicho ilícito, únicamente debe reducirse la

pena mínima prevista en un tercio, sin que proceda la concesión de beneficios, sustitutivos ni la suspensión de la pena de, Tesis: II.1o.P. J/1 (10a.) (Primer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito 13 de Febrero de 2015).

ROBO DE VEHÍCULO CON VIOLENCIA (procedimiento abreviado). Dicho delito sólo permite condenar al inculcado con la pena mínima, pero no el otorgamiento de algún beneficio (interpretación del artículo 389, párrafos cuarto y quinto, del código de procedimient, Tesis: II.3o.P.27 P (10a.) (Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito 4 de Abril de 2014).

SENTENCIA condenatoria emitida oralmente en la audiencia que resuelve el recurso de apelación interpuesto contra la resolución dictada en el procedimiento abreviado. Aun cuando el imputado haya aceptado su participación en el hecho delictivo, aquélla debe, Tesis: II.2o.P.25 P (10a.) (Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito Junio de 2013).

SENTENCIA emitida en el procedimiento abreviado. Previo a la promoción del amparo en su contra debe interponerse el recurso de apelación previsto en el artículo 409 del código de procedimientos penales para el Estado de México, Tesis: II.1o.13 P (10a.) (Primer Tribunal Colegiado del Segundo Circuito 9 de Enero de 2015).

TURNER, Jenia Iontcheva. Plea bargaining and international criminal justice. En: **University of The Pacific Law Review**, v. 48, n. 2, p. 219-246, 2017.

VASCONCELOS MÉNDEZ, R. **Principio de oportunidad y salidas alternativas en el nuevo proceso penal mexicano**. Ciudad de México: Flores, 2012

ZAMORA PIERCE, Jesús. **Juicio oral: utopía y realidad**. Ciudad de México: Porrúa, 2014.

Submissão em: 5 de fevereiro de 2019

Último Parecer favorável em: 26 de junho de 2020

Como citar este artigo científico

CARMONA ARIAS, Edgar Athzel. Evolución de la justicia penal negociada a través del procedimiento abreviado en México. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, Montes Claros, v. 1, n. 2, p. 16-42, set.-dez. 2020.

LAS GRANDES EMPRESAS Y SU INCIDENCIA SOBRE EL SISTEMA DEMOCRÁTICO¹

BIG BUSINESS AND ITS IMPACT ON THE DEMOCRATIC SYSTEM

FRANCISCO JAVIER ZAMORA CABOT²

MARIA CHIARA MARULLO³

RESUMEN

Interesados desde hace ya largo tiempo en el binomio empresas-derechos humanos, los autores ponen de relieve aquí diversos aspectos de la incidencia de la actuación de aquéllas sobre el sistema democrático. En primer lugar, analizan el impacto sobre el ámbito electoral, tomando como referencia especial el Caso *Citizens United*. Se presentan luego sendos ataques contra libertades fundamentales, constituidos por la *SLAPP Litigation* y el uso de técnicas de desinformación, tras de lo que se completa el estudio con unos apuntes sobre interferencias en los procesos de regulación, centrados en los *lobbies* y las llamadas *puertas giratorias*, y el punto central constituido por los arbitrajes de inversión. Unas breves reflexiones conclusivas, llamando al análisis y vigilancia estrecha de estos fenómenos, dan término a la aportación.

Palabras Clave: Empresas y DDHH; Sistema Democrático, Caso *Citizens United*; Litigios Estratégicos contra Defensores; *Lobbies*; “Puertas Giratorias”; Arbitrajes de Inversión.

ABSTRACT

Long interested in the business-human rights binomial, the authors highlight a number of aspects of the impact of business’ actions on the democratic

¹ Las presentes páginas recogen en lo sustancial la Ponencia del mismo título presentada por ambos autores en el **VI Congreso Internacional *El Tiempo de los Derechos***, Red El Tiempo de los Derechos, Sevilla 4 y 5 de Noviembre de 2019. Han aparecido en los *Papeles El Tiempo de los Derechos*, 2019 (18).

² Doctorado en Derecho Internacional Privado. Catedrático de Derecho Internacional Privado, Universitat Jaume I, Castellón (España). Correo electrónico: zamora@dpr.uji.es

³ Profesora Ayudante Doctor de Derecho Internacional Privado, Universitat Jaume I, Castellón (España).

system. First of all, they analyze the impact on the electoral sphere, taking the *Citizens United* case as a special reference. Two attacks against fundamental freedoms, constituted by the SLAPP Litigation and the use of disinformation techniques, are then addressed, after which the study is completed with notes on interferences in the regulatory processes, focused on lobbies and so-called revolving doors and the central point constituted by investment arbitrations. Brief concluding reflections, calling for the analysis and close monitoring of these phenomena, put an end to the contribution.

Keywords: Enterprises and HR; Democratic System; *Citizens United Case*; Strategic Litigation Against Public Participation (SLAPP Litigation); Lobbies; “Revolving Doors”; Investment Arbitration.

1 INTRODUCCIÓN

Desde hace ya largos años hemos fijado nuestra atención en las grandes empresas, particularmente en las transnacionales, y en los lesivos efectos que sus actividades producen en numerosas ocasiones sobre los derechos humanos. A partir de aquí, y aún sin habernos dirigido especialmente al estudio de los problemas que vamos a apuntar ahora, hemos tomado conciencia, era inevitable, de ellos, lo que nos ha llevado a proponerlos como objeto de nuestra Ponencia, esperando que sea de utilidad a los fines de este Congreso.

Así, en primer lugar, haremos referencia al ámbito electoral tomando como ejemplo el Caso *Citizens United* que, junto a otros desarrollos, está teniendo lo que consideramos una influencia nada positiva en las correspondientes lizas en los Estados Unidos. Tras de ello, nos centraremos en los ataques contra las libertades fundamentales que conllevan las llamadas *Slapp Actions* y los procesos de desinformación, surgidos en ambos casos de los medios empresariales, bien como protagonistas o como instrumentos para silenciar/manipular abusos de poder. Antes de nuestras Reflexiones Conclusivas, en fin, revisaremos las interferencias respecto de los procesos de regulación que surgen de la actividad de los *lobbies* y el fenómeno de las *puertas giratorias*, y la lesión hacia tales procesos que cabe ejemplificar en los arbitrajes de inversión.

Llevamos ya a cabo nuestra exposición, acomodándola a las exigencias de la presente sede y rogando comprensión en la medida en que la forzosa selección que hemos debido de llevar a cabo deje al margen otros aspectos que pudieran ser de interés respecto de los citados fines.

2 EN EL ÁMBITO ELECTORAL: EE.UU. SENTENCIA EN EL CASO *CITIZENS UNITED* Y OTROS DESARROLLOS

El sistema electoral de los Estados Unidos conoció un punto de inflexión, tal vez una nueva era, a causa de la decisión de su Tribunal Supremo en el

caso de referencia⁴. Como es sabido, ésta, muy extensa y en la que prevaleció la opinión del ala conservadora del Tribunal, apoyada por el Ponente, *Justice Kennedy*, trataba de la Primera Enmienda de la Constitución de ese país y si se conformaba a ella la *Bipartisan Campaign Reform Act of 2002*, una ley federal que prohibía a empresas y sindicatos utilizar sus fondos generales de tesorería para llevar a cabo gastos independientes para comunicación que fuese de naturaleza electoral –en los términos que la propia ley establecía–, o que expresamente propugnase la elección o la derrota de un candidato⁵.

De carácter muy técnico y controvertida desde que se hizo pública, la decisión *Citizens* vino a abrir la posibilidad antes vetada por el Acta de 2002, en la medida en que se consideró que las empresas disfrutaban de los mismos derechos de libertad de expresión para implicarse en los dispendios políticos que los ciudadanos humanos, siendo como son, según el Alto Tribunal, “*asociaciones de ciudadanos*”. Más que entidades legales independientes distintas de quienes detentan sus acciones.

No es caso aquí, ni en absoluto nuestra intención, llevar a cabo un análisis pormenorizado de la decisión de referencia, si bien se comprenden las críticas que suscitó al basarse en amplia medida en esa calificación de las empresas, un tanto sorprendente en los términos del propio ordenamiento y la práctica judicial del país transatlántico. Así como poco compatible con la consideración general que se suele compartir sobre aquéllas, es decir, su naturaleza como esas entidades legales aludidas (v. gr., MACEY; STRINE, 2018; BAINBRIDGE, 2019).

Lo que nos interesa destacar ahora es cómo una asociación de patrocinio empresarial, *Citizens United*, mediante una acción judicial vehiculada a través de una sede, el Tribunal Supremo –que si en ese momento mostraba ya una afinidad hacia los intereses empresariales, ahora resulta más que notoria–, introduce de hecho una distorsión de magnas proporciones en el juego democrático, al dejar expedita la vía a los grandes operadores económicos para liberar sus recursos e influir en él⁶. Y dando por sentado que todo el que adquiere acciones de una empresa le dé carta blanca para que destine sus fondos para apoyar la opción política que considere oportuno, una presunción que estimamos supone dar un gran salto en el vacío, en el orden lógico.

La doctrina avanzada, por otra parte, ha llegado a facilitar un aspecto que se pudiera considerar inquietante, la irrupción de intereses foráneos en los procesos electorales de los Estados Unidos. Existen ya estudios en los que se relacionan importantes aportaciones monetarias a cargo de empresas extranjeras, hechas realidad a través de sus sucursales (EVERS-HILLSTROM; ARKE, 2019) y, por ejemplo, sus contribuciones a los llamados Comités de

⁴ 558 U.S. 310 (2010). Vid. abundante documentación sobre él en SCOTUSblog, 2010.

⁵ 2 U. S. C. Secc. 441b. Empresas y sindicatos sí podían, y pueden, establecer un Comité de Acción Política (PAC) para los referidos propósitos, 2 U. S.C., Secc. 441b(b)(2).

⁶ Fenómenos similares no son infrecuentes en el mundo, incluso en países con sistemas democráticos consolidados; vid., v.gr., respecto de Australia, CROWE, 2019.

Acción Política o Super-Pacs (Vid., v.gr., CENTER, 2020). Cabe recordar, asimismo, cómo se ha aprovechado la oportunidad para impulsar los intereses empresariales a través de manejos harto turbios, como los llevados a cabo por Cambridge Analytica para aupar a la Presidencia de los EE.UU. a D. Trump, siguiendo un mandato del esquivo multimillonario Robert Mercer quien, *casualmente*, era el principal impulsor del grupo demandante en *Citizens United*⁷. Unos manejos, por otra parte, que se mostraron enormemente eficaces, pues mediante lo que se pudieran denominar acciones quirúrgicas –utilizando técnicas de desinformación– sobre sectores muy precisos del electorado en tres Estados-clave de los Estados Unidos, lograron llevar a la causa republicana a unos 70.000 electores, los precisos para desequilibrar en favor de ésta a tales Estados y, con ello, asegurarse la Presidencia⁸.

Junto a la decisión en *Citizens United*, en fin, otros pronunciamientos más recientes del Alto Tribunal, derogando aspectos claves de la *Voting Rights Act* que limitaban las facultades de los Estados para imponer restricciones de voto (SUPREME, 2013), o, el habido en el caso *Rucho*⁹, marginando a las sedes judiciales federales respecto del control del llamado *gerrymandering* –configuración partidista de los distritos electorales–, ilustran lo que consideramos una situación preocupante en los Estados Unidos en un ámbito tan esencial dentro del sistema democrático como es el sistema electoral. Un problema en el que pensamos no cabe minusvalorar la acción de las empresas y, en general, el reflejo que tal estado de cosas pueda tener en otros países¹⁰.

3 ATAQUES CONTRA LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN, ASOCIACIÓN Y ASAMBLEA

3.1 La *SLAPP Litigation* contra los Defensores de los Derechos Humanos

Este fenómeno de la *Strategic Lawsuit Against Public Participation* –*SLAPP Litigation*– lleva años haciéndose sentir, incluso con una tendencia al alza, como una táctica muy nociva para coartar la acción de protesta de la sociedad civil frente a los resultados reales, o potencialmente lesivos, respecto de los derechos humanos y la defensa del medio ambiente debidos a las actividades

⁷ Aunque en la actualidad, parece que la relación entre ambos personajes se ha deteriorado. Vid., v. gr., SHERMAN, 2019.

⁸ Puede recordarse que, en el conjunto del país, el electorado demócrata superó en más de tres millones de votos a sus antagonistas, una mayoría estéril, dado el peculiar sistema de acceso a la Presidencia, mediante compromisarios y el principio *winner takes all* en cada Estado. La involucreción de Facebook en este vidrioso asunto se refleja, v.gr., en MARK, 2019. Asimismo, vid., v.gr., HERN, 2019; y NYABOLA, 2019.

⁹ *Rucho et al v. Common Cause et al.*, n.º 18-422, October Term, 2018. Sobre él, vid., v. gr., SHULMAN, 2019; y LEVINSON, 2019.

¹⁰ Anotando, sin embargo, desarrollos positivos al respecto, vid., v. gr., McWIRE; BABBITT, 2019.

empresariales¹¹. Se manifiesta en duros ataques contra las libertades recogidas en el título de este Apartado, utilizando las empresas medios en sí legítimos prevenidos en las diversas legislaciones y a través, fundamentalmente, de demandas por difamación ante las instancias judiciales. Su práctica es transversal, no restringida a países determinados y, como decimos, utilizado en forma creciente justifica también la preocupación que viene suscitando, junto a la necesidad de ponerle coto.

En este sentido, resaltamos, por ejemplo, la importante toma de posición de la entonces Relatora Especial de las Naciones Unidas, Sobre los Derechos de Asamblea Pacífica y de Asociación, la Profesora Annalisa Ciampi, en la que tras definir esta *SLAPP Litigation* y sus propósitos, alerta apoyándose en diversos casos y países sobre la extensión del problema. Pone de relieve luego los estándares internacionales a los que debe supeditarse, recordando también los deberes de los Estados y las empresas, y avanza unas recomendaciones para unos y otras entre las que, especialmente, destacaremos la propuesta hecha a los Estados en el sentido de proteger los derechos de expresión asamblea y asociación. Y ello, en particular y entre otras medidas, introduciendo legislación Anti-SLAPP que, en palabras de la Relatora: “[...] permita rápidas desestimaciones (con condena de costas) de estos litigios y la utilización de medidas para castigar abusos”¹².

Del mayor interés, y sintonizando con lo anterior, consideramos asimismo el extenso y pormenorizado informe presentado este año a cargo de Human Rights Watch (2019) y otras oenegés de relieve en el que, bajo el propósito general de proteger a las comunidades afectadas por la minería en Sudáfrica, y la denuncia de un rosario de violaciones de los derechos humanos, como asesinatos de activistas, amenazas e intimidaciones, restricciones extralegales de derechos, criminalización y represión de protestas, brutalidad policial y arrestos arbitrarios, se expone asimismo la utilización de los tribunales frente a los defensores.

Recogiendo casos concretos como la querrela por difamación interpuesta por la empresa MSR frente a denuncias públicas por la actividad de su mina Tormin, o de la minera MCL, matriz de aquella, por las del proyecto Xolobeni, de extracción de titanio, el informe resalta los muy nocivos efectos de todo orden que tales iniciativas producen sobre los defensores. No siendo menores los del ámbito financiero al deber asumir éstos, muchas veces por encima de sus posibilidades, unos gastos vinculados a los litigios que, en cambio, resultan casi intrascendentes para la cuenta de resultados de las empresas (HUMAN RIGHTS WATCH, 2019, p. 54 y s.). Una realidad que tiene un alcance general en esta *SLAPP Litigation*, a lo largo y ancho del mundo.

En otro orden, el informe recoge también la utilización de interdictos judiciales para limitar/impedir el ejercicio de las libertades objeto de este apartado. Sucedió por ejemplo cuando la empresa propietaria de la mina

¹¹Con mucha e interesante información sobre el citado fenómeno, vid., entre otros, la nueva Guía recogida en SILENCING, 2019.

¹² Se recoge en el documento *SLAPPs and FoAA Rights*, United Nations, Office of the High Commissioner.

Tharisa obtuvo un frente a varios activistas de una comunidad crítica con la mina, con el consiguiente efecto intimidatorio sobre ellos e, incluso, algunas consecuencias penales, luego dejadas sin efecto, ante la defectuosa notificación del interdicto (HUMAN RIGHTS WATCH, 2019, p. 57 y s.).

Cabe indicar, asimismo, que estas actuaciones judiciales se encuentran extendidas por el mundo dándose, por ejemplo, versiones peculiares, como cuando se establecen en el Reino Unido interdictos frente a “personas sin determinar” –“*persons unknown*”– a instancias de las empresas. Sería el caso, entre otros, *In re Boyd & Anor v Ineos Upstream Ltd & Ors* (EWCA Civ 515, 2019), en el que el Tribunal de Apelación de Inglaterra y Gales ha sentado recientemente doctrina a partir del recurso ante una decisión del juzgado de instancia donde se habían impuesto fuertes restricciones de modo previo y con carácter genérico al ejercicio de los derechos fundamentales que venimos tratando, en un supuesto en el que una empresa de *fracking* pretendía blindarse ante previsibles acciones de protesta a cargo de una comunidad afectada (GILMARTIN, 2019). En su sentencia, el Alto Tribunal, sin proscribir la posibilidad de erigir restricciones por esta vía, indica que “los jueces deben ser *inherentemente cautos* a la hora de acceder a imponerlas”, y avanza luego, *de modo tentativo*, una serie de requisitos que según las diferentes situaciones, podrían orientar la actuación de aquéllos (GILMARTIN, 2019, p. 3 y ss.; HANKS, 2019). El análisis del Tribunal de Apelación, meticuloso, responde a su prestigio como garante de las libertades, y al pragmatismo común a los jueces británicos, pero deja a salvo la existencia de tales interdictos y, como es lógico, el efecto disuasorio que desde luego tienen respecto de individuos o comunidades que pretendan manifestar su repulsa frente a las actividades empresariales. Algo previsible en muchas situaciones y, máxime en este caso, por los más que notorios riesgos de las explotaciones de gas de esquisto¹³.

Bajo el manto de la *SLAPP Litigation*, dando un paso más, subrayamos ahora cómo, en una nueva vuelta de tuerca, muchas empresas resuelven utilizar las vías penales para reprimir/silenciar a quienes denuncian sus actividades (v. REPORT, 2019). Como es lógico, el nivel de perturbación de los derechos humanos y libertades fundamentales de estos últimos es muy alto, abrumador, y va a tener origen en supuestos ilícitos como difamaciones, invasión y destrucción de propiedades, etc., denunciados en su contra por las empresas. Tenemos recientes ejemplos, entre otros en Guatemala, caso de *Inversiones Cobra & CXI*, de la industria del aceite de palma, tratándose de protestas frente a acaparamiento de tierras y evicciones forzosas de población, en el que se procesa y somete a prisión a un conocido defensor del territorio y los derechos del pueblo quechua, liberándosele dos años más tarde sin cargos tras la decisión de un tribunal superior que anula el procesamiento (INVERSIONES, 2019). O, en el caso de pretendidas difamaciones, el de la proyectada mina Xolobeni en Sudáfrica, ya citado (Vid. su comentario por RYAN, 2019), junto al que ha involucrado en Tailandia, con amplia repercusión internacional, a un conocido defensor de los derechos

¹³ Que, de hecho, se han paralizado recientemente en Inglaterra; vid., v. gr., AMBROSE, 2019.

humanos, Andy Hall. Éste, tras varias querellas criminales sobreesidas, ha sido condenado a indemnizar con una importante cantidad a la empresa Natural Fruit, tras el fallo de un tribunal tailandés de apelación en un caso de demanda civil entablada por aquélla en su contra. Mr. Hall había denunciado lo que se alegaba eran violaciones de derechos humanos perpetradas en la factoría de la empresa (VARTIALA, 2019)¹⁴.

Concluyendo ya este punto sobre la *Litigación Estratégica*, exponemos, en primer lugar, nuestra preocupación por sus efectos sobre las libertades citadas, y lo que consideramos necesidad de ponerle coto. También nos resulta paradójico que se actúe, por ejemplo, frente a la libertad de expresión cuando, en *Citizens United*, era ésta el pilar sobre el que, como vimos, la mayoría conservadora del Alto Tribunal basó su controvertida e inquietante decisión. De igual modo, nos sorprende cómo se pueden mantener estas conductas de las empresas que son claramente atentatorias de los derechos fundamentales en un momento en el que, por ejemplo, desde altas instancias del poder económico en los poderosos e influyentes Estados Unidos, como varios de los mayores fondos de inversión, caso de BlackRock, Vanguard o State Street o desde muy relevantes círculos empresariales del país transatlántico, se viene defendiendo en los últimos años, con muy recientes y comentadas tomas de postura, lo que podríamos considerar un cambio de paradigma.

Según éste las empresas no debieran centrarse únicamente en sus beneficios, siguiendo los ampliamente compartidos postulados de M. Friedman, sino abrirse a una gestión más acorde con los principios de la llamada Responsabilidad Social Corporativa, lo que sería incompatible con estas prácticas de acoso e intimidación de los defensores de los derechos humanos a través de vías judiciales a las que nos estamos refiriendo¹⁵.

En otro orden, y sin salir de los Estados Unidos, dejamos constancia como algo muy positivo del movimiento en pro de una legislación para impedir o limitar este tipo de litigios, que ha cuajado ya, por ejemplo, en normativas de casi 30 de los *Sister States*, destacando una vigorosa Ley de California, y se extiende en textos parejos en Canadá, Australia y Filipinas (Vid., v. gr., HUMAN RIGHTS WATCH, 2019, p. 55 y s.; También los datos recogidos en ANTI-SLAPP).

Y la misma aprobación, en fin, nos merece el que vengán produciéndose decisiones judiciales que salen al paso de estas reprobables iniciativas empresariales. Un ejemplo reciente lo tenemos en la del Tribunal de Apelación de Colorado, decantada en favor del activista Pete Kolbensschlag, a quien demandó en 2017 una empresa de exploración de gas y petróleo, SG Interests, en base a supuestos infundios difundidos en una web de un periódico de Glenwood Springs, en el Estado que ostenta por lema *Nil Sine Numine* (APPEALS, 2019).

¹⁴ Asimismo, vid., v.gr., HAMLETT, 2019. Como un dato positivo, vid., v.gr., SOBRESEIMIENTO, 2019.

¹⁵ Vid., v. gr., PEREGRINE, 2019; KALMANATH, 2019; y BAKER, 2019. También, POSNER, 2019; y KAYIKLIK, 2019. Las declaraciones y la praxis no siempre coinciden tratándose de los que propugnan el cambio indicado; vid., v. gr., respecto del citado BlackRock, REVEALED, 2019.

3.2 Las Técnicas de Desinformación

Sin poderlas desarrollar aquí anotaremos simplemente, en primer lugar, cómo algunas empresas pueden servirse de elaborados medios para influir en la opinión pública difundiendo, por ejemplo, informes científicos manipulados. El tristemente célebre caso del insecticida Roundup, de Monsanto, ahora absorbida por el gigante alemán Bayer, sería una clara muestra, aunque la principal intención de esa táctica haya sido distorsionar los procesos de regulación, en línea con lo que trataremos en el próximo Apartado¹⁶.

Muy inquietante, también, dando ya término al presente epígrafe, es el caso de las entidades especializadas que llevan a cabo campañas de propaganda y ocultación de crímenes en favor de regímenes acusados de graves violaciones de los derechos humanos. Baste reseñar ahora aquí el cúmulo de actuaciones de tales entidades, en especial empresas de relaciones públicas, junto a medios de difusión, lobistas y periodistas, que se ha generado en relación con el infame asesinato de A. Khashoggi, en un intento de mejorar la muy deteriorada imagen del régimen saudí y la involucración de sus más altas instancias en hecho tan reprobable. Así se ha puesto, por ejemplo de manifiesto, en el *Informe Kashoggi* de la Relatora Especial de las Naciones Unidas para las Ejecuciones Extrajudiciales, Agnes Callamard, aunque no se trate de algo novedoso o desconocido, puesto que tales campañas se han verificado con frecuencia en favor del citado régimen y de otros con similares desempeños contra los derechos humanos (Vid., v. gr., DAVOISE, 2019).

Por su carácter tan evidentemente nocivo respecto del mantenimiento de la opinión informada y crítica en la que debe apoyarse el sistema democrático, concluimos este punto enfatizando la necesidad de mantener una atención vigilante y decidida sobre técnicas tan inasumibles como las descritas.

4 ALGUNOS APUNTES SOBRE INTERFERENCIAS EN LOS PROCESOS DE REGULACIÓN

Una de las mayores distorsiones que pueden afectar al sistema democrático radica en que, a través de diversos medios, las empresas troquen o quieran trocar su condición de sujetos regulados por la de reguladores, produciendo una verdadera captura de poder. Recogemos ahora aquí dos de esos medios, bien conocidos ya y sobre los que, consecuentemente, cabe obviar desarrollos extensos, sustituidos en esta sede por los simples elementos de juicio que ofrecemos a renglón seguido.

¹⁶ Vid., COOK-SCHULTZ, 2017. También, el comentario recogido en MONSANTO, 2019; y SHORT; BUCKLEY, 2019. Asimismo, vid., GÜELL, 2019; y FLEISHMAN, 2019.

4.1 Lobbies y Puertas Giratorias

Funcionan ambos tanto en lo que atañe a Gobiernos como, y es de la mayor importancia, respecto de las organizaciones internacionales y la propia Unión Europea (UE). Así, en Bruselas, por ejemplo, existen censados, voluntariamente, varios miles de lobistas, enfocados hacia las altas instancias de la Unión Europea. Es público y notorio que estas personas, que representan los intereses de las empresas, se activan de modo continuo y, en especial, respecto de iniciativas que puedan tener un gran impacto sobre el sector correspondiente, y está por verse que los esfuerzos de control que vienen apuntándose últimamente cambien la situación de forma relevante¹⁷.

También, en otro orden, citado, el de las organizaciones internacionales, la infiltración de las empresas es destacable como, por ejemplo, en la de mayor rango, las Naciones Unidas, cuando promovieron recientemente al estatus de observador a la CCI, el lobby mundial del sector privado, o la presencia cada vez más visible de los intereses corporativos en Agencias como la FAO o la OMS y en Programas dependientes de esa organización de ámbito mundial. Muchas son las claves, en las que no podemos entrar ahora, que justifican el que se haya llegado a tal estado de cosas (Vid., v. gr., PETITJEAN, 2019; y END, 2019).

Por su parte, las *puertas giratorias* entre el poder ejecutivo, la industria y el sector financiero son muy frecuentes en todas las latitudes. La sociedad civil contempla así muchas veces con asombro e incredulidad cómo personas que han ocupado altos puestos de responsabilidad en gobiernos y organizaciones, al acabar su mandato se ponen a disposición de los sectores empresariales relacionados con sus antiguas funciones. A qué intereses servían realmente cuando las desempeñaban es algo que queda, pues, abierto a la duda¹⁸. Con el consiguiente y, muy posiblemente profundo daño al sistema democrático y a la gobernanza mundial.

4.2 Los llamados Arbitrajes de Inversión. (La Constitución Económica Global)

Los Tratados Comerciales y los de Inversiones constituyen piezas claves y un fenómeno en rápido ascenso dentro de lo que cabe denominar Constitución Económica Global. Un autor la presenta de este modo, en *Mercado o Democracia*:

Ésta, sin refrendo popular alguno y sin concretarse en documentos ni articulado específico, se impondría política y jurídicamente al conjunto de normativa vigente, tanto la internacional como la de carácter local.

¹⁷ Vid., v.gr., BALANYÁ; SABIDO, 2017; GOBIERNOS, 2019, y LOBBY, 2019. Un relevante ejemplo del funcionamiento de los lobbies en Europa puede verse en el informe: SABIDO et al, 2019. Respecto de la traída y llevada iniciativa suiza sobre control de las multinacionales y la injerencia de los lobbies, vid., v. gr., SCHICK, 2019.

¹⁸ Vid., v. gr., GEBHARDT; SAZ-CARRANZA, 2018. Asimismo, vid., v.gr., NEW, 2019.

Se trataría así de una legislación de rango superior, de alta exigibilidad, eficacia y justiciabilidad, que define prioridades y acota el marco de lo posible, posicionando una serie de valores incuestionables derivados de la lógica económica capitalista.

Los tratados comerciales tributarían a esta constitución económica por una doble vía. Por un lado, se convierten en el centro de su articulado, enmarañado y disperso, pero situado en la cima de la pirámide legislativa global. Por el otro, con ellos se pretende implantar una nueva forma de gobernanza corporativa mundial en desmedro de las instituciones públicas, que garantice el avance y asegure el cumplimiento de dicha carta magna corporativa (FERNÁNDEZ ORTIZ DE ZÁRATE, 2019).

De consolidarse esta tendencia, además, este autor indica que:

se amputarían notablemente las capacidades legislativas, ejecutivas y judiciales de las instituciones públicas, dando un salto exponencial en una tendencia que ya se inició en los años ochenta. Eso entronizaría definitivamente a las empresas transnacionales como protagonistas políticas globales. Estas no solo habrían logrado situar sus propuestas como una armadura jurídica inexpugnable y metapolitizada, relegando a simple retórica las legislaciones nacionales y el marco internacional de derechos humanos, escasamente eficaces y justiciables. También participarían activamente en la toma de decisiones incidiendo sobre las estructuras de convergencia reguladora, gozando además a nivel global —ya lo hacen en el marco de tratados bilaterales de inversión— de una justicia a su servicio, de uso exclusivo y de gran capacidad punitiva, que rompe con todo principio de igualdad ante la ley.

Estados, organismos multilaterales, estructuras regionales, grandes corporaciones y otros agentes seguirían formalmente actuando en el modelo de gobernanza disperso, híbrido y sin centro operativo que se ha ido pergeñando durante el proceso de globalización neoliberal. No obstante, serían las multinacionales quienes realmente pescarían en este río revuelto, al ser capaces de imponer la ley, tomar parte en su ejecución y gozar además de una justicia de parte que la haga cumplir. Se convertirían así en gobierno de facto, bajo un imaginario de soberanías compartidas (FERNÁNDEZ ORTIZ DE ZÁRATE, 2019).

Creemos que este análisis de situación, aún en extremo preocupante, justifica por su lucidez su extensa cita aquí. Pero ahora nos detendremos, siquiera muy brevemente, en algo que se recoge en él, es decir, la referencia a los tratados de inversión y, aunque no se exprese por ser consustancial con ellos, los sistemas de solución de controversias y, muy particularmente, los llamados arbitrajes de inversión.

Es éste casi un mundo aparte, de una importancia decisiva en el contexto de las relaciones económicas internacionales y, como es de esperar, generador también de un gran caudal de literatura científica y de todo orden. Baste decir aquí que esos arbitrajes, con base en acuerdos multilaterales y, en mayor número, en bilaterales, vienen representando unos foros altamente privilegiados para las empresas, en la medida en la que un cambio de

circunstancias motivado por el Estado de acogida de las inversiones, por ejemplo, para mejorar su normativa laboral o de protección del medio ambiente, ha podido ser denunciado ante los organismos especializados, caso del ICSID, patrocinado por el Banco Mundial (ICSID, 2020), resultando en múltiples supuestos en la condena del Estado e importantes indemnizaciones (IMFACTS, 2019; BOEGLIN, 2019).

Traemos la referencia del problema aquí dado que se hace presente, una vez más, cómo las empresas pueden condicionar el sistema democrático, en tanto que la capacidad legislativa del Estado quede condicionada por los intereses de aquéllas, incluso cuando se trata del progreso de los derechos humanos. Los ejemplos son, como decimos, muy numerosos y la controversia que se ha originado, de grandes proporciones¹⁹.

Con todo, parece estar formándose una opinión en el sentido de forjar un sistema de solución de controversias más equilibrado, en el que la protección de los inversores no coarte el citado progreso. Positivo consideramos en este orden el Nuevo Modelo de Tratado Bilateral de Inversiones auspiciado por Holanda en el que, junto a otros aspectos de interés, se pone salvaguardia expresamente a los derechos humanos²⁰ o, asimismo, el que el régimen de inversiones se haga más transparente y solidario, como es el caso de importantes fondos de inversión privados o estatales, y entre estos últimos, por ejemplo, algunos vinculados con la soberanía noruega, que establecen en su praxis un seguimiento de las actividades de las empresas en las que participan, llegando incluso a desinvertir si las actividades de éstas entran en conflicto con los citados derechos²¹. Se trata en ambos casos de avances reales que arrojan luces sobre un panorama harto sombrío hasta el momento. Por ello, y con esto concluimos el punto y el presente Apartado, han de ser recibidos, creemos, con ánimo favorable.

5 REFLEXIONES CONCLUSIVAS

Muy brevemente. Las distorsiones que hemos visto respecto del sistema democrático y, por extensión, las que causa una gobernanza mundial centrada prioritariamente en los intereses de los grandes operadores económicos se traducen, sin duda, y por eso las hemos traído a este foro, además de en un aumento exponencial de la desigualdad, en otras graves afectaciones de los Derechos Humanos. Así, por ejemplo, se abren las vías para elegir gobernantes dispuestos, entre otras cosas, a desmontar muy estudiadamente las normativas de protección del medio ambiente, dando acceso a vastos territorios

¹⁹ Por todos, vid., v.gr., DE BRABANDERE, 2018a; DE BRABANDERE, 2018b; FAHNER; HAPPOLD, 2019; y BAS VILIZZIO, 2019. En general, vid., asimismo, v.gr., SANTACROCE, 2019.

²⁰ Vid., sobre él, v.gr., la presentación recogida en: FINAL, 2019; y DUGGAL; VAN DEN VEEN, 2019. Asimismo, vid., v. gr., THE NETHERLANDS, 2019.

²¹ Un ejemplo reciente de estos nuevos planteamientos se recoge en la práctica seguida por el fondo sueco AP2; vid., su comentario en: SWEDISH, 2019. Vid., también, respecto del mayor fondo de pensiones noruego, BAKX, 2019.

y procesos de especulación y expolio intensivo, con absoluto desprecio al impacto sobre las poblaciones locales y al equilibrio del planeta.

Por su parte, las interferencias en los procesos regulatorios, sean a nivel estatal o supraestatal/multilateral se traducen, asimismo, en situaciones tales como que productos fitosanitarios nocivos sean utilizados ampliamente, con las inevitables consecuencias respecto de la salud humana, a lo largo y ancho de nuestro mundo. Y, del mismo modo, el que esas interferencias se proyecten sobre el necesario control de las actividades de las empresas, sobre todo respecto de las que tienen un carácter extraterritorial y se vehiculan a través de complejas estructuras societarias, da lugar a amargos frutos de gruesas violaciones de derechos humanos, incluso crímenes contra la humanidad, en una atmósfera general de impunidad que se ceba especialmente en los defensores de los citados derechos.

Como dijimos al inicio de nuestra exposición llevamos de tiempo estudiando estas cuestiones, y podemos poner nombres y citar casos de ese rosario de ejemplos que acabamos de adelantar, y de muchas otras situaciones similares. Pero nos preguntamos ahora, ante la evidente magnitud del problema, qué cabe hacer desde los medios universitarios, pues desconocerlo u orillararlo no son soluciones admisibles, en nuestra opinión. Lanzamos, pues, una llamada a implicarnos en su solución, pues solución hay, hemos apuntado casos de ello, utilizando nuestros recursos y capacidades para, junto con el resto de la sociedad civil, poner coto a quienes, desde situaciones de poder, coartan o incluso hacen imposible el progreso o el propio futuro de nuestra especie²².

Muchos han sido desde estas aulas sevillanas los que nos han precedido en la lucha por los derechos humanos. Valgan estas reflexiones como homenaje a todos, y en recuerdo emocionado a Don Mariano Aguilar Navarro, quien siempre añoró su estancia en Sevilla y su paso por esta ilustre Facultad, y los tiempos difíciles, pero a la vez espléndidos en lo académico, en los que en ella profesó junto a otros venerados y eminentes maestros universitarios.

REFERENCIAS

AMBROSE, Jillian. Fracking halted in England in major Government u-turn. En: The Guardian, Londres (Reino Unido), 2 noviembre 2019. Accesible en: <<https://www.theguardian.com/environment/2019/nov/02/fracking-banned-in-uk-as-government-makes-major-u-turn>>.

ANTI-SLAPP Statutes and Commentary. Accesible en: <<https://www.medialaw.org/topics-page/anti-slapp?tmpl=component&print=1>>.

²² Con unas lúcidas reflexiones sobre la necesidad de perseverar en este empeño, vid., v. gr., FALK, 2019.

APPEALS court dismisses Colorado lawsuit affecting free speech rights filed by energy firm against activist. En: The Colorado Sun. Associated Press. Colorado, 01 Julio 2019. Accesible en: <<https://coloradosun.com/2019/07/01/pete-kolbenschlag-lawsuits-interests/>>.

BAINBRIDGE, Stephen M. Macey and Shrine on “Citizens United as bad corporate law”: Post 1 - what about close corporations. 2019. Accesible en: <<https://www.professorbainbridge.com/professorbainbridge.com/2019/05/macey-and-strine-on-citizens-united-as-bad-corporate-law-post-1-what-about-close-corporations.html>>.

BAKER, Todd H. Shareholder primacy isn't the best of all possible worlds. En: Columbia Law School. The CLS Blue Sky Blog. Columbia Law School's Blog on Corporations and The Capital Markets. New York, 23 octubre 2019. Accesible en: <<http://clsbluesky.law.columbia.edu/2019/10/23/shareholder-primacy-isnt-the-best-of-all-possible-worlds/>>.

BAKX, Kyle. Coal and bitumen: why the norwegian pensions fund is ditching the oilsands. En: CBC News, Toronto, Canadá, 7 octubre 2019. Accesible en: <https://www.cbc.ca/news/canada/calgary/oilsands-norway-pension-fund-reduce-investments-alberta-1.5312066?_vfz=medium%3Dsharebar>.

BALANYÁ, Belén; SABIDO, Pascoe. **L'Europe enlisée dans le gaz**: les lobbies derrière la politique européenne de développement des infrastructures gazières. Paris: Corporate Europe Observatory (CEO), 2017.

BAS VILIZZIO, Magdalena. Protección de los derechos humanos en la solución de controversias inversor-Estado: ¿confluencia o bifurcación de caminos?. En: **Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión**, Asunción (Uruguay), vol. 7, n.º 14, 2019.

BOEGLIN, Nicolas. Caso de la Mina Crucitas ante El CIADI (Infinito Gold V. Costa Rica): breves noticias. En: Movimiento Mesoamericano Contra el Modelo Extractivo Minero. Costa Rica, 5 noviembre 2019. Accesible en: <<https://movimientom4.org/2019/11/caso-de-la-mina-crucitas-ante-el-ciadi-infinito-gold-vs-costa-rica-breves-noticias/>>.

CENTER FOR RESPONSIVE POLITICS. OpenSecrets.Org. Washington, D.C. 2020. Accesible en: <<https://www.opensecrets.org/outsidespending/summ.php?chrt=V&type=S>>.

COOK-SCHULTZ, Kara. Monsanto manufactured scientific studies and then used those studies to influence EPA, other regulators. En: **The Huffington Post**, Sunnyvale (Estados Unidos), 15 marzo 2017.

CROWE, David. Democracy for sale: what did Clive Palmer get for his 50m-plus? The Sydney Morning Herald. Sidney (Australia), 15 octubre 2019. Accesible en: <<https://www.smh.com.au/politics/federal/>>

democracy-for-sale-what-did-clive-palmer-get-for-his-50m-plus-20191024-p533vw.html>.

DAVOISE, Marie. When “PR” does not rhyme with “BHR”: public relations, business and human rights and the Khashoggi Report. En: *Opinio Juris*, 27 Junio 2019. Accesible en: <<http://opiniojuris.org/2019/06/27/when-pr-does-not-rhyme-with-bhr-public-relations-business-and-human-rights-and-the-khashoggi-report/>>.

DE BRABANDERE, Eric. Human rights and international investment law. En: **Grotius Centre Working Paper 2018/75- HRL**, Leiden (Países Bajos), Ed. Leiden Law School Research Paper, 26 marzo 2018a.

DE BRABANDERE, Eric. Human rights and international investment law. En: KRAJEWSKI, Markus; HOFFMANN, Rhea Tamara (Ed.). **Research handbook on foreign direct investment**. Nuremberg: Ed. Faculty of Law, University of Erlangen-Nuremberg, Alemania, 2018b.

DUGGAL Kabir A. N.; VAN DEN VEEN, Laurens H. The 2019 netherlands model BIT: riding the new investment treaty waves. En: **Arbitration International**, Oxford, Ed. Oxford University Press, vol. 35, n.º 3, p. 347-374, Septiembre 2019.

END The UN/World Economic Forum Partnership Agreement. En: Transnational Institute (TNI), Amsterdam (Países Bajos), 25 septiembre 2019. Accesible en: <<https://www.tni.org/en/article/end-the-united-nationsworld-economic-forum-partnership-agreement>>.

EVERS-HILLSTROM, Karl; ARKE, Raymond. Following Citizens United, foreign-owned corporations funnel millions into US elections. 23 marzo 2019. Accesible en: <<https://truthout.org/articles/foreign-owned-corporations-funnel-millions-into-us-elections/>>.

FAHNER, Johannes Hendrik; HAPPOLD, Matthew. The human rights defence in investment arbitration: exploring the limits of systemic integration. En: **International & Comparative Law Quarterly**, Cambridge (Reino Unido), Ed. Cambridge University Press, vol. 68, n. 3, p. 741-759, 2019.

FALK, Richard. Declining protection of human rights, why? En: *Global Justice in the 21st Century*. Santa Barbara, California (Estados Unidos), 31 octubre 2019. Accesible en: <<https://richardfalk.wordpress.com/2019/10/31/2945/>>.

FERNÁNDEZ ORTIZ DE ZÁRATE, Gonzalo. Mercado o democracia. En: *Observatorio Multinacionales en América Latina*. Madrid (España), 12 mayo 2019. Accesible en: <<http://omal.info/spip.php?article8848>>.

FINAL Dutch model bit published: potential for claims against investors and link between gender equality and investment. En: Herbert Smit Freehills. Londres (Reino Unido), 1.º mayo 2019. Accesible en: <<https://hsfnotes.com/arbitration/2019/05/01/final-dutch-model-bit-published-potential-for-claims-against-investors-and-link-between-gender-equality-and-investment/>>.

FLEISHMAN Hillard's secret lobby campaign for Monsanto: multi-million lobbying spending not declared to EU transparency register. En: Corporate Europe Observatory (CEO). Bruselas (Belgica), 19 septiembre 2019. Accesible en: <<https://corporateeurope.org/en/2019/09/fleishmanhillards-secret-lobby-campaign-monsanto>>.

GEBHARDT, Maximilian; SAZ-CARRANZA, Angel. European revolving doors: corporate boards in Germany and Spain. En: ESADEGeo Working Paper, 30, February 2018; y TobaccoTactics resources on revolving doors. University of Bath, Bath (Reino Unido), 14 Junio 2019. Accesible en: <https://www.tobaccotactics.org/index.php/Revolving_Door>.

GILMARTIN, Charlotte. "Persons unknown" injunctions against future protest action. 10 abril 2019. Accesible en: <<https://ukhumanrightsblog.com/2019/04/10/persons-unknown-injunctions-against-future-protest-action/>>.

GOBIERNOS cautivos: los Estados de la UE como canal para los intereses empresariales. En: Corporate Europe Observatory (CEO). Bruselas (Bélgica), Febrero 2019. Accesible en: <<https://corporateeurope.org/sites/default/files/captured-states-exec-summary-es.pdf>>.

GÜELL, Oriol. Las agencias de la UE han mantenido cierta opacidad sobre Monsanto. Barcelona, 16 mayo 2019. Accesible en: <https://elpais.com/sociedad/2019/05/15/actualidad/1557952668_093584.html>.

HAMLETT, Claire. Swiss banks are lashing out at climate activists rather than taking action: this has to stop. Londres (Reino Unido), 3 octubre 2019. Accesible en: <https://www.banktrack.org/blog/swiss_banks_are_lashing_out_at_climate_activists_rather_than_taking_action_this_has_to_stop>.

HANKS, Harriet. English high court discusses protests injunctions against "persons unknown". En: **Lexology**, Londres (Reino Unido), 24 octubre 2019.

HERN, Alex. Facebook agrees to pay fine over Cambridge analytica scandal. En: The Guardian, Londres (Reino Unido), 30 octubre 2019. Accesible en: <<https://www.theguardian.com/technology/2019/oct/30/facebook-agrees-to-pay-fine-over-cambridge-analytica-scandal>>.

HUMAN RIGHTS WATCH. We know that our lives are in danger: environment of fear in South Africa's mining-affected communities. Estados Unidos: GroundWork, Centre for Environmental Rights, Human

Rights Watch, Earthjustice, 2019. Accesible en: <https://www.hrw.org/sites/default/files/report_pdf/southafrica0419_web.pdf>.

ICSID – International Centre for Settlement of Investment Dispute. World Bank Group. Accesible en: <<https://icsid.worldbank.org/en/>>.

IMPACTS of investment arbitration against African states: ISDS in numbers. En: Transnational Institute (TNI), Amsterdam (Países Bajos), 8 octubre 2019. Accesible en: <<https://www.tni.org/en/isdsafrica>>.

INVERSIONES Cobra & CXI lawsuit (re ilegal invasión of land and burning of palm oil. En: Farmlandgrab Org. 19 septiembre 2019. Accesible en: <<https://www.farmlandgrab.org/post/view/29164-inversiones-cobra-cxi-lawsuit-re-illegal-invasion-of-land-burning-of-palm-oil-guatemala>>.

KALMANATH, Akshaya. Corporate purpose and the dangers of government-mandated CSR. En: Columbia Law School. The CLS Blue Sky Blog. Columbia Law School's Blog on Corporations and The Capital Markets. New York, 20 septiembre 2019. Accesible en: <<http://clsbluesky.law.columbia.edu/2019/09/20/corporate-purpose-and-the-dangers-of-government-mandated-csr/>>.

KAYIKLIK, Abdurrahman. How Elizabeth Warren is reviving the concession theory of the corporation. En: Columbia Law School. The CLS Blue Sky Blog. Columbia Law School's Blog on Corporations and The Capital Markets. New York, 1.º noviembre 2019. Accesible en: <<http://clsbluesky.law.columbia.edu/2019/11/01/how-elizabeth-warren-is-reviving-the-concession-theory-of-the-corporation/>>.

LEVINSON, Sandy. Gibberish in Supreme Court opinions: given that John Roberts is scarcely stupid, what explains the stupidity of part of his opinión in Rucho? 10 Julio 2019. Accesible en: <<https://electionlawblog.org/?p=106168>>.

LOBBY Planet Bruselas, tu guía al turbio mundo del lobby en Bruselas. En: Corporate Europe Observatory (CEO). Bruselas (Bélgica), 8 mayo 2019. Accesible en: <<https://corporateeurope.org/es/2017/06/lobby-planet-brussels>>.

MACEY, Jonathan R.; STRINE JUNIOR, Leo E. Citizens united as bad corporate law. En: **Harvard Discussion Paper**, Harvard, Harvard Law School, n.º 972, septiembre, 2018.

MARK Zuckerberg: cómo Alexandra Ocasio-Cortez puso contra las cuerdas al fundador de Facebook. En: BBC News Mundo. Londres (Reino Unido), 24 octubre 2019. Accesible en: <<https://www.bbc.com/mundo/noticias-50074948>>.

McWIRE, Brendan R.; BABBITT, Christopher E. Report finds clear trend toward increased transparency in corporate political spending. 5 noviembre 2019. Accesible en: <<https://www.wilmerhale.com/en/insights/client-alerts/20191105-report-finds-clear-trend-toward-increased-transparency-in-corporate-political-spending>>.

MONSANTO weedkiller roundup wal “substantial factor” in causind man’s cancer, juri says. En: The New York Times, New York, 19 marzo 2019. Accesible en: <<https://www.nytimes.com/2019/03/19/business/monsanto-roundup-cancer.html>>.

NEW Commission: shadows of corruption and conflict of interests. En: Corporate Europe Observatory (CEO). Bruselas (Bélgica), 25 septiembre 2019. Accesible en: <<https://corporateeurope.org/en/2019/09/new-commission-shadows-corruption-and-conflicts-interest#>>

NYABOLA, Nanjala. Platform governance of political speech. Waterloo, Canadá, 28 octubre 2019. Accesible en: <<https://www.cigionline.org/articles/platform-governance-political-speech>>.

PEREGRINE, Michael W. Business Roundtable’s statement on corporate purposes has noble aims but creates uncertainty. En: Columbia Law School. The CLS Blue Sky Blog. Columbia Law School’s Blog on Corporations and The Capital Markets. New York, 30 agosto 2019. Accesible en: <<http://clsbluesky.law.columbia.edu/2019/08/30/business-roundtables-statement-on-corporate-purposes-has-noble-aims-but-creates-uncertainty/>>.

PETITJEAN, Olivier. Les Nations Unies face à l’emprise des multinationales. En: Observatoire des Multinationales: Social, Écologique, Politique. Paris, 7 marzo 2019. Accesible en: <<http://multinationales.org/Les-Nations-Unies-face-a-l-emprise-des-multinationales>>.

POSNER, Eric. Milton Friedman was wrong. En: The Atlantic, Boston, 22 agosto 2019. Accesible en: <<https://www.theatlantic.com/ideas/archive/2019/08/milton-friedman-shareholder-wrong/596545/>>.

REPORT on the misuse of the criminal justice systems to retaliate against environmental defenders. 21 septiembre 2019. Accesible en: <<https://www.business-humanrights.org/sites/default/files/documents/Report-on-the-Misuse-of-Criminal-Justice-Systems-to-Retaliare-Against-Environmental-Defenders-9.21.2019.pdf>>.

REVEALED: major banks and investors including Barclays, JP Morgan Chase, Goldman Sachs, Morgan Stanley, BlackRock are pouring money into global forest destruction. En: Global Witness, Londres, Washington DC y Bruselas, 23 septiembre 2019. Accesible en: <<https://www.globalwitness.org/ru/press-releases/revealed-major-banks-and->

investors-including-barclays-jpmorgan-chase-goldman-sachs-morgan-stanley-blackrock-are-pouring-money-global-forest-destruction/>.

RYAN, C. Protests grow over defamation suits against environmentalists. En: Centro de Información sobre Empresas y Derechos Humanos. New York, 2019. Accesible en: <<https://www.business-humanrights.org/es/node/187481>>.

SABIDO, Pascoe et al. Who owns all the pipelines? Grecia: European Network of Corporate Observatories (ENCO) / Corporate Europe Observatory, 2019. Accesible en: <https://multinationales.org/IMG/pdf/1_english_tso_web.pdf>.

SANTACROCE, Fabio Giuseppe. The applicability of human rights law in international investment disputes. En: **ICSID Review Foreign Investment Law Journal**, Oxford, vol. 34, n.º 1, Winter (24 septiembre), p. 136-155, 2019.

SCHICK, Manon. Les sénateurs cèdent devant le lobby des multinationales. Lausanne (Suiza), 8 octubre 2019. Accesible en: <<https://www.24heures.ch/signatures/reflexions/senateurs-cedent-lobby-multinationales/story/10162526>>.

SCOTUSblog. Supreme Court of United States Blog. Citizens United v. Federal Election Commission. 21 enero 2010. Accesible en: <<https://www.scotusblog.com/case-files/cases/citizens-united-v-federal-election-commission/>>.

SHERMAN, Gabriel. “Crickets, they’re gone”, why the Mercers, Trump’s biggest 2016 backers, have bailed on him. 18 Junio 2019. Accesible en: <<https://www.vanityfair.com/news/2019/06/why-the-mercers-trumps-biggest-2016-backers-have-bailed-on-him>>.

SHORT, Tom; BUCKLEY, Jonny. The roundup on toxic pesticides-regulatory divergence, growing litigation. En: Lexology, Londres (Reino Unido), 2019. Accesible en: <<https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=03f2eb5b-0780-44d9-9383-3b7cea48c587>>.

SHULMAN, Theodor. Timid restraint: what the “Partisan Gerrymandering” case teaches us about the Supreme Court. 1.º Julio 2019. Accesible en: <<https://verfassungsblog.de/timid-restraint/>>.

SILENCING the critics: how big polluters try to paralyse environmental and human rights advocacy through the courts. En: Business and Human Rights Ressource Center. 30 septiembre 2019. Accesible en: <<https://www.business-humanrights.org/en/silencing-the-critics-how-big-polluters-try-to-paralyse-environmental-and-human-rights-advocacy-through-the-courts>>.

SOBRESEIMIENTO para seis campesinos en el norte de Honduras. En: Movimiento Mesoamericano Contra el Modelo Extractivo Minero. Movimiento Amplio por la Dignidad y la Justicia. Costa Rica, 8 noviembre 2019. Accesible en: <<https://movimientom4.org/2019/11/sobreseimiento-para-seis-campesinos-en-el-norte-de-honduras/>>.

SUPREME Court invalidates key part of Voting Rights Act. En: New York Times, New York, 25 Junio 2013. Accesible en: <<https://www.nytimes.com/2013/06/26/us/supreme-court-ruling.html>>.

SWEDISH pension fund AP2 publishes first human rights report in line with UN guiding principles reporting framework. En: Business & Human Rights Resource Centre. Amsterdam (Países Bajos), 30 septiembre 2019. Accesible en: <<https://www.business-humanrights.org/en/swedish-pension-fund-ap2-publishes-first-human-rights-report-in-line-with-un-guiding-principles-reporting-framework>>.

THE NETHERLANDS must ensure that human rights prevail over business. En: Centre for Research on Multinational Corporations (SOMO), Amsterdam (Países Bajos), 15 octubre 2019. Accesible en: <<https://www.somo.nl/the-netherlands-must-ensure-that-human-rights-prevail-over-business/>>.

VARTIALA, Sonja. Appeals Court orders Andy Hall to pay 10 million baht in damages to Natural Fruit. En: Finnwatch, Helsinki (Finlandia), 22 mayo 2019. Accesible en: <<https://finnwatch.org/en/news/625-appeals-court-orders-andy-hall-to-pay-10-million-baht-in-damages-to-natural-fruit>>.

Submissão em: 02 de outubro 2020

Último Parecer favorável em: 27 de novembro de 2020.

Como citar este artigo científico

ZAMORA CABOT, Francisco Javier; MARULLO, Maria Chiara. Las grandes empresas y su incidencia sobre el sistema democrático. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, Montes Claros, v. 1, n. 2, p. 43-61, set.-dez. 2020.

EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL SECTOR SANITARIO ESPAÑOL

THE ANALYSIS OF THE PRINCIPLE OF EQUALITY IN THE SPANISH SANITARY SECTOR

FRANCISCO QUIÑONERO MÉNDEZ¹

RESUMEN

El objetivo fundamental de la aprobación de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres, así como la creación de instituciones encargadas del diseño y la implementación de las políticas de igualdad, es la reducción de la brecha existente entre mujeres y hombres en ámbitos tan diversos como la salud, la educación o el empleo, entre otros. Por tanto, la posibilidad de explorar, a casi cuarenta años de la aprobación de la Constitución española vigente, cuál ha sido la implementación de los preceptos incorporados en la normativa puede arrojar luz sobre los esfuerzos realizados y los efectos conseguidos para transformar la realidad social, política y económica de las mujeres españolas. El presente estudio pretende explorar el desarrollo de los preceptos incorporados en el artículo 27 de la Ley de Igualdad referidos a la integración del principio de igualdad en la política de salud, en particular de aquellos que ofrezcan la posibilidad de ser cuantificados y por consiguiente, comparables a lo largo del tiempo. No en todos los casos resulta posible acceder a información que permita evaluar el impacto de la Ley sobre el principio de igualdad en el Sistema Nacional de Salud, dado que su medición dependería de la realización de estudios cualitativos o de percepción por parte los usuarios. La revisión bibliográfica muestra una escasa producción de este tipo de informes, limitado solo a unas cuantas comunidades autónomas, con metodologías no estandarizadas y para distintos períodos de tiempo. Para el análisis de la aplicación del principio de igualdad de género en el Sistema Nacional de Salud se tomarán en consideración aquellos indicadores contemplados en dicho precepto, que sean cuantificables y para los cuales se dispongan de información estadística de carácter oficial. Lo anterior permitirá el análisis comparado de las desigualdades de género en el sector sanitario antes y después de la aprobación de la citada norma.

Palabras Clave: Igualdad, Sanidad, España, Política, Ley.

¹ Doctor por la Universidad a Distancia de Madrid (UDIMA). Correo electrónico: pacopurias@yahoo.es

ABSTRACT

The fundamental objective of the approval of the Organic Law 3/2007, of March 22, for the effective equality of women and men, as well as the creation of institutions responsible for the design and implementation of equality policies, is the reduction of the gap between women and men in areas as diverse as health, education or employment, among others. Therefore, the possibility of exploring, almost forty years after the approval of the current Spanish Constitution, which has been the implementation of the precepts incorporated in the regulations can shed light on the efforts made and the effects achieved to transform the social, political and economic reality of Spanish women. The present study aims to explore the development of the precepts incorporated in article 27 of the Equality Law referring to the integration of the principle of equality in health policy, in particular those that offer the possibility of being quantified and, therefore, comparable over time. Not in all cases is it possible to access information that allows evaluating the impact of the Law on the principle of equality in the National Health System, given that its measurement would depend on the performance of qualitative studies or perception by users. The bibliographic review shows a scarce production of this type of reports, limited only to a few autonomous communities, with non-standardized methodologies and for different periods of time. For the analysis of the application of the principle of gender equality in the National Health System will be taken into consideration those indicators referred to in that provision, which are quantifiable and for which official statistical information is available. This will allow the comparative analysis of gender inequalities in the health sector before and after the approval of the so-called standard.

Keywords: Equality, Health, Spain, Politics, Law.

1 INTRODUCCIÓN

El principio de igualdad se integrará en la política de salud a través del artículo 27 de la Ley Orgánica de Igualdad Efectiva entre Hombres y Mujeres (LOIEHM), pero nos parece interesante realizar un breve análisis por las normativas a nivel internacional y nacional, poniendo el foco en aspectos concernientes al ámbito sanitario. Para González Díaz, “al hablar de integración se tiene que tener en cuenta el campo de la salud como vía para garantizar una autentica igualdad de mujeres y hombres que conduzca a la clave del éxito económico y social” (GONZÁLEZ DÍAZ, 2008, p. 141-181).

Vamos a realizar el análisis de cuatro variables para conocer cuál es la situación de la igualdad entre mujeres y hombres, en el sector sanitario. Estas variables se han extraído del artículo 27 LOIEMH, en su punto tercero, y se corresponden con las letras “c”, “d”, “e” y “f”, en relación con las actuaciones que desarrollarán las Administraciones públicas.

Las variables en cuestión son: el acoso sexual y el acoso por razón de sexo, la formación en igualdad del personal sanitario, la presencia equilibrada en los puestos de responsabilidad del Sistema Nacional de Salud (SNS), y la

desagregación por sexo de las estadísticas sanitarias. A través de su estudio, queremos determinar si lo establecido por la LOIEMH se está cumpliendo y cuál es el grado de integración del principio de igualdad en materia sanitaria.

2 EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LA ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD

Para la Organización Mundial de la Salud (OMS), el género se refiere a “las características de las mujeres y los hombres definidas por la sociedad, como las normas, los roles y las relaciones que existen entre ellos”², añadiendo que lo que se espera de los géneros varía tanto de una cultura a otra como en el tiempo. La OMS diferencia entre el sexo biológico, que es el sexo con el que se nace, y las normas de género, que son aquellas que afectan al comportamiento que cada sexo debe tener en la sociedad y que definirán sus responsabilidades, los llamados roles de género. La igualdad de género en salud, implica como señala la OMS que “los hombres y mujeres con sus diferencias, gocen de las mismas condiciones y oportunidades de lograr la plena efectividad de sus derechos y su potencial de ser saludables, contribuir al desarrollo sanitario y beneficiarse de sus resultados”.

La 60ª Asamblea Mundial de la Salud, reunida en mayo de 2007, acordó adoptar la “Estrategia para incorporar el análisis y las acciones de género en la OMS”, conocida como resolución WHA60.25, publicada en 2009³, con los siguientes objetivos:

- crear capacidad para el análisis y los planes en materia de género;
- incorporar las cuestiones de género en las funciones institucionales, por ejemplo, en las actividades de planificación, presupuestación, supervisión y evaluación de la gestión basada en los resultados;
- desglosar los datos y realizar investigaciones de género;
- determinar quién debe rendir cuentas con respecto a la incorporación de las cuestiones de género.

En esta resolución encontramos que en su punto sexto se expresa que en “razón de sus diferencias sociales (de género) y biológicas (de sexo), las mujeres y los hombres afrontan distintos riesgos sanitarios, reciben respuestas diferentes de los sistemas de salud y se distinguen en los comportamientos saludables que adoptan y los resultados sanitarios que obtienen”.

Dentro del texto desde la Asamblea se anima a los Estados, entre otras indicaciones, a formular estrategias a nivel nacional para incorporar las cuestiones de género en las políticas, programas e investigaciones sobre salud. Señala que es necesario que “hagan hincapié en la capacitación y la sensibilización en materia de género, mujer y salud”, así como que en todos

² Nota descriptiva n.º 403, agosto de 2015.

³ Resolución WHASS1/2006-WHA60/2007/REC/1, 14-23 de mayo de 2007.

los niveles de prestación de servicios y atención sanitarios se incorpore la perspectiva de género, también en los programas destinados a adolescentes.

Queremos destacar puesto que es una de las variables que veremos a continuación, que se recoge la necesidad de que “recopilen y analicen datos desglosados por sexo, realicen investigaciones sobre los factores subyacentes a las disparidades entre los géneros y tengan presentes los resultados al elaborar políticas y programas”.

En el año 2015 se estableció un programa sobre género, equidad y derechos humanos, destinado a que la OMS tenga en cuenta las cuestiones de género en todas sus actuaciones, convirtiéndolo en un compromiso quinquenal, cuyo primer desarrollo está teniendo lugar en el periodo 2014-2019.

La Organización Panamericana de la Salud (OPS), dentro de la OMS, en el programa *Mujer, Salud y Desarrollo*, define la equidad como “una distribución diferencial de acuerdo con las necesidades particulares de cada sexo”, y apuesta por la perspectiva de género para lograr la equidad en salud. Gracias a implementar ésta podrán analizarse aspectos como los obstáculos de acceso a los recursos y servicios de salud, el impacto de las políticas de género en salud, la distribución del poder y remuneración del trabajo en el sector salud, y por supuesto la inclusión de formación de género para los profesionales sanitarios.

Nos resulta de interés que vuelva a señalarse la necesidad de incluir datos desagregados por sexo así como los “indicadores de género”, mediante los cuales podrán realizarse las labores pertinentes de vigilancia y evaluación.

3 EL PRINCIPIO DE IGUALDAD EN EL ÁMBITO SANITARIO DENTRO DE LA UNIÓN EUROPEA

En el marco de la Unión Europea (UE) se estableció la Estrategia para la igualdad entre mujeres y hombres el 13 de mayo de 2015⁴, dentro de la cual queremos reseñar que se reconoce que se ha producido una ralentización de las medidas y reformas políticas en materia de igualdad de género y que las actuaciones llevadas a cabo no se tradujeron en medidas suficientes, de ahí la necesidad de hacer una revisión.

En ella podemos encontrar que respecto a nuestro trabajo las referencias que pueden interesar, se centran en la necesidad de desagregar datos por razón de sexo a partir de los estudios que se realicen, y en sus puntos (52-60), destinados a salud, se centra en el establecimiento de servicios de salud de calidad, resaltando la necesidad de que se elaboren políticas de género pero con el enfoque de dar una atención especializada a la mujer y sus necesidades diferentes de las de los hombres, apuntando a la importancia de las campañas de sensibilización sobre “síntomas de enfermedad específicos de género, así como sobre los roles de género y los estereotipos que influyen en la salud [...]”.

⁴ Estrategia de la UE para la igualdad entre mujeres y hombres después de 2015. 2014/2152(INI), 13 de mayo de 2015.

En el texto se señala la tendencia retrógrada actual de la sociedad europea que influye en los efectos sobre la salud y derechos asociados a la salud, así como que “una investigación con perspectiva de género puede contribuir a poner de relieve y a modificar la influencia de los roles de género en la salud”.

Queremos destacar, a su vez, la Declaración de Madrid, que fue el resultado del Seminario sobre *Mainstreaming* de Género en las Políticas de Salud en Europa, celebrado en Madrid el 14 de septiembre de 2001, en el que se puso de relevancia la importancia de los compromisos internacionales para avanzar en la incorporación de las políticas de género en la salud. En él se expresa que el

mainstreaming de género en la salud es un proceso técnico y político, que requiere cambios en la cultura organizativa y en la manera de pensar, así como en los objetivos, estructuras y distribución de recursos de las agencias internacionales, gobiernos y organizaciones no gubernamentales.

En esta Declaración, se señala que “las políticas sanitarias deben reconocer que las mujeres y los hombre, debido a sus diferencias biológicas y a sus roles de género, tienen distintas necesidades, obstáculos y oportunidades.” (LEÓN ALONSO, 2009, p. 756-781). Lo que resulta curioso es que se reconoce que a pesar de que los países miembros de la OMS han firmado compromisos internacionales en cuestión de género, lo cierto es que después a nivel interno, muy pocos los están desarrollando en sus políticas de salud. De hecho, muchos de los planes para la elaboración de informes anuales o bianuales de estadísticas no se están realizando por lo que existe un gran vacío y dificultad para acceder a datos, que permitan evaluar los progresos y la realidad del momento, cuestión que no obstante ocurre como vamos a ver, de igual manera en España.

4 PRINCIPIO DE IGUALDAD EN LAS POLÍTICAS DE SALUD EN ESPAÑA

4.1. La protección a la salud del artículo 43 de la Constitución Española

En el artículo 43 de la Constitución Española (CE) encontramos que sus dos primeros apartados establecen que:

1. se reconoce el derecho a la protección de la salud;
2. compete a los poderes públicos organizar y tutelar la salud pública a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios. La ley establecerá los derechos y deberes de todos al respecto.

Señala Martínez-Lage Sobredo (2015, p. 873-874), que este precepto configura el derecho a la protección de la salud, por una parte como derecho subjetivo “el que tiene todo ciudadano a la conservación de la vida y la salud y al desarrollo de su personalidad”, y, por otra, a los poderes públicos como responsables de su materialización. También, León Alonso apunta que la Constitución ha escogido el concepto amplio fijado por la OMS de salud como un estado de bienestar físico, mental y social, y no solo por el hecho de que no exista enfermedad. La protección a la salud la establece a través de dos instituciones como son la Seguridad Social (artículo 41 CE), y el Sistema Nacional de Salud (artículo 43.2).

Por su parte, el Tribunal Constitucional (TC) se ha venido pronunciando en cuanto a la organización y extensión de este derecho, por su situación dentro del cuerpo del texto constitucional, no entre los Derechos Fundamentales, sino entre los principios rectores de la política social y económica lo cual ha generado debates. En STC 139/2016, de 21 de julio (RTC 4123/2012), explica que: “su colocación en el texto constitucional en una u otra de las diversas secciones y capítulos de su título I, le dota de mayor o menor rigor protector a los efectos de valorar la concurrencia de este límite material” (F.6). Y continúa señalando que:

El art. 43.1 CE reconoce el derecho a la protección de la salud cuya organización y tutela se encomienda a los poderes públicos a través de medidas preventivas y de las prestaciones y servicios necesarios, atribuyéndose al legislador el establecimiento de los derechos y deberes de todos al respecto (art. 43.2). El precepto constitucional se ubica entre los principios rectores de la política social y económica, los cuales, formalmente, disfrutan de las garantías previstas en el art. 53.3 CE, por lo que su reconocimiento, respeto y protección “informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos”, estatales y autonómicos. Asimismo, sólo se pueden alegar ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo dispuesto en las leyes que los desarrollen.

Luego, el derecho a la protección de la salud, y las normativas en torno a él tanto de organización, desarrollo, personal y disciplinario, vendrán impuestas tanto hacia el Estado como hacia las Comunidades Autónomas, pues han asumido competencias en esta materia.

4.2 Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad

La Ley 14/1986, de 25 de abril, General de Sanidad con treinta años de existencia, nació con el objetivo de regular con carácter general, todas las acciones dirigidas a hacer efectivo el derecho a la protección de la salud reconocido en el artículo 43 CE.

El artículo 3.4 establece entre los principios generales, que: las “políticas, estrategias y programas de salud integrarán activamente en sus objetivos y

actuaciones el principio de igualdad entre mujeres y hombres, evitando que, por sus diferencias físicas o por los estereotipos sociales asociados, se produzcan discriminaciones entre ellos en los objetivos y actuaciones sanitarias”.

Si atendemos a la distribución de competencias, podemos ver que el Sistema Nacional de Salud (SNS), lo integran el conjunto de Servicios de Salud de la Administración del Estado y de los Servicios de Salud de las Comunidades Autónomas (CCAA). Las CCAA se encuentran divididas en Áreas de Salud, que abarcan una población no inferior a 200.000 ni superior a 250.000, y constan de tres órganos: a) el consejo de salud del área, establecido como órgano de participación de los diferentes sectores, b) el Consejo de dirección del área, que ostenta la dirección, c) el Gerente de área, como órgano de gestión.

Para Palomar Olmeda (2013)

aunque el conjunto del Sistema se ha denominado siempre Sistema Nacional de Salud, la idea de sistema ha entrado en una cierta crisis por la dimensión de la capacidad de ordenación y porque realmente la protección de la salud se ha convertido en una referencia propia innegable y característica del propio papel de las Comunidades Autónomas.

Esto es importante porque a la hora de comprobar los índices que valorarán la aplicación efectiva del principio de igualdad, que veremos con posterioridad, estaremos a lo establecido en la Comunidad Autónoma elegida, pues como se desprende tienen sus propias competencias. Señalamos el Consejo Interterritorial del Sistema Nacional de Salud, como órgano de coordinación de los distintos servicios de salud y con el Estado, constituido por el Ministro de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad y por los Consejeros de Sanidad de las Comunidades Autónomas.

En el artículo 6.2 de la ley volvemos a encontrar referencias al principio de igualdad cuando expone que: “las Administraciones públicas sanitarias asegurarán la integración del principio de igualdad entre mujeres y hombres, garantizando su igual derecho a la salud”. También se recoge que las Administraciones Públicas deberán realizar actuaciones dirigidas a la educación sanitaria, dentro de la cual, deberá existir la formación contra la discriminación de las mujeres (Artículo 18.1), así como la “protección, promoción y mejora de la salud laboral, con especial atención al acoso sexual y al acoso por razón de sexo” (Artículo 18.9).

Entre las competencias del Estado, sin perjuicio de que también se desarrollen por las Comunidades Autónomas, el artículo 40.11 se refiere a “la homologación general de los puestos de trabajo de los servicios sanitarios, a fin de garantizar la igualdad de oportunidades y la libre circulación de los profesionales y trabajadores sanitarios”. En este sentido, en España se han incluido mecanismos para incorporar la perspectiva de género en algunos programas actuales del sistema sanitario, pero han sido incorporaciones

que ha dependido más de iniciativas individuales o de instituciones con competencias en igualdad, y no tanto de políticas globales.

4.3 Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud

La Ley 16/2003 se establece para “la coordinación y cooperación de las Administraciones públicas sanitarias, en el ejercicio de sus respectivas competencias, de modo que se garantice la equidad, la calidad y la participación social en el Sistema Nacional de Salud, así como la colaboración activa de éste en la reducción de las desigualdades en salud”. Queremos destacar que entre los principios que informan esta ley, se encuentra por una parte, que los servicios a los usuarios del SNS se realice en condiciones de igualdad y calidad, con el ánimo de evitar toda discriminación entre mujeres y hombres en las actuaciones sanitarias.

Luego, en un primer término, se proyecta el principio de igualdad hacia los usuarios del servicio, y en segundo, se señala en otro apartado, que se debe promover la igualdad de oportunidades de los profesionales, que supone la proyección del principio de igualdad esta vez, hacia los profesionales; tendríamos una proyección exterior y una proyección interior.

En su artículo 34, dentro de la planificación de la formación del personal sanitario, se recoge en su apartado e) “la inclusión de la perspectiva de género en las actuaciones formativas”. Dentro de las atribuciones del Observatorio de la Salud, regulado en el artículo 63, se encuentra la de “promover la disminución de las desigualdades en salud por razón de género, las actuaciones tendentes a la consecución de la equidad en salud”.

...no colegiado de consulta y asesoramiento, se le encomienda el «arte oportunidades de los profesionales, que supone la proyecc4.4 Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud

En la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, del Estatuto Marco del Personal Estatutario de los Servicios de Salud viene a recoger las bases que regulan la relación funcional del personal estatutario que realiza su actividad tanto en centros de las CCAA, como en servicios sanitarios de la Administración General del Estado.

El artículo 4 establece, dentro de los principios y criterios que rigen el régimen de este personal, “la igualdad, mérito, capacidad y publicidad en el acceso a la condición de personal estatutario”. Entre los derechos encontramos que el artículo 17.1 apartado k) regula la “no discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión, orientación sexual o cualquier otra condición o circunstancia personal o social”, pero también como deber estará por su parte el “no realizar discriminación alguna por motivos de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra

circunstancia personal o social, incluyendo la condición en virtud de la cual los usuarios de los centros e instituciones sanitarias accedan a los mismos”. Entre los criterios generales que establecen el sistema retributivo, se señala en el artículo 41, que responderá a procedimientos basados en los principios de igualdad, objetividad y transparencia.

Nos parece interesante señalar el régimen disciplinario puesto que afectará posteriormente a algunos de los indicadores, como son el de discriminación y el de acoso sexual (KAHALE CARRILLO, 2016, p. 391-422). La Ley, en este sentido regula las faltas disciplinarias como muy graves, graves o leves, en el artículos 72-73, que vienen a ser las mismas que para el resto de personal de la función pública, añadiendo algunas específicas derivadas de la profesión. Tomando aquellas que nos interesan para este trabajo, tenemos que la norma considera como falta muy grave:

- toda actuación que suponga discriminación por razones ideológicas, morales, políticas, sindicales, de raza, lengua, género, religión o circunstancias económicas, personales o sociales, tanto del personal como de los usuarios, o por la condición en virtud de la cual éstos accedan a los servicios de las instituciones o centros sanitarios;
- el acoso sexual, cuando suponga agresión o chantaje.

Y como falta grave: “El acoso sexual, cuando el sujeto activo del acoso cree con su conducta un entorno laboral intimidatorio, hostil o humillante para la persona que es objeto del mismo”.

Nos parece de interés la opinión de Vázquez Garranzo (2013), que señala que de forma injustificada la norma califica de muy grave el acoso sexual de intercambio o chantaje sexual, y de falta grave el denominado acoso sexual ambiental que diferenció el TC, que probablemente se deba a que es anterior al Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP), pero que ambas conductas deberían ser calificadas como faltas muy graves.

4.5 El Principio de Igualdad en la Política de Salud en la LOIEHM

El artículo 27 de la Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo, para la igualdad efectiva de mujeres y hombres (LOIEMH), integra el principio de igualdad en la política de salud al señalar que: “1. Las políticas, estrategias y programas de salud integrarán, en su formulación, desarrollo y evaluación, las distintas necesidades de mujeres y hombres y las medidas necesarias para abordarlas adecuadamente”.

Tomando como punto de partida, el concepto de las acciones positivas como medidas de fomento para mejorar situaciones de desventaja de un colectivo, vamos a ver cómo la aplicación de dichas medidas no siempre ha sido pacífica, y las razones que llevan a la necesidad de establecer un tratamiento equilibrado de las mismas, evitando caer en lo que se denomina discriminación reversa.

Si así fuese, se estaría intentando reparar una situación de discriminación, en este caso de la mujer, mediante una acción que provocaría a su vez un tratamiento discriminatorio al hombre, luego no parece tener sentido a nuestro juicio, la intervención con el fin de corregir la desigualdad de una parte para terminar provocándosela a la otra.

A continuación se va a realizar un análisis del artículo, prestando atención a los siguientes tres puntos.

4.5.1 Las políticas, estrategias y programas de salud integrarán las distintas necesidades de mujeres y hombres

De la misma forma que estamos viendo la necesidad de integrar el principio de igualdad en las diferentes políticas de los Estados, no podía ser de otra forma con el tratamiento de las políticas en materia de salud. No obstante, es en este campo en el que principio de igualdad se analizará desde un punto de vista interno, haciendo alusión al grado de igualdad que existe en el desarrollo de la profesión sanitaria, y desde un punto de vista externo, aplicando políticas de igualdad en relación con el tratamiento diferencial entre hombres y mujeres de cara a la prevención y tratamiento de la salud.

Esto quiere decir que entendemos que el sistema sanitario deberá hacer un doble trabajo al prestar atención a que aquel principio se cumpla de puertas adentro hacia los profesionales, y de puertas afuera, atendiendo a los ciudadanos a través de políticas que ajusten las diferencias de género con la finalidad de obtener un tratamiento específico acorde a la condición de cada individuo. Eso sí, sin que esta diferenciación derive en desigualdades de trato ni de cuidados.

Es por esto, por lo que deberá ajustarse a las necesidades concretas que demandan las diferencias biológicas y epidemiológicas entre mujeres y hombres, adecuando en función del sexo los programas de prevención o los planes de tratamiento de las enfermedades. Deberá hacerse asimismo un análisis de la vulnerabilidad en función de los roles de género de cara a contraer determinadas dolencias, pues el género puede condicionar el estado de salud y por último, evaluar el acceso a las prestaciones sociales en caso de que sea un hombre o una mujer quien lo solicita (GONZÁLEZ DÍAZ, 2005).

En este sentido, el Instituto de la Mujer y para la Igualdad de Oportunidades (IMIO) contribuye con un programa específico orientado a la salud pues entiende que es necesario configurarlo desde una perspectiva biopsicosocial ya que la igualdad y el bienestar de la mujer dependen de una gran variedad de factores y que hay que partir de unas relaciones asimétricas entre ambos sexos.

Nosotros entendemos que es vital que no se confunda la igualdad con un tratamiento igualitario, sino acorde a las necesidades no solo de las mujeres sino de los hombres, es decir, de cada persona, pues es en esa asimetría de sexos donde vamos a encontrar la necesidad de diferenciar

para lograr la igualdad. En muchas ocasiones el impedimento de que la mujer alcance el bienestar se debe a que tiene demandas específicas que no se tratan porque no se priorizan y por tanto, quedan invisibles.

Resultará por tanto fundamental, que los factores que afectan a la mujer en la esfera de la salud se traten específicamente como son los roles socioculturales que condicionan la vida cotidiana, la relación entre los profesionales sanitarios y los usuarios y la vivencia tanto de los hábitos de salud como las pautas frente a la enfermedad.

4.5.2 Las administraciones públicas garantizarán un igual derecho a la salud

Debemos tener en cuenta que como vimos con anterioridad, es la propia CE la que encarga a los poderes públicos la protección de la salud, y éstos no pueden desoír el mandato.

Es necesario que la configuración del SNS se asiente sobre el principio de equidad, buscando que se conozcan las principales enfermedades que afectan al hombre y a la mujer, pues solo de esta forma se podrán establecer planes específicos para la prevención que estén adecuados a cada sexo. En este sentido podemos observar el Programa de Salud del Instituto de la Mujer en el que se plantean las siguientes líneas de actuación:

- impulsar la implementación del *mainstreaming* de género en políticas de salud en coordinación con los ámbitos central y autonómico.
- promover la sensibilización y formación de profesionales y personal técnico de salud.
- promover programas de salud con colectivos de mujeres en situación o riesgo de exclusión.
- fomentar la producción, publicación y difusión de conocimiento sobre la salud de las mujeres entre profesionales y personal técnico y de gestión de servicios socio-sanitarios.
- impulsar la elaboración de materiales dirigidos a las mujeres.

4.5.3 Actuaciones de los Servicios de Salud y órganos competentes

Entre las acciones de educación sanitaria destinadas a favorecer la promoción específica de la salud de las mujeres, así como a prevenir su discriminación, podemos encontrar como ejemplo, el programa de intervención sobre mujeres con cáncer de mama y su tratamiento en los hospitales llevado a cabo por el IMIO. En este sentido, lo que se pretende es organizar un programa acorde con lo establecido en el artículo 27 LOIEMH que atienda las necesidades de las pacientes, en este caso las mujeres, que sufren este tipo de cáncer con una atención psicológica, social y laboral específica.

Parte del programa se centra en atender la posición específica de la mujer frente al problema ayudando a reforzar su papel activo en la cura, reforzar la imagen corporal y la autoestima, junto con programas de psicología que ayuden a la expresión de emociones, entre otros aspectos. En relación a este programa, lo relevante es que se realiza dentro de los centros hospitalarios y dirigidos al personal sanitario para que puedan actuar y conocer (hombres y mujeres), el tratamiento de problemas específicos de género.

En otro de los apartados del artículo 27 LOIEMH se recoge el fomento de la investigación científica con el objetivo de tener presente las diferencias entre mujeres y hombres, tanto en sus aspectos de ensayos clínicos como asistenciales. Esto nos merece interés puesto que, hombres y mujeres, padecen diferentes tipos de patologías algunas asociadas a ciclos vitales evidentemente femeninos, como lo son el embarazo, el parto, tratamientos hormonales o la menopausia. Lo interesante de este punto es la labor de difusión de las diferentes experiencias acumuladas en materia de igualdad en el campo de la salud, para que todas las Administraciones, organismos y centros sanitarios puedan conocerlas y sobre todo implicarse formando parte de ellos.

5 UNIDAD DE IGUALDAD EN EL MINISTERIO DE SANIDAD, SERVICIOS SOCIALES E IGUALDAD

Dentro del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad se encuentra la Dirección General de Salud Pública, Calidad e Innovación, órgano desde el cual se trabaja para disminuir las desigualdades en salud por razón de género, implementándolo en las políticas públicas y el SNS. Como se señaló con anterioridad, se diferencia entre la equidad de género, que como señala es la “imparcialidad y justicia en la distribución de los beneficios, el poder, los recursos y las responsabilidades entre mujeres y hombres”.

Esto quiere decir que las necesidades de mujeres y hombres no son las mismas y que deben ser identificadas para tratar el desequilibrio entre ambos sexos. Y lo diferencia de la igualdad de género, que sería “la ausencia de discriminación basada en el sexo en cuanto a las oportunidades, la distribución de recursos o beneficios y el acceso a los servicios”. Destaca el *mainstreaming* como fundamento básico de integración y superación de las desigualdades de género, siguiendo la orientación que ya hemos analizado a nivel internacional. Se adjunta anexo del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad.

5.1 Planes de Actuación

Dentro del Ministerio encontramos un departamento denominado Servicios Sociales e Igualdad, donde existe un área destinada a la Igualdad de Oportunidades. La Dirección General de Salud Pública, Calidad e Innovación, trabaja en torno a unos ejes fundamentales que son:

- investigación;
- formación;
- políticas de género.

Además de otros dos ejes que son, la violencia contra las mujeres y la salud sexual y reproductiva, sobre los que no vamos a ahondar en este trabajo. Debemos destacar los Planes Nacionales para el SNS⁵, que tratan de dar respuesta a los retos y necesidades del sistema, dentro de los cuales existe un apartado dedicado a la equidad. En las estrategias de estos planes, la estrategia cuarta, está destinada a “Analizar las políticas de salud y proponer acciones para reducir las inequidades en salud con énfasis en las desigualdades de género”, en la que se establecen dos líneas de trabajo, de las que queremos destacar algunos puntos.

5.1.1 Promover el conocimiento sobre las desigualdades de género en salud y fortalecer el enfoque de género en las políticas de salud y en la formación continuada del personal de salud

Se señalan 12 propuestas como la realización de un informe anual sobre Salud y Género, ofrecer información accesible y de calidad sobre género y salud en la página del Ministerio, e impulsar la formación de los recursos humanos en salud incluyendo las desigualdades de género en salud tanto en los programas de universidad como en la formación del personal sanitario. Debemos destacar que pese a la loable intención, lo cierto es que la publicación del Informe no se lleva a cabo con lo cual es difícil acceder a determinada información.

5.1.2 Generar y difundir conocimiento sobre las desigualdades en salud y estimular las buenas prácticas en la promoción de la equidad en atención a la salud y en la reducción de la desigualdad en salud

En este caso, las propuestas giran en torno a informes, estudios y encuestas sobre la población usuaria del SNS con enfoque multicultural, grupos vulnerables, acceso y uso, pero no podemos encontrar ningún apartado destinado a la valoración interna por parte de los profesionales sanitarios. Es decir, como anunciábamos con anterioridad, la igualdad en las políticas de salud viene centrada en el acceso y tratamiento de los usuarios y no, sobre el estado interno de dicho SNS.

De ahí que el acceso a estadísticas y datos a nivel nacional se presente como una ardua tarea. También hay que decir que a nivel internacional, tampoco se están cumpliendo los compromisos de realización de informes

⁵ Informe Plan de Calidad para el Sistema Nacional de Salud 2006-2010.

anuales, por lo que entendemos que si las propuestas e intenciones teóricas no se plasman en actuaciones prácticas, de nada van a servir.

El último Plan de Calidad publicado se corresponde al período (2006-2010), lo cual dista de lo deseable, pues impide realizar un verdadero seguimiento de la situación actual, y además queremos destacar que en dicho informe, (como vamos a ver a continuación), se establece que se ha realizado un informe de género cada año, y lo cierto es que el último Informe de Género del Ministerio se corresponde a los años 2007-2008, que se analizará en el epígrafe siguiente.

También se señala la creación de un Foro Mujeres, Salud y Género que se celebrará con carácter anual, cuya última reunión fue celebrando el octavo año consecutivo de celebración, el 14 de diciembre de 2011, con el título “Encuentros y alianzas”. Nos parece que debería retomarse el impulso ya no solo de estos foros, sino sobre todo de los Informes de Género, que actualmente llevan demasiados años sin realizarse y que pone de manifiesto una desidia en cuanto a poner freno a las desigualdades.

Entendemos que desde luego, la situación no responde a lo establecido ya que en la práctica no se está cumpliendo con los informes y balances exigidos normativamente, lo que impide tener conocimiento real de la situación actual que impide a su vez, proyectar y diseñar programas de actuación que continúen trabajando sobre esta materia. Dentro del Plan de Calidad, el Objetivo cuarto en su punto primero, recoge como fin:

Promover el conocimiento sobre las desigualdades de género en salud y fortalecer el enfoque de género en las políticas de salud y en la formación continuada del personal de salud. Las desigualdades de género en salud y en la atención prestada por los servicios sanitarios afectan tanto a hombres como a mujeres pero perjudican en mayor medida a éstas, no solo por razones sociales sino por la forma en que están organizados los servicios. La equidad de género en salud requiere que hombres y mujeres sean tratados igual cuando tienen necesidades comunes, y que sus diferencias se aborden de manera diferenciada. Esto debe tenerse en cuenta en todo el proceso de planificación y prestación de servicios, en todos los ámbitos y niveles. El conocimiento sobre el que se basan las decisiones sobre los sistemas de salud no debe tener sesgos de género y así, los profesionales de salud deben ser capaces de comprender las desigualdades de género y de aplicar las medidas necesarias para promover la equidad al interior de los sistemas de salud.

En este Plan se establecen una serie de proyectos a desarrollar, entre los cuales podemos encontrar la realización y publicación de un Informe sobre Salud y Género, que debe tener carácter anual y que comentábamos que no está teniendo dicha periodicidad, pues el último se corresponde con los años 2007-2008. Entre el resto de proyectos queremos destacar, por su relación con este trabajo aquellos sobre:

- ofrecer información accesible y de calidad sobre género y salud sobre el Sistema Nacional de Salud, en la página electrónica del Ministerio de Sanidad;

- promover la inclusión de la perspectiva de género en los sistemas de información sanitaria y en las estrategias de salud;
- identificación y difusión de buenas prácticas sobre la inclusión del enfoque de género en las políticas y servicios de salud;
- impulsar la formación de los recursos humanos en salud incluyendo las desigualdades de género en salud en los programas de formación continuada del personal de salud, en colaboración con las Comunidades Autónomas;
- desarrollar indicadores sobre la atención a la salud, los cuales si bien están centrados en salud sexual, entendemos que implicarán otras áreas puesto que, el resto de proyectos están destinados a identificar problemas específicos de salud de las mujeres.

Y, en su punto segundo, se expresa la voluntad de “Generar y difundir conocimiento sobre las desigualdades en salud y estimular buenas prácticas en la promoción de la equidad en atención a la salud y en la reducción de las desigualdades en salud desde el Sistema Nacional de Salud”.

5.2 Informes de Impacto por Razón de Género

En la Guía de aplicación práctica para la elaboración de informes de impacto de género de acuerdo a la Ley 30/2003, se señala que el objetivo es identificar y valorar el resultado que tienen las diferentes normas o políticas públicas sobre las mujeres y hombres. Es decir, se quiere evitar la producción de desigualdades de género analizando los posibles efectos de las actuaciones previstas, analizando por separado su impacto en ambos.

De esta forma, lo que se comprueba es si obtienen un beneficio equivalente o si dan lugar a situaciones de desigualdad o discriminación, a partir de normas o políticas públicas. La utilidad de estos informes, tal y como señala la propia guía será conseguir “un mejor gobierno, gracias al mayor nivel de información y detalle que ofrece el conocimiento sobre las necesidades de las personas, desde una perspectiva de género, y un tratamiento justo y equitativo para ambos sexos”.

En el Informe de Impacto de Género que se lleva a cabo en cada proyecto de Ley de los Presupuestos Generales del Estado, podemos ver la situación de mujeres y hombres en España, la estrategia para incorporar la perspectiva de género cada año y los programas de gasto que cada ministerio va a destinar, mediante la realización obligada por ley, del informe de impacto de género. La Orden HAP/988/2014, de 12 de junio, que desarrolla las normas para el establecimiento de los presupuestos para el 2015, señala que “los departamentos ministeriales remitirán a la Secretaría de Estado de Presupuestos y Gastos un informe analizando el impacto de género en sus programas de gasto”.

Para el año 2015, vemos que el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, dedica la elaboración del Programa 232B, a la Igualdad de oportunidades entre mujeres y hombres. En él se señala el Plan Estratégico

2014-2016, aprobado por el Consejo de Ministros, para eliminar en todos los ámbitos que competan al Estado cualquier discriminación por razón de sexo, y alcanzar la igualdad entre mujeres y hombres, pues vinculan este programa 232B al Plan Estratégico para dar cumplimiento a lo que en él se recoge.

El objetivo de este programa 232B es impulsar la transversalidad del principio de igualdad, así como la investigación, gestión y difusión del conocimiento para la promoción de la igualdad de trato. En el Programa se describen las actuaciones previstas para el cumplimiento del PEIO, que debemos apuntar, que al tratarse conjuntamente del Ministerio de Sanidad e Igualdad, tenemos que tener en cuenta que en sus presupuestos se citan todas las actividades que se van a realizar partiendo de la propia Secretaría de Estado de Servicios Sociales e Igualdad, a todos los ámbitos y sectores, de entre los que buscamos y encontramos los que hacen referencia específica al ámbito sanitario.

Es como el programa formativo a profesionales sanitarios en colaboración con el Instituto de Salud Carlos III y un programa formativo presencial para profesionales sanitarios de atención primaria, ambos destinados a la incorporación del tratamiento del género en salud.

Dentro de la previsión de resultados acorde a los objetivos, se señala que uno de ellos, concretamente el quinto, será el de mejorar la situación de las mujeres en ámbitos como la educación, la cultura, las nuevas tecnologías, el deporte y la salud. Concretamente, en el ámbito de la salud,

se persigue una mayor incorporación de una perspectiva biopsicosocial y de género en todas las políticas y programas, eliminando las barreras que dificultan a las mujeres el poder hacer efectivo el derecho a gozar del máximo estado de bienestar posible, bien porque no cuentan con recursos personales suficientes, bien porque sus necesidades y demandas específicas quedan invisibles o no, son priorizadas.

En el Objetivo sexto, se pretende intensificar la sensibilización y formación en diferentes sectores, con perspectiva de género, donde podríamos encuadrar la formación explícita para los profesionales de salud.

Queremos señalar, que a la vista de los estudios e informes tanto a nivel nacional como internacional, cuando se hace referencia al principio de igualdad en materia sanitaria, el enfoque se realiza hacia el exterior. Con esto nos referimos a que, las políticas de salud realizan el tratamiento de la perspectiva de género y la no discriminación por razón de sexo, en el acceso al sistema sanitario y al tratamiento de las enfermedades. Tal y como un enfoque centrado hacia el exterior, puesto que lo que se pretende es que hombres y mujeres tengan una atención sanitaria acorde a los problemas específicos de su sexo, como podría ser el cáncer de mama, estableciendo así protocolos exclusivos del perfil biológico.

Por otra parte, también se pretende hacer hincapié en el acceso de la mujer a ese sistema sanitario, al ser considerado como un colectivo vulnerable que en muchas ocasiones queda excluido por razones de pobreza o dificultad

para lograr los recursos sanitarios. Pero lo que no suelen contener los estudios que abarcan la perspectiva de género en salud, es el tratamiento de la discriminación o desigualdad, de carácter interno, es decir, en el propio sistema sanitario entre sus profesionales.

De ahí, que sea complicado su análisis debido a la falta de estudios concretos que analicen la situación en el interior del sistema de salud, poniendo el acento en cómo se implementa el principio de igualdad entre los profesionales sanitarios.

6 ANÁLISIS DE LAS VARIABLES EN EL SISTEMA NACIONAL DE SALUD EN ESPAÑA

Nos resulta de interés lo que señala el informe denominado “La equidad de género merece la pena”, elaborado por GIZ (Sociedad Alemana para la Cooperación Internacional)⁶, en relación a los análisis de género. Se consideran de máximo interés para abordar cualquier tipo de estrategia a adoptar, ya sea en el ámbito público como en el privado, pues lo importante es formular un sistema de objetivos y un enfoque metodológico con sensibilización de género.

Tal y como se apunta, “sirven para diagnosticar las relaciones de género y para deducir las interrelaciones específicas de género con respecto a una situación claramente definida en un país/región y un sector (problema central)”.

En nuestro caso, analizaremos los cuatro factores dentro del sector sanitario en el SNS. Nos parece interesante porque estamos observando cómo existe una ralentización en las medidas prácticas de implantación del principio de igualdad, y sobre todo una cierta desinformación estadística, quizá en mayor medida respecto a determinadas cuestiones o sectores. Si queremos atajar las situaciones de desigualdad, debemos conocer con exactitud la realidad del momento, de ahí que los análisis de género sean fundamentales de cara a establecer estrategias, pues entendemos que si no, de poco van a servir y puede malgastarse esfuerzos.

Si ponemos énfasis en una determinada actuación pero no sabemos cuál es la realidad, quizá estemos desaprovechando esa actuación dentro de otro contexto. Por ejemplo, se pueden establecer medidas contra el acoso sexual en el trabajo, pero puede resultar que no en todos los sectores profesionales exista del mismo modo, luego las medidas que adoptemos que serán “genéricas” no nos valdrán en todos los casos. Siempre será más conveniente estudiar con independencia, dentro de lo que sea posible, cada ámbito de manera unitaria y no colectiva.

Entonces, nos encontramos con la pregunta que refleja el informe del GIZ, ¿cuándo deberíamos efectuar el análisis de género? Parece evidente

⁶ Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) GmbH, marzo de 2012.

que la respuesta será la de realizarlo antes del inicio de un proyecto o programa, para que según nuestro parecer, las medidas puedan diseñarse “a medida”. Partiendo de que “se puede interpretar que la sociedad y la gran mayoría de los fenómenos, de los ‘sujetos/objeto’ sociales que se abordan en cualquier proceso de investigación social, existen o se configuran –en principio– en un espacio o dominio de configuración muy abierto y multidimensional” (CONDE, 1995, p. 100-120) es por lo que, es necesario acotar al máximo el objeto de estudio que queremos realizar para ver hasta qué punto se está aplicando la equidad de género, lo que nos ha llevado a su vez, a tratar de acotarlo en nuestro trabajo mediante las cuatro variables.

En la “Guía de aplicación práctica, para la elaboración de informes de impacto de género de las disposiciones normativas que elabore el gobierno, de acuerdo a la Ley 30/2003”, se explica que la forma de identificar las desigualdades de género será utilizando una perspectiva de género, que analice las diferencias de género y las consecuencias que tiene para hombres y mujeres. De esta forma, conoceremos la situación de manera independiente de hombres y mujeres, para poder actuar sobre las situaciones que reflejen la existencia de desigualdades. Los pasos para elaborar un análisis desde la perspectiva de género son:

- identificación de la diferente posición de partida entre mujeres y hombres ante una situación dada, desde un punto de vista cuantitativo (diferencias en las cifras de participación en un ámbito determinado, por ejemplo);
- caracterización de la posición de mujeres y hombres frente a una situación dada, desde un punto de vista cualitativo (cómo intervienen los roles y las ideas o estereotipos ante una situación determinada);
- valoración de las diferencias encontradas de cara a conocer cómo intervienen y en cuanto al aprovechamiento de un derecho o recurso social concreto (en nuestro caso será por ejemplo, el acceso a formación del personal sanitario femenino).

Queremos señalar que estos análisis de género se diferencian de los informes de impacto de género que acabamos de estudiar, en que éstos hacen referencia a los efectos de determinadas normas o políticas públicas que van a llevarse a cabo, mientras que los análisis de género hacen referencia a situaciones sociales existentes (no a la norma en sí), y su contenido puede darse tanto en ámbitos públicos como privados; entendemos que no son políticas, sino realidades.

En relación con los datos que pueden obtenerse de estos análisis, nos parece de interés el comentario de Conde, cuando señala que “las prácticas de investigación de las Ciencias Sociales son, también, instrumentos de producción de la información, de los datos, hechos, opiniones, actitudes, etc., y no son meros recogedores de los mismos”. Nos parece interesante porque las evaluaciones y las encuestas no solo cumplen la función de recolectar datos u opiniones sino que nos están sirviendo las propias preguntas para delimitar y estudiar ámbitos determinados, así como problemas específicos, situaciones anormales, mejorables, etc. El cómo se produce la obtención de datos, el tipo de datos y el ámbito, acotan la realidad

que quiere ser explorada arrojando ya con esa elección información en sí misma, pues por ejemplo, podemos estar prestando atención a un sector que previamente no se había estudiado o a situaciones que se habían pasado por alto.

7 CONTEXTO Y PROBLEMÁTICA EN LA INVESTIGACIÓN EN EL SECTOR SANITARIO

Para situar el contexto de nuestro estudio, lo primero que queremos mostrar es el número y porcentaje de población correspondiente a profesionales sanitarios colegiados en España. Los datos los hemos extraído a partir de información del IMIO, con la Encuesta de Profesionales Sanitarios Colegiados realizada por el Instituto de Estadística, y actualizados a julio de 2016. De esta forma, podemos delimitar el número de personas sobre las cuales realizaremos el estudio estadístico de las cuatro variables.

Tendremos que tener en cuenta que según la “Guía para incorporar la perspectiva de género a la investigación en salud” (GARCÍA CALVENTE; JIMÉNEZ RODRIGO; MARTÍNEZ MORANTE, 2013), elaborada por la Escuela Andaluza de Salud Pública, de la Consejería de Sanidad, existen una serie de factores que provocan problemas a la hora de investigar en salud desde una perspectiva de género.

Uno de ellos es el androcentrismo, por el que se adopta una perspectiva masculina tanto en la práctica de la investigación como en la construcción de planteamientos teóricos. Esto provoca lo que se denomina como *ginopia*, es decir, la “invisibilización de las mujeres en la investigación, que se manifiesta en la infrarrepresentación o exclusión de las experiencias de las mujeres en temáticas, espacios, o problemas considerados tradicionalmente como masculinos”

8 ACOSO SEXUAL Y ACOSO POR RAZÓN DE SEXO

8.1 Ámbito Europeo

La Comisión Europea ha querido participar activamente en la lucha contra el acoso sexual en el trabajo, proporcionando unas pautas prácticas para que empresarios, sindicatos y los trabajadores puedan prevenirlo y en caso de existir, resolver el problema. Es por esto, por lo que publicó el “Código práctico encaminando a combatir el acoso sexual en el trabajo, de 24 de febrero de 1992”⁷, relativa a la dignidad de la mujer y el hombre en trabajo.

De entre las recomendaciones queremos destacar que insta a los empresarios a tener una declaración que exponga que no será tolerado el

⁷ Recomendación de las Comunidades Europeas 92/131, de 27 de noviembre de 1991.

acoso sexual y que los empleados que lo sufran tienen derecho a poner denuncia. En este sentido, nos parece obvio el derecho de los empleados a denunciar, en todo caso, si resaltamos la petición a que se expliquen de manera clara y sencilla los procedimientos para llevar a cabo esas denuncias con confidencialidad y el apoyo a los empleados que lo padezcan, protegiéndoles de las posibles represalias, como recogió la LOIEMH.

La UE en este sentido, establece en la recomendación que se aconseje a los trabajadores a tratar en primer lugar el problema de manera extraoficial, exponiendo que la conducta interfiere en su trabajo y que es ofensiva, y si continuase, entonces presentar denuncia. Los empresarios deben realizar una supervisión para que estos procedimientos sean eficaces incorporando a personas independientes que sean las que realicen los trabajos de investigación sobre el suceso. También recomienda que se fijen normas de disciplina que contemplen qué actos son considerados como indebidos y sus sanciones.

En cuanto a los sindicatos, el Código europeo recoge que “el acoso sexual es una cuestión sindical” y que en caso de denuncia deben implicarse con seriedad y comprensión. Deberán sensibilizar a los trabajadores sobre dichas conductas y promueve que haya suficientes representantes femeninas para que puedan apoyar a las mujeres que sufran acoso sexual laboral, que la realidad demuestra que son las más perjudicadas.

Por parte de los trabajadores, éstos deben estar alerta de la posible existencia de estas conductas, vigilando las suyas propias, y apoyando a las víctimas informando, en su caso, al representante del personal a través de los cauces programados. Como señala Kahale Carrillo, los Códigos de Conducta surgieron en la década de los años 70 tras la crítica a determinadas actuaciones de empresas multinacionales, surgiendo por tanto como “un proyecto de autonomía normativa” exteriorizada a través de estos Códigos concebidos como “un conjunto de propuestas que se llevan a cabo por la propia ley, por agrupaciones de empresas o empresas de un sector, con el propósito de establecer unos principios y unas reglas de garantía y de cumplimiento” (KAHALE CARRILLO, 2010).

8.2 Ámbito Nacional

En España, el artículo 7 de la LOIEHM recoge la definición de acoso sexual como “cualquier comportamiento, verbal o físico, de naturaleza sexual que tenga el propósito o produzca el efecto de atentar contra la dignidad de una persona, en particular cuando se crea un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo” y el acoso por razón de sexo como “cualquier comportamiento realizado en función del sexo de una persona, con el propósito o el efecto de atentar contra su dignidad y de crear un entorno intimidatorio, degradante u ofensivo”.

En cuanto a las Administraciones Públicas, la normativa la debemos completar con la Resolución de 28 de julio de 2011, de la Secretaría de

Estado para la Función Pública, por la que se aprueba el Acuerdo de 27 de julio de 2011 de la Mesa General de Negociación de la Administración General del Estado sobre el Protocolo de actuación frente al acoso sexual y al acoso por razón de sexo en el ámbito de la Administración General del Estado y de los Organismos Públicos vinculados a ella, en respuesta a las directrices de la LOIEMH (Disposición Final Sexta). De este texto señalaremos algunos puntos clave antes de entrar en el contenido del informe del CGPJ.

El Protocolo de actuación que se aprueba para el ámbito de las Administraciones Públicas en prevención del acoso sexual y por razón de sexo comienza estableciendo que “Toda persona tiene derecho a ser tratada con dignidad y respeto” y que el acoso sexual y por razón de sexo suponen “un atentado contra la dignidad de las personas trabajadoras”. En este sentido, deberá prevenirse cualquier conducta en esta dirección, estableciendo y poniendo a disposición medidas de prevención y de actuación en caso de que el acoso tenga lugar.

El texto recuerda que el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) lo tipifica como falta muy grave, al igual que el RDL 5/2000, de 4 de agosto, sobre Infracciones y Sanciones del Orden Social, la Ley 14/1986 General de Sanidad en su artículo 18.9: “Las Administraciones Públicas, a través de sus Servicios de Salud y de los Órganos competentes en cada caso, desarrollarán las siguientes actuaciones [...]”, punto 9 “La protección, promoción y mejora de la salud laboral, con especial atención al acoso sexual y al acoso por razón de sexo”, así como en numerosas otras disposiciones normativas sobre las que no vamos a extendernos pero sí queremos señalar el Criterio Técnico de la Inspección de Trabajo NÚM/69/2009, que lo considera infracción en materia de prevención la ausencia de evaluación y de adopción de medidas preventivas de la violencia de género en el ámbito laboral. Esto es importante porque vamos a ver de qué forma en los diferentes textos de empresa o del sector público se relaciona con la salud en el trabajo y con la violencia de género.

8.3 Actuaciones desde Distintos Organismos

Desde el IMIO se expone de manera clara y sencilla qué es el acoso sexual y el acoso por razón de género haciendo alusión a las definiciones contenidas en la LOIEHM, añadiendo el chantaje sexual como el “comportamiento realizado por empresario/a o personal directivo o por personas de superior categoría profesional que presionan condicionando directa o indirectamente alguna decisión laboral, a la aceptación de una propuesta sexual”.

Queremos resaltar que, asimismo, señala el acoso sexual ambiental concretándolo en el desarrollo de un comportamiento de naturaleza sexual de cualquier tipo que produce un contexto laboral negativo para una persona impidiendo que desarrolle su trabajo en un ambiente adecuado, entendiendo que lo que trata el IMIO es de llamar la atención sobre ya no las personas que lo padecen sino sobre aquellos que son conscientes de que existe ese acoso en un compañero/a de trabajo.

En el estudio de Lamoca Pérez y Pérez Guardo (2008), se muestra que una de las dificultades son las estadísticas puesto que en el año 2000 se hizo el primer estudio por la Secretaría Confederal de la Mujer de CCOO, y lo siguiente fue el trabajo citado que vamos a desarrollar a continuación del IMIO en 2007. Entre los resultados queremos destacar que en sectores feminizados el porcentaje de mujeres que se sienten discriminadas es del 13%, subiendo al 22% en ambientes de equilibrio de género y del 24,5% en sectores masculinizados. El informe señala tres ejes del acoso sexual: la violencia contra las mujeres, un ambiente sexista y el abuso de poder masculino.

Queremos hacer referencia a la evolución del término acoso sexual que recoge el Informe, siendo su origen en Estados Unidos en los años 70, destacando las opiniones de Farley (1978), “la función del acoso sexual en trabajos no tradicionales es mantener a las mujeres fuera: su función en el sector tradicionalmente feminizado es mantenerlas abajo” (RUIZ CARBONELL, 2009), o de MacKinnon (1979, p. 12-26), para quien “el acoso sexual perpetúa la estructura entrelazada por la que las mujeres han sido sexualmente esclavizadas a los hombres y mantenidas en la parte más baja del mercado de trabajo”.

En el Informe se recalca que el acoso sexual es una conducta “para comunicar a las mujeres su condición de intrusas en el lugar de trabajo”. Así, en la “Declaración sobre la eliminación de la violencia contra la mujer” (1993) en el marco de ONU, comienza a aparecer el término de violencia de género, entendiéndose como el que ejercen los hombres sobre las mujeres para seguir manteniendo el sistema patriarcal que les proporciona beneficios en todos los ámbitos.

De hecho, como señala Torada Máñez (2008), la Secretaría de la Mujer de Comisión Obreras, realizó un estudio en el año 2000 donde se recogía que un 18% de las mujeres trabajadoras sufren algún tipo de acoso sexual de sus jefes o compañeros y el 54% estima que el ambiente de trabajo es sexualmente hostil. Pese a ello, destaca que solo dos de cada diez mujeres lo denuncie. Para Montoya Melgar y Sánchez-Urán Azaña (2007), el acoso sexual “es una manifestación de la desigualdad social de hombres y mujeres, expresada a través del poder masculino y de la concepción patriarcal de que el cuerpo de las mujeres no le pertenece”.

Apunta Kahale Carrillo (2016), que “se inserta en una trama de relaciones en que existe un desequilibrio de poder entre los sujetos desfavorables, en la mayoría de los casos para el colectivo femenino”. En el Informe también se trabaja a partir de datos del antiguo Ministerio de Igualdad, elaborados por la Fundación Mujeres en el año 2010 de donde se extrae que el número de denuncias que se presentan es muy bajo por dos razones, bien porque se entienden como veíamos con anterioridad como conductas normalizadas entre las posiciones del hombre-mujer, bien porque les cuesta comunicarlo a la empresa pues existe la descalificación a la versión de la víctima que siente que debe justificar que no existen otras razones para interponer la denuncia. Fruto de ello fue el paso de invertir la carga de la prueba (nunca en el orden penal) para favorecer el proceso probatorio en caso de que se produjese la denuncia.

9 FORMACIÓN EN MATERIA DE IGUALDAD

A nuestro juicio uno de los pilares fundamentales para conseguir la igualdad efectiva solo podrá venir de dar el impulso necesario a una formación específica en esta materia que se desarrolle en todos los ámbitos tanto desde las primeras etapas de educación escolar hasta programas en el ámbito laboral, para que día a día la sensibilización pueda extenderse y conseguir hacer efecto.

En la LOIEMH el Título II, dedicado a Políticas públicas para la igualdad, dentro del Capítulo II dedicado a la Acción Administrativa para la igualdad, los artículos del 23 al 26, recogen la formación que sobre igualdad debe hacerse en todos los sectores. Comenzando con el sistema educativo, el artículo 23 establece que deberá incluir entre sus fines “la educación en el respeto de los derechos y libertades fundamentales y en la igualdad de derechos y oportunidades entre mujeres y hombres”.

Además se añade que dentro del propio sistema educativo uno de los principios rectoros debe ser la eliminación de obstáculos que dificulten el pleno desarrollo de la igualdad efectiva entre las mujeres y hombres, fomentando la igualdad de sexos.

El artículo 24 LOIEMH establece que las Administraciones educativas deberán garantizar el mismo derecho a la igualdad tanto a hombres como a mujeres mediante la integración activa que impida que los posibles estereotipos y roles asociados a género produzcan desigualdades. Y se especifican las actuaciones que deben desarrollar las Administraciones.

Para completarlo, el artículo 25 LOIEMH se encarga de establecerlo para la educación superior indicando que de la misma forma, las Administraciones públicas deben fomentar la enseñanza e investigación en igualdad promoviendo materias de estudio en este campo, postgrados específicos y proyectos de investigación que se especialicen en profundizar sobre la igualdad entre mujeres y hombres.

El artículo 60 de la LOIEMH establece las directrices sobre acciones positivas a través de actividades de formación en el ámbito público, señalando por una parte que “con el objeto de actualizar los conocimientos de los empleados y empleadas públicas, se otorgará preferencia, durante un año, en la adjudicación de plazas para participar en los cursos de formación a quienes se hayan incorporado al servicio activo procedentes del permiso de maternidad o paternidad [...]”, facilitando de esta forma la conciliación, y por otro lado, “con el fin de facilitar la promoción profesional de las empleadas públicas y su acceso a puestos directivos en la Administración General del Estado y en los organismos públicos vinculados o dependientes de ella, en las convocatorias de los correspondientes cursos de formación se reservará al menos un 40% de las plazas para su adjudicación a aquéllas que reúnan los requisitos establecidos”, estableciendo unas cuotas mínimas para las mujeres que se encuentren en estas situaciones.

También la Disposición Adicional Séptima, establece modificaciones de la Ley 25/1994, de 12 de julio, por la que se incorpora al ordenamiento jurídico

español la Directiva 89/552/CEE, sobre la coordinación de disposiciones legales, reglamentarias y administrativas de los Estados miembros relativas al ejercicio de la radiodifusión televisiva, añadiendo un nuevo párrafo dirigido a la educación de los menores, señalando en su artículo 16 letra e) que “La publicidad o la tele venta dirigidas a menores deberá transmitir una imagen igualitaria, plural y no estereotipada de mujeres y hombres”, que entendemos fundamental para evitar que sigan perpetuándose determinados roles y estereotipos que puedan afectar al respecto de la igualdad en edad más adulta.

En el ámbito sanitario, la Disposición Adicional Octava se llevan a cabo las modificaciones en la Ley General de Sanidad que en lo que nos interesa, modifica su artículo 18 estableciendo en el punto 14 la necesidad de “mejora y adecuación de las necesidades de formación del personal al servicio de la organización sanitario, incluyendo acciones formativas dirigidas a garantizar su capacidad para detectar, prevenir y tratar la violencia de género”. Y en la Disposición Adicional Novena, se modifica la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud, incluyendo un nuevo apartado en su artículo 34 estableciendo “la inclusión de la perspectiva de género en las acciones formativas”.

Desde el Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, dentro del Plan Estratégico 2008-2011 de Igualdad de Oportunidades, uno de los objetivos previstos se enfocó precisamente en “Realizar acciones de formación profesional para el empleo en materia de igualdad de oportunidades, dirigidas a mujeres y hombres, con el objeto de modificar los estereotipos de género que condicionan las desigualdades de las mujeres en el ámbito laboral”.

En el año 2009, se llevó a cabo un estudio sobre “Hombres sanitarios implicados en las estrategias contra la violencia de género”, elaborado por el Observatorio de Salud de las Mujeres dentro del Plan de Calidad del SNS, en el que entre otros aspectos se valoraban los cursos de formación en esta materia a los que habían asistido.

Nos resulta de gran interés puesto que en el informe se recoge que a partir de los testimonios se ha constatado que la formación en igualdad y género es el recurso más apropiado para concienciar e implicar al personal (en este caso sanitario) con el fin de disminuir las desigualdades existentes y porque refleja muchas de las opiniones, sensaciones y pensamientos previos a la formación que probablemente tengan lugar en cualquier sesión formativa de este tipo.

Vamos a destacar algunas de las conclusiones a las que llega el informe, en el que por ejemplo, se expresa que el término de igualdad más allá de lo relativo al trato, a los derechos y a las oportunidades, se refiere a que los hombres y mujeres gocen de la misma jerarquía como personas, tratando de eliminar las diferencias que han creado desigualdades colocando al hombre en posición dominante en las relaciones de poder. Y nos parece muy acertado el objetivo de escuchar a voces masculinas en esta materia pues señalan que “puede resultar un cambio cualitativo en los estudios de género”, pues se conoce de sus propias experiencias las razones de la resistencia.

La muestra se hizo con personal sanitario, 60% médicos y un 40% Asistentes Técnicos Sanitarios y matronas, de media de 45 años, que han

participado en formación sobre género. Dentro de los niveles de implicación, haciendo referencia a los factores que se lo han promovido, la respuesta viene o de ámbito familiar donde se ha promovido la igualdad o por el contrario, ha existido maltrato, o bien por iniciar en los primeros años de etapa adulta militancia político-social en el ámbito universitario al conocer a mujeres involucradas.

En la mayoría de los casos, la implicación vino de la mano de una mujer que ha sido quien le ha aportado la sensibilización respecto al tema y le ha animado a formarse, pero también desde las instituciones sanitarias se les ha animado al observar su preocupación en temas psicosociales.

Se destaca la mayor presencia de mujeres en estos cursos respecto a hombres, pero una de las razones es la feminización del sector sanitario sobre todo en la población joven que además es la más motivada a seguir formándose. Es curiosa la apreciación que observamos cuando se recoge en el informe que la presencia masculina en los cursos, si bien se valora en positivo pues supone una oportunidad para la sensibilización, no debe convertirse en un peligro de reproducción de los privilegios masculinos.

Esto es así, porque al haber menos hombres formados en este tema, el estudio considera que desde las propias instituciones se les considera “hombres excepcionales” a los que se les adjudica un plus de valía desde el comienzo en perjuicio de las mujeres, lo que hace nacer a su vez el problema que pretende erradicarse.

Por otro lado, en el análisis de opinión de los alumnos nos parece determinante pues reconocen que con los cursos se ha producido en ellos una “revisión personal desde la perspectiva de género”, lo que les ha llevado a intentar mejorar eliminando actitudes machistas en su entorno cercano, como en su relación de pareja.

Los hombres más reacios a esta formación, lo suelen ser porque no tienen un trabajo previo de sensibilización y ello les produce sentirse incómodos en estos cursos pues se sienten “señalados y cuestionados”, que se agravan cuando perciben que podrían verse como maltratadores lo que les lleva a argumentar que esta formación lo que persigue es una estrategia femenina para alcanzar posiciones de poder. De ahí la importancia de comenzar las formaciones sin plantear directamente los roles de género sino llegar a ellos progresivamente.

Una de las conclusiones a las que llega el informe mediante la valoración de los cursos es que, resulta complicado entender para los alumnos el por qué se llega a situaciones extremas como es el maltrato y si hay una predisposición del hombre, aun reconociendo la existencia del maltrato por parte de la mujer.

Otra cuestión interesante es que plantean la continuidad de la formación mediante la creación de grupos de reflexión de hombres en los que poder seguir compartiendo los cambios de actitud. Respecto a la presencia de hombres y mujeres en los cursos, para algunos es una oportunidad para intercambiar opiniones planteando situaciones reales lo que les resulta enriquecedor mientras que para otros, preferirían que solo estuviesen

dirigidos a hombres pues se sienten más cómodos y menos cohibidos a la hora de expresar sus opiniones reales o mostrar su actitud frente a diferentes hechos.

10 DATOS DESAGREGADOS POR SEXO

Para el conocimiento de esta variable debe acudir a la IV Conferencia sobre la Mujer, celebrada en Beijing en 1995, pues la primera vez que se puso de manifiesto la necesidad de trabajar con datos desagregados por sexo e indicadores de género. En el documento que recoge dichas reuniones, el Objetivo Estratégico Tercero, está focalizado en “Preparar y difundir datos e información destinados a la planificación y la evaluación desglosados por sexo”, señala que todos los organismos a nivel regional, nacional e internacional en coordinación con las organizaciones de investigación y documentación, deben:

- a) tratar de velar por que se recojan, compilen, analicen y presenten por sexo y edad estadísticas sobre la persona que reflejen los problemas y cuestiones relativos al hombre y la mujer en la sociedad;
- b) recoger, compilar, analizar y presentar periódicamente datos desglosados por edad, sexo, indicadores socioeconómicos y otros pertinentes, incluido el número de familiares a cargo, para utilizarlos en la planificación y aplicación de políticas y programas;
- c) asegurar la participación de las organizaciones y centros de estudio e investigación sobre la mujer en la elaboración y ensayo de indicadores y métodos de investigación adecuados para mejorar los análisis de género, así como en la vigilancia y evaluación de las medidas para alcanzar las metas de la Plataforma de Acción;
- d) designar o nombrar personal para fortalecer los programas de reunión de estadísticas con una orientación de género y asegurar su coordinación, supervisión y vinculación a todos los demás campos estadísticos, y preparar resultados en que se integren las estadísticas correspondientes a los diversos ámbitos de que se trata;
- e) mejorar la obtención de datos sobre toda la contribución de la mujer y del hombre a la economía.

Como señalan Ruiz Cantero y Papi Gálvez (2007), en su estudio sobre indicadores de género en concreto en materia de salud, los indicadores desagregados de sexo no siempre coinciden con indicadores con sensibilidad de género, pues

la información desagregada por sexo dice si existen diferencias por sexo en una dimensión específica de la salud; mientras que los indicadores con sensibilidad de género son elaborados para observar las consecuencias en la salud del género como construcción social, y así ayudar a comprender si la diferencia observada entre sexos en el estado de salud es el resultado de desigualdades o inequidades por género.

11 PRESENCIA EQUILIBRADA EN PUESTOS DIRECTIVOS Y DE RESPONSABILIDAD

En atención a la LOIEHM, la presencia de mujeres en puestos directivos y de responsabilidad debe fomentarse incluyendo como medidas de acción positiva la introducción de sistemas de cuotas. Como vimos con anterioridad, estos sistemas pueden generar discusiones, pero a nuestro juicio es una de las maneras más útiles para que la mujer pueda abrirse camino en determinados sectores y en categorías profesionales. Esto se debe a que el llamado “techo de cristal” funciona como barrera para que la mujer pueda acceder con las mismas oportunidades que el hombre dentro de los puestos directivos de las empresas y dentro de la Administración Pública.

A través de diversos artículos (como el 52, 53, 54 y Disposiciones Adicionales, ya vistos), la LOIEMH insta a que desde las Administraciones se promueva el principio de presencia equilibrada para que poco a poco, la mujer tenga la presencia debida, salvo que por determinadas condiciones del puesto no pueda atenderse, cuestión eso sí, que deberá motivarse.

Podemos señalar que entre las funciones que debe desempeñar la Dirección General para la Igualdad de Oportunidades, dependiente del Ministerio de Sanidad, Servicios Sociales e Igualdad, está la de “La promoción profesional de las mujeres y la potenciación de su acceso a puestos de responsabilidad y dirección en los ámbitos público y privado”. Lo que cabría preguntarse es si en la práctica se están llevando a cabo estas medidas y si existe una evolución significativa en la presencia de la mujer. En cuanto a su presencia en los Altos Cargos de la Administración y en política ya lo vimos, observando que si bien había avances, tampoco eran los suficientes para poder hablar de un rango de igualdad equilibrado.

Debemos señalar que la discriminación de la mujer en el ámbito laboral se produce de diversas formas, tal y como señala Torada Máñez (2008), ya que puede venir desde el propio acceso al empleo en el que para la mujer existen sectores y categorías prácticamente inexistentes, o en las condiciones salariales existiendo diferencias entre sexos muy notables en la realización del mismo trabajo, o en la propia promoción, dando prioridad al hombre frente a la mujer.

Como señala la autora, “La segregación vertical se produce cuando las mujeres se concentran en niveles bajos de responsabilidad que los hombres, y la segregación horizontal, es la que concentra a mujeres en sectores menos reconocidos y valorados socialmente.”. Lejos del estereotipo de liderazgo que considera como cualidades imprescindibles para el éxito las asociadas a la masculinidad: agresividad, competitividad, capacidad de decisión y fuerza. Y junto a esto, la falta de políticas de conciliación entre la vida familiar y laboral. Para Borrell y Artacoz (2007), “La segregación vertical describe la división jerárquica del poder y de la influencia entre ambos sexos. Los hombres ocupan en mayor proporción posiciones directivas y las mujeres los puestos menos cualificados, tanto en los sectores feminizados como en los masculinizados”. En el estudio sobre “que como la feminización es un

fenómeno reciente, es probable que los currículum con mayor calidad sean más comunes entre la población médica masculina, producto de su antigüedad. Este fenómeno impacta de forma directa sobre los cargos de responsabilidad [...]” (PASTOR GOSÁLBEZ; ROMÁN MARTÍN; FIGUERUELO BURRIEZA; GIMÉNEZ COSTA, 2014).

A la vista de las tablas estadísticas facilitadas por el Instituto Nacional de Estadística, la evolución de la mujer en todos los sectores sanitarios es evidente. Con estos datos, lo que no parece que tenga mucho sentido es que teniendo una presencia mayoritaria femenina, sin embargo la ocupación de puestos de relevancia en toma de decisiones avance de manera demasiado lenta en comparación con su presencia en la realidad.

A nuestro juicio se debe seguir persiguiendo no solo la igualdad, sino la igualdad real y efectiva. Entre los principales problemas que se detectan, como señala Pastor, es que existe un discurso hegemónico que mantiene las falsas creencias y estereotipos y que

niega la existencia de discriminaciones hacia las mujeres en el ámbito sanitario y se encubre por el mito de que dichas organizaciones se presentan a sí mismas como meritocráticas. La primera dificultad encontrada es, pues, la negación por parte de los y las propias protagonistas de nuestro objeto de estudio: la existencia de discriminaciones sexistas (PASTOR GOSÁLBEZ; BELZUNEGUI ERASO; PONTÓN MERINO, 2012).

De las páginas consultadas se echa en falta que el IMIO a través de sus estadísticas “Mujeres en cifras”, no se incluyan determinados sectores profesionales para evaluar la presencia femenina, en este caso del sector salud y poder compararlo tanto con otras profesiones junto con la evolución en el tiempo.

En el apartado *Salud* encontramos únicamente el número de profesionales sanitarias colegiadas, que ya vimos, pero en Poder y Toma de decisiones se limita al poder legislativo, ejecutivo, altos cargos en administración, poder económico, poder judicial, Reales Academias, Administración Local y Partidos Políticos, dejando al margen entre otros los sectores de educación y sanidad, pilares del Estado del Bienestar.

12 CONCLUSIONES

Podemos indicar que sobre la promoción, es el campo en el que más sombras se vislumbran en materia de igualdad. Si bien es cierto, que con el cambio normativo de los últimos años, este aspecto mejoró considerablemente. Existe aún, una gran diferencia de porcentajes, de mayoría masculina en puestos de responsabilidad, como pueden ser los jefes de servicio y sección, directores gerentes y de gestión. Estas modificaciones legislativas provienen de no más allá del año 2015, por lo que creemos que durante los próximos

años, no menos de diez, el número de jefas y directoras, aumentarán considerablemente. Teniendo en cuenta que son ellas, las que mejores notas académicas y expedientes portan, según datos aportados en este estudio.

Pero para que se produzcan estos cambios de justicia laboral, habrá que esperar a que se produzcan las jubilaciones de los actuales mandatarios. Hasta ahora primaban méritos personales y políticos, nada equitativos y muy lejos de querer implantar una efectiva igualdad entre mujeres y hombres. El giro de 180° dado en este apartado, fortalece la voluntad real de tener en cargos de responsabilidad, a personas, mujeres u hombres, que cumplan las capacidades necesarias y optimas del cargo.

Hablando del acceso a las acciones formativas, programadas y organizadas por los servicios regionales de salud y departamentos de formación de sus áreas de salud. Indicar que las adjudicaciones de plazas, cumplen estrictamente los protocolos vigentes. Bases establecidas por representantes de los trabajadores y de la propia administración. Y que, en ningún caso, establece el género como elemento discriminatorio, ni positiva ni negativamente.

Podemos observar como la presencia de la mujer en las Reales Academias de índole sanitario, es prácticamente nula, exceptuando Farmacia. Curioso, si ya mencionábamos que los mejores expedientes académicos en las Universidades son para ellas. Estas instituciones aún tienen un marcado acento de machismo, con puertas cerradas a la mujer, aun existiendo mujeres de reconocido prestigio en campos como el de la medicina.

En relación al acoso laboral, la conclusión que podemos indicar; es que las cifras no han disminuido en los informes estudiados desde el año 2006, y que de los datos obtenidos, consideramos que se echa en falta estadísticas con una mayor periodicidad y con sectores profesionales desagregados.

Del mismo modo, tenemos que ir planteando una revisión de la legislación sobre Igualdad de Género en nuestro país. Una revisión encaminada a potenciar la coeducación para introducir la perspectiva de género en el diseño y desarrollo curricular de todas las etapas de la enseñanza, empezando por infantil y terminando en la Universidad. Fomentar los planes de actuación de inspección de trabajo para combatir la discriminación laboral, dotándoles de más herramientas jurídicas y medios humanos y materiales para su consecución. Obligar en las nuevas ordenanzas de Colegios Profesionales, Colegios Oficiales, etc., alcanzar una composición equilibrada entre mujeres y hombres. Y conceder a las administraciones autonómicas, la capacidad sancionadora por comportamientos sexistas o discriminatorios por razón de sexo. Estas, entre otras muchas ideas y necesidades que se plantean después de la innovadora LOIEMH de hace once años.

REFERENCIAS

BORRELL, Carme; ARTAZCOZ; Artazcoz. **Investigación sobre género y salud**. Barcelona: Sociedad Española de Epidemiología, 2007.

CONDE, Fernando. Procesos e instancias de reducción/formación de la multidimensionalidad de lo real. En: DELGADO, José Manuel; GUTIÉRREZ FERNÁNDEZ, Juan (Coord.). **Métodos y técnicas cualitativas de investigación en ciencias sociales**. Madrid: Síntesis, 1995. p. 100-120.

ESPAÑA. Constitución (1978). La Constitución Española. Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática. Agencia Estatal. Boletín Oficial del Estado n.º 311, Madrid, p. 29.313-29.424, 29 de diciembre de 1978. Disponible en: <[https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/\(1\)](https://www.boe.es/eli/es/c/1978/12/27/(1))>.

ESPAÑA. Ley Orgánica 3/2007, de 22 de marzo. Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática. Agencia Estatal. **Boletín Oficial del Estado n.º 71**, Madrid, 22 de marzo de 2007.

ESPAÑA. Ley 14/1986, de 25 de abril. Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática. Agencia Estatal. **Boletín Oficial del Estado n.º 102**, Madrid, 29 de abril de 1986.

ESPAÑA. Ley 25/1994, de 12 de julio. Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática. Agencia Estatal. **Boletín Oficial del Estado n.º 166**, Madrid, 13 de julio de 1994.

ESPAÑA. Ley 16/2003, de 29 de mayo. Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática. Agencia Estatal. **Boletín Oficial del Estado n.º 128**, Madrid, 29 de mayo de 2003.

ESPAÑA. Ley 30/2003, de 14 de octubre. Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática. Agencia Estatal. **Boletín Oficial del Estado n.º 246**, Madrid, 14 de octubre de 2003.

ESPAÑA. Ley 55/2003, de 16 de diciembre. Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática. Agencia Estatal. **Boletín Oficial del Estado n.º 301**, Madrid, 17 de diciembre de 2003.

ESPAÑA. Orden HAP/988/2014, de 12 de junio. Ministerio de la Presidencia, Relaciones con las Cortes y Memoria Democrática. Agencia Estatal. **Boletín Oficial del Estado n.º 144**, Madrid, 14 de junio 2014.

ESPAÑA. Secretaría de Estado para la Función Pública. Resolución de 28 de julio de 2011. **Boletín Oficial del Estado n.º 189**, Madrid, 8 de agosto 2011.

GARCÍA CALVENTE, María del Mar; JIMÉNEZ RODRIGO, María Luisa; MARTÍNEZ MORANTE, Emilia. **Guía para incorporar la perspectiva de género a la investigación en salud**. Granada: Escuela Andaluza de Salud Pública (EASP), 2013.

GONZÁLEZ DÍAZ, Francisco Antonio. Tratamiento de las políticas de salud en la ley orgánica de igualdad. En: **Anales de Derecho**, Murcia, Ed. Servicio de Comunicaciones, Universidad de Murcia, n.º 26, p. 141-181, 2008.

GONZÁLEZ DÍAZ, Francisco Antonio. Evolución del proceso de igualdad de la mujer en las relaciones laborales: igualdad de trato y familia. En: **La igualdad ante la ley y la no discriminación en las relaciones laborales**: XV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, celebrado en Lleida, 28 y 29 de mayo de 2004. Madrid: Ministerio de Trabajo e Inmigración, Subdirección General de Información Administrativa y Publicaciones, 2005.

KAHALE CARRILLO, Djamil Tony. **El código de conducta ante situaciones de acoso laboral en la administración pública**. Sevilla: Instituto Andaluz de Administración Pública, 2010.

KAHALE CARRILLO, Djamil Tony. Notas a la estructura del salario. En: **Revista General de Derecho del Trabajo y Seguridad Social**, Madrid, Ed. Iustel, n.º 44, 2016.

KAHALE CARRILLO, Djamil Tony. El acoso (laboral, sexual y por razón de sexo). En: SÁNCHEZ TRIGUEROS, Carmen (Dir.); KAHALE CARRILLO, Djamil Tony; VELASCO PORTERO, María Teresa (Coord.). **El principio de igualdad en la negociación colectiva**. Madrid: Ministerio de Empleo y Seguridad Social, 2016. p. 391-422. (Colección Informes y Estudios Serie relaciones laborales, 111).

LAMOCA PÉREZ, Miguel; PÉREZ GUARDO, Rocío. El acoso sexual en la empresa. En: **Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo**, Valladolid, Ed. Universidad de Valladolid, n.º 9, p. 179-194, 2008.

LEÓN ALONSO, Marta. Género y salud. En: CANCIO ÁLVAREZ; María Dolores; ÁLVAREZ CONDE, Enrique; FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela; NUÑO GÓMEZ, Laura (Coord.). **Estudios interdisciplinarios sobre igualdad**. Madrid: Iustel, 2009. p. 227-238.

MACKINNON, Catharine A. Hacia una teoría feminista del estado. En: **Revista Feminismos**, n.º 4, 1979.

MARTÍNEZ-LAGE SOBREDO, Santiago. La sanidad pública: lecciones fundamentales de derecho administrativo. En: BUENO SÁNCHEZ, José Miguel; GAVELA LLOPIS, Andrea; HOCES IÑIGUEZ, José Ramón de; GARCÍA GONZÁLEZ, Alberto; SANTA-MARÍA PÉREZ, Luis Florencio; SÁNCHEZ-ANDRADE FERNÁNDEZ, María José; VILACHÁ DOMÍNGUEZ, Lara (Coord.). **Lecciones fundamentales de derecho administrativo**: parte general y parte especial. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2015.

MONTOYA MELGAR, Alfredo (Dir.); SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Yolanda (Coord.). **Igualdad de mujeres y hombres**. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2007.

PALOMAR OLMEDA, Alberto. El modelo de sanidad pública: algunas consideraciones de carácter introductorio y generales sobre la conformación de un servicio público esencial. En: LARIOS RISCO, David; GONZÁLEZ GARCÍA, Lola; MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico de

(Coord.). **Tratado de derecho sanitario**. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2013. p. 67-102.

PASTOR GOSÁLBEZ, María Imaculada; ROMÁN MARTÍN, Laura; FIGUERUELO BURRIEZA, Ángela; GIMÉNEZ COSTA, Ana. (Coord.). **Integración europea y género**. Madrid: Tecnos, 2014.

PASTOR GOSÁLBEZ, María Immaculada. **Mujeres en sanidad**: trayectorias profesionales y acceso a cargos de responsabilidad. Madrid: Instituto de la Mujer, 2009.

PASTOR GOSÁLBEZ, María Immaculada; BELZUNEGUI ERASO, Ángel; PONTÓN MERINO, Paloma. Mujeres en sanidad: entre la igualdad y la desigualdad. En: **Cuadernos de Relaciones Laborales**, Madrid, Ed. Universidad Complutense de Madrid, v. 30. n.º 2, 2012. p. 497-518.

RUIZ CANTERO, María Teresa.; PAPÍ GÁLVEZ, Natalia. **Guía de estadísticas de salud con enfoque de género**: análisis de internet y recomendaciones. Alicante: Ed. Universidad de Alicante, 2007.

RUIZ CARBONELL, Ricardo. El principio de Igualdad entre hombres y mujeres (Tesis doctoral). Murcia, Universidad de Murcia, 2009.

TORADA MÁÑEZ, Rebeca. Salud y género: el libro de la delegada sindical: curso para delegadas y delegados de prevención. En: **Salud y género**. Madrid: Secretaría Confederal de Organización y Formación Sindical de CC.OO. Alzira (Valencia): Germania, 2008.

VÁZQUEZ GARRANZO, Javier. Régimen disciplinario en el ámbito del sistema nacional de salud. En: LARIOS RISCO, David; GONZÁLEZ GARCÍA, Lola; MONTALVO JÄÄSKELÄINEN, Federico de. (Coord.). **Tratado de derecho sanitario**. Cizur Menor (Navarra): Aranzadi, 2013. p. 1.333-1.380.

Submissão em: 11 de dezembro de 2019

Último Parecer favorável em: 20 de julho de 2020.

Como citar este artigo científico

QUIÑONERO MÉNDEZ, Francisco. El principio de igualdad en el sector sanitario español. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, Montes Claros, v. 1, n. 2, p. 62-93, set.-dez. 2020.

EXPLAINING LEGAL TRANSITIONS: ALAN WATSON'S COMPARATIVE THEORY OF LEGAL CHANGE REVISITED

GEORGE MOUSOURAKIS¹

ABSTRACT

Legal historians have observed that many legal norms have remained in force for a long time; yet the great degree of social change would *prima facie* also entail legal innovations. But there have been fewer than expected. Can one construct a general theoretical framework for assessing explanations concerning legal change and legal stability? Further, can such a framework be constructed from the perspective of comparative law? It may perhaps be argued that comparative law is not sufficient for constructing such a theory; a general analysis of society is also needed. But even if concrete conditions and cause and effect relations cannot be entirely explained by an abstract scheme, it is at least reasonable to hope that such a scheme may clarify some of the basic concepts at work and thus enhance insights into the character of law and its relations to other normative domains. The first part of this paper considers the nature and scope of comparative law and identifies different approaches to the subject adopted by contemporary comparatists. In the second part, the problem of legal change is discussed from the standpoint of a particular theoretical perspective represented by Professor Alan Watson, a leading comparative law scholar and legal historian.

Keywords: comparative law, comparative method, legal transplants, legal change, sources of law

¹ Doctor of Law (University of Edinburgh); Master's Degree Law (University of Manchester); Bachelor of Laws (University of Athens). Associate Professor, Ritsumeikan University, College and Graduate School of International Relations, Kyoto; Adjunct Professor, Hiroshima University, Graduate School of Social Sciences, Japan; Fellow, Max Planck Institute, Germany, and European Law Institute, Austria. Most of the research for this article was completed at the Swiss Institute of Comparative Law and the University of Verona, Italy. I would like to thank Ms Christina Schmid, Director of the Swiss Institute of Comparative Law, and Professor Donata Gottardi, Dean of the Faculty of Law at the University of Verona, for their hospitality and support during my stay at their institutions. e-mail: gmousourakis@hotmail.com

1 INTRODUCTION: COMPARATIVE LAW AND LEGAL KNOWLEDGE

Traditionally, comparative law is defined as a method of study and research whose object is the comparison of legal systems with a view to obtaining knowledge that may be used for a variety of theoretical and practical purposes. As Zweigert and Kötz have remarked, comparative law is “an intellectual activity with law as its object and comparison as its process.” (ZWEIGERT; KÖTZ, 1987, p. 2). Comparative law embraces: the comparing of legal systems with the purpose of detecting their differences and similarities; working with the differences and similarities that have been detected (for instance explaining their origins, evaluating the solutions utilized in different legal systems, grouping legal systems into families of law or searching for the common core of the systems under comparison); and the treatment of the methodological problems that arise in connection with these tasks, including methodological problems connected to the study of foreign law (BOGDAN, 1994, p. 18).

Modern comparative law has progressed through different stages of evolution. Influenced by developments in the social sciences and a renewed interest in history and linguistics during the nineteenth century, comparatists tended to focus, at that time, upon the historical development of legal systems with a view to tracing broad patterns of legal progress common to all civilized societies. The notion of organic evolution of law as a social phenomenon led scholars to search for basic structures, or a ‘morphology’, of law and other social institutions. They sought and constructed evolutionary patterns with a view to uncovering the essence of the idea of law. As Franz Bernhöft remarked,

comparative law seeks to teach how peoples of common heritage elaborate the inherited legal notions for themselves; how one people receives institutions from another and modifies them according to their own views; and, finally, how legal systems of different nations evolve even without any factual interconnection according to the common laws of evolution. It searches, in short, within the systems of law, for the idea of law (BERNHÖFT, 1878, p 36-37).²

In the late the nineteenth century the French scholars Édouard Lambert and Raymond Saleilles, motivated by a universalist vision of law, advocated the search for what they referred to as the ‘common stock of legal solutions’ from amongst all the legal systems of the civilized world. This idea was introduced at the First International Congress of Comparative Law, held in Paris in 1900, which also adopted the view of comparative law as an

² See also Rothacker (1957, p. 17). According to Giorgio del Vecchio (1950, p. 688), “many legal principles and institutions constitute a common property of mankind. One can identify uniform tendencies in the evolution of the legal systems of different peoples, so that it may be said that, in general, all systems go through similar phases of development.”.

independent and substantive science concerned with unraveling the patterns of legal development common to all advanced nations. However, in the first half of the twentieth century the view prevailed among scholars that comparative law is no more than a *method* to be employed for diverse purposes in the study of law³.

According to this view, comparative law is simply a means to an end and therefore the purpose for which the comparative method is utilized should provide the basis for any definition of comparative law as a subject. This approach entailed a shift in emphasis from comparative law as an independent discipline to the uses of the comparative method in the study of law. The basic feature of comparative law, understood as a method, is that it can be applied to all types and fields of legal inquiry. It is equally employed by the legal philosopher, the legal historian, the judge, the legal practitioner and the law teacher, and covers the domain of both public and private law. As Gutteridge (1946, p. 10) has pointed out, comparative law is not fragmentary in nature: it does not consist of a patchwork of independent inquiries related to each other only by virtue of the fact that they all involve the study of different legal systems. The basic feature of comparative law, understood as a method, is that it can be applied to all types and fields of legal inquiry (see LANGROD, 1957, p. 363-369).

One might say that those who construe comparative law as a method and those who view it as a science look at it from different angles. When speaking of ‘laws’ and ‘rules’, the former have in mind normative ‘laws’ and ‘rules’ – the things that lawyers commonly work with. The latter, on the other hand, tend to perceive law primarily as a social phenomenon, and the relationship between law and society as being governed by ‘laws’ or ‘rules’, which transcend any one particular legal system. At its simplest level, that of the description of differences and similarities between legal systems, the comparative method allows us to acquire a better understanding of the characteristic features of particular institutions or rules.

But as the comparative method becomes more sophisticated, for example where the socioeconomic and political structures, historical background and cultural patterns that underpin legal institutions and rules are taken into account, the comparative method begins to produce explanations based on interrelated variables – explanations which become progressively more scientific in nature⁴.

One might argue that a sharp dichotomy between science and method can be epistemologically dangerous, since there is no science without method. And what connects the two is the model whose aim is to relate the experience

³ The co-called ‘method theory’ has been advocated by a number of eminent comparatists, including Frederick Pollock, René David and Harold Cooke Gutteridge.

⁴ Among the leading scholars who advocated the intrinsic value of comparative law as a science and as an academic discipline was Ernst Rabel. According to him, “comparative law can release the kernel of legal phenomena from the shell of their formulae and superstructures and maintain the coherence of a common legal structure.” Cited in Coing (1956, p. 670). On the view that comparative law constitutes both a science and a method consider Winterton (1975).

of the real world to an abstract scheme of elements and relations (see on this BARREAU, 1995, p. 51). In this respect, one might say that comparative law is part of legal science, using the term ‘science’ to describe a discourse that functions at one and the same time within ‘facts’ and within the conceptual elements that make up ‘science’.

And the goal of legal comparison as a science is to bring to light the differences existing between legal models, and to contribute to the knowledge of these models (consider on this SACCO, 1991a, p. 8; SACCO, 1991b, p. 24-25). Scientific comparative law is distinctive among the branches of legal science in that it depends primarily on the comparative method, whereas other branches may place greater emphasis on other methods of cognition available, such as empirical induction or a priori speculation. Thus, although comparative law is sometimes identified with legal sociology, it is really more confined. Naturally it does, however, support the other branches of legal science and is itself supported by them⁵.

A distinction may be drawn between three types of comparative legal inquiry: *idealistic*, *realistic* and *particularistic*. From the idealistic viewpoint, legal order is seen as a normative matter that is present in the factual legal order although it cannot be identified with it. The realistic perspective, on the other hand, is based upon an empirical view of legal order. Both the idealistic and realistic approaches are concerned with the problem of *generalization*.

The study of legal orders brings to light innumerable differences and similarities. Idealistic universalism seeks to discover the *ideal of law*, which is present in all legal orders; realistic universalism seeks to reveal the *sociological laws* governing legal phenomena. In spite of their theoretical juxtaposition, both approaches have universalism in common: they are not content with a mere description as they want to *systematize*, to find out general means of explanation to account for legal phenomena irrespective of time and place.

Those who follow a *particularistic* approach to comparative law, by contrast, claim that general schemes are too abstract to serve as goals of study. This approach, quite common in the practice of comparative law, tends to reduce comparative law to a detailed description of different legal orders. From this point of view, comparison is only a translation of valid legal orders into one language. In most cases, however, some kind of intermediate position between universalism and particularism is sought, as far as it is recognized that there are both general and particular features in every legal order⁶. It might also be said that the task of legal dogmatics – the study of contemporary

⁵ Contemporary comparatists acknowledge the important relationship between law, history and culture, and proceed from the assumption that every legal system is the product of several intertwining and interacting historical and socio-cultural factors. Thus, Alan Watson defines comparative law as “the study of the relationship between legal systems or between rules of more than one system [...] in the context of a historical relationship. [The study of] the nature of law and the nature of legal development.” See Watson (1974: 6-7).

⁶ This reflects the Aristotelian view of legal order as a result partly of natural regularities and laws, and partly of human will.

national law – is to examine particular legal orders at a quite concrete level, whereas the level of comparison represents a higher step⁷.

One might say that the universal and individual features of legal phenomena are *different* aspects of a uniform whole, although both aspects are *necessary* in order to grasp reality. The more general a description is, the more phenomena of concrete life it covers, and the better it is as a scientific description, but the less does it represent a particular form of life.

The exact course of historical events is always individual and can be explained only by reference to its particular elements; but the broad outline of the events is subject to general socio-historical laws. Even though legal sociology might strive towards a universalist knowledge of law, as does legal philosophy in a different sense, comparative law is by its own nature forever bound to vacillate between the general and the particular.

The comparative process may be described as dialectical, since it focuses upon the inter-connection between general principles and concrete observations made when these principles are applied in practice. Thus, the general explanatory background is concretized in particular cases; at the same time, a general historical outlook enables one to make certain generalizations from particular events within the framework of a general model of explanation.

The role of comparative analyses in the field of legal history deserves special attention. The history of law explores the sources of legal phenomena and the evolution of legal systems and individual legal institutions in different historical settings. It is concerned with both the history of a single legal order and the legal history of many societies, the universal history of law. The role of the comparative method in this field is particularly important. As Frederic William Maitland (1911, p. 488-489) pointed out, “history involves comparison and the English lawyer who knew nothing and cared nothing for any system but his own hardly came in sight of legal history. [...] An isolated system cannot explain itself, still less explain its history.”.

By comparatively examining systems of law at different stages of development, legal historians attempt to trace the evolution of legal institutions on a broader level and the historical ties that may exist between legal orders. The comparative method is also utilized in connection with time-related or diachronic comparisons within one and the same legal order. A comparative perspective is as indispensable to the historical study of law as legal history is to the study and comparison of contemporary legal systems. Without the knowledge derived from historical-comparative studies it is impossible to investigate contemporary legal institutions, since these are to a great extent the product of historical conditions, borrowings and mutual influences of legal systems in the past⁸.

⁷ The generalizations of comparative law have a wider scope than those of positive law, but a narrower scope than those of a general theory of law. In this respect, comparative law can be regarded as the intermediate link between legal dogmatics and legal theory.

⁸ As commentators have observed, comparative legal history is ‘vertical comparative law’, while the comparison of modern systems is ‘horizontal comparative law’. Consider on this Ewald (1995a, p. 1.944).

2 A COMPARATIVE THEORY OF LEGAL CHANGE?

Legal historians have observed that many legal norms have remained in force for a long time; yet the great degree of social change would *prima facie* also entail legal innovations. But there have been fewer than expected. How can the relative longevity of law be explained? One might say that there are social structures that have remained largely unchanged and that, accordingly, should be used to explain the longevity of some legal norms or institutions. But an obscure reference to some structure carries little weight as an explanation. The question is: can one construct a general theoretical framework for assessing explanations concerning legal change and legal stability? Further, can such a framework be constructed from the perspective of comparative law? It may perhaps be argued that comparative law is not sufficient for constructing such a theory; a general analysis of society is needed.

But even if concrete conditions, and cause and effect relations cannot be entirely explained by an abstract scheme, such a scheme may clarify some of the basic concepts at work. The following paragraphs consider the questions of legal change and legal stability from the viewpoint of what may be described as an idealistic theory: the legal change theory developed by Professor Alan Watson, a leading comparative lawyer and legal historian.

2.1 Legal Transplants and Legal Change

Since the publication of the first edition of his seminal book, **Legal transplants**: an approach to comparative law, in 1974, Watson has produced many works on the relationship between law and society, and the factors accounting for legal change (see, e.g., WATSON, 1996; WATSON, 1978; WATSON, 1976; WATSON, 1977; WATSON, 2001a; WATSON, 1984; WATSON, 1991; WATSON, 2001b; and see SACCO, 1991b). In these works he iterates his belief that changes in a legal system are due to legal transplants: the transfer of legal rules and institutions from one legal system to another. ‘Legal transplanting’ involves a legal system incorporating a legal rule, institution or doctrine adopted from another legal system. It may also pertain to the reception of an entire legal system, which may occur in a centralist way, as displayed by the introduction of the Napoleonic Code in many European countries.

However, in most cases foreign rules or doctrines are ‘borrowed’ in the context of legal practice itself, because they fill a gap or meet a particular need in the importing country. Until the nineteenth century legal transplanting mainly occurred within Europe. In the course of the nineteenth and twentieth century’s European laws were transplanted in many countries around the world either directly or through the adoption of European codes. During the same period, English Common law spread through the colonies of the British Empire in North America, Australia, New Zealand and parts of

Asia and Africa. In the past few decades, many institutions of Anglo-American law have been adopted by countries of Continental Europe⁹. Legal transplanting is also associated with the so-called ‘hybrid’ legal systems, i.e. systems whose development was influenced by two or more legal traditions¹⁰.

To understand the reception of foreign law phenomenon one must examine the reasons behind the introduction of foreign law in a particular case (e.g. whether it is the result of conquest, colonial expansion or the political influence of the state whose law is adopted¹¹, or it pertains to the perceived quality and prestige of the adopted law)¹². This analysis must also address the roles that legal science, legal education and the legal profession play in the reception process; the form of the imported law (whether it is a written, customary or judge-made law); and whether (or to what extent) the importing and exporting countries are compatible with respect to culture, socio-economic structure and level of development, as well as the outcomes of legal transplanting.

The destinies of legal transplants in different cultural, socio-economic and political contexts are important to examine for determining the desirability and applicability of such transplants for legislative and judicial practice. It may be true that ethno-cultural, political and socio-economic differences between the exporting and the importing countries do not preclude the successful transplantation of legal rules and institutions. Legal rules can be taken out of context and can serve as a model for legal development in a very different society. However, one should keep in mind that an imported legal norm is occasionally ascribed a different, local meaning, when it is rapidly indigenized on account of the host culture’s inherent integrative capacity. It is not surprising that, very often, European legal concepts, institutions and

⁹ An example is the concept of ‘trust’, originally an Anglo-American legal concept, which has been adopted by many Continental European legal systems.

¹⁰ Such as, for example, South Africa (Roman-Dutch and English influence), Québec (French and English influence) and Louisiana (French and American influence).

¹¹ Territorial expansion through military conquest (such as the Roman expansion in the Mediterranean world; the settlement of Germanic peoples in Europe; the expansion of Islam in Africa and Asia; and the Spanish conquests in Central and South America) did not always entail the imposition of the conquering peoples’ laws on the subjugated populations (for example, in lands under Germanic and Islamic rule subject populations continued to be governed by their own systems of law under the so-called ‘principle of the personality of law’). In some cases a direct imposition did in fact occur (consider, for example, the introduction of Spanish law in South America), while in others the law of the conquering nation was introduced in part or in an indirect fashion (for example, during the British and French colonial expansion there was a tendency to introduce into the colonies elements of the legal systems of the colonial powers or to develop systems of law adapted to local circumstances but largely reflecting the character of the metropolitan systems).

¹² Consider, for example, the reception of Roman law in Continental Europe. Many centuries after the demise of the Roman state, the jurists of Western Europe came to regard Roman law as intellectually superior to other systems of law. Seen as constituting an expression of natural reason, Roman law was received in Europe not by virtue of any theory concerning its continued validity as part of the positive law, but in consequence of its own inherent worth. In other words, its validity was accepted not *ratione auctoritatis*, but *auctoritate rationis*. For a closer look see Mousourakis (2015a, p. 233-285); Mousourakis (2015b).

rules imported by non-Western countries are understood in a way that is different from that in the donor countries.

The absence of substantial differences in the wording of a statute law from the donor and the host countries does not imply that legal reality, or everyday legal and social practice in the two countries, should be identical or similar. The legal reality in the host country may be very different with respect to the way people (including judges and state officials) read, interpret and justify the relevant law and the court decisions based on it. Moreover, the role of statute law in the recipient country may be much weaker than it is in the exporting country and custom may be a predominant factor.

Thus, in practice, social rules might effectively prevent people from initiating a legal claim or even using a court decision supporting such a claim. As this suggests, it is not good sense to use the perspective and framework of one's own legal culture when examining a law or legal concept in a legal system operating within the context of another culture. Such an approach carries the risk of implying the existence of many more similarities than there actually are¹³. It would be impossible to understand the very idea of Western legal tradition without recognizing the enormous variety of legal norms and styles that are common within it, not only within the Civil law and the Common law domains, but also across the borders of these legal families.

According to Watson, the nomadic character of rules proves that the idea of a close relationship between law and society is a fallacy¹⁴. Law is largely autonomous and develops by transplantation, not because some rule was the inevitable consequence of the social structure, but because those who control law-making were aware of the foreign rule and recognized the apparent benefits that could derive from it (WATSON, 1978, p. 313-15).

Watson does not contemplate that rules are borrowed without alteration or modification; rather, he indicates that voluntary transplants would nearly always – always in the case of a major transplant – involve a change in the law largely unconnected with particular factors operating within society¹⁵.

¹³ As Watson has remarked, “except where the systems are closely related, the differences in legal values may be so extreme as to render virtually meaningless the discovery that systems have the same or a different rule”. *Legal Transplants*, 5. For example, consider the difficulties surrounding the interpretation of the concept of individual freedom, as found in international treaties on human rights. Individual freedom has a rather different meaning in China and other Asian countries, as compared to the Western view, not just because of a political ideology currently or formerly imposed by the rulers of those countries, but because of a more basic, culturally embedded ideology that originates from a very different, collectivist world view. For an elaboration of the theory of legal transplants see Ewald (1995b).

¹⁴ On the view that law is the result of the social needs of a given society see in general Friedmann (1959); Damaska (1986); Friedman (1973, p. 595).

¹⁵ Watson has identified a number of factors that determine which rules will be borrowed, including: (a) accessibility (this pertains to the question of whether the rule is in writing, in a form that is easily found and understood, and readily available); (b) habit (once a system is used as a quarry, it will be borrowed from again, and the more it is borrowed from, the more the right thing to do is to borrow from that system, even when the rule that is taken is not necessarily appropriate); (c) chance (e.g., a particular written source may be present in a particular library at a particular time, or lawyers from one country may train in, and become familiar with the law of another country); and (d) the authority and the prestige of the legal system from which rules are borrowed.

Neither does Watson expect that a rule, once transplanted, will operate in exactly the same way it did in the country of its origin. Against this background, Watson argues that comparative law, construed as a distinct intellectual discipline, should be concerned with the study of the historical relationships between legal orders and the destinies of legal transplants in different countries (WATSON, 1974, p. 6).

On this basis one may identify the factors explaining the change or immutability of law (WATSON, 1974, p. 21)¹⁶. Watson asserts that comparative law (which he distinguishes from a knowledge of foreign law) can enable those engaged in law reform to better understand their historical role and tasks. It can provide them with a clearer perspective as to whether and to what extent it is reasonable to appropriate from other systems and which systems to select; and whether it is possible to accept foreign legal rules and institutions with or without modifications¹⁷.

Watson attempts to construct a comprehensive theory of legal change from ancient times to the modern era. He has the requisite qualifications: he is a distinguished Romanist. An important part of his work is concerned with the worldwide reception of Roman law and its admirable longevity as a system under different socio-economic conditions. The Roman law, as shaped by the compilers of the Justinianic codification in the sixth century AD, has been one of the strongest forces in the development of Western law. Although Justinian sought to produce, on the basis of the legal inheritance of the past, an authoritative statement of contemporary law, his system (*Corpus Iuris Civilis*) was adopted and applied by most European countries during the Middle Ages and the Renaissance. In wide areas of Germany and other European regions it remained an immediate source of law until the end of the nineteenth century. Roman private law was used in Catholic, Calvinist and Lutheran countries; it operated in countries where agriculture dominated economic life and it also applied in mercantile centers and later in countries undergoing the industrialization process. This law, first adopted in Europe, was directly or indirectly (through a European law code) transplanted in South America, Quebec, Louisiana and many countries in Asia and Africa.

But why was Roman law adopted? The medieval reception of Roman law was partly due to the lack of centralized governments and developed formal legal systems that could compete with the comprehensive inheritance of

¹⁶ To illustrate the point, Watson mentions a set of rules concerned with matrimonial property, which travelled “from the Visigoths to become the law of the Iberian Peninsula in general, migrating then from Spain to California, [and] from California to other states in the western United States”. Ibid at 108. He adds, that if one considers a range of legal systems over a long term “the picture that emerge[s] is of continual massive borrowing [...] of rules”. Ibid at 107. On this basis he concludes that the moving of a rule or a system of law from one country to another has now been shown to be the most fertile source of legal development, since “most changes in most systems are the result of borrowing.” Ibid at 94. The idea of legal transplants has been challenged by some scholars. See e.g. Legrand (1997) and (2001); Wise (1990); Murdock (1990). Consider also Cotterrell (2001).

¹⁷ Despite the rather far-reaching nature of some of his statements, it is important to observe that Watson has generally confined his studies, and the deriving theory of legal change, to the development of private law in Western countries.

Rome; and partly due to the fact that the lands formerly governed by the Romans were accustomed to this style of thought, and accorded it wisdom and authority. A third feature, deriving almost completely from the model of the *Corpus Iuris Civilis*, was the desire of most countries to codify their law and the aspirations of later jurists to conform their studies to this model.

But Roman law was not adopted merely because it was admired, nor because its norms were particularly suitable for the social conditions in the early European nation-states. In fact, many norms of Roman law were entirely antiquated. Foremost, it was the perceived superiority of Roman law *as a system* that led to the adoption of its norms, even if this adoption was supported by a learned tradition that endured for centuries. Juridical norms and their systematic organization are more perennial than most rules of current law. This is, of course, partly due to the existence of common problems, but also partly due to historical tradition, the fact that Roman law has been an important common denominator of most Western legal experience. Thus, the conceptual system of Roman law may be said to be an apt *tertium comparationis*, as it constitutes a common basis of the legally organized relationships of life in the West¹⁸.

The experience of the legal historian underlies Watson's skepticism towards the view that law is directly derived from social conditions. According to him, history shows that legal change in European private law has occurred mainly by transplantation of legal rules and is not necessarily due to the impact of social structures. He sees legal change as an essentially 'internal' process¹⁹, in the sense that sociological influences on legal development are considered generally unimportant.

The evidence to support this position is derived from history, which Watson claims to show: that the transplanting of legal rules between systems is socially easy even when there are great material and cultural differences between the donor and recipient societies; that no area of private law is very resistant to change through foreign influence – contrary to the sociologically oriented argument that culturally rooted law is more difficult to change than merely instrumental law (see on this LEVY, 1950). And that the recipient legal systems require no knowledge of the context of origin and development of the laws received by transplantation from another system (WATSON, 1976, p. 80-81). Social, economic, and political factors affect the shape of the generated law only to the extent they are present in the consciousness of lawmakers, i.e. the group of lawyers and jurists who control the mechanisms of legal change.

The lawmakers' awareness of these factors may be heightened by pressure from other parts of society, but even then, the lawmakers' response will be conditioned by the legal tradition: by their learning, expertise and

¹⁸ Legal relationships are to a large extent organized by forms derived from Roman law (such as *culpa*, *contractus* and *bona fides*). One might say that these forms constitute a kind of *pre-knowledge* for Western legal systems.

¹⁹ He speaks of an 'internal legal logic' or of 'the internal logic of the legal tradition' governing legal development. See Watson (1985, p. 21-22).

knowledge of law, domestic and foreign. Societal pressure may engender a change in the law, but the resulting legal rule will usually be adopted from a system known to the lawmaker and often modified without always a full consideration of the local conditions. Watson stresses that law is, to a considerable extent, a phenomenon operating at the level of ideology; it is an autonomous discipline largely resistant to influences beyond the law itself. From this point of view, he argues that the law itself provides the impetus for change.

At the same time, he recognizes that there is a necessary relationship between law and society, notwithstanding that a considerable disharmony tends to exist between the best rule that the society envisages for itself and the rule that it actually has. The task of legal theory with comparative law as the starting-point is to shed light on this relationship and, in particular, to elucidate the inconsistencies between the law actually in force and the ideal law, i.e. the law that would correspond to the demands of society or its dominant strata. As this suggests, Watson's theory is basically idealistic²⁰.

2.2 Factors of Legal Development

In an article published a few years after *Legal Transplants*, Watson delineated the factors that control the relationship between legal rules and the society in which they operate (WATSON, 1978)²¹. Consideration of these factors is crucial to understanding the phenomenon of legal change. Whilst Watson admits that it is extremely difficult to determine the relative weight or impact of each factor, he specifies that their interaction should *a priori* be assessed as more important than the relative evaluation of the individual factors. In this respect, his model may be described as holistic. The factors are the following:

- Source of law
- Pressure force
- Opposition force
- Transplant bias
- Law-shaping lawyers
- Discretion factor

²⁰ According to Watson, 'It should be obvious that law exists and flourishes at the level of idea, and is part of culture. As culture it operates in at least three spheres of differing size, one within another. [...] The spheres are: the population at large, lawyers and lawmakers. By 'lawmakers' I mean the members of that elite group who in a particular society have their hands on the levers of legal change, whether as legislators, judges, or jurists. [...] For a rule to become law it must be institutionalized. It must go through the stages required for achieving the status of law. [...] Because lawyers and lawmakers are involved in all those processes a rule cannot become law without being subject to legal culture'. Watson (1983, p. 1.152-1.153).

²¹ Although these factors pertain primarily to the Western legal tradition, Watson believes that they are valid also outside this sphere of legal culture.

- Generality factor
- Inertia
- Felt needs

Watson recognizes that there may be some common elements in these factors. Indeed, it could even be maintained that some factors are only different aspects of the same problem, at least when applied to concrete contexts of legal change. This again is due to the inevitable interconnections between the matters considered. Even though one might question whether Watson's scheme is the optimal method for presenting a comparative theory of legal change, one cannot deny the relevance of the observations he presents under the heading of 'factors'. Therefore, I shall proffer a short account of the factors and the way they operate.

According to Watson, the development of a legal system is influenced by the nature of the predominant *source* or *sources of law*, whether this is custom, statute, code, judicial precedent or juristic doctrine. Precedent-based law develops more slowly than statutory law because such law "must always wait upon events, and, at that, on litigated events"; "there is no way of defining precisely the *ratio decidendi* of a particular case", for "only when there is a line of cases does it become possible to discover the principle underlying even the first case" (WATSON, 1978, p. 323). Thus, precedent-based law is always retrospective, whereas statutory law looks forward.

While law based on precedent is slow to change, statutory law, which is more systematic and broader in scope, can be relied upon to introduce drastic and swift reforms. Moreover, development by statute with its more adequate theoretical basis can point the way to further reform.

Watson also draws attention to the historical roots of the sources-of-law doctrine in different legal orders. It should be noted, however, that in many cases it is only legal change that determines the character of the sources-of-law doctrine and not *vice versa*. If social, economic, political or ideological change generates a need for revision of the law, the bonds with the sources of law (whether precedents or statutes) are loosened. Further, one should not over-emphasize the capacity of a statute-law system to foresee problems. If there is a 'gap' in written law, a court will often find it difficult to engage in the same sort of creative activity as its counterpart can in a seemingly 'retrospective' *stare decisis* system.

The term *pressure force* refers to the organized group or groups of persons who believe that they would derive a benefit from a practicable change in the law. Watson says that the power wielded by a group to effect legal change varies in accordance with the social and economic position of its members and its capacity to act on a particular source of law. Pressure forces of different constitutions have varying effects upon individual sources of law, and different sources respond to pressure in different ways. In general, development by legislation is more affected by pressure forces than development by precedent.

Watson stresses the independence of judges in precedent-based systems. As judges are not elected and their role is not seen as primarily political, they cannot be subject to direct pressure by organized groups, nor can they easily be swayed by general policy issues. He adds that juristic doctrine, as a source of law, is also mainly immune from pressure forces, except where a pressure force has great power and authority (e.g., not only an established Church, or the ruling party in a totalitarian state can directly and indirectly influence juristic doctrine but the doctrine itself can gain strength because of its connection with the dominant ideology).

I think that Watson over-emphasizes the immunity of judges and jurists from external pressure. He says, for example, that a jurist's opinions would lose authority if a pressure force directly influenced him. But this pertains only to the pressure forces motivated by a newly-invented idea or need. Usually there is a system of permanent pressure forces in society, and most lawyers belong to that system. It is important to consider whether or to what extent judges and jurists are susceptible to political arguments, and the degree of participation in politics they are permitted in different systems.

Opposition force is the converse of a pressure force and embodies the organized group or groups of persons who believe that harm will result from a proposed change in the law. For an opposition force to exist, it is required that the group that would be adversely affected by the change is adequately organized. Watson remarks that although the persons who will be adversely affected by a proposed change in the law may be more numerous than those who will benefit, the change will most likely be executed if the anticipated gains of each member within the latter group is extensive, whereas the perceived harm to each member of the former group is small. The absence of an organized opposition force in such a case explains why legislation that is overall harmful and generally considered unpopular is occasionally passed without much resistance.

Transplant bias is an essential element of Watson's theory that legal change primarily occurs through the appropriation or imitation of norms. It refers to a system's receptivity to a particular foreign law as a matter distinct from acceptance based on a thorough assessment of all possible alternatives²². This receptivity varies from system to system and its extent depends on factors such as the linguistic tradition shared with a potential donor system; the general prestige of the possible donor system; and the educational background and experience of the legal professionals in the recipient system. Watson also draws attention to the interaction of the factors determining legal development, pointing out that transplant bias interacts particularly with the sources of law. The adoption of an entire foreign legal code is probably the clearest manifestation of transplant bias. Juristic doctrine is also very susceptible to foreign influence.

²² Transplant bias may be used to denote, for example, a system's readiness to accept a Roman law norm *because* the norm is derived from Roman law.

This is evidenced by the fact that the reception of Roman law in Continental Europe first occurred in the field of legal science. Precedent, on the other hand, seems to be least affected by transplant bias. When judges borrow from foreign legal systems, the value of the foreign rule for the judge's own system is often carefully considered and evaluated. In analyzing transplant bias one must bear in mind that, according to Watson, law develops principally through the adoption of rules and structures from elsewhere. The nature of this factor has an authoritative argument form such as: norm N is a Roman law norm – Roman law is superior – therefore, norm N should be accepted.

Behind the *minor* premise of this inference there is no general appraisal of all norms of Roman law, but rather an opinion based upon the *systematical coherence* of the relevant norm. The assertion, 'Roman law is superior', is neither deductive (i.e. based upon an axiom concerning the superiority of Roman law) nor inductive (where one should present reasons for considering the particular norm N good); rather it is quasi-inductive and systematical.

Law-shaping lawyers are the legal elite that shape the law and whose knowledge, imagination, training and experience of the world and legal ideas strongly influence the end product of any change in the law. Watson notes that lawyers are well-placed to act as pressure or opposition forces. Their knowledge of how the legal system actually works means that they are fully aware of how the current law or its change affects their well-being.

Besides this, legal professionals mould the law, in developed legal systems at least, in many ways: as members of parliamentary or governmental committees they are directly involved in the drafting of legislation; as judges they determine the shape and form of judicial precedents; and as jurists they contribute to the development of juristic doctrine and its recognition as a source of law.

Watson observes that law-shaping lawyers are a factor one could remove as their functions are adequately covered by the notions of source of law and transplant bias, but they contribute such a particular flavor that their role deserves specific attention. In his more recent work, however, Watson places greater emphasis on the role of legal culture in shaping law's internal development²³. According to him, legal culture pertains to the general outlook, practices, knowledge, values and traditions of the legal elite of a legal system²⁴.

²³ As Watson points out, "[...] legal change comes about through the culture of the legal elite, the lawmakers, and it is above all determined by that culture" (WATSON, 2001, p. 264).

²⁴ From the viewpoint of the autopoiesis theory, Gunther Teubner criticizes Watson for placing too much emphasis on the lawyers' professional practices as such. Teubner argues that these practices are not, in themselves, the motor of legal change but rather the necessary outcome of law's character as a distinctive discourse concerned chiefly with producing decisions that define what is legal. Because what is legal is law's essential focus as an independent discourse, law cannot be governed by social developments of the kind sociologists are concerned with. It may react to these developments but it always does so in its own normative terms. Thus, what Watson sees as the autonomous law development by legal elites, proponents of autopoiesis theory regard as the working out of law's independent evolution as a highly specialized and functionally distinctive communication system. For a closer look see Luhmann (1995); Teubner (1993); Priban and Nelken (2001). On the implications of the autopoiesis theory for comparative law see Teubner (1998).

The *discretion factor* refers to the implicit or explicit discretion that exists either to enforce or not enforce the law, or to press or not press one's legal rights. In Watson's words, the discretion factor is concerned with "the extent to which the rules permit variations, or can be evaded [...] or need not or will not be invoked" (WATSON, 1978, p. 330). He observes that some degree of discretion is an inevitable element in any developed legal system. This discretion may be possessed by individual parties, judges, the executive or actually be built into the legal rules themselves.

By providing choice the discretion factor tends to mitigate the apparent undesirable requirements or consequences of legal norms, thus prompting an easier acceptance of these norms. However, Watson does not fail to note that an abuse of discretion will entail an adverse reaction. It is true that discretion creates choice, but the use of choice depends on certain other factors. It might be the case, for example, that a controversial parliamentary bill is passed as law after the most questionable paragraphs have been recast in such a way as to enable the judiciary or the executive to exercise discretion (e.g. open wording, general clauses or flexible criteria are used).

However, this transfers the problem to another level of decision-making. At that level of *micro* decision-making, the principle pertaining to the equal treatment of the subjects of law plays a more important part than at the level of law-making, where the criteria of formal justice are introduced. From a comparative point of view, it should be stressed that a mere statement of discretion is rarely sufficient, as discretion is exercised according to some *criteria* and not at random.

To understand how the discretion factor influences the state and development of the law, one should identify both the factual and the evaluative criteria of discretion.

The *generality factor* denotes the extent to which legal rules regulate more than one recognizable group of people, or more than one transaction or factual situation. Watson points out that the greater the generality of law, the more difficult it is to find a rule that precisely fits the situation of each group, or transaction or factual situation being regulated. He adds that the greater the generality of a proposed change in the law, the greater the difficulty of securing agreement on the appropriate rule or rules, and hence the greater the difficulty of bringing about legal change.

The generality factor interacts to a considerable extent with the pressure or opposition forces. If the scope of the proposed change in the law is too narrow, the pressure force supporting it may have little influence. If, on the other hand, the scope of the proposed change is too broad, it is likely to produce an opposition force as such a change is unlikely to satisfy all the groups concerned. A connection also exists between the generality factor and the sources of law: to carry out a legislative change a degree of generality is needed.

In comparative studies it is useful to draw a distinction between *abstract* generality and *actual* generality²⁵. There may be norms addressed ‘to whom it may concern’, i.e. to anyone. For example, drug trafficking may be a criminal offence and prohibited to everyone. Despite the abstract character of the relevant norm, the prohibition it produces, in reality, concerns a relatively small number of people. On the other hand, there may be norms addressed to a particular group of people that is so large in number that the norms are practically general.

Inertia is defined by Watson as the general absence of a sustained interest of society and its ruling elite to struggle for the most ‘satisfactory’ rule. For law to be changed there must exist a sufficiently strong impulse directed through a *pressure force* operating on a *source of law*. This impulse must be strong enough to overcome the inertia. But how can inertia be explained? Watson notes that society’s essential stake in law is order, and to maintain order there cannot be a consuming interest in the precise nature of the particular rules and their reform. There is a *normal desire for stability* and society, particularly the dominant elite, have a generalized interest in maintaining the status quo. This reflects an abstract interest in stability, which is linked to the fact that many legal norms have no direct impact on the lives of most citizens.

According to Watson, besides the mystique surrounding law, practical considerations may obstruct legal change. Legal professionals may oppose legal reforms because they would have to learn new rules and juristic techniques. Moreover, as every legal reform entails a considerable cost, priorities must be assessed with regard to limited resources. Perhaps the case is that anticipated long-term benefits are not sufficient to justify a reform if the costs are not outweighed by the short-term benefits.

Watson argues that inertia as a factor in the relationship between law and society is not accorded the attention it deserves. He remarks that, in fact, societies often tolerate much law that has no correspondence with what is ‘needed’ or regarded as efficient. To understand the rationale one must consider the phenomenon of legal inertia and the various elements of its composition. Legal inertia has, I think, two aspects. First, it renders a ‘static’ justification of law sufficient: law is justified by past behavior and behavior by norms.

This kind of inertia is inherent in all legal decision-making that strives to maintain regularity and predictability in the practice of law. Besides this aspect of inertia, inertia also relates to the structure and function of law in society. There are two kinds of structural matters for consideration: (a) law is to a certain extent *resistant* to certain social change, and society to certain legal change, and (b) there is a ‘relative resistance’ to change pertaining to the *time-lag* between different functionally interdependent changes.

²⁵ Abstract generality is a typical feature of legislation. As stated by the classical Roman jurist Ulpian, “*iura non in singulas personas, sed generaliter constituuntur.*” (Digest 1, 3, 8).

Felt needs are the purposes known to, and regarded as appropriate by, a pressure force (not the ruling elite or society as a whole) that operates on a source of law. Watson recognizes that elucidating the nature of felt needs is not always easy. He declares that these are discoverable through an examination of words, deeds and effects: what the pressure force says is needed; how its constituent elements act both before and after the legal change is effected; and how the change actually impacts upon the interests of the pressure force. There are also needs that may be general, well-recognized and enduring in time.

But unless these are supported by an active pressure force they are not 'felt needs' as understood by Watson, even though consideration of these 'other needs' is important for anyone interested in understanding the relationship between law and society.

The question posited is how should Watson's nine 'factors' be used? He declares that, by relying upon these factors, one may devise models for legal development and the relationship between law and society. At the same time, by considering the interaction of these factors one can find answers to many perplexing questions concerning legal development. There are balances between the factors supporting change and the factors opposing change.

According to Watson, the relationship between a society and its legal rules could be generally expressed as a mathematical equation: a legal rule will be stable when felt needs, weakened by the discretion factor, activating a pressure force as affected by the generality factor, to work on the relevant source of law, are less potent than inertia and opposition force combined; on the other hand, some legal change will occur when the force of felt needs, weakened by the discretion factor, activating a pressure force as affected by the generality factor, to work on a source of law, all as modified by the transplant bias and law-shaping lawyers, is greater than the force of inertia plus the opposition force. In other words, the precise relationship between legal norms and the society in which they operate can be expressed as the balance between two opposing sets of factors; the first inhibits change and the second supports change. A legal change occurs when the force of the second set of factors is greater than the force of the first set of factors, although the nature of the change is determined by the balance and relative weight of the various factors.

In Watson's model one cannot locate a direct reference to concepts and elements that are commonplace in modern analyses of society. Neither society at large nor its dominant strata are regarded as factors. Legal change is triggered by pressure forces, not by society as a whole, or its ruling elite. As he says, the pressure force and the society, or the pressure force and the ruling elite, are often co-extensive. Further, in a non-democratic political system the ruling elite operate directly on the principal sources of law, enjoying a kind of monopoly with respect to legal change. In any country, the extent to which the pressure force and the society or its ruling elite are the same must be determined by a specific inquiry, although one must recall that, even if society at large or its ruling elite operates as the pressure force, legal rules are not necessarily the most efficient means of using social power to initiate reforms.

Watson claims that his model is useful for elucidating certain difficult issues pertaining to legal development²⁶. But the model is *not deterministic*. He elaborates that, although existing elements in a society may determine the options that are known or knowable, and hence available, they do not predetermine the necessary outcome. In my view, this suggests that Watson's factors can only furnish the basis for a method of presenting relevant aspects of legal change in a generally valid manner. No objections of principle could be raised against such a method.

The objections are, rather, of a practical nature. One might argue, for example, that Watson's *felt needs* and *pressure forces* do not direct enough attention to the fact that there are not only supporters and opponents of a proposed legal change. Often there is at least a degree of unanimity concerning the necessity for legal reform, but there are differing opinions as to the content of the planned legislation. In this case, the pressure forces and relevant interests cannot be seen as diametrically opposite. Interests can be construed as vectors which in concrete situations have a certain direction and strength (when compared to other social vectors). It is difficult to state that the law in question is a result of the goals of one interest group if this law is more allied to its interests than those of another group. This view excludes the immediate authority of conflicting background interests and statements of goals.

But this does not mean that it is incorrect to refer to the social impact of different decision-alternatives; and one is *compelled* to evaluate these alternatives, taking some axiological system as the starting point, even if no one can say that there exists one and only one consequent value-system of the legal order. Furthermore, the intentions of groups should not be defined in such a manner that one only considers those goals embodied in the historical sources. Constructed, hypothetical models are also needed, otherwise one may lose sight of probable motives of action which are not explicitly alluded to in the sources.

Let us now return to our earlier question: is it possible to construct a general theory of legal change? Watson declares that, even if an examination of the various factors reveals such a diversity of possibilities that a general theory could not be developed regarding the growth of law in the West (except perhaps on such an obvious, banal level), a theory should be admissible so far as it is accepted that it is possible to trace a *pattern of development*. Consider, for example, the phenomenon of codification. Since the eighteenth-century codification has emerged as almost an inevitability in Civil law countries, but

²⁶ For example, it is often said that there is a close connection between commerce and law, especially the law of contract, and that economic growth engenders legal change. But the Scots law of contract developed rapidly between the years 1633 and 1665 (it was during this period that the main forms of contract and the general principles of contract law were recognized), even though, as is well known, this period was characterized by economic stagnation. By contrast, in England, which was much more developed economically and commercially, there could scarcely be said that a general law of contract or general principles of contract existed before the nineteenth century. To understand this one must consider the interaction of the factors relevant to legal change in the relevant historical context.

it has been a relative rarity in the Common law world. According to Watson, this pattern cannot be explained on the basis of unrelated facts existing in the different countries. Elucidating codification (why it occurred at all and in a particular country at a specific time and not earlier; why the code was either a new creation or adopted from elsewhere; and, if the latter, why the particular model was chosen), or its absence in certain systems, would presuppose consideration of the general factors at work when legal change occurs. It is important to note that a general theory of legal change would be *inductive*: if all situations of legal change are considered, then some general conclusions may be drawn.

But such a theory would only be *nominally* general: in reality, it would include several different relations of events. However, there are some generally valid interconnections between different matters. The expression of these interconnections may be facilitated by ‘historical laws’, but these laws are not obligatory. They are only ‘topical norms’ in the form of ‘if N exists then F will happen, unless [...]’

One should distinguish between questions of form and questions of content. It is possible to construct a set of forms with the purpose of explaining a matter. If the validity of the theory is defined in such a manner that it depends on the relevance of the forms, it is possible to construct a theory of legal change.

But this is primarily a conceptual exercise: it has nothing or very little to say about the contents of the concepts. The bulk of the theory would then consist of statements concerning *possible interactions* between the conceptually arranged matters and statements concerning working hypotheses on these relationships of interaction.

3 CONCLUDING REMARKS

Scholars agree that comparative legal studies have performed valuable services in empirically testing the propositions of legal theory (LAWSON, 1977, p. 59). If theories about the nature of law are to claim any universal validity, they must be capable of encompassing many if not all systems of law; in turn, this suggests that a detailed study of at least a range of legal systems is a necessary prerequisite.

As Paton (1972, p. 41) pointed out, it is impossible to comprehend jurisprudence without comparative law, since all schools of jurisprudence (whether historical, philosophical, sociological or analytical) rely on the comparative method. The knowledge jurists depend on when seeking to devise tools for a proper construction of legal phenomena cannot be gained by an examination of a single legal system, since law transcends national boundaries, or without a comparison.

Comparative law allows the jurist additional perspectives towards a more complete understanding of law. It introduces concepts, styles, organizations and categorizations previously unknown, and opens unsuspected possibilities

in the very notion of law thus enabling jurists to more effectively accomplish their tasks. Moreover, comparative law is a valuable source of knowledge for sociologists of law.

The sociology of law goes beyond national frameworks and considers the social functions of law with a view to discovering the common and special social conditions existing in various legal systems. Special attention is paid to the role that social and economic conditions, political structures, cultural attitudes and geographic factors play in legal development.

Comparative law helps sociologists of law to understand how different legal solutions to certain societal problems function in practice. Comparing different systems of law necessitates the crossing of linguistic borders, even when the same base language is used in more than one legal system. Each legal system uses language in its own ways; it has its own patterns of representation and communication, utilizing, for example, particular levels of abstraction, styles and values that favors certain kinds of arguments.

Comparative law is without doubt concerned with more matters than merely law, but its object is ultimately law. I think that the legal point of view must be emphasized in these days of an omnipotent sociology, whose importance, of course, cannot be overstated.

The theoretical questions of comparative law cannot be answered only at the level of *language* – the questions are not purely semiotic. A successful translation of legal terms, although important, is hardly sufficient. Nor does the existence of certain similar social relationships constitute a sufficient condition for comparison – comparative law is not merely comparative sociology. A conceptual framework is also needed (Consider on this PEARCE, 1987, p. 188 and 194). Legal relations and the models of behavior they express are based upon an experimental shaping of social relations. But this shaping is not purely empirical and cognitive.

The relevant process involves a set of juristic forms, which are not incidental or particular to the case under examination: they stem from the history of legal doctrines and ideas. Whether we proceed from forms or from contents, the choices of subjects are not solely empirical; axiological and teleological choices must be considered and examined together with the doctrinal history of legal concepts and their systematical treatment.

If the reductionist standpoint is rejected, one is justified in seeking the development of general idealistic theories of legal change. It is at least reasonable to hope that such theories will enhance insights into the nature and progress of law – insights that cannot be acquired in any other way.

REFERENCES

BARREAU, Hervé. **L'épistémologie**. 3rd edition. Paris: Presses Universitaires de France, 1995.

BERNHÖFT, Franz. Ueber zweck und mittel der vergleichenden rechtswissenschaft. In: **Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft**, Ed. DFV-Mediengruppe, v. 1, p. 1, 1878.

BOGDAN, Michael. **Comparative law**. Deventer: Kluwer, 1994.

COING, Helmut. Das deutsche schuldrecht und die rechtsvergleichung. In: **Neue Juristische Wochenschrift**, Ed. Biederstein, 1956.

COTTERRELL, Roger. Is there a logic of legal transplants? In: NELKEN, David; FEEST, Johannes (Ed.). **Adapting legal cultures**. Oxford: Hart, 2001. p. 71-92.

DAMAŠKA, Mirjan R. **The faces of justice and state authority: a comparative approach to the legal process**. New Haven: Yale University Press, 1986.

DEL VECCHIO, Girgio. L'unité de l'esprit humain comme base de la comparaison juridique. **Revue Internationale de Droit Compare**, v. 2, n. 4, p. 686-691, 1950.

EWALD, William B. Comparative jurisprudence (I): what was it like to try a rat? In: **University of Pennsylvania Law Review**, Philadelphia, v. 143, p. 1.889-2.149, 1995a.

EWALD, William B. Comparative Jurisprudence (II): the logic of legal transplants. In: **American Journal of Comparative Law**, v. 43, p. 489-510, 1995b.

FRIEDMANN, Wolfgang. **Law in changing society**. London: Stevens & Sons, 1959.

FRIEDMAN, Lawrence Meir. **A history of american law**. New York: Simon & Schuster, 1973.

GUTTERIDGE, Harold Cooke. **Comparative law: an introduction to the comparative method of legal study and research**. Cambridge: Cambridge University Press, 1946. Repr. 2015.

LANGROD, Georges. Quelques réflexions méthodologiques sur la comparaison en science juridique. In: **Revue Internationale de Droit Compare**, n. 9, n. 2, p. 353-369, 1957.

LAWSON, Frederick Henry. **The comparison: selected essays II**. Amsterdam and New York: Elsevier/North Holland, 1977.

LEGRAND, Pierre. The impossibility of 'legal transplants'. In: **Maastricht Journal of European and Comparative Law**, v. 4, p. 111-124, 1997.

LEGRAND, Pierre. What 'legal transplant'? In: NELKEN, David; FEEST, Johannes (Ed.). **Adapting legal cultures**. Oxford: Hart, 2001. p. 55-70.

LEVY, Ernst. The reception of highly developed legal systems by peoples of different cultures. In: **Washington Law Review**, v. 25, p. 233-245, 1950.

LUHMANN, Niklas. **Social systems**. Stanford Cal: Stanford University Press, 1995.

MAITLAND, Frederic William. **Collected papers**. Cambridge: Cambridge University Press, 1911.

MOUSOURAKIS, George. **Roman law and the origins of the civil law tradition**. Cham & New York: Springer, 2015a.

MOUSOURAKIS, George. Roman law, medieval jurisprudence and the rise of the European Ius Commune: perspectives on the origins of the civil law tradition. In: **Journal of Law and Politics**, v. 47, n. 2, p. 22-84, 2015b.

MURDOCK, George Peter. How culture changes. In: SHAPIRO, Harry L. (Ed.). **Man culture and society**. London: Oxford University Press, 1990. p. 247.

PATON, George Whitecross. **A textbook of jurisprudence**. Oxford: Clarendon, 1972.

PEARCE, David. **Roads to commensurability**. Dordrecht: Reidel, 1987.

PRIBAN, Jiri; NELKEN, David. (Ed.). **Law's new boundaries: the consequences of legal autopoiesis**. Aldershot: Ashgate, 2001.

ROTHACKER, Erich. Die vergleichende methode in den geisteswissenschaften. In: **Zeitschrift für Vergleichende Rechtswissenschaft**, v. 60, p. 13-33, 1957.

SACCO, Rodolfo. **La comparaison juridique au service de la connaissance du droit**. Paris: Économica, 1991a.

SACCO, Rodolfo. **Legal formants: a dynamic approach to comparative law**. In: **American Journal of Comparative Law**, Ed. American Society of Comparative Law, v. 39, Issue 1, p. 1-34, 1991b.

TEUBNER, Gunther. **Law as an autopoietic system**. Oxford: Blackwell, 1993.

TEUBNER, Gunther. Legal irritants: good faith in british law or how unifying law ends up in new divergences. In: **Modern Law Review**, Ed. Blackwell, v. 61, p. 11-32, 1998.

WATSON, Alan. Aspects of reception of law. In: **American Journal of Comparative Law**, v. 44, Issue 2, p. 335-352, spring 1996.

WATSON, Alan. Comparative Law and legal change. In: **Cambridge Law Journal**, Cambridge, v. 37, Issue 2, p. 313-336, November 1978.

- WATSON, Alan. Legal change: sources of law and legal culture. In: **University of Pennsylvania Law Review**, Philadelphia, v. 121, Issue 5, p. 1.121-1.158, 1983.
- WATSON, Alan. **Legal origins and legal change**. London: Hambledon, 1991.
- WATSON, Alan. **Legal transplants: an approach to comparative law**. Edinburgh: Scottish Academic Press, 1974.
- WATSON, Alan. Legal transplants and law reform. In: **Law Quarterly Review**, v. 92, issue 1, p. 79-96, January 1976.
- WATSON, Alan. **Society and legal change**. Edinburgh: Scottish Academic, 1977.
- WATSON, Alan. **Society and legal change**. 2nd edition. Philadelphia: Temple University Press, 2001a.
- WATSON, Alan. **Sources of law, legal change, and ambiguity**. Philadelphia: University of Pennsylvania Press, 1984.
- WATSON, Alan. **The evolution of law**. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 1985.
- WATSON, Alan. **The evolution of western private law**. Baltimore: Johns Hopkins University Press, 2001b.
- WINTERTON, George. Comparative law teaching. In: **American Journal of Comparative Law**, v. 23, Issue 1, p. 69-118, January, 1975.
- WISE, Edward M. The transplant of legal patterns. In: **American Journal of Comparative Law**, v. 38, Issue suppl. 1, p. 1-22, December, 1990.
- ZWEIGERT, Konrad; KÖTZ, Hein. **An introduction to comparative law**. 2nd edition. Oxford: Clarendon, 1987.

Submissão em: 13 de janeiro de 2019

Último Parecer favorável em: 17 de outubro de 2020

Como citar este artigo científico

MOUSOURAKIS, George. Explaining legal transitions: Alan Watson's comparative theory of legal change revisited. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, Montes Claros, v. 1, n. 2, p. 94-116, set.-dez. 2020.

**EJECUCIÓN DIRECTA DE OBRAS PÚBLICAS VERSUS CONTRATO
ADMINISTRATIVO EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO
ESPAÑOL DEL SIGLO XIX**

HUMBERTO GOSÁLBEZ PEQUEÑO¹

RESUMEN

En España el Estado liberal del siglo XIX impone el principio del contratista interpuesto en la construcción y la explotación de las obras públicas. La legislación administrativa prefiere la ejecución de obras mediante contrato y concesión administrativa, admitiendo excepcionalmente la ejecución directa de las obras por la Administración pública.

Palabras Clave: Contratista interpuesto, obras públicas, ejecución directa

ABSTRACT

In Spain, the liberal State of the nineteenth century commands the principle of the interposed contractor for the construction and operation of public works. Administrative legislation prefers the construction of public works for contract and administrative concession, accepting exceptionally the direct construction of public works by the State.

Keywords: interposed contractor, public works, direct construction

¹ Doctor en Derecho. Profesor Titular de Derecho Administrativo de la Universidad de Córdoba (España). Director de la Revista Internacional de Derecho del Turismo (RIDETUR) (<https://www.uco.es/ucopress/ojs/index.php/ridetur/index>). Autor de 3 monografías de Derecho Administrativo, 2 obras de práctica jurídica y más 30 estudios publicados en revistas jurídicas y en obras colectivas. Correo electrónico: ad1gopeh@uco.es.

1 LOS SISTEMAS DE EJECUCIÓN DE LAS OBRAS PÚBLICAS DECIMONÓNICAS

1.1 Los Distintos Métodos de Ejecución de las Obras Públicas en la Legislación del Siglo XIX

La realización de las obras consideradas “públicas” no constituyó siempre una función asumida por el Estado ni por los gobernantes en cada fase histórica. Por ello, al no considerar necesaria los sucesivos monarcas españoles una política de centralización, dirección y desarrollo sobre la construcción y mejora de las obras indispensables para el progreso de un país, existió, como ya mencionamos arriba, una discontinuidad en su ejecución a lo largo de los siglos.

Esa constante histórica de no incluir a las obras públicas entre los fines del Estado hasta prácticamente el siglo XVIII,² a partir del cual comenzará un proceso lento y progresivo de asunción por los poderes públicos (especialmente por el Estado central) de esta “nueva” función, impidió el nacimiento de criterios y sistemas claros en la ejecución de dichas obras. Realmente, tendremos que esperar, como en tantas otras instituciones jurídicas, a la llegada del siglo XIX para comprobar, no sólo la aparición de una política decisiva y estable en el fomento de las obras estatales, como hemos manifestado anteriormente, sino también el inicio de un reconocimiento legal, expreso y clarificador, de las distintas formas posibles de llevar a cabo la ejecución de una obra pública.

1.1.1 Los antecedentes predecimonónicos

Como un prestigioso jurista español resaltó, “muchos auténticos servicios o funciones de la Administración, como son, por ejemplo, las obras públicas, estuvieron gestionadas por el Estado a través de subvenciones directas o indirectas, delegándose la función estricta” (VILLAS PALASÍ, 1954, p. 16). Por tanto, podemos afirmar que, como regla general, hasta que el Estado no asumió como fin propio la realización de las obras públicas, éstas fueron ejecutadas por la respectiva Administración provincial o municipal interesada en ellas, aunque, en algunos casos, existiera colaboración con el Monarca o con otra Administración, al objeto de conseguir, sobre todo, una mayor

² Villar Palasi (1954, p. 22 y ss.) afirmó que será el Despotismo Ilustrado la época donde surgió “la idea de atribuir también como fin del Estado la función del fomento en la industria y a las obras de interés general [...] Es a consecuencia de los escritos de los escritores políticos de los siglos XVI y XVII, y concretamente de los escritos del Padre Mercado, de Sánchez de Moncada, de Ceballos, de Martínez de la Mata, Damián Olivares y, más tarde, del grupo de escritores constituido por Fernández Navarrete, Zabala, Ustariz, Ward, Capmany, Sempere y Guariños, etc., cuando se crea el ambiente favorable para concebir que, aparte de la función de seguridad, había también otros fines exclusivos, reservados al Estado”.

financiación para construir, reparar o mejorar las obras respectivas, o bien, se ejecutaban por determinados particulares, auxiliados, en ciertos casos, mediante la concesión de ciertas exenciones, franquicias y subvenciones.

Durante la dominación romana la técnica más importante empleada por el Imperio en nuestro país fue la ejecución de las obras por las mismas legiones romanas. El Emperador Augusto, a imitación de otros capitanes en la época del gobierno del Consulado, ordenó el empleo de las tropas de ocupación para construir calzadas, puentes, etc., con la finalidad de que no quedasen ociosos tras la pacificación de la península (ALZOLA Y MINONDO, 1979, p. 58)³. Asimismo, en palabras de este autor, Augusto “dio trabajo a la plebe granjeándose sus simpatías, medio que aplicado profusamente y con su propio peculio por Julio César, le abrió el camino de la dictadura”⁴.

En el periodo medieval el sistema normal de ejecutar las obras públicas era el de la gestión directa por cada Concejo municipal (subvencionado el Rey, en ciertos supuestos, puentes, caminos o murallas de esas poblaciones), o bien las realizaban los propios súbditos, especialmente los cabildos, órdenes religiosas y algunos magnates y nobles (auxiliados, en ocasiones, por las rentas de la Corona). Por tanto, la Monarquía sólo ejecutó y financió la construcción de castillos y fortalezas, acorde con las prioridades políticas y militares de los países en aquella época⁵.

La posterior dinastía de los Austrias y sus inmediatos predecesores, los Reyes Católicos, continuaron manteniendo, con ligeras variantes, esos sistemas de realización de las obras de interés general. No obstante, se produjo durante su reinado una novedad que es preciso destacar. Aunque al igual que en el periodo medieval, los principales –cuando no únicos ejecutores de las obras– fueron las Corporaciones Locales (ayudados, a veces, por aportaciones o exenciones reales), la preocupación del nuevo Estado moderno por esta actividad se intensificó, pues, a pesar de que aún las obras públicas no se consideraban uno de los fines del Estado (atribuyéndose de este modo su administración a los Concejos y Ayuntamientos), la Corona inspeccionará, supervisará y vigilará la ejecución de dichas obras⁶.

³ Esta motivación personal del Emperador fue una de las causas (junto a las ya explicadas: garantizar el orden público, intensificar las relaciones comerciales y lograr una más rápida movilización del Ejército ante las frecuentes sublevaciones hispanas), que contribuyó, en cierta medida, a la realización de los numerosos caminos y puentes por los romanos.

⁴ A pesar de esta finalidad político-militar, Alzola Y Minondo reconoció un balance muy positivo de la actividad del Imperio en este ámbito por la amplia red de calzadas que dejaron en España, “porque vinieron después otros pueblos conquistadores igualmente interesados en subyugar al país, que sin embargo, no supieron crear tales medios de prosperidad, ni dieron provechoso empleo, en tiempo de paz a la fuerza armada.” (ALZOLA Y MINONDO, 1979, p. 58 y 59).

⁵ Esta conclusión se puede deducir del estudio de Villar Palasi (1954, p. 16-18).

⁶ Así lo subraya Villar Palasi, (1954, p. 20 y 21). Alzola y Minondo también resalta este fenómeno, sobre todo, en el reinado de los Reyes Católicos, debido, fundamentalmente, al impulso e importancia que estos monarcas dieron a las obras públicas: “[...] mientras los Reyes Católicos ordenaron a los alcaldes y ayuntamientos tanto la construcción como la conservación de los caminos en sus respectivos términos jurisdiccionales bajo la vigilancia de los corregidores, [...]. El Estado no las construye, pero a fin de aunar voluntades, a falta de Juntas, Hermandades o Diputaciones –con excepción de las regiones aforadas– y aún de funcionarios técnicos encargados de proyectarlas y dirigir las, ejerce el Gobierno la inspección, aunque limita los desembolsos del Tesoro Real al auxilio de los gastos de fortalezas, murallas y ciertos edificios de carácter religioso.” (ALZOLA Y MINONDO, 1979, p. 105 y 106).

Tras la llegada de los Borbones, el Estado asumirá como función específica y propia del mismo el fomento de las obras de interés general, como ya comentamos anteriormente. “Los pantanos, las obras de riego, los canales, son construidos ya con cargo a las rentas del Tesoro, bien por el sistema de concesiones o privilegios, con un control directo de la Administración sobre la ejecución de las obras, ya con sistema de subvención administrativa” (VILLAR PALASI, 1954, p. 22).

Sin embargo, con Carlos II, y por influencia del Despotismo Ilustrado francés (que se impondrá plenamente en España con la nueva dinastía), y de varios intelectuales y escritores políticos de los siglos XVI y XVII, la Monarquía se iniciaba en el proceso de asumir dichas tareas. Por ello, y aparte de las “concesiones” a determinados particulares por las que construían caminos y cobraban luego derechos de peaje o portazgos,⁷ según este autor, aparecen en los tiempos de este monarca las primeras concesiones con subvención administrativa a cargo del Tesoro Público (VILLAR PALASI, 1954, p. 22). Mas hasta el siglo XVIII no nace la concesión administrativa propiamente dicha;

la idea de concesión administrativa, al modo como se entiende en la actualidad, comienza también plenamente en este periodo, otorgándose reales permisos para construir los particulares a sus expensas –a su riesgo y fortuna– las obras públicas. Caso de que el particular no pudiese cumplir sus compromisos, se incautaba el Estado de las obras (VILLAR PALASI, 1954, p. 26).

En suma, como concluye este autor, hasta los inicios del siglo XIX, la Administración central “carece de iniciativa para promover la construcción de obras que no sean de interés militar, limitando su actividad a la fiscalización de las obras ejecutadas por los Ayuntamientos o por las Corporaciones.” (VILLAR PALASI, 1954, p. 22).

1.2.2 Los sistemas de ejecución decimonónicos

A partir de 1833 “se inicia tímidamente una seria toma de conciencia sobre la necesidad de construir y conservar buenas carreteras y caminos” (GARCÍA ORTEGA, 1982, p. 60)⁸, dictándose por esta razón dos disposiciones

⁷ Cabría preguntarse si los numerosísimos portazgos, peajes, etc., existentes desde la Edad Media para construir caminos, sobre todo, se podrían considerar como antecedentes (peculiares, tal vez) de las concesiones administrativas de obras públicas de los siglos XVIII y XIX, al construir el súbdito medieval el puente o camino con sus medios, otorgándole el Rey su posterior “explotación” a través del cobro de ese “tributo”.

⁸ En aquel año se produjeron determinados sucesos que repercutieron notablemente en las políticas gubernamentales de todos los gabinetes decimonónicos de nuestro país. En septiembre de 1833 falleció Fernando VII, iniciándose así la primera guerra entre carlistas e isabelinos y la Regencia de María Cristina, madre de la futura Reina de España Isabel II. A partir de ese momento, los diversos movimientos liberales-progresistas y los grupos más conservadores o moderados se enfrentaron o “convivieron” a lo largo de todo el siglo, logrando imponer sus ideas en importantes sectores del ordenamiento jurídico español, incluido el de obras públicas, creando de tal manera una cierta inestabilidad o confusión en dichos ámbitos jurídicos.

importantes: el Real Decreto de 23 de octubre de 1833, sobre materia organizativa, y la Instrucción de 30 de noviembre del mismo año, comunicada por el Gobierno a los Subdelegados de Fomento. Esta Instrucción, en su artículo 51 del Capítulo 12, recogía ese propósito y preocupación gubernamental: “[...] los caminos y canales son los grandes, los importantes medios de fomento de la producción en todos los ramos.” (GARCÍA ORTEGA, 1982, p. 60). Será esta Instrucción la primera norma del siglo XIX que mencione y distinga, con cierta claridad, los diversos métodos de ejecución de las obras públicas.

En opinión de esta disposición estableció que estas obras podían realizarse “por contrato de empresa” o “por ejecución directa” por la Administración (“a través de su propio personal y las prestaciones obligatorias de los ciudadanos” según MONEDERO GIL, 1977, p. 205), apareciendo así, por primera vez, la clásica diferenciación entre la ejecución directa y la indirecta en materia de obras de interés general.

No obstante, un autor contemporáneo de esa norma consideró, a tenor de la misma, que “la construcción, conservación y reparación de todas las obras de esta clase (se refería a las que tenían por objeto caminos y canales) corresponden exclusivamente a la Administración, [...]”, añadiendo en relación con las obras nacionales de caminos, canales y puertos (“que dan comunicación a las capitales de provincia y principales ciudades con la corte”) que “la propiedad de todas esas obras es del estado y su construcción, conservación y reparación corresponden al mismo” (ORTIZ DE ZÚÑIGA, 1843, p. 148 y 149). Surge así la duda ante esta presunta discordancia entre ambos juristas, pues, parece deducirse de las afirmaciones de Ortiz de Zúñiga que en 1833 no existía la posibilidad de que el Estado encargase la realización de una obra pública a un particular, debido, sobre todo, al tajante sentido del término utilizado (“exclusivamente”).

Sin embargo, debemos mantener que acorde a la mencionada Instrucción las obras públicas también podían realizarse por empresarios privados. En el fondo, es sólo una contradicción aparente, porque de las anteriores palabras no deriva necesariamente la interpretación arriba señalada. Y ello por diversas razones. En primer lugar, el propio Ortiz de Zúñiga menciona la opción de la “contrata” para construir una obra pública provincial o local, y no existió en aquella época ninguna norma de la cual se pudiese deducir la imposibilidad de que un particular ejecutase una obra pública estatal, sino más bien la contraria⁹.

⁹ Ortiz De Zúñiga citaba entre las reglas vigentes en aquél tiempo en esta materia las siguientes: “2.º Si la obra ha de ejecutarse por contrata, debe añadirse [...] el pliego o pliego de condiciones facultativas, que además del de condiciones generales hayan de observarse en las subasta [...] 6.º El presupuesto de gastos se forma por la diputación provincial y se remite á la dirección. Si se hacen por contrata, se ha de dar relación á esa autoridad superior del estado de las obras; y si se ejecutan por administración, se ha de acompañar además un estado de gastos.” (ORTIZ DE ZÚÑIGA, 1843, p. 159 y 160). Además, toda la normativa inmediatamente posterior a dicha Instrucción consagró, como explicaremos más detenidamente en su momento, la diversidad de los métodos de realizar las obras públicas. Por otra parte, sería absurdo, en cierta medida, que se permitiese a las Administraciones más cercanas al ciudadano (Ayuntamiento y Diputaciones Provinciales) ejecutar obras públicas a través de empresas interpuestas, y, en cambio, a una Administración más centralizada, más burocratizada, con infinidad de órganos y

El segundo motivo es que, incluso en la construcción o reparación de las obras nacionales, este autor decimonónico subrayó que “el suministro de materiales ha de contratarse precisamente en pública subasta, a menos que este método ofrezca graves inconvenientes, en cuyo caso puede hacerse por administración.” (ORTIZ DE ZÚÑIGA, 1843, p. 150); es decir, si el suministro de los medios necesarios para ejecutar una obra debía hacerse precisamente mediante una empresa proveedora que se los proporcionase a la Administración central (salvo que dicho sistema implicase “graves inconvenientes”), ¿por qué no se podía adoptar el mismo sistema para la realización propiamente dicha de la misma obra? En tercer lugar, la afirmación de que es al Estado a quién corresponde la construcción, conservación y reparación de las obras nacionales, no significa, a nuestro juicio, la exclusión de toda intervención particular en la realización de una obra pública estatal, sino, más bien, quiere resaltar el órgano administrativo competente para ejecutar esas obras; en efecto, si la Administración competente para llevar a cabo las obras provinciales y locales es la formada por cada Ayuntamiento o Diputación Provincial, la Administración competente para ejecutar las llamadas “obras nacionales” es, en todo caso, la Administración del Estado.

Finalmente, es preciso revisar la aparente claridad y contundencia de la expresión “exclusivamente”, porque este calificativo se refiere solamente a las obras públicas de caminos y canales, por lo que, al menos, aquellas obras de interés general cuyo objeto no eran los caminos o canales no se encontraban afectadas por este mandato, pudiendo, por tanto, ser ejecutadas por los ciudadanos; ahora bien, hay que admitir que la inmensa mayoría de las obras públicas tenían por objetivo la construcción, reparación o mejora de caminos, puertos y canales, y, en consecuencia, la actuación privada en este ámbito fue todavía minoritaria¹⁰.

Sin embargo, a pesar de ese reconocimiento legal de la diversidad de los métodos de ejecución, habremos de esperar hasta el Real Decreto de 10 de octubre de 1845 para observar tanto una mejor clasificación y regulación de dichos métodos como unos criterios de preferencia de un sistema sobre otro.

servicios administrativos, se le exigiese, en todo caso, la ejecución directa por sus propios medios materiales y personales. Y ello a pesar de que la Administración central, en principio, tiene más y mejores medios para ejecutar las obras, pero a cambio de esta ventaja posee (y más aún la Administración central decimonónica) el posible inconveniente de que se produzca un retraso, y por tanto una menor eficacia, en la ejecución de las obras, perjudicando así, no sólo el interés general que motivó la decisión nacional de realizar esa obra, sino también el interés público de los ciudadanos de ese Municipio, al verse indudablemente afectado por una demora o una incorrecta ejecución de las obras en su territorio.

¹⁰ La Real Orden de 14 de abril de 1836 aprobó el pliego de condiciones generales para las contrataciones de las obras públicas de Caminos, Canales y Puertos, confirmando así la existencia de empresas privadas que contrataban con la Administración de aquel tiempo la ejecución de obras de interés general. Fernández de Velasco afirmó que según lo establecido en la normativa aplicable en 1843 (diez años después de la promulgación de la mencionada e importante Instrucción de 30 de noviembre de 1833), “las obras podían realizarse por empresa, previo permiso del Gobierno y presentación de proyectos, en los cuales la Administración podía introducir las modificaciones que estimara pertinentes.” (FERNÁNDEZ DE VELASCO, 1927, p. 55).

Esta Instrucción de 1845, dictada para promover y ejecutar las obras públicas durante el reinado de Isabel II, respondió a una situación histórica dominada por una insuficiente actividad privada y pública en la construcción de las obras imprescindibles para iniciar el desarrollo económico del país¹¹. En efecto, el artículo 5 de esta norma consagra y esclarece definitivamente los distintos sistemas posibles de ejecutar cualquier obra pública: “Así las obras nacionales, como las provinciales y municipales pueden realizarse por empresa, por contrata o por administración”; y continúa dicho precepto definiendo cada uno de los tres sistemas antes mencionados:

En las obras por empresa, la administración contrata con particulares la ejecución de las obras, cediéndoles en pago los productos y rendimientos de las mismas; y cuando estos no sean suficientes, estipulando concesiones en compensación de la industria de los empresarios o del capital que adelanten, de lo cual resultará a su favor en los mas de los casos un privilegio por tiempo determinado. En las obras por contrata, la administración satisface en plazos fijos las cantidades estipuladas por las obras que los contratistas se obligan a ejecutar en un tiempo dado y bajo condiciones determinadas. En las obras por administración, el Gobierno, las provincias o los pueblos son los ejecutores encargados directamente de todas las operaciones, así facultativas como económicas, en las formas que determinen las leyes y los reglamentos e instrucciones del ramo.

Por consiguiente, toda obra pública se podía ejecutar bien directamente por la Administración competente en cada supuesto, o bien, indirectamente a través de empresas privadas. A su vez admitía el citado Real Decreto dos técnicas diferentes dentro de la ejecución indirecta: “por empresa” y “por

¹¹ También la deficiente y dispersa normativa existente en aquellos años motivó, entre otras causas, un incumplimiento de la misma tanto por parte de un buen número de empresarios contratistas como por parte de algunos funcionarios de la Administración, como señala su propia Exposición de motivos, que es enormemente ilustrativa del estado de “ánimo” y de los fines del gobierno isabelino respecto la realización de las obras públicas: “Por desgracia algunos de sus promovedores, faltos de la necesaria experiencia, ó han desconocido las resoluciones á que debieran atenerse, ó suponiéndolas de poca importancia en su aplicación, sin duda llegaron á persuadirse de que podrían suplirlas con sus propias inspiraciones, con la rutina autorizada por la costumbre, con la aquiescencia y buena voluntad de los diversos agentes de la administración. Quizá la misma dificultad de consultar la parte dispositiva de un ramo tan importante, y los vacíos que en ella se encuentran, pudieron alimentar este error, ó hacerle parecer de menos trascendencia, á los que dirigidos por un celo más ardiente que ilustrado, consideran las reglas como una traba, para dejarse conducir únicamente por el sentimiento del bien que los anima en sus empresas. De aquí la facilidad con que se someten al examen y aprobación del Gobierno los proyectos menos conformes á los medios de ejecutarlos; la informalidad y escasa instrucción de los expedientes que han de preceder á su realización; las contestaciones que más de una vez turbaron la buena armonía de las autoridades administrativas y los ingenieros de provincia; las repetidas desavenencias entre los empresarios y los pueblos; la frecuencia con que por unos y otros se eluden ó se alteran las condiciones establecidas en sus contratas; y finalmente, los embarazos con que se tropieza para ajustar á las disposiciones vigentes del ramo de caminos, aquellas empresas cuya importancia empieza por alagar las esperanzas de los pueblos para ser en seguida destruidas con un amargo desengaño.”.

contrata”. Ambas tenían en común la construcción o realización de la obra por un particular, mas difieren, principalmente, en que, una vez realizada la obra, en la ejecución “por contrata” finaliza la prestación del empresario contratista, mientras que en la ejecución “por empresa”, el empresario, tras construir la obra, normalmente, se encargaba de explotarla o gestionarla durante un tiempo determinado y bajo unas condiciones previamente acordadas con la Administración. Surge así la distinción en la legislación española entre los antiguos contratos de obras públicas y las primeras concesiones de obras, respectivamente¹².

Veinte años después, en 1868 tiene lugar la Revolución liberal que acabó con la Monarquía isabelina y que supuso un importante cambio en toda la legislación administrativa española en general, y en la normativa sobre obras públicas, en particular. El Gobierno Provisional promulgó el 14 de noviembre de ese año el Decreto-ley que contemplaba las Bases para dictar una nueva legislación en obras públicas acorde a los principios ideológicos dominantes en aquel momento, como veremos más adelante. En esta norma no existía ningún precepto que, a semejanza del artículo 5 de la Instrucción de 1845, reconociese claramente los posibles sistemas de realización de las obras de interés general. No obstante, de su exposición de motivos y de su breve articulado se deduce la coexistencia de la técnica directa e indirecta en la ejecución de dichas obras, aunque, el protagonismo del Estado en la construcción de obras públicas se limitó enormemente.

La siguiente disposición es la Ley de 29 de diciembre de 1876, que estableció las Bases que debían seguirse en la posterior legislación sobre obras públicas que debía promulgarse tras la Restauración de la Monarquía borbónica con Alfonso XII en diciembre de 1874. La Base tercera consagraba la diversidad de métodos tanto en la construcción como en la subsiguiente explotación de estas obras: “Podrán construir y explotar obras públicas el Estado, las provincias y los Municipios, bien por Administración ó por contrata. También podrán hacerlo los particulares o compañías mediante concesión con arreglo á lo que prevengan las leyes”. Es decir, se reconocía explícitamente, a diferencia del Decreto-ley de 1868, las múltiples opciones existentes para ejecutar la obra: directamente por la propia Administración o mediante empresarios interpuestos. En tal sentido sigue la línea emprendida por el Real Decreto de 1845.

Pero será la Ley General de Obras Públicas de 13 de abril de 1877, dictada con arreglo a las Bases de 1876, la norma que ampliamente regule esta materia, desarrollando las Bases de 1876. Así, su artículo 3 consagra

¹² Realmente, si bien es cierto que antes de 1845 existieron tanto contratas como concesiones en esta materia, esta Instrucción es la primera norma que distingue y desarrolla ambas instituciones, ya que, anteriormente, incluso sus límites y características conceptuales no estaban suficientemente delimitados, cabiendo la posibilidad de producirse cierta confusión en determinadas ejecuciones privadas de obras públicas. Esta diferenciación permanecerá, en sus líneas fundamentales, hasta nuestros días, pues, a pesar de que la Ley de Contratos del Estado de 1965 sólo reguló el contrato administrativo de obra pública, el también entonces vigente Reglamento de Servicios de la Corporaciones Locales de 1955, en su artículo 114.2, sí contempla la clásica concesión de obras, al distinguirla del contrato de concesión de servicios públicos.

la diversidad de formas en la realización y gestión de las obras públicas: “Las obras públicas, así en lo relativo a sus proyectos como a su construcción, explotación y conservación, pueden correr a cargo del Estado, de las provincias, de los Municipios y de los particulares o compañías.”

Una vez expuestas las distintas disposiciones decimonónicas sobre los métodos de realización de las obras de interés público, analizaremos cuál de dichos métodos prevaleció en esa época, es decir, en qué medida el ciudadano podía construir y explotar dichas obras, porque ello determinará la posterior regulación del status jurídico del particular que contrataba con la Administración española del siglo XIX, no sólo la ejecución de una obra pública, sino también cualquier prestación o servicio que se comprometiese a realizar para un ente público.

2 EL PRINCIPIO DEL CONTRATISTA INTERPUESTO

Asumido por el Estado la realización de las obras públicas como una función más del mismo en el siglo XVIII, como ya expusimos anteriormente, debemos analizar si existió a partir de aquel momento alguna participación del súbdito o ciudadano en la ejecución de las mismas, y si la respuesta es afirmativa, cómo se dio esa colaboración entre el particular y la Administración. Realmente, se trata de observar la evolución de esa participación ciudadana en una tarea pública.

Con carácter previo a ese análisis histórico jurídico, hemos de subrayar uno de los motivos fundamentales, cuando no el principal, que determinaba la decisión del Estado decimonónico a la hora de elegir un sistema de ejecución de obras públicas en el que interviniese la iniciativa privada o, por el contrario, un sistema en el que se omitía esta participación. Nos estamos refiriendo a la ideología política, social y económica dominante en cada etapa histórica, ya que influirá decisivamente en toda norma jurídica y en toda acción de gobierno en relación con cualquier ámbito de la “res pública”, inclusive las obras públicas¹³.

¹³ En el mismo sentido se pronuncia Martín-Retortillo (1966) al afirmar, respecto las obras hidráulicas, que “no parece haya inconveniente alguno en admitir que es la coyuntura política de cada momento la que determina el sentido que debe ofrecer la intervención del Estado en la ejecución de las obras de riego”. Asimismo, refiriéndose a esta clase de obras destaca que “pocos puntos como éste encontramos en los que, de modo tan visible, se den cita los distintos sistemas sostenidos acerca de la extensión que debe recibir la acción del Estado, ya que, como es sabido, en unas ocasiones se hace recaer el acento, precisamente, en la actuación del Poder público; en otras, en la de la iniciativa privada, no faltando supuestos en los que se extremen los postulados anteriores llegándose a prohibir que el Estado lleve a cabo realización de obra alguna, o incluso, se armonizan ambas, de modo más o menos intenso, haciendo entrar entonces en juego las distintas técnicas de fomento”. Y concluye: “Pues bien, en este sentido puede afirmarse que a lo largo todo el siglo XIX, en el fondo de todas las regulaciones que se establecen sobre el tema de la construcción de las obras hidráulicas, late con un vigor insospechado y con radicalidad extrema la tensión dialéctica que se deriva de los distintos enunciados políticos: consecuentemente, y según los casos, se adoptará una u otra de las soluciones expuestas, y ello con unos tonos realmente extremos, hasta el punto que determinar, en muchas ocasiones, el sentido que debe recibir la acción del Estado en materia de riegos, no es sino consecuencia directa e inmediata de las ideologías y postulados políticos que en cada momento se reconocen y afirman” (MARTÍN-RETORTILLO, 1966, p. 21 y 22).

Por ello, a pesar de que la técnica de la concesión administrativa otorgada por el Rey para construir obras de interés general surgió durante la Monarquía borbónica (VILLAR PALASI, 1954, p. 26), como ha señalado cierto autor contemporáneo, a lo largo del Antiguo Régimen y primera mitad del siglo XIX la realización de obras públicas por empresarios privados fue un método excepcional en toda Europa, ejecutándose dichas obras directamente por la propia Administración normalmente, salvo algunas concesiones y destajos parciales¹⁴.

Así pues, debemos diferenciar a efectos de valorar la actuación de los particulares en este fin público dos épocas: la primera estaría constituida por el siglo XVIII y la primera mitad del XIX, mientras que la segunda sería el resto de este último siglo. En la primera la ejecución de las obras públicas se efectuaba, como regla general, por la propia Administración, a través de sus agentes o de otros medios (por ejemplo, la prestación personal). En la segunda se invierte la tendencia, predominando la ejecución indirecta, a través de la técnica de la concesión y de las contratas.

En efecto, en 1833 se promulga la Instrucción del Ministro de Fomento Javier de Burgos donde se aprecia un notable impulso del Estado en la construcción o promoción de las obras públicas, entre otras labores de la acción administrativa. Pero esta nueva y decidida política para realizar y mejorar obras no se tradujo en medidas de apoyo a la iniciativa privada, como pudiera pensarse en principio al ser los liberales los inspiradores y ejecutores de la política gubernamental en aquel momento, sino todo lo contrario, porque el liberalismo de primeros de siglo fue un liberalismo moderado¹⁵, ajeno a las tesis radicales defensoras de reducir el papel del

¹⁴ Este autor añade: “No quiero decir con ello que anteriormente no se empleara el sistema de contratas para la ejecución de obras públicas del Estado o de los municipios, pero sí que no era ni mucho menos la regla general. Durante todo el siglo XVIII y primera mitad del XIX, las obras se ejecutan de ordinario directamente por el Estado, mediante el sistema de prestación obligatoria de los pueblos, de los vecinos colindantes a los caminos, a los cuales se les impone la obligación de ejecutar, siempre bajo la cooperación y dirección real, determinadas partes de obra. Son obras ejecutadas por Administración y, en todo caso, con contratos de servicios de algunos oficios.” (ARIÑO ORTIZ, 1968, p. 66 y 67).

¹⁵ No hemos de olvidar la grave situación histórica acaecida en España en ese año: muere el monarca absolutista Fernando VII, comienza la primera guerra carlista, y el movimiento liberal burgués, en un principio, ni apoya al pretendiente don Carlos ni a la reina María Cristina. Más tarde, ante el temor de un posible triunfo del carlismo y del conservadurismo más reaccionario que impidiese definitivamente el resurgimiento del liberalismo, se produce un pacto entre los monárquicos partidarios de Isabel II y los liberales más moderados. En palabras de Miguel Artola “en 1833 el conflicto armado entre isabelinos y carlistas determina a la reina María Cristina a realizar un rápida transformación del régimen para dar satisfacción a las aspiraciones de los liberales, única fuerza capaz de mantener a su hija Isabel en el trono.” (ARTOLA, 1981, p. 183 y ss.). No obstante, amplios sectores liberales, descontentos con ese compromiso que se consagró en el Estatuto Real de 1834, continuaron luchando por sus ideales. Fruto de esas disputas fueron las políticas gubernamentales progresistas o moderadas que se sucedieron entre sí (la Constitución progresista de 1837 y la moderada de 1845 son un ejemplo de ello) hasta el triunfo final del radicalismo liberal en la Revolución de 1868 que acabó con el régimen monárquico isabelino. A esa corriente liberal moderada pertenecieron gobernantes de la talla de Javier de Burgos, Alejandro Olivan o Bravo Murillo, que iniciaron una verdadera política de fomento de los diversos sectores económicos y sociales del país en que el Estado podía actuar, entre los que se encontraba la realización de obras públicas.

Estado a lo mínimo posible¹⁶.

Esa filosofía liberal de principios del XIX fue calificada posteriormente de paternalista, “al estimar, contrariamente, que todo esfuerzo realizado por la Comunidad o por el Estado, al poner sus manos sobre el desarrollo económico y social, constituía una auténtica y reprobable interferencia en las leyes de la naturaleza” (MARTIN-RETORTILLO, 1966, p. 23).

2.1 Origen y Consolidación del Principio (1845-1865)

Doce años más tarde se dicta la citada Instrucción de 10 de octubre de 1845, que, si bien admitía diversos sistemas a la hora de ejecutar una obra de interés público, estableció expresamente que el sistema prioritario, con carácter general, era la contrata, postergando la realización directa de las obras por la Administración¹⁷. Su artículo 6 dispone: “Deberán preferirse las contratas siempre que hayan fondos suficientes para satisfacer á los contratistas el importe de las obras que vayan ejecutando á plazos fijos y de un modo positivo, bien que procedan los recursos de arbitrios impuestos al intento, o de cualesquiera otros medios conocidos”.

Así mismo, el carácter excepcional del método de ejecución directa se deduce también del artículo 17 de la Instrucción

Las obras por administración se ejecutarán en virtud de autorización concedida al efecto, bien al aprobar los respectivos proyectos y presupuestos, ó bien con algún motivo especial como el de una necesidad urgente. En algunos casos, y especialmente cuando se trate de ejecutar obras hidráulicas, que por su naturaleza exigen mayor esmero, exactitud y vigilancia, podrá preferirse este método a los anteriormente expresados.

Este precepto contemplaba dos supuestos en los que se dispensaba a la Administración correspondiente de la obligatoriedad de optar por la contrata

¹⁶ Como resalta Fernández Rodríguez (1983, p. 2.438 y ss.), “en los inicios de la España contemporánea la idea de fomento, con su trasfondo intervencionista, abre una primera brecha en el muro que ante ella levanta el tópico inhibicionista del liberalismo más radical [...]. Late en todo ello una interpretación peculiar del ideario liberal –al que en absoluto se renuncia, aunque se contemple bajo el prisma de la tradición ilustrada– [...]”. En idéntico sentido, Martín-Retortillo (1966, p. 22 y 23), que, tras destacar la imposibilidad de formular una valoración uniforme de toda la normativa de la época decimonónica en materia de obras de riego, subraya: “En toda su primera mitad, y al margen de esa caracterización que pasa por real, está visto, por el contrario, el sentido y la creencia de que debe ser el Estado, en ejercicio de una tarea de auténtica promoción social y económica, el que de modo directo lleve a cabo la realización principal de las obras de riego.”

¹⁷ Además, el artículo 7 de este Real Decreto también posibilitaba la ejecución indirecta por los particulares mediante la institución concesional: “Las empresas promovidas por particulares, en tanto serán aceptables en cuanto la importancia y vasta extensión de las obras proyectadas exijan considerables sumas que la administración no se halle en estado de afrontar, pero que puede suplir ventajosamente por medio de concesiones.”

exigida por el artículo 6. El primero tenía lugar cuando existía una necesidad urgente, una situación de emergencia o casos similares, que demandasen la ejecución rápida e inmediata de la obra. Y el segundo se refería a las obras que requerían un cuidado y atención especial en su realización.¹⁸ Pero, es importante observar que dicho artículo no impuso a la Administración la ejecución directa ni siquiera en esos supuestos tasados, sino que solamente le permitió en estos casos, si así lo estimase conveniente para el interés público, elegir el sistema de “administración”.

Por consiguiente, a partir de 1845 se inicia la ejecución generalizada de las obras públicas a través de la figura de la contrata, esto es, del contrato administrativo de obra pública. Y sólo cuando no “haya fondos suficientes para satisfacer a los contratistas el importe de las obras” se podrá adoptar otro sistema de ejecución, bien el de “empresa” o el de “administración”. En estos últimos supuestos la Administración Pública, normalmente, optaba por la figura de la concesión, consintiendo, por tanto, no solo que los ciudadanos construyesen las obras, sino también que las gestionasen o se atribuyesen los rendimientos y beneficios que dichas obras podían generar¹⁹.

Aparece de esta manera un principio nuevo, de origen liberal, que regirá, aunque con matizaciones, hasta la actualidad. Es la Instrucción de 1845 la primera norma española que recoge explícitamente el principio del contratista interpuesto en materia de obras públicas, ya que, por un lado, el mandato del artículo 6 se decanta claramente por la ejecución de las obras por medio de un contratista. Y por otro, en los casos en que no fuese posible la contrata, se prefería en la práctica la técnica concesional, pues si el único caso en que se dispensaba de la opción contractual era cuando la Hacienda Pública careciese de recursos financieros o económicos adecuados para abonar al contratista su labor, precisamente este supuesto fue el que legitimaba a los poderes públicos para otorgar concesiones a particulares que las solicitasen y tuviesen medios técnicos y económicos para sufragar esas obras que la Administración no podía costear²⁰.

Pero ¿cuáles fueron las causas históricas del reconocimiento legal –claro y contundente– de este principio previsto en la Instrucción de 1845?

Durante la segunda mitad del siglo XIX conviven (exceptuando el paréntesis revolucionario) el liberalismo moderado y el radical, por lo que fue necesario encontrar una solución de compromiso que, en alguna medida, satisficiera a ambos. En la materia que nos ocupa, este pacto dio lugar al llamado principio del contratista o concesionario interpuesto, que fue una

¹⁸ Esta última afirmación (“[...] exigen mayor esmero, exactitud y vigilancia [...]”) parece esconder una desconfianza de la Administración decimonónica hacia el contratista o concesionario privado, en cuanto, al menos, duda de la correcta ejecución de ese tipo de obras por parte de un particular.

¹⁹ Así se deduce del artículo 7 de la Instrucción antes reseñado.

²⁰ Como ha destacado Ariño Ortiz (1968, p. 67 y 68) “el sistema de concesión se venía empleando para la construcción de las grandes obras, como consecuencia obligada de la falta de medios financieros de la corona [...]. El sistema es antiguo en nuestra patria. Varias cédulas de Carlos III y Fernando VI recogen pliegos concesionales mediante los que se concedieron nuestras primeras obras de canalización y regadíos. Posteriormente, el sistema se empleó en la construcción de ferrocarriles y en otras obras de envergadura”.

fórmula intermedia que satisfaría los deseos intervencionistas de unos, al reservar al Estado la titularidad de la obra y con ella ciertos poderes últimos de orientación, dirección y control de la misma, y los afanes de libertad de otros, en la medida en que se reconocía a los particulares el protagonismo inherente a la gestión y, por tanto, la explotación de la obra en cuanto negocio (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 1983, p. 2.449)²¹.

Por ello, a pesar de que el Real Decreto de 1845 relegó a un segundo plano la ejecución directa de obras por la Administración, realizándose éstas mayoritariamente por el método de contrata o concesión, la Administración Pública conservaba no sólo la titularidad de aquellas obras ejecutadas indirectamente por los particulares, sino también importantes poderes o prerrogativas de control, intervención e inspección que eran difícilmente reconciliables con los principios del liberalismo más extremista.

Un segundo motivo, en parte de naturaleza ideológica y en parte de naturaleza pragmática, fue aquél que defendía la incapacidad del Estado (o de cualquier poder público) para ser empresario. Es decir, no se trataba ya de que el liberalismo económico y político rechazase que la Administración pudiera actuar en sectores que podían estar a cargo de la iniciativa particular (entre ellos la realización de obras públicas), sino que, cuando la Administración intervenía directamente, por sí sola, en determinados ámbitos económicos el resultado de esa labor pública no era satisfactoria en bastantes ocasiones.

Por tanto, la experiencia de la ejecución directa de obras por la propia Administración aconsejó una intensificación de la construcción de las mismas a través de empresarios privados, porque, normalmente, realizaban su trabajo, en principio, con mayor eficacia y diligencia. Esta experiencia histórica

²¹ Y añade que la titularidad administrativa de una obra pública “se mantiene tanto si la obra se realiza directamente por la Administración, como si se ejecuta mediante contratista interpuesto, puesto que, aún entonces, como nos consta, la Administración retiene siempre poderes sobre la obra que puede ejercitar en cualquier momento (singularmente, el *ius variandi*)”. En suma, los dogmas del liberalismo constituyeron en aquella época “un obstáculo o, al menos, un foco permanente de tensión en lo que se refiere a la acción administrativa en esta materia [...]. Los prejuicios liberales contrarios a la actuación del Estado [...] siempre estuvieron latentes y, aún en los periodos de menor radicalismo, nunca se manifestaron dispuestos a conformarse voluntariamente con menos que con la exigencia de un concesionario interpuesto [...]” (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 1983, p. 2.449 y ss.). En idéntico sentido, aunque en relación solamente con la prestación de servicios públicos, se pronuncia López Pellicer, para quien la institución concesional surgió “como fórmula arbitrada por la concepción liberal para armonizar y conciliar la abstención del Estado en materia económica –puesto que el mismo no podía ser empresario– con la necesidad real de intervenir para asegurar la prestación adecuada de los servicios públicos económicos [...]. La solución para conciliar ambas exigencias, en sí mismas antagónicas (liberal, desde el punto de vista ideológico y político, e intervencionista, desde el punto de vista administrativo y real) será la de que la Administración pública asuma la titularidad de ciertos servicios públicos de naturaleza económica, para legitimar su intervención en orden a garantizar su prestación regular y continua, pero sin realizar ella misma la gestión de tales servicios, sino un particular empresario a quien, según normas y condiciones prefijadas, se le otorgue esta gestión y explotación del servicio mediante la fórmula concesional (principio del concesionario interpuesto)” (LÓPEZ PELLICER, 1976, p. 15).

contribuyó al nacimiento del llamado principio de desconfianza de la Administración hacia sus propios agentes²².

En tercer lugar, es preciso mencionar una importante causa histórica que contribuyó a la formulación de este principio: el entonces estado de subdesarrollo económico y social del país. En efecto, se necesitaba la concurrencia de la empresa privada para iniciar una larga fase histórica de recuperación económica y de mayor bienestar social, imprescindibles para el progreso de España tras la Guerra de la Independencia de principios de siglo, las sublevaciones armadas liberales contra el absolutismo de Fernando VII y el posterior conflicto civil entre carlistas e isabelinos. Las comunicaciones, puentes, obras hidráulicas, etc. requerían urgentemente el inmediato impulso del Gobierno y de la iniciativa privada para reconstruir la nación. Por ello era ineludible, ante la escasez de medios del Tesoro Público para emprender por sí solo tan laboriosa tarea, potenciar los métodos de ejecución indirecta de las obras públicas e, incluso, incentivar a los posibles contratistas y concesionarios a colaborar con esta función pública de interés nacional.²³

Estos beneficios o incentivos a los particulares se intensificarán, especialmente, para los constructores de vías férreas, como expondremos en su momento. No obstante, hay que reconocer la existencia de ciertos alicientes en tiempos atrás, durante el reinado de Fernando VII o, incluso, a finales del siglo XVIII²⁴.

²² Este jurista, tras señalar la dureza de las condiciones de la contratación administrativa tradicional decimonónica para los contratistas, debido, fundamentalmente, a la aplicación del principio de riesgo y ventura, destaca que, entre otros principios, el de desconfianza del Estado hacia sus propios agentes contribuyó al mantenimiento de esas condiciones leoninas para el contratista, pues existía “el convencimiento, por parte de la Administración de que, no obstante esas duras condiciones, el contratista tenía posibilidades de obtener ganancias en las obras porque en sus proyectos y presupuestos la Administración nunca consigue la perfección de que es capaz un contratista privado, porque éste, al estudiarlos, siempre encuentra buenos sistemas de realización y dispone de medios adecuados que le abaratan los costes.” (LÓPEZ PELLICER, 1976, p. 127 y 128).

²³ En esta línea se pronuncia también Ariño Ortiz (1968, p. 75 y 76), al exponer “la urgente necesidad que el Estado siente de elevar el bienestar de la sociedad, de construir caminos, de desarrollar las obras de regadío, las comunicaciones, el comercio; en una palabra, de alumbrar una Administración eficaz que promueva la riqueza económica y la prosperidad nacional.” Continúa Ariño Ortiz con las siguientes palabras: “Pues bien, para todo ello es necesario mover a la sociedad, provocar el espíritu de empresa, capaz de sacar adelante las obras y los servicios públicos. Se hace necesario, en un momento en que comienza la expansión de las obras públicas, ofrecer alicientes a los contratistas, asociándolos a la tarea estatal y compartiendo sus riesgos, aunque a costa de ello quiebren dogmas o principios tradicionales” (ARIÑO ORTIZ, 1968, p. 75 y 76).

²⁴ Barrero García (1983, p. 413 y 414), afirma que este monarca impulsó “la realización de obras públicas que redundaban en beneficio tanto de la agricultura como de las relaciones comerciales, en especial, la construcción de caminos y puentes y la realización de canales de navegación y regadío, pantanos y obras de contención de inundaciones”, citando las órdenes circulares del Consejo Real de 14 de julio de 1815 y de 15 de septiembre de 1828, además de la Real Orden de la Secretaría de Estado de 20 de octubre de 1831, en relación con la construcción de caminos. Sin embargo, esta autora resalta que ante la insuficiencia de los fondos públicos se estimuló la actuación de entidades públicas y particulares. Así, por Real Orden de 19 de mayo de 1816, Fernando VII, “desengañado de que el Tesoro público rara vez

En definitiva, el concesionario y el contratista de obras públicas decimonónicas surgen a mediados de siglo como consecuencia de la concurrencia de todos estos factores, si bien, en este contexto histórico de predominio de las técnicas indirectas de ejecución de obras públicas, es necesario recordar un acontecimiento decisivo en el nacimiento y posterior expansión de la institución concesional, que no concurrió en la elección del sistema de contrata. Nos referimos a la escasez de recursos financieros del Estado en aquél periodo histórico, es decir, al origen económico de la concesión de obras públicas, mencionado en el citado artículo 7 de la Instrucción de 1845²⁵ y señalado también por la propia doctrina administrativista²⁶.

2.2 El Radicalismo del Principio en la Revolución Liberal de 1868

Esta situación de “reinado moderado” del principio del contratista interpuesto permaneció hasta la caída de la dinastía producida por el alzamiento liberal-revolucionario de septiembre de 1868²⁷. El Gobierno

se hallará con sobrantes para emprender las obras de riego y de que las que se costean por el Gobierno se resientan comúnmente de la falta de interés individual de sus agentes inmediatos, he tenido a bien excitar el celo e interés de los Ayuntamientos, cabildos, eclesiásticos y sujetos particulares nacionales o extranjeros para que acometan estas empresas en la inteligencia de que renunciaré en su favor las utilidades que resultarían de la Corona, costeando de su cuenta dichas obras.” (BARRERO GARCÍA, 1983, p. 413 y 414).

Respecto los contratistas de carreteras, las Reales Ordenes (R. O.) de 4 y 6 de junio de 1785 y la de 5 de abril de 1805 atribuyeron determinados beneficios a estos contratistas, confirmados luego por la R.O. de 20 de octubre de 1831 y la Ley General de Obras Públicas de 1877.

²⁵ Incluso 40 años más tarde, la exposición de motivos de una norma de la época, el Real Decreto de 16 de septiembre de 1886, reconoció ese origen económico: “El Estado no tiene hoy, ni tendrá jamás, fuerzas económicas suficientes para emprender a la vez todas las obras públicas que demanda para su progreso los intereses generales del país [...]”.

²⁶ Un autor contemporáneo de esa norma como Manuel Colmeiro así lo afirma: “Las empresas son un medio expedito de convertir el interés particular en beneficio público, cuando la importancia y la extensión de un proyecto exigen sumas considerables que la administración no se halla en estado de afrontar, pero que puede suplir ventajosamente por el sistema de concesiones” (COLMEIRO, 1876, p. 55). Décadas después lo postula García Oviedo, refiriéndose a las causas de la concesión de obras: “En síntesis no son otras que un interés público económico. La creación de ciertos servicios públicos suele originar gastos cuantiosos y exige una administración especial y difícil. Muchos de ellos aparecen dominados por la nota aleatoria, propia de toda empresa nueva y que por su naturaleza está llamada a alcanzar grandes proporciones. La creación de estos servicios por la Administración impone al país un sacrificio importante, al Estado un intenso esfuerzo administrativo, y amenaza a la Hacienda con una grave carga.” (GARCÍA OVIEDO, 1927, p. 299 y 300). Y también la doctrina más contemporánea como Bermejo Vera (1975, p. 39), Rodríguez de Haro (1979, p. 464 y 465), Mestre Delgado (1992, p. 23, 24 y 150), y Domínguez-Berrueta de Juan (1981, p. 24, 25, nota 5, y 192).

²⁷ Alzola y Minondo (1979, p. 398 y 399) así lo reconoce al afirmar que en 1867 “para construir las del Estado (se refiere a las obras), se podían seguir dos procedimientos: el de costearlas por el Tesoro, por empresas concesionarias o particulares. En el primer caso se ejecutaban generalmente por contrata, sujeta a la medición de obras y al pago con arreglo a un cuadro de precios afectados de la rebaja obtenida en la subasta, empleándose el sistema de administración en algunas cimentaciones y obras hidráulicas difíciles de vigilar, así como en ciertos trabajos de escasa importancia o en los conflictos de orden público motivados por la pérdida de las cosechas u otras calamidades que exigían el empleo inmediato de masas de braceros en las comarcas más castigadas.”.

Provisional dictó en materia de obras públicas una norma fundamental: el Decreto-ley de 14 de noviembre de 1868, firmado por el Ministro de Fomento Ruiz Zorrilla.

Esta disposición supuso un giro radical respecto la intervención del Estado en la realización de obras de interés general, porque el triunfo de las tesis más radicales del movimiento liberal español se impondrá en aquellos momentos, en principio²⁸. La Revolución pretendió abolir toda intervención de la Administración en la construcción y explotación de obras públicas, proclamando la libertad más absoluta como ideal y dejando en manos de los particulares la iniciativa en este campo. Su Exposición de Motivos es expresiva al respecto:

El monopolio del Estado representa de hecho el primer periodo de las obras públicas en la Europa moderna: el Estado [...] construye, pero no deja construir [...]. Es éste el momento del absolutismo gubernamental, es la concentración de todas las fuerzas en la unidad, es, por decirlo así, el panteísmo administrativo. A esta realidad opresiva y absorbente, producto de varias causas históricas, se opone un ideal que al fin un día llegará a realizarse en la historia, y es aquel en que, sin restricciones ni obstáculos, trabajan todas las fuerzas de la Nación, desunidas unas, libremente organizadas otras, mientras el Estado, depuestas sus pretensiones de industrial, no hace ya, no impide que los demás hagan, y entre los individuos y asociaciones, que funcionan en toda la plenitud de su autonomía, se conserva neutral para mantener derechos y administrar a todos recta e imparcial justicia.

El liberalismo más duro impregnó, como vemos, este Preámbulo. Critica la actividad del Estado en la realización de obras públicas, aborrece esa “dictadura estatal” que coartó la libre y legítima iniciativa de los individuos. El Estado liberal que desean los revolucionarios sólo debe hacerse cargo de la seguridad y de la administración de justicia. Ninguna otra función debe asumir respecto la vida de sus ciudadanos. Aquí ni siquiera se admite el principio del contratista interpuesto, pues la Administración no puede interferir en la libre ejecución de cualquier obra emprendida por los particulares. No existe interposición alguna al prohibirse toda actuación de un poder público en esta materia²⁹.

²⁸ Martín-Retortillo resalta la rectificación radical que va a sufrir el sistema anterior de ejecución de las obras públicas tras la Revolución de 1868, ya que “la liberalización ideológica que impuso arrastró consigo, evidentemente, un acentuamiento de la pasividad del Estado, un abandono de sus funciones promocionales y promotoras [...]. La Revolución de septiembre derribó, sí, la Dinastía, pero sus primeras sacudidas quebrantaron también, al mismo tiempo, todo el aparato estatal [...], lucha, sí, por unas libertades, pero libertades estrictamente formales, al mismo tiempo que se reduce y menoscaba por otra parte, el poder del Estado” (MARTÍN-RETORTILLO, 1966, p. 26 y 27).

²⁹ Finaliza la Exposición de Motivos del Decreto-ley de 1868 con unas afirmaciones que resumen los principios que presidieron su articulado: “El monopolio del Estado en punto a obras públicas era un mal: ya no existe. El Estado constructor era contrario a los sanos principios económicos: ya no construye. El Estado dedicando sus capitales a obras públicas es todavía un sistema vicioso, y desaparecerá. La asociación, libremente constituida y de tal modo organizada que los asociados posean, aún dentro de ella misma, la mayor libertad posible, es la forma perfecta por excelencia, y a ella pertenece el porvenir”.

No obstante, estas tesis tan radicales y, por otra parte, tan injustas con la propia Historia de nuestro país, no fueron verdaderamente las que dominaron en el Decreto-ley. En efecto, como consecuencia del acceso al Gobierno, todo movimiento reformista (o al menos revolucionario), que cuestionaba en la oposición las estructuras y funciones de un determinado régimen político, luego se modera en sus objetivos iniciales, retrasando su consecución en el tiempo, cuando no olvidándose de ellos. Y esto le ocurrió a los revolucionarios del 68, que, ante la imposibilidad de llevar a la práctica sus postulados más atrevidos sin correr el riesgo de sumir al país en un mayor subdesarrollo económico y social, optaron por reconocer una etapa de transición³⁰, en la que coexistirían la acción pública y la privada en la realización de las obras necesarias para el progreso de España³¹.

Por otro lado, se consagró legalmente el principio de subsidiariedad de la Administración Pública en la ejecución de las obras de interés público. Sólo en supuestos muy excepcionales podrá el Estado realizar una obra, y sólo en defecto de un empresario privado que quiera o pueda hacerlo:

Así el Estado seguirá construyendo obras, mientras la opinión pública lo exija; pero sólo en un caso: cuando una necesidad imperiosa general, plenamente demostrada, lo justifique y la industria privada no pueda

³⁰ A pesar de esta victoria de los revolucionarios moderados, es interesante resaltar cómo califica esta disposición a los “derechos” que los ciudadanos tenían para ejecutar una obra pública: “sagrados derechos”. Esta expresión tan tajante y extremista se menciona varias veces en este preámbulo: “En oposición a estas restricciones en que el Estado se encierra, la industria privada, la acción libre del individuo, hallarán todas las facilidades compatibles con sagrados derechos que la Administración no puede en modo alguno sufrir que se atropellen. Cuando una persona, una Sociedad o una empresa, se proponga construir cualquiera obra de las que se comprenden bajo la denominación de públicas, y no pida al Estado auxilio alguno, ni invoque el derecho de expropiación, sea cual fuere la importancia de dicha obra, el Estado no debe intervenir en ella, y así lo consigna el Ministro que suscribe en el art. 1 del decreto. Toda petición es innecesaria, toda concesión improcedente, porque el particular o la Compañía usan de un derecho sagrado, y hacerlo respetar, y cuando más impedir por reglamentos de policía que dañe otros derechos, es la única misión que compete al poder central. El Estado deberá tener conocimiento de la obra que se emprende, pero sólo a fin de imponer la contribución que corresponda y para suministrar noticias oportunas a la Estadística.”

Vuelve a manifestarse, a nuestro juicio, la corriente más revolucionaria de los liberales, confirmando la aludida discrepancia entre los integrantes del liberalismo que acabó con la Monarquía, discrepancia que se manifestó, como estamos viendo, en el propio Decreto-ley promulgado tan solo dos meses después del alzamiento revolucionario.

³¹ En la propia Exposición de motivos se puede apreciar este cambio de tendencia: “Y entre aquel momento de monopolio legislativo y este de libertad se extiende más o menos rápido un periodo de transición, periodo necesario, fatal, inevitable según ciertas escuelas, que puede y debe evitarse según otras, y es aquel en que el Estado todavía funciona, y así, emprende grandes trabajos de utilidad general, conserva la alta ciencia en sus escuelas, sostiene un culto en sus templos, y es dispensador de crédito; pero el monopolio ha desaparecido, y a la par que el Estado, como promesa para el porvenir, como nueva sociedad que se organiza, funcionan los individuos en su esfera propia, y funcionan las pequeñas o las grandes asociaciones en más amplias esferas”. El Decreto-ley reflejó la división de opiniones existentes en el movimiento revolucionario respecto el papel del Estado en esta fase temporal, de transición, ya que algunos liberales no la admitían al no estimarla necesaria, ni siquiera como un mal menor, imprescindible y transitorio. Al final, el ala más moderada de los revolucionarios se impuso, respetándose esa época de “transición”.

acometer tal empresa; y por si este caso llega, se establecen reglas como garantía contra la arbitrariedad [...] La Administración hoy se limita a proyectar algunas veces; a ejecutar aquellas obras de detalle, difíciles, dudosas, en que la parte aleatoria es tan grande, que ningún contratista querría tomarlas a su cargo; y por último, ya el cumplimiento de las condiciones de contrata, ya la explotación de dichas obras públicas, cuando no las entrega libremente al uso común, sino que, por el contrario, las cede a una empresa explotadora.

Este principio se recoge claramente en el artículo 14 del Decreto-ley al decir que “el Estado costeará en totalidad o contribuirá en parte á la construcción de las obras afectas a los servicios que hoy están á su cargo, siempre que ningún particular, empresario o Corporación lo solicite”. Además, el artículo 18 admitía la participación de los ciudadanos en la construcción o explotación de este tipo de obras, aunque con previa concesión otorgada por el Gobierno, y sin conceder en ningún caso subvención alguna. Por tanto, no sólo ya se prohibió a la Administración acometer una obra pública ante la existencia de un particular que decidiese realizarla, sino que también se le proscribía ejecutar las propias obras afectas a sus servicios públicos cuando un empresario privado quisiese ejecutarlas. Pero el rechazo a la intervención estatal en esta materia fue todavía más intenso y notable, porque en numerosos supuestos ni siquiera se permitió que el Estado subvencionase o ayudase económicamente a los particulares ejecutores de esas obras públicas (MARTIN-RETORTILLO, 1966, p. 30 y 31).

Junto a la subsidiariedad de la actuación de los poderes públicos, subyace en esta norma el ya clásico principio del contratista interpuesto, que no desapareció, como algunos pretendían, sino que, al contrario, se desarrolló en toda su integridad, potenciándose plenamente durante este “período de transición hacia la libertad absoluta”. Así se deduce del mismo Preámbulo:

Para darse cuenta exacta del carácter que afecta la legislación vigente de obras públicas conviene fijar la atención en dos puntos radicalmente distintos: los fondos o capitales con que se costean, y la persona o entidad que las ejecuta. En un principio el Estado era capitalista e industrial, y así las obras se pagaban del Presupuesto y se construían por Administración; en estos últimos años ha seguido siendo capitalista, pero ha dejado casi por completo de construir, y las carreteras, los faros, los puertos se ejecutan hoy por contrata. He aquí un primer paso en el camino de la libertad; no ejerce ya el Estado la industria de la construcción; no hace por sí caminos, no forma materialmente puertos, y, en una palabra, no ejecuta: quien construye y ejecuta y hace es el contratista, nacional o extranjero; es la industria privada, es el individuo o la asociación [...].

En la misma línea, el artículo 1 consagró la plena libertad de los particulares para ejecutar cualquier obra pública sin ningún tipo de intervención administrativa, salvo si la obra afectase al dominio público, en cuyo caso, con la finalidad de salvaguardar los derechos y los intereses del Estado, debía preceder una autorización o concesión de la Administración.

Un vez obtenida ésta, los agentes públicos sólo podían actuar “para exigir el cumplimiento de las condiciones estipuladas en la concesión”, pero no podían inmiscuirse

bajo el pretexto de proteger los intereses del concesionario, en el sistema de construcción que éste adopte para la obra, dimensiones de la misma, materiales empleados, ni en general en la parte técnica, como tampoco en los medios de explotación, a menos que estas circunstancias influyan sobre aquellos derechos e intereses del Estado.

Además, finalizada la obra, terminaba la vigilancia por parte de la Administración, y el concesionario quedaba libre de enajenar o explotar aquella en la forma que estimase conveniente. Junto a ello cabe destacar la absoluta libertad del concesionario para “fijar las tarifas, peajes, derechos y en general, los precios que juzgue convenientes por el uso de dicha obra”. Todo esto se deduce de los artículos 1, 2 y 3 de dicho Decreto-ley.

Mas esta ideología liberal revolucionaria, además de impedir, o al menos obstaculizar, la actuación de las entidades públicas en este ámbito a partir del momento de la promulgación del Decreto-ley, consiguió que se recogiese en él la obligación del Estado de enajenar, arrendar o abandonar determinadas obras ya construidas y gestionadas por la misma Administración. En efecto, el artículo 15 de la citada disposición establecía que

el Gobierno presentará a las Cortes un proyecto de Ley fijando individualmente las obras que en adelante tomará a su cargo dentro de cada servicio público, y especificando de las ya construidas:

- 1.1, las que conserva bajo su dominio;
- 2.1, las que enajena por venta;
- 3.1, las que se propone arrendar, ya para su conservación, ya para su explotación;
- 4.1, las que conviene abandonar a las Provincias o Municipios³².

Este precepto se desarrolló por Orden de 15 de abril de 1870 que ordenó el abandono por el Estado de varias carreteras paralelas a los caminos de

³² Su Exposición de motivos también expresa este proyecto de los nuevos gobernantes: “[...] no puede ser dudosa la marcha que conviene seguir, marcha claramente descrita en el art. 15. Es lo primero inventariar todas las obras públicas que la nación española posee y después dividir las en distintos grupos, según sus caracteres especiales. Todas aquellas que, como las carreteras y los faros, puedan ser usadas en común, deben quedar en poder del Estado, y deben entregarse gratuitamente al uso público, porque representan capitales ya empleados en provecho del país, y la ciencia demuestra de una manera clara e indubitable que la utilidad social es un máximo cuando el precio de un uso es un mínimo; pero al decir, por ejemplo, que las carreteras deben quedar en poder de la Administración no significa con esto el Ministro que suscribe que todas hayan de continuar sometidas al Gobierno central: muchas de segundo y tercer orden no sirven intereses generales, sólo tienen una importancia local, y por lo mismo será conveniente cederlas a las provincias que las utilizan”.

hierro de la época, recogidas en la relación adjunta, concediéndose su explotación a las Diputaciones, Ayuntamientos y particulares que lo solicitasen. Este abandono obedeció a una doble causa: por un lado, al convencimiento de que una vez “establecido el ferrocarril, la carretera quedaba inútil, al menos en los tramos más afectados.” (GARCÍA ORTEGA, 1982, p. 91); por otro, al principio ideológico de libertad absoluta en las obras públicas, contenido en el Decreto-ley de 14 de noviembre de 1868, ya explicado anteriormente. No obstante, a pesar de que ciertas Corporaciones Locales solicitaron y obtuvieron una llamada “concesión” de tramos de carreteras abandonadas por el Estado, la intención del Gabinete liberal fracasó³³, hasta el punto de que “el Gobierno, sin esperar a que se lo pidiesen, abandonó varias secciones de carretera, y por orden de 28 de Marzo de 1873, excitó el celo de los Ayuntamientos y Diputaciones para que se hiciesen cargo de las carreteras abandonadas” (ESCRICHE, 1874, p. 318).

2.3 La Moderación Durante la Restauración Monárquica

Este régimen legal va a cambiar con el regreso de la Monarquía borbónica. La caída de la I República en enero de 1874 tras el golpe de Estado del general Pavía terminó con los ideales democráticos revolucionarios que triunfaron en 1868. En diciembre de ese mismo año, a raíz del pronunciamiento militar de Martínez Campos en Sagunto, se proclama Alfonso XII como nuevo Rey de España.

El 29 de diciembre de 1876 se aprueba por las Cortes la Ley que establece las nuevas bases en materia de obras públicas, distintas a las recogidas en el Decreto-ley de 1868, a las que se deberían ajustarse la posterior legislación sobre obras de interés público. Al año siguiente se promulga la Ley General de Obras Públicas (LGOP) de 13 de abril que desarrolló dichas bases. La Base 3.º de la Ley de 1876 establecía los distintos sistemas de ejecución que podían adoptarse: “Podrán construir y explotar obras públicas el Estado, las provincias y los Municipios, bien por Administración o por contrata. También podrán hacerlo los particulares o compañías mediante concesión con arreglo a lo que prevengan las leyes”. Por consiguiente, se admitía tanto la técnica directa como la indirecta a la hora de realizar la obra, rigiendo el principio del contratista interpuesto, si bien con ciertas variaciones respecto la legislación del 68.

³³ Aquella decisión política ha sido criticada por este autor: “Los supuestos contemplados eran erróneos ya que, de una parte, la comunicación por carretera ni era, ni es, incompatible con la del ferrocarril, sino complementaria; de otra, el hecho de que las carreteras desarrollen su itinerario por varias provincias y municipios, no implica que cada sección o tramo tenga sólo interés provincial o local, sino justamente lo contrario, por la propia naturaleza de estas vías de comunicación. Y, en fin, los principios y directrices que impulsaron tal operación descansaban en un liberalismo doctrinario y utópico, sin que las Corporaciones, y mucho menos los particulares, pudiesen hacerse cargo de las carreteras abandonadas sin arbitrar el sistema y los medios económicos necesarios para sobrellevar tal carga”. Tendremos que esperar a la llegada de un nuevo régimen para que se produzca el “regreso” de esas vías de comunicación a la competencia del Estado mediante la Ley de Carreteras de 4 de mayo de 1877 y el Plan general aprobado por Ley de 11 de julio del mismo año (GARCÍA ORTEGA, 1982, p. 91).

El artículo 3 de la LGOP reconocía, en concordancia con la anterior Base 3.º, la posibilidad de que el Estado, las Diputaciones Provinciales, los Municipios y los particulares pudiesen ejecutar una obra pública³⁴; los artículos 25 y 27 de la Ley General especificaban claramente cuál de los anteriores métodos de ejecución debía aplicarse como regla general en las obras costeadas por el Estado; y los artículos 39 y 48 de la misma norma admitían idénticos criterios para las obras provinciales y municipales, al remitir expresamente a lo previsto para las obras estatales³⁵.

En efecto, el artículo 3 se decantaba por la contrata en detrimento de la ejecución directa³⁶:

El Gobierno podrá ejecutar las obras de cargo del Estado por administración ó por contrata. El primer método se aplicará únicamente á aquellos trabajos que no se presten á contratación por sus condiciones especiales, ó porque no puedan fácilmente sujetarse á presupuestos por predominar en ellos la parte aleatoria, ó por otra cualquier circunstancia.

³⁴ El artículo 3 dice textualmente: “Las obras públicas, así en lo relativo a sus proyectos como a su construcción, explotación y conservación, pueden correr a cargo del Estado, de las provincias, de los Municipios y de los particulares o compañías.”.

³⁵ El art. 39, refiriéndose a las obras de competencia de las Diputaciones Provinciales, decía: “Las Diputaciones podrán ejecutar sus obras por administración o por contrata, ajustándose en cada caso a lo que en los arts. del 25 al 29, ambos inclusive, de la presente ley, se prescribe, acerca de este particular, para las obras de cargo del Estado”. El párrafo segundo del art. 60 del Reglamento para la ejecución de la Ley General de Obras Públicas, aprobado por Real Decreto de 6 de julio de 1877, confirmó la regla anterior: “La obra podrá llevarse a cabo por Administración o por contrata, lo cual decidirá la Diputación, oído sobre este punto el dictamen del facultativo encargado de las obras provinciales.”. En cuanto a las obras municipales, el art. 48 siguió la misma dirección: “Los Ayuntamientos podrán ejecutar sus obras por administración o por contrata, sujetándose a lo que la presente ley previene sobre este particular respecto de las obras que son de cargo del Estado y de las provincias”. Y el art. 94 de la citada norma reglamentaria también admitía ambas técnicas de ejecución de las obras públicas: “Aprobado el proyecto de una obra municipal y consignado en el presupuesto el crédito correspondiente, se procederá a la ejecución por el método de Administración o de contrata, lo cual decidirá el Ayuntamiento después de oír al facultativo que hubiere redactado el proyecto.”.

³⁶ Incluso, diez años después, el Real Decreto de 11 de junio de 1886, por el que se aprobó el Pliego General de Condiciones para la contratación de las obras públicas, en su propia exposición de motivos, reconoció la histórica prevalencia del sistema de la “contrata” sobre el de “administración”, y por consiguiente, el carácter excepcional de la realización directa de las obras de interés general: “El sistema administrativo que generalmente rige en la ejecución de las obras públicas de nuestro país es el de contrata; en muy raras ocasiones las lleva á cabo directamente el Gobierno por medio de sus agentes.”. Además, el Real Decreto de 12 de noviembre de ese mismo año, que señalaba el procedimiento para la construcción, reparación y conservación de las obras públicas, confirmó la excepcionalidad legal del método de ejecución directa, continuando la tendencia iniciada por la Instrucción de 10 de octubre de 1845, como ya expusimos anteriormente. Su art. 1 exponía: “Para autorizar la ejecución de cualquier obra pública por el sistema de administración, será necesario hacer constar en el expediente la necesidad o la conveniencia que exija la adopción de este sistema.”.

Y el artículo 27, respecto la fase de explotación o gestión de una obra estatal, consagraba similar principio:

Cuando las obras que hubiere ejecutado el Estado puedan ser objeto de explotación retribuida, se verificará ésta por contrata mediante subasta pública, excepto en los casos en que por circunstancias especiales se declare la conveniencia de que el Gobierno la tome á su cargo. Esta declaración se hará por Decreto expedido por el Ministerio de Fomento, oída la Junta Consultiva de Caminos, Canales y Puertos y la Sección de Fomento del Consejo de Estado³⁷.

Por tanto, la construcción y explotación de una obra pública debía hacerse a través del método de la contrata, esto es, mediante un particular que se encargase de realizar o gestionar la obra. Solamente en los supuestos que mencionan los anteriores preceptos se podía ejecutar la obra directamente por la propia Administración.

Sólo cuando concurriesen circunstancias especiales que aconsejasen la ausencia de contratista alguno podía el Estado aplicar dicho método, pero era necesario que tales hechos habilitantes y legitimadores de tal decisión se justificasen expresamente por el Ministro de Fomento, y se dictasen, con carácter previo, los informes o dictámenes pertinentes de la Junta Consultiva de Caminos, Canales y Puertos, del Ingeniero que redactó el proyecto y del Jefe de la provincia o servicio correspondiente, cuando el fin del contrato fuese la realización de la obra, y los informes de dicha Junta consultiva y del Consejo de Estado (concretamente de su Sección de Fomento), cuando el fin era la explotación de la obra ya construida antes por el Estado³⁸.

³⁷ A su vez, el artículo 54 del Reglamento para la ejecución de la Ley General de Obras Públicas estableció: “Cuando por cuenta del Estado, y según lo previsto en el art. 27 de la Ley general de Obras Públicas, se hubiere ejecutado una obra para cuyo uso y aprovechamiento se hubiesen establecido arbitrios, la explotación se llevará á cabo por contrata, con arreglo á las prescripciones de este capítulo en cuanto sean aplicables á este caso. Sin embargo, cuando, previos los trámites prefijados en el citado artículo de la ley, se declare la conveniencia de que la explotación se lleve á cabo por cuenta del Estado, dicha explotación se hará por Administración y con arreglo á las instrucciones especiales que en cada caso se dictarán por el Ministro de Fomento.”

³⁸ El artículo 14 del Reglamento para la ejecución de la Ley General de Obras Públicas, aprobado por Real Decreto de 6 de julio de 1877, complementa el artículo 25 de la LGOP, atribuyendo expresamente la competencia para dictar la resolución que estime indispensable el sistema de “administración” para ejecutar esa obra concreta al titular del Ministerio de Fomento, Departamento, como sabemos, esencial en aquella época: “El Ministro de Fomento decidirá el método que haya de seguirse en la ejecución de una obra pública de cargo del Estado, con sujeción a lo prevenido en el art. 25 de la Ley general, y a tenor en su caso de lo dispuesto en el Real decreto de 27 de febrero de 1852, previos los dictámenes del Ingeniero que hubiere redactado el proyecto, del Jefe de la provincia ó servicio correspondiente, y de la Junta consultiva”. Por su parte, el artículo 54 del Reglamento desarrolla el 27 de la Ley General, confirmando la prevalencia de la gestión indirecta de la obra pública ya ejecutada frente a la gestión directa por el propio Estado, que anteriormente construyó esa obra: “Cuando por cuenta del Estado, y según lo previsto en el art. 27 de la Ley general de Obras públicas, se hubiere ejecutado una obra para cuyo uso y aprovechamiento se hubiesen establecido arbitrios, la explotación se llevará a cabo por contrata, con arreglo a las prescripciones de este capítulo

Así pues podemos afirmar el carácter absolutamente excepcional del método de “administración”, al requerirse tanto la existencia de los presupuestos de hecho habilitadores como la motivación de esa elección y la emisión de los preceptivos dictámenes anteriormente citados.

No obstante, esta regulación legal no significó que subsistiera el principio del contratista interpuesto tal y como existió durante el periodo revolucionario liberal, ya que a partir de la Restauración borbónica dicho principio se “moderó” al instaurarse un régimen en materia de ejecución de obras públicas más próximo al nacido con el Real Decreto de 10 de octubre de 1845 que al vigente tras la Revolución del 68. Y ello es así, porque, entre otras razones, a pesar de la contundente prioridad legal por el sistema de ejecución indirecta y de las cautelas y requisitos exigidos para adoptar el método de “administración”, observamos que las autoridades administrativas competentes en esta materia gozaban de un considerable margen de discrecionalidad para decidir uno u otro sistema de ejecución en cada caso concreto, pues los supuestos de hecho que permitían elegir la ejecución directa no estaban suficientemente delimitados en la Ley (“por sus condiciones

en cuanto sean aplicables a este caso. Sin embargo, cuando, previos los trámites prefijados en el citado artículo de la ley, se declare la conveniencia de que la explotación se lleve a cabo por cuenta del Estado, dicha explotación se hará por Administración y con arreglo a las instrucciones especiales que en cada caso se dictarán por el Ministro de Fomento”.

Respecto este último precepto es necesario realizar dos observaciones. En primer lugar, tanto este artículo como el 27 de la LGOP utilizan el término de “contrata” para designar la forma legal prioritaria de explotación de una obra de interés general. No obstante, en nuestra opinión, dicha expresión no es la más correcta en ambos supuestos, ya que, sin perjuicio de que lo analizaremos con mayor amplitud más adelante, hemos de subrayar que la “explotación” o gestión de una obra pública se realiza mediante la institución concesional, ya sea la concesión de obras o la de servicios públicos, pero no a través de la “contrata”, si identificamos la misma, al menos en sus caracteres esenciales, con el conocido contrato administrativo de obra pública. Es decir, la “contrata” procede cuando el objeto del acuerdo entre Administración y administrado es la construcción, reparación o conservación de una obra, mas no cuando lo único que se conviene es la explotación o gestión de la obra ya ejecutada, porque en tal caso, la figura jurídica adecuada es la concesión, y en concreto la concesión de servicio público. En el mismo sentido se sitúa Fernández Rodríguez (1983, p. 2.464), al afirmar que el art. 27 de la LGOP “evidencia que no estamos en presencia de una concesión de obra propiamente dicha, sino, más bien, de una concesión de servicio público sobre la base de una obra ya construida y costeadada de antemano”. En segundo lugar, decía el art. 54: “cuando [...] se hubiere ejecutado una obra para cuyo uso y aprovechamiento se hubiesen establecido arbitrios [...]”, lo cual era una de las posibilidades que la normativa vigente en el siglo pasado contemplaba para remunerar al “contratista”. También aquí es discutible que estemos en presencia de una “contrata”, o por el contrario, se trata más bien de una concesión de servicio público, como veremos a continuación. Más peculiar es la posición de Albi Cholbi, ya que considera que la institución contemplada en los artículos 27 de la LGOP y 54, 65 y 119 de su Reglamento no es la clásica contrata, pero tampoco ninguna clase de concesión, sino un arrendamiento administrativo de servicios públicos, porque “regulan la ‘explotación retribuida’ de obras construidas directamente por el Estado, la Provincia o los Municipios, resultando esta modalidad, en los indicados textos, perfectamente diferenciada de las concesiones.” (ALBI CHOLBI, 1960, p. 697 y 698). En nuestra opinión las figuras del arrendamiento y de la concesión de servicios públicos aún presentan dificultades conceptuales y prácticas, al menos en determinados supuestos, que no podemos analizar con detenimiento en este trabajo. En cualquier caso, lo que sí está suficientemente claro es que los mencionados preceptos no regulaban ninguna contrata.

especiales”, “por circunstancias especiales”), y menos aún, eran casos tasados, sino que se estableció un “*numerus apertus*”, (“o por cualquier otra cualquiera circunstancia”), que otorgaba a la Administración importantes facultades de apreciación y decisión discrecional, respetando, eso sí, las formalidades procedimentales y demás requisitos legales ya mencionados.

Por otra parte, la LGOP, en su artículo 26, enumeraba tres opciones posibles de remunerar al particular que contrataba una obra pública con el Estado:

El Gobierno podrá contratar las obras públicas que sean de su cargo:

1.1 Obligándose a pagar el importe de las obras a medida que los trabajos se vayan ejecutando en los plazos y con las formalidades que se determinen en las cláusulas especiales de cada contrato, y en las condiciones generales que deben regir en todos los referentes a este servicio.

2.1 Otorgando a los contratistas el derecho de disfrutar por tiempo determinado del producto de los arbitrios que se establezcan para el aprovechamiento de las obras, según lo dispuesto en el art. 24 de la presente ley.

3.1 Combinando los dos medios expresados.

La primera de ellas es una de las formas clásicas del pago que se realizaba al contratista, al empresario que concertaba con la Administración una “contrata”. La segunda, sin embargo, fue un modo típico, utilizado en diversas etapas históricas, con ligeras variantes, para retribuir al particular que convenía con el Estado la ejecución de una obra pública, mas no mediante la figura de la “contrata”, sino a través de la institución concesional. En efecto, si consideramos a la “contrata” un antecedente del actual contrato administrativo de obra pública (como ya hemos puesto de relieve anteriormente), la labor del contratista finalizaba con la entrega, en las condiciones pactadas en el contrato y acorde al pliego de condiciones particulares, al órgano público contratante de la obra ejecutada, sin percibir con posterioridad arbitrio, tasa o precio alguno por la gestión o uso de la obra ya construida, pues su prestación contractual se limita solamente a la fase de ejecución de la misma, y no, además, a su posterior explotación³⁹.

³⁹ Un argumento más a favor de la similitud ente la “contrata” decimonónica española y nuestro actual contrato administrativo de obras es la propia redacción de numerosos preceptos de la legislación del siglo XIX sobre la materia. Así, por ejemplo, el artículo 16 del Reglamento de ejecución de obras públicas de 1877 prescribía: “Si la obra se hubiese de ejecutar por contrata, la licitación pública que debe precederla se celebrará con arreglo a las disposiciones que rigen para la contratación de todos los servicios públicos y los reglamentos dictados al efecto para los que pertenecen especialmente al Ministerio de Fomento”. Este precepto remitía a la legislación vigente en aquel momento sobre contratos públicos, entre los cuales podemos incluir, por tanto, a la “contrata” de obras públicas. Diferente tratamiento legal recibió la figura de la concesión de obras y de servicios, porque en el siglo pasado no existió ningún precepto que la considerase como un contrato público o administrativo. Por otra parte, en la misma línea, y también en apoyo de esa distinta naturaleza jurídica de las “contratas” de los párrafos primero y segundo del art. 26 de la LGOP, podemos mencionar el artículo 17 del Reglamento, que se aplica exclusivamente a la contrata del art. 26, 1, y no a las “contratas” de los apartados 2 y 3,

La gestión o explotación de una obra ya realizada es cometido propio del particular que acordaba con la Administración gestionar la obra (o el servicio público creado a raíz de la realización de esa obra), o bien, que acordase también la previa construcción o reparación de esa obra que luego explotaría. En ambos supuestos la institución aplicable es la concesión, de servicio público, en el primero de ellos, y de obras, en el segundo, pero no la “contrata”. Por tanto, en estos casos realmente no existe un contratista propiamente dicho, sino, en todo caso, un “contratista de explotación”, o más correctamente, un concesionario de obras o de servicios públicos. Esta interpretación también se basa en lo establecido en el artículo 28 de la misma norma, interpretación igualmente aplicable, por otra parte, al tercer párrafo del artículo 26⁴⁰.

Además del método de la contrata, la Administración decimonónica empleaba otro sistema de ejecución indirecta de las obras de interés público: la concesión. Como ya indicamos, la Base 3.º de la Ley de 29 de diciembre de 1876 reconocía la posibilidad de que la iniciativa privada construyese y explotase dichas obras, con la previa concesión administrativa pertinente. Y la Base 11.º y siguientes de la misma norma especificaba las características esenciales de cada clase de concesión de obra pública.

En realidad, la Ley de 1876, y también la posterior LGOP, atribuyeron a los particulares la facultad de ejecutar dos tipos de obras, facultad que estaría sometida a diferentes requisitos legales en función precisamente de la naturaleza jurídica de ambos tipos. Así, las primeras eran las obras de interés privado, que no afectaban ni ocupaban dominio público alguno, y tampoco requerían el uso de la institución de la expropiación forzosa.

Respecto estas obras, se consagraba la máxima libertad posible para su realización, con las únicas limitaciones que exigieran los reglamentos de

confirmando de tal manera nuestra opinión antes expuesta sobre la verdadera institución que regulan dichos apartados, y que no es precisamente la contrata en sentido estricto. Dice el art. 17: “En la ejecución de toda obra pública que se lleve á cabo por el método de contrata y con arreglo al primero de los medios indicados en el art. 26 de la Ley general, regirán: 1.1 Las condiciones generales establecidas o que en adelante se establezcan para todos los contratos de obras públicas de cargo del Ministerio de Fomento [...]”. También Albi Cholbi (1960, p. 502) destaca las diferentes instituciones reguladas en el art. 26 de la LGOP, pues al referirse a la contrata, afirma: “[...] la vieja L. española de Obras Públicas la engloba en el art. 26 junto con la concesión propiamente dicha, atribuyendo a una y a otra idéntico tratamiento jurídico [...]”.

⁴⁰ El art. 28 de la LGOP estableció: “En las obras que se ejecuten a cuenta del Estado por los medios indicados en los párrafos segundo y tercero del art. 26, los precios que se fijen para uso y explotación de dichas obras no podrán exceder de la tarifa con arreglo a la cual se hubiese hecho la adjudicación; pero podrían rebajarse dichos precios si los adjudicatarios lo tuviesen por conveniente, sujetándose a las condiciones que se prescriban en la contrata”. Por su parte, el artículo 24 de aquella ley reconocía al Estado la facultad de crear impuestos o arbitrios para el aprovechamiento de las obras estatales realizadas, en consonancia con el ya citado art. 26, apartados 2 y 3: “El Gobierno podrá establecer impuestos o arbitrios por el aprovechamiento de las obras que hubiere ejecutado o ejecute con fondos generales, salvo los derechos adquiridos, y dando cuenta a las Cortes”. (El art. 24 y los párrafos 2 y 3 del art. 26 fueron derogados por el Decreto 4132/1964, de 23 de diciembre, de desarrollo de la Ley 41/1964, de 11 de junio, de Reforma del Sistema Tributario). Asimismo, los artículos 38 y 47 atribuyeron idéntica competencia a las Diputaciones Provinciales y a los Ayuntamientos, respectivamente, en relación con las obras provinciales y municipales, si bien debían obtener la preceptiva autorización del Gobierno.

policía, según establecían la Base 10.º de la Ley de 1876 y el artículo 52 de la LGOP⁴¹. El segundo tipo de obras que podían llevar a cabo las personas físicas o jurídicas eran las de interés general, es decir, las obras públicas. En estos casos sí era necesario solicitar y obtener la previa y correspondiente concesión, que la otorgaba el Gobierno, el Parlamento o las Corporaciones Locales, dependiendo de la clase de obra que fuese. Por consiguiente, sólo en los supuestos en que una obra se calificase como “pública” fue preceptiva la petición (y su posterior aprobación) por el particular del título administrativo habilitante para ejecutar esa obra: la concesión.

Ahora bien, si ello era así, debemos exponer dos cuestiones. Por un lado, las obras que se consideraban “públicas” en aquel tiempo, y por tanto, susceptibles de ser construidas y gestionadas por los ciudadanos, con los requisitos ya apuntados. Y por otro, si los empresarios privados podían ser concesionarios de cualquier obra pública o, por el contrario, exclusivamente de algunas.

Respecto de la primera cuestión, la Base 1.º de la Ley de 1876 y el artículo 1 de la LGOP definieron las obras de interés público. Este último precepto complementa la mencionada Base, incorporando una enumeración de dichas obras:

Para los efectos de esta ley se entiende por obras públicas las que sean de general uso y aprovechamiento, y las construcciones destinadas a servicios que se hallen a cargo del Estado, de las provincias y de los pueblos. Pertenecen al primer grupo: los caminos, así ordinarios como de hierro, los puertos, los faros, los grandes canales de riego, los de navegación y los trabajos relativos al régimen, aprovechamiento y policía de las aguas, encauzamiento de los ríos, desecación de lagunas y pantanos y saneamiento de terrenos⁴². Y al segundo grupo los edificios públicos destinados á servicios que dependan del Ministerio de Fomento⁴³.

⁴¹ El artículo 52 de la Ley General de 1877 reprodujo, con alguna adición complementaria terminológica, lo regulado en la Base 10.º. Aquel precepto decía: “Los particulares o compañías podrán ejecutar, sin más restricciones que las que impongan los Reglamentos de policía, seguridad y salubridad públicas, cualquiera obra de interés privado que no ocupe ni afecte al dominio público o del Estado, ni exija expropiación forzosa de dominio privado.”

⁴² La Ley de 1 de junio de 1894 dispuso que las ordenaciones de montes públicos eran obras públicas de este primer grupo: “Artículo único. Las Ordenaciones forestales se considerarán como pertenecientes al primer grupo entre las que menciona el art. 1 de la ley general de Obras Públicas de 12 de abril de 1877.”

⁴³ Esta definición legal es semejante a las recogidas en las diversas normas promulgadas anteriormente sobre la materia. En idéntico sentido se pronuncia también Fernández Rodríguez (1983), comparando las definiciones del mencionado art. 1 de la LGOP y la del art. 2 de la Ley de 17 de julio de 1836, sobre enajenación forzosa de la propiedad particular: “Se entiende por obras de utilidad pública las que tienen por objeto directo proporcionar al Estado en general, á una o más provincias o a uno o más pueblos cualesquiera usos o disfrutes de beneficio común, bien sean ejecutadas por cuenta del Estado, bien por compañías o empresas particulares autorizadas competentemente.” (FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 1983, p. 2.448). Tras la Ley de 1836, la Instrucción para promover y ejecutar las obras públicas, aprobada por Real Decreto de 10 de octubre de 1845, ya analizada con anterioridad, en su art. 1 catalogaba una serie de obras como públicas: “Para los efectos de esta Instrucción se consideraran como obras públicas los caminos de todas clases, los canales de navegación, de riego y de desagüe, los puertos de mar, los faros y el desecamiento de lagunas y terrenos pantanosos en que se interesen uno o más pueblos, la navegación de los ríos, y [...]”, pero esa enumeración no era tasada, porque, además, el propio precepto añadía que podían ser consideradas obras públicas “[...] cualesquiera otras construcciones que se ejecuten para satisfacer objetos de necesidad o conveniencia.”

Por su parte, la doctrina ha puesto de relieve la característica esencial que determina la calificación de una obra como pública: el destino o fin al que van a servir⁴⁴. Pero, a nuestro juicio, existió también en la normativa decimonónica otro elemento importante que se encuentra en íntima relación con el mismo concepto de obra pública, y que, asimismo, destacados juristas subrayaron: la ejecución indirecta de la obra⁴⁵.

En efecto, conviene recordar que a partir de la segunda mitad del siglo XIX la inmensa mayoría de las obras de interés general se realizaron por los particulares, a través de la contrata o de la concesión, aplicándose el método de “administración” en escasas ocasiones, como vimos. Por ello, no es de extrañar que, siendo precisamente esa época, por un lado, una de las fases históricas de mayor impulso en la ejecución de obras públicas, y, por otro, el momento de formación del propio concepto de obra pública, éste se viese influido por todas las instituciones jurídicas presentes en dicha ejecución, y en especial, la contractual y la concesional.

En cuanto a si los particulares estaban capacitados legalmente en aquel tiempo para ser concesionarios de cualquier obra pública, el artículo 7 de la Ley de 1877 estableció:

Pueden correr a cargo de particulares o compañías, con arreglo á las prescripciones generales de esta ley y á las especiales de cada clase de obras:

1.1 Las carreteras y los ferrocarriles en general.⁴⁶

⁴⁴ Así, por ejemplo, Adolfo Posada (1898, p. 257), que, a finales del siglo pasado, afirmó: “El concepto legal de la obra pública responde en el fondo a su destino”. También, García Oviedo (1927, p. 277): “Son obras públicas las ejecutadas por un organismo administrativo o por su encargo, con un fin inmediato de utilidad pública”. Y más recientemente, Solas Rafecas (1990, p. 59): “Una obra es pública cuando su objeto, es decir, el bien inmueble que se va a construir será de dominio público. Y el bien y, por tanto, la obra, son públicos en atención a su destino, es decir, al fin al que van a servir”. Otras figuras jurídicas (el servicio y el dominio público, sobre todo) se desarrollaron junto con la obra pública, “impregnando” su concepto y constituyendo caracteres fundamentales del mismo. (Vid. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, 1983, p. 2.429 y ss.).

⁴⁵ García Oviedo (1927, p. 277) incluye en su definición de obras públicas esta nota de la técnica indirecta en la ejecución: “Son obras públicas las ejecutadas por un organismo administrativo o por su encargo, con un fin inmediato de utilidad pública. Decimos, en primer término, que han de ser ejecutadas por un organismo administrativo o por su encargo. De lo que resulta, que no pueden considerarse obras públicas las emprendidas por particulares u organismos privados sin un encargo especial administrativo”. Fernández Rodríguez (1983, p. 2.448) señala: “[...] la obra pública se presenta como una operación de transformación material de un inmueble demanial, hecha por la Administración por sí o por vicarios suyos. Este es concretamente, el concepto de obra pública que maneja como propio la legislación de contratos del Estado.”

⁴⁶ La posibilidad de que los ciudadanos se convirtiesen en concesionarios de carreteras de servicio público se reconoció expresamente, además de en el anterior artículo de la LGOP, en su normativa específica. Así, el art. 46 de la Ley General de Carreteras de 4 de mayo de 1877 decía: “Las carreteras de servicio público, que constituyen el objeto de esta ley, podrán ser construidas y explotadas por particulares o compañías, mediante concesiones para reintegro de los capitales invertidos, y sin subvención alguna por parte del Estado, provincias ni Ayuntamientos, al tenor de los prescrito en el art. 53 de la ley general de Obras públicas”. El art. 58 del Reglamento para la ejecución de la Ley de Carreteras, aprobado por Real Decreto de 10 de agosto de ese mismo año, remitió a la LGOP para complementar el régimen jurídico de este tipo de concesiones de obras públicas. En aquella época era más frecuente que los

- 2.1 Los puertos.
- 3.1 Los canales de riego y navegación.
- 4.1 La desecación de lagunas y pantanos.
- 5.1 El saneamiento de terrenos insalubres.

Y el artículo 53 de la misma disposición decía: “Los particulares y compañías podrán construir y explotar obras públicas destinadas al uso general y las demás que se enumeran en el artículo 7.1 de esta ley, mediante concesiones que al efecto se les otorguen.”.

De la redacción de estos dos preceptos y del citado artículo 1 podemos formular varias conclusiones. En primer lugar, los casos del artículo 7 son prácticamente los mismos que los enumerados en el primer grupo de obras públicas del artículo 1. En segundo término, hemos de indicar que el artículo 53 no contradice en el fondo lo establecido en el artículo 7, ya que éste último, por una parte, hace una remisión expresa a las demás disposiciones de la LGOP en este tema (y a las especiales de cada tipo de obra, si las hubiere), y por otra, la enumeración de obras públicas pertenecientes al primer grupo del artículo 1, que recoge tanto éste como el artículo 7, no excluye que puedan existir otras obras posibles integrantes en ese grupo, “de general uso y aprovechamiento”, y, por tanto, públicas. Es decir, no son supuestos tasados, sino que se trata de una enumeración de obras de esa clase, completa, eso sí, pero meramente descriptiva y ejemplificativa. Por ello el artículo 7 permite que la iniciativa privada ejecute “obras públicas destinadas al uso general y las demás que se enumeran en el artículo 7 de esta ley”.

Y en último lugar, interpretando conjuntamente los tres preceptos mencionados en el sentido expuesto, y en especial el artículo 53, debemos concluir que el ciudadano decimonónico sólo podía ser concesionario de las obras públicas que formaban el primer grupo del artículo 1 de la LGOP, esto es, las de “general uso y aprovechamiento”, mas no de “las construcciones destinadas a servicios que se hallen a cargo del Estado, de las provincias y de los pueblos”. Esta afirmación, estimamos que es la única posible, porque las obras del primer grupo sí eran susceptibles de ejecución por los particulares mediante la técnica concesional, al poder ser construidas y ulteriormente explotadas por ellos mismos, al contrario que las obras públicas del segundo grupo, las cuales, tras su construcción, nunca podían ser consideradas como un servicio de contenido económico, un negocio objeto de gestión y explotación por una empresa privada, pues esas construcciones estaban destinadas, en

particulares solicitasen y obtuviesen las respectivas concesiones de vías férreas que las de carreteras, porque, siguiendo a Martínez Alcubilla (1923), las concesiones de carreteras “no han de prestarse tan fácilmente como en los canales, ferrocarriles y otras obras públicas al reintegro y regular rédito de los capitales”, es decir, fue entonces menos rentable económicamente construir y gestionar una carretera que un ferrocarril, y ello, a pesar de las enormes inversiones y costes que exigían las vías férreas. Mas, estos cuantiosos gastos se compensaban, normalmente, con las numerosas subvenciones que el Estado otorgaba a los concesionarios de ferrocarriles, y además, se fomentó por parte del Estado, precisamente, la realización de esta clase de obras de interés general, por considerarlas entonces necesarias para el progreso y el desarrollo económico del país.

aquel momento, a los servicios dependientes del Ministerio de Fomento, en el caso del Estado, y a los correspondientes servicios administrativos y técnicos provinciales y municipales, en el caso de las Corporaciones Locales.

Por consiguiente, al no existir todavía como independiente la concesión de servicio público u otra fórmula legal semejante a las actuales previstas para estos supuestos, y, de esa forma, la única concesión existente entonces era la de obra pública, que, como sabemos, incluye tanto la construcción de la obra como la subsiguiente explotación de la misma, el particular no podía ejecutar dichas obras a través de la figura concesional, sino, exclusivamente, mediante la contrata, limitándose así la actuación del ciudadano a la fase de construcción o reparación, no habiendo posterior gestión o explotación privada alguna⁴⁷.

Diez años más tarde, el Real Decreto de 12 de noviembre de 1886 fijó los trámites para autorizar la ejecución de obras por administración y para llevar a cabo las de nueva construcción, reparación y conservación de edificios del Estado o de cualquier otra clase. Esta disposición continuó la tendencia expuesta de sus predecesoras consagrando el principio del contratista interpuesto, al considerar que deben prevalecer los sistemas de contrata y concesión sobre el de “administración” para la ejecución de las obras públicas⁴⁸.

3 CONCLUSIONES

El Derecho administrativo español actual es heredero del Derecho decimonónico. Uno de los principios generales del ordenamiento administrativo que preside la gestión de la generalidad de las prestaciones públicas (obras y servicios públicos, relevantemente) es el principio del contratista o concesionario interpuesto, esto es, la preferencia por la

⁴⁷ En la misma dirección, Mestre Delgado (1992, p. 25 y 26) destaca que la legislación de 1877 sobre obras públicas “permitía que la construcción y explotación de algunas obras públicas fuesen actividades desarrolladas por ‘particulares o Compañías’: el criterio para permitir la construcción, y lo que es más importante a nuestros efectos, la ulterior explotación, se fija en la Ley en el concepto de las obras públicas destinadas al uso general (art. 53), de las que específica, ejemplificativamente, 1, las carreteras y los ferrocarriles en general; 2, los puertos; 3, los canales de riego y navegación; 4, la desecación de lagunas y pantanos; 5, el saneamiento de terrenos insalubres, según dispone el art. 7 de la Ley”. Y Domínguez-Berrueta de Juan (1981, p. 26), refiriéndose a la LGOP, afirmaba: “En general, la Ley distinguía dos grandes grupos de obras públicas: las de uso y aprovechamiento general, y las construcciones civiles de edificios públicos. Sólo las del primer grupo podían construirse por concesión. Mas adelante la Ley, en su art. 7, señalaba algunos tipos de obras concretas que entraban dentro de su ámbito, como las carreteras, ferrocarriles, los puertos, desecación de lagunas, etc.”.

⁴⁸ Manuel Colmeiro (1876, p. 250) resaltó la subsidiariedad del método de ejecución directa en esta norma: “[...] no es obligatorio, sino potestativo en la administración, ejecutar las obras ó prestar los servicios públicos de un modo o de otro, según lo reclamen en cada caso los intereses del Estado, de las provincias o de los pueblos. Sin embargo no es el primero, sino el segundo el que prevalece, pues para autorizar la ejecución de cualquier obra pública por administración, debe constar en el expediente la necesidad ó conveniencia de preferir este sistema.”.

ejecución o gestión indirecta, y no la directa por la propia Administración pública.

La génesis del principio jurídico radica, sin duda, en el liberalismo imperante en el siglo XIX. Pero su consagración legislativa, aun siendo netamente liberal, no fue constante y homogénea, sino que se explica por la misma evolución histórica del Estado liberal español durante el periodo decimonónico.

En todo caso, el reinado de este principio jurídico constituye el pilar sobre el que, en gran medida, se asienta el régimen jurídico del contrato administrativo de obras y la concesión administrativa de obras y servicios públicos, instituciones esenciales en el Derecho administrativo, decimonónico y, en menor medida, actual.

REFERENCIAS

ALBI CHOLBI, Fernando. **Tratado de modos de gestión de las corporaciones locales**. Madrid: Aguilar, 1960.

ALZOLA Y MINONDO, Pablo de. **Obras públicas en España**: 1899. Madrid: Turner, 1979.

ARIÑO ORTIZ, Gaspar. **Teoría del equivalente económico en los contratos administrativos**. Madrid: IEA, 1968.

ARTOLA, Miguel. **Historia de España alfaguara**: la burguesía revolucionaria (1808-1874). v. V. 8. ed. Madrid: Alianza, 1981.

BARRERO GARCÍA, Ana María. Materia administrativa en el reinado de Fernando VII. En: **Anuario de Historia del Derecho Español**, Madrid, Ed. Ministerio de Justicia, v. LII, n.º 52, 1983.

BERMEJO VERA, José. **Régimen jurídico del ferrocarril en España (1844-1974)**. Madrid: Tecnos, 1975.

COLMEIRO, D. Manuel. **Derecho administrativo español**. t. segundo, 4. ed. Madrid: Eduardo Martínez, 1876.

DOMINGUEZ-BERRUETA DE JUAN, Miguel. **El incumplimiento en la concesión de servicio público**. Madrid: Montecorvo, 1981.

ESCRICHE, Joaquín. Obras públicas. En: **Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia**. t. IV. Madrid: Eduardo Cuesta, 1874.

FERNÁNDEZ DE VELASCO, Recaredo. **Los contratos administrativos**. Madrid: Victoriano Suárez, 1927.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón. Las obras públicas. En: **Revista de Administración Pública (RAP)**, Madrid, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n.º 100-102, p. 2.227-2.469, 1983.

GARCÍA ORTEGA, Pedro. **Historia de la legislación española de caminos y carreteras**. Madrid: MOPU, 1982.

GARCÍA OVIEDO, Carlos. **Instituciones de derecho administrativo**. t. I. Sevilla: Eulogio de las Heras, 1927.

LOPEZ PELLICER, José Antonio. La concesión administrativa en general. En: LÓPEZ PELLICER, José Antonio; SÁNCHEZ DÍAZ, José Luis (Coord.). **Servicios, obras y dominio público**. Madrid: IEAK, 1976.

MARTIN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo. Aspectos del derecho administrativo en la revolución de 1868. En: **Revista de Administración Pública (RAP)**, Madrid, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n.º 58, p. 9-48, enero-abril 1969.

MARTIN-RETORTILLO, Sebastián. **Aguas públicas u obras hidráulicas: estudios jurídico-administrativos**. Madrid: Tecnos, 1966.

MARTÍNEZ ALCUBILLA, Marcelo. Obras públicas. En: **Diccionario de la administración española**. t. XI. Madrid: Peñuelas, 1923.

MESTRE DELGADO, Juan Francisco. **La extinción de la concesión de servicio público**. Madrid: La Ley, 1992.

MONEDERO GIL, José Ignacio. **Doctrina del contrato del Estado**. Madrid: IEF, 1977.

ORTIZ DE ZÚÑIGA, Manuel. **Elementos de derecho administrativo**. t. III. Granada: Sanz, 1843.

POSADA, Adolfo. **Tratado de derecho administrativo según las teorías filosóficas y la legislación positiva**. t. II. Madrid: Suárez, 1898.

POSADA DE HERRERA, José de. **Lecciones de administración**. 1843. t. III. Madrid: INAP, 1978.

RODRÍGUEZ DE HARO, Francisco. La concesión administrativa de servicios: reseña histórica. En: **Revista de Estudios de Vida Local**, Madrid, Ed. Instituto de Estudios de Administración Local, n.º 203, p. 455-468, 1979.

SANTAMARÍA DE PAREDES, Vicente. **Curso de derecho administrativo según sus principios generales y la legislación de España**. 8. ed. Madrid: Española, 1914.

SANTANA MOLINA, Manuel. **Orígenes, antecedentes y evolución del Ministerio de Fomento**. Alicante: Ed. Universidad de Alicante, 2002.

SOLAS RAFECAS, José María. **Contratos administrativos y contratos privados de la administración**. Madrid: Tecnos, 1990.

VICENS VIVES, Jaume. **Historia social y económica de España y América**. t. II. Barcelona: Teide, 1958.

VILLAR PALASI, José Luis. Las técnicas administrativas del fomento y de apoyo al precio político. En: **Revista de Administración Pública (RAP)**, Madrid, Ed. Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, n.º 14, p. 11-121, 1954.

Submissão em: 10 outubro 2019

Último Parecer favorável em: 28 de novembro de 2020.

Como citar este artigo científico

GOSÁLBEZ PEQUEÑO, Humberto. Ejecución directa de obras públicas versus contrato administrativo en el derecho administrativo español del siglo XIX. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, Montes Claros, v. 1, n. 2, p. 117-148, set.-dez. 2020.

**PROTECCION DE LA MUJER VÍCTIMA DE VIOLENCIA INTRAFAMILIAR:
reflexiones de la normativa en Mexico**

**PROTECTION OF WOMEN VICTIMS OF INTRAFAMILIARY VIOLENCE:
reflections of the regulations in Mexico**

MARÍA DE JESÚS CAMARGO PACHECO¹

MARÍA TERESA GAXIOLA SÁNCHEZ ²

MARÍA DEL ROSARIO MOLINA GONZÁLEZ ³

RESUMEN

Los cambios más recientes en México en materia de derechos humanos de las víctimas del delito responden a la adopción de políticas públicas para reconocer e incorporar algunos derechos que se encuentran diseminados en el derecho internacional, así como en diversos instrumentos jurídicos nacionales. En el caso de las víctimas de violencia intrafamiliar, los instrumentos internacionales han sido determinantes en la precisión de sus derechos a ser protegida, asistida y reparada. En este artículo se revisa, bajo un enfoque dogmático, el contenido y alcance de las medidas de protección reguladas tanto en la legislación específica en materia victimal, como en las legislaciones sustantiva y adjetiva penal.

Palabras Clave: Medidas de protección, víctimas, vulnerabilidad, violencia intrafamiliar.

¹ Doctora en Derecho, Docente e Investigadora del Departamento de Ciencias Sociales, Unidad Regional Sur de la Universidad de Sonora, Integrante del Cuerpo Académico UNISON-CA-165, Presidenta de la Academia de Derecho. Dirigir comunicaciones a: maria.camargo@unison.mx

² Doctora en Derecho, Docente e Investigadora del Departamento de Ciencias Sociales, Unidad Regional Sur de la Universidad de Sonora, Integrante del Cuerpo Académico UNISON-CA-165

³ Doctora en Derecho, Docente e Investigadora del Departamento de Ciencias Sociales, Unidad Regional Sur de la Universidad de Sonora, Líder del Cuerpo Académico UNISON-CA-165. Dirigir comunicaciones a rosario.molina@unison.mx

SUMMARY

The most recent changes in Mexico regarding human rights of crime victims respond to the adoption of public policies to recognize and incorporate some rights that are disseminated in international law, as well as in various national legal instruments. In the case of victims of domestic violence, international instruments have been decisive in the accuracy of their rights to be protected, assisted and repaired. In this section, the content and scope of the protection measures regulated both in the specific legislation on victim matters, as well as in the substantive and criminal adjective legislation is reviewed under a dogmatic approach.

Keywords: Protective measures, victims, vulnerability, domestic violence.

1 INTRODUCCIÓN

A la violencia intrafamiliar se le ubica como la expresión más cotidiana de la violencia de género, ya que los usos y costumbres asignan a la mujer un rol pasivo de sometimiento y servicio hacia el varón. Aunque cada vez hay mayor conciencia de la equidad de género, aún se violentan los derechos humanos de las mujeres provocando un trato discriminatorio y violento. Esto se aprecia recurrentemente en las estadísticas judiciales que en México refieren una cifra victimización mayor hacia la mujer. Ello ocurre también en los delitos sexuales, en donde se evidencia la disparidad entre las víctimas de uno y otro sexo, tanto en las cifras oficiales del Poder Judicial, como en las obtenidas a través de encuestas de victimización.

La violencia intrafamiliar es un fenómeno social que la Organización Mundial de la Salud (OMS) ha dimensionado con la categoría de pandemia ya que a nivel global constituye un factor de mortalidad femenina. Es un problema de salud pública que se refleja en el incremento de padecimientos físicos, psíquicos y hasta la muerte (OMS, 2015a). El referido organismo internacional sostiene que las víctimas están propensas a padecer problemas importantes de salud, mayor probabilidad de dar a luz bebés con padecimientos prenatales, aborto, depresión y predisposición al VIH.

En la Norma Oficial Mexicana NOM-046-SSA2-2005 en la que se plasma los criterios para la prevención y atención de la violencia familiar, sexual y contra las mujeres, precisa que los daños a la salud pueden darse tanto en lo biológico, con retraso en el crecimiento, lesiones que causan discapacidad parcial o total, pérdida de años de vida saludable, enfermedades de transmisión sexual como ITS/VIH/SIDA, daños psicológicos, repercusiones en el ámbito social, y la muerte, por su influencia en la perpetuación de este tipo de conductas, desintegración familiar, violencia social e improductividad (OMS, 2015a).

En México la magnitud y repercusiones de la violencia doméstica se encuentra medida en algunas encuestas realizadas por Instituto Nacional

de Estadística Geografía e Informática (INEGI), las más conocidas son la Encuesta Nacional de Victimización y Percepción de la seguridad (ENVIPE) y la Encuesta Nacional sobre la Dinámica de las Relaciones de los Hogares (ENDIREH) que examinan la incidencia delictiva, tipologías criminales y victimales, geografía y costos del delito entre otros aspectos. La ENDIREH aborda en específico la violencia contra la mujer, dicho instrumento refiere en su reporte más reciente de agosto de 2017, los siguientes indicadores: El 66% de las mujeres de 15 años o más ha padecido cuando menos un incidente de violencia en toda su vida; el 43.9% de las víctimas ha sufrido violencia por parte de su actual o última pareja, esposo o novio a lo largo de su relación; que los agresores más señalados son el padre y madre; que la violencia ejercida en los últimos doce meses ha sido en su hogar o en el de algún familiar (INEGI, 2007).

El delito de violencia intrafamiliar implica en uso de la fuerza física y psicológica ejercida en un ambiente de desigualdad, siendo el propósito del agresor mantener la hegemonía en una sociedad cómplice e influida por estereotipos, creencias o expectativas que han sido heredadas de generaciones anteriores y que limitan o anulan los derechos de las mujeres al pleno desarrollo en igualdad de circunstancias que los varones (FONSECA HERNÁNDEZ; QUINTERO SOTO, 2008). El observatorio de la OMS destaca que el 30% de las mujeres en el mundo han sufrido violencia psicológica o sexual en algún momento de su vida y que más del 30% de las mujeres en el mundo que han mantenido una relación de pareja han sido víctimas de violencia física y/o sexual, (OMS, 2015d). La violencia contra la mujer representa un atentado grave no solo a la igualdad y no discriminación sino también al pleno ejercicio de los derechos de personalidad, a la salud y otros derechos fundamentales reconocidos en México.

A nivel Internacional se han suscrito y ratificado convenciones, declaraciones y resoluciones de organismos como la Organización de las Naciones Unidas (ONU), Organización de Estados Americanos (OEA), Corte Interamericana de Derechos Humanos, y otros, que han evaluado y censurado la pasividad del Estado mexicano en el fenómeno de la violencia en contra de las mujeres, estableciendo las directrices bajo las cuales debe asistirse y protegerse a la víctima. Son referentes la Convención Americana sobre Derechos Humanos conocida como el “Pacto San José Costa Rica”, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la violencia contra la Mujer (Convención Belém do Pará), así como las sentencias relevantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En específico, los casos de Campo algodónero y de Rosendo Cantú *vs.* México. Estas últimas porque constituyen precedentes jurisdiccionales de aplicabilidad obligatoria cuyo impacto ha sido determinante para el reconocimiento de mecanismos para su apoyo y asistencia en la legislación mexicana.

Derivado de los documentos arriba referidos se ha conminado a nuestro país a realizar acciones positivas que contribuyan a superar las diferencias entre hombres y mujeres, promoviendo la conciencia social de respeto e

igualdad; a regular de manera clara y completa las conductas que sean constitutivas de delitos de género y sus respectivas sanciones; a reconocerle derechos y establecer garantías para su eficacia a través de un orden normativo que contribuya a mejorar su atención en todas las esferas del sistema penal, diseñando protocolos de intervención que consideren su mayor vulnerabilidad y adoptando programas de apoyo que aporten recursos para superar su condición.

Por otro lado, también es importante referir que con motivo de la incorporación en nuestra Norma Suprema del principio *pro persona*, se impone la obligación a las autoridades de todos los niveles, de aplicar los tratados, convenciones, declaraciones y protocolos, suscritos y ratificados por el gobierno mexicano si contribuyen en la ampliación o complementación de los derechos humanos constitucionalizados.

2 CONTEXTUALIZACIÓN DEL PROBLEMA

El Estado mexicano en cumplimiento de los compromisos adoptados en las Declaraciones y Convenciones Internacionales ha pretendido armonizar la normativa nacional para incorporar sus principios básicos y los medios para su efectividad. En el tema de la protección a víctimas, la criminalización del delito de violencia intrafamiliar en las codificaciones penales sin dudas fue un avance, pero merecen relevancia la aprobación de legislaciones que atienden requerimientos concretos derivados de la firma de dichos acuerdos. Entre ellos la Ley General de Víctimas de enero de 2013, su reglamento de noviembre de 2014 y el Modelo Integral de Atención a víctimas de junio de 2015. En ellos se regula con mayor detalle el derecho de la víctima a recibir protección, obligando a los operadores del sistema penal a adoptar mecanismos más eficaces en la salvaguarda de su integridad y demás bienes jurídicos bajo un concepto amplio de reparación.

La incorporación en la Constitución mexicana del derecho a medidas de protección para las víctimas u ofendidos implicó tareas a realizar. Principalmente, para los operadores del sistema penal, no solo en la definición del contenido y alcance de éstas, de acciones concretas para garantizar su cumplimiento, de la previsión de los mecanismos y entidades responsables en su ejecución para que durante la investigación y juicio se proteja la integridad y bienes jurídicos de las víctimas previniendo, detectando o impidiendo actos de violencia extrema que puedan culminar en feminicidio u homicidio. En los casos de existencia previa de comportamientos constitutivos de violencia intrafamiliar. De esta manera se regularon medidas de protección que pueden anticiparse desde la etapa de investigación como una facultad del Ministerio Público, como representante social, en aras de salvaguardar la integridad física, sexual, patrimonial y psicológica de la víctima y ofendidos.

Desde éste contexto, este trabajo pretende responder a la siguiente interrogante: ¿Cuál es el alcance real que tiene el derecho de las víctimas a obtener del Estado mexicano medidas de protección en los casos de violencia intrafamiliar?

Se parte del supuesto de que la previsión de las medidas de seguridad a favor de las víctimas no es suficiente para protegerlas, hay ausencia de indicadores que midan el desempeño de los operadores del sistema penal respecto al cumplimiento de los derechos y sus garantías, ya que es frecuente que queden en letra muerta y la víctima quede a expensas de la voluntad y de tratos estereotipados de los servidores públicos que no les permite visualizar la magnitud del peligro al que está expuesta la víctima de violencia intrafamiliar, colocándola en una mayor vulnerabilidad. Además, las medidas de seguridad previstas principalmente en las leyes victimales, condicionan las medidas de protección a una temporalidad y no a la necesidad real de protección de la víctima. Por lo que en la sentencia definitiva que se dicta no se retoman medidas de ese tipo, que en todo caso, pueden resultar determinantes para evitar otros delitos con resultados más lesivos e irreparables, como el feminicidio.

Existen los mecanismos legales para hacer de la protección un eficaz derecho que prevenga daños futuros a las víctimas y se garantice el acceso a medidas de reparación que le permitan sobreponerse al hecho delictivo. Sin embargo, no son consideradas como medidas definitivas para aplicarse en la sentencia. Las medidas de protección son medidas perenes y limitadas que condicionan el auxilio a la víctima a una temporalidad temprana en el avance del procedimiento penal, solo para la fase de investigación, una vez concluido el juicio, se prioriza la condena privativa de la libertad, o se establece la reparación del daño pero no en el sentido amplio o integral que prevé la Ley General de víctimas y el Modelo Integral de Atención a Víctimas.

El objetivo del estudio se centra en analizar las medidas de protección que existen a favor de la mujer como víctima de violencia intrafamiliar en la normativa mexicana para evaluar su alcance y potencialidad en la prevención de nuevas victimizaciones; así como determinar las directrices y prácticas que desde la norma establecen los protocolos de actuación de los operadores del sistema penal en la protección de las víctimas de violencia intrafamiliar. En especial, de la mujer como grupo vulnerable.

Se partirá de la interpretación lógico-sistemática del derecho victimal mexicano, de la legislación penal vigente a nivel nacional y demás instrumentos jurídicos que proveen mecanismos y procedimientos, para la salvaguarda de la integridad y seguridad de las víctimas de violencia intrafamiliar.

3 EL DERECHO FUNDAMENTAL DE LA VÍCTIMA DE SOLICITAR MEDIDAS PARA SU PROTECCIÓN Y RESTITUCIÓN DE SUS DERECHOS

El artículo 20, apartado C, fracción VI, de la Constitución Federal (MEXICO, 2019) prevé como derecho de la víctima u ofendido solicitar las medidas cautelares y providencias necesarias para la protección y restitución de sus derechos. Su propósito es impedir la consumación de actos que pongan en peligro la integridad corporal, vida o algún otro bien considerado esencial para la víctima. Se traduce en una prestación a cargo del Estado, a través de

la cual está obligado a otorgarle medidas de protección urgentes y preventivas, que le permitan el ejercicio de sus derechos y/o en su caso la restitución o reparación en condiciones de libertad y justicia.

En el último párrafo de la fracción V del mismo precepto constitucional se contempla como responsabilidad del Ministerio Público el garantizar la protección de víctimas y testigos, así como la obligación de prever el establecimiento de medidas para garantizar la reparación del daño una vez terminado el juicio (MEXICO, 2017c). Una responsabilidad planteada en los Códigos Penales Mexicanos de manera incompleta al no reglamentarse sanciones para el referido funcionario cuando incumpla con dicha carga, ello ocurre en la mayor parte de las entidades federativas.

La Ley General de Víctimas, reglamentaria del apartado c del artículo 20 Constitucional, establece como un principio rector la máxima protección de la víctima como parámetro cuantitativo en su atención. Como una atribución para todas las autoridades tanto del orden federal, estatal y municipal, de interpretar y aplicar de manera amplia las medidas de salvaguarda de la dignidad, libertad, seguridad de las víctimas no solo derivadas de la delincuencia sino en general de violaciones a los derechos humanos (MEXICO, 2017c). Regula la obligación del Estado de adoptar las medidas que garanticen la seguridad, protección, bienestar físico y psicológico, así como la intimidad de la víctima.

Asimismo en el listado de los derechos de las víctimas previstos en el artículo 7 del Cuerpo Legal en referencia (MEXICO, 2017c), se establecen en algunas de sus fracciones, derechos que pueden considerarse como una extensión o complementación de las medidas de protección, por lo que sus contenidos debe tomarse como principios orientadores para su prestación, promoción y eficacia, ya que resulta difícil separar la protección de la seguridad de la víctima de otros derechos. Esto porque en diversos momentos se conectan y ejecutan de manera simultánea.

A continuación, se realiza un resumen de los derechos que resultan de mayor proximidad o complementariedad con la protección hacia la víctima, siendo los siguientes:

- a que se le brinde protección y se salvaguarde su vida e integridad corporal, en caso de que tenga intervención en la investigación y juzgamiento tratándose de delitos de delincuencia organizada, si ello representa riesgo a su seguridad (f. IV). Lo mismo aplica, conforme a la fracción XXXV en caso secuestro, desaparición forzada de personas, otras formas de privación de la libertad contrarias a la Ley, trata de personas, tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; armonizando para tal efecto los derechos y garantías previstos en las leyes especializadas;
- ser tratadas con respeto a su dignidad por parte de los servidores públicos e instituciones obligadas a su atención (f. V);
- recibir ayuda, asistencia y atención oportuna, rápida, equitativa y efectiva de conformidad con el daño sufrido y por personal especializado, evitando su revictimización (f. VI);

- acceso a la verdad, justicia y reparación integral mediante recursos ágiles, apropiados, suficientes, rápidos y eficaces. Un derecho muy amplio que se relaciona con todos los reconocidos por la Constitución Federal, el hacer justicia a la víctima implica dar relevancia a las necesidades, en especial aquellas de urgencia cuando pongan en peligro sus derechos, atendiéndola con celeridad y eficacia. Pero también, resolviendo en definitiva las que resulten pertinentes después de sentencia, para garantizar la continuidad en el ejercicio pleno de sus libertades y derechos (f. VII);
- a recibir protección del Estado, aún en el caso de no haber acudido a la justicia penal, comprendiendo en ella las medidas que promuevan su bienestar físico y psicológico. Así como la seguridad del entorno. Este derecho se relaciona además con el apoyo que debe recibir la víctima para afrontar los efectos del delito y tiene que ver con el acceso a servicios profesionales en el área médica, psicológica, psiquiátrica y de asistencia (f. VIII). La fracción XXIII señala además que la atención debe favorecer su rehabilitación tanto física como psicológica y propiciar su reintegración a la sociedad;
- a recibir información que le permita el acceso a los procedimientos, mecanismos, medidas y derechos que en su favor consagra la Ley General de Víctimas, incluidos las relacionadas con su seguridad y auxilio, derecho de relevancia para guiar la toma de decisiones de la víctima (fracciones IX, X y XXV);
- obtener en forma oportuna, rápida y efectiva todos los documentos que requiera para ejercer sus derechos, como identificación y visas (f. XI);
- retornar a su lugar de origen o a reubicarse, si así lo desea, en condiciones de seguridad y dignidad (f. XVII);
- beneficiarse de las acciones afirmativas y programas sociales públicos para proteger y garantizar sus derechos bajo enfoque transversal de género y diferencial (f. XIX); y
- a que se reconozcan a su favor todos los derechos previstos en la Constitución, Tratados Internacionales, y cualquier otra disposición prevista en el Orden Jurídico Mexicano, incluidas las leyes especializadas de las entidades federativas (f. XXXVII). En este sentido, cabe referir que fuera de la Ley Nacional en materia de víctimas se encuentran diseminados además de otras legislaciones de índole federal, la desarrollada por las entidades federativas, cuyo ámbito de aplicación es su territorio y, que en algunos casos amplían el contenido de los ya señalados, como ocurre con el Estado de Sonora, al que se hará referencia en apartados posteriores.

Zamora Grant (2013) destaca que actualmente el derecho de medidas de protección es muy extenso al consistir en el otorgamiento de medidas cautelares y providencias necesarias para proteger y restituir a la víctima de sus derechos, de todos los que se desprenden del orden jurídico mexicano, no solo los previstos en la Constitución Federal. Señala que el propósito de este derecho es evitar que la afectación de un bien jurídico se realice o continúe, en tanto queda clara la legalidad del hecho. Se busca impedir daños mayores e incluso irreparables. Señala que dichas medidas se ubican

en el Derecho Civil. Sin embargo, se incorporaron también en materia penal como una forma de dar un mayor protagonismo a la víctima (ZAMORA GRANT, 2013) y, respondiendo a la necesidad de establecerlas como una garantía que permita acceder a sus derechos humanos, directamente dentro del proceso penal sin tener que acudir a otras instancias para conseguirlos, evitándose así una mayor tardanza en la resolución del conflicto y costos derivados de la promoción de acciones civiles.

Sostiene que su reglamentación en las legislaciones secundarias debería encaminarse a la preservación de la salud tanto de la víctima como de los ofendidos; de sus bienes y posesiones, afectados o susceptibles de serlo; de testigos; a garantizar la restitución del bien afectado, o su pago; a la indemnización del daño moral o material y al resarcimiento del perjuicio; entre otros, (ZAMORA GRANT, 2013).

La Ley General de Víctimas en su numeral 40 prevé que este derecho adquiere vigencia en los casos de que esté amenazada la integridad personal o la vida de la víctima. O cuando se resuelva fundadamente que se encuentra la misma en riesgo inminente, considerando el tipo de delito o la violación a los derechos humanos que se ha padecido. Correspondiendo a las autoridades de los tres niveles de gobierno: federal, estatal y municipal, adoptar de manera inmediata las medidas para evitar el daño (MEXICO, 2017c).

Los principios que sustentan el otorgamiento de medidas de protección de acuerdo con el referido instrumento legal, consisten en los siguientes (MEXICO, 2017c):

- principio de protección: significa que deben cubrir prioritariamente la preservación de la vida, la integridad física, la libertad y la seguridad de las personas;
- principio de necesidad y proporcionalidad: deben ser acordes a la intensidad del peligro y ser las necesarias para garantizar su seguridad o reducir los riesgos;
- principio de confidencialidad: secrecía de la información obtenida y reservarla para los fines de la investigación o del proceso;
- principio de oportunidad y eficacia: deben ser oportunas, específicas, adecuadas y eficientes, otorgadas a partir del momento y durante el tiempo que garanticen su objetivo.

Los principios referidos ubican en los propósitos que se persiguen al reconocer el derecho a las medidas de protección, que estriba en preservar los más altos bienes jurídicos de las personas como su vida, integridad física, libertad y seguridad. De ahí la celeridad bajo la cual deben analizarse y resolverse para evitar la causación de daños que, puedan ser irreversibles, si la víctima espera a la conclusión del proceso o bien que puedan anular el ejercicio de sus derechos.

En el último párrafo del citado numeral, se advierte un listado de responsabilidades a las que pueden incurrir los servidores públicos que incurran en negligencia respecto del otorgamiento de esas medidas, cuando existan datos suficientes que demuestren la posibilidad de nuevas afectadas y que la

autoridad esté coludida con el presunto agresor o con un tercero implicado. Consistiendo en sanciones de naturaleza administrativa, civil o penal, consecuencias reguladas en las legislaciones federales o locales. Asimismo, se establece la sanción a las autoridades que participen en actos que pongan en riesgo la seguridad de la víctima, porque ejerzan actos de intimidación, represalias, amenazas directas y negligencia. En el caso del delito de violencia intrafamiliar, corresponde a las entidades federativas el legislar al respecto.

Como se advierte, se trata de un derecho asociado a la supervivencia de la víctima, y por lo tanto requiere acciones responsables y oportunas de parte de los servidores públicos facultados para su reconocimiento y otorgamiento. Exige empatía de parte de los mismos hacia las víctimas, capacidad para discriminar los casos urgentes de los simulados. También la existencia de controles internos para verificar el desempeño de los que tienen el contacto directo con la víctima a fin de que el trato que otorguen proporcione seguridad y soluciones.

En el Protocolo de actuación policial en materia de violencia de género, de aplicación federal, define el contenido y alcance de la protección a la que tienen derecho las víctimas, así como la responsabilidad del Estado de acatarlos:

Debe ser integral y cubrir todas las áreas de la vida de las mujeres, de cualquier violación a sus derechos realizada por particulares. El Estado si no interviene incumple con sus obligaciones jurídicas, debe crear políticas y organismos, legislar y emprender acciones destinadas a prevenir esas violaciones, auxiliar a las víctimas, castigar a los culpables (MEXICO, 2010).

Significa que la protección a la que tiene derecho la víctima debe ser lo más amplia posible, considerando todas las repercusiones que el delito pueda tener en ella. Por lo que la omisión de la autoridad respecto de los mecanismos que debe promover o aplicar violenta el ejercicio de este derecho fundamental.

Por su parte la Ley General de Víctimas reconoce el deber del Estado de otorgarles máxima protección, estando obligadas las autoridades a una aplicación más amplia de las medidas de libertad, seguridad y otras (MEXICO, 2010). Derecho que deberá ser interpretado de conformidad con la Constitución, tratados y leyes aplicables, en lo que favorezca la cobertura más completa. Las víctimas de violencia intrafamiliar tienen derecho a obtener del Estado la prestación de medidas de protección frente a los actos que vulneren, menoscaben, supriman o pongan en riesgo el goce y disfrute de los bienes jurídicos que les corresponde por el hecho de ser persona.

En el artículo 10 del Reglamento de la Ley General de Víctimas establece algunos supuestos que deben valorarse en el otorgamiento de las medidas de protección entre otros: la existencia de amenazas y agresiones que impliquen atención inmediata; la continuidad y proximidad temporal de las amenazas y agresiones; y la imposibilidad para la reparación integral del daño (MEXICO, 2014).

4 MEDIDAS DE PROTECCIÓN A VÍCTIMAS EN MÉXICO

La Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Belém do Pará) suscrita en junio de 1995 y ratificada en México en noviembre de 1996, establece una serie de obligaciones para reducir y atender a las víctimas de violencia de género. El artículo 4 señala el reconocimiento, goce, ejercicio y protección de todos los derechos y libertades para las mujeres, entre ellos: la vida, integridad física, psíquica y moral; libertad y seguridad personales; a no ser sometida a torturas; a su dignidad; igualdad de protección ante la ley y de la ley; a recursos sencillos y rápidos contra actos que violen sus derechos; libertad de asociación; de religión y las creencias; así como participación política. Señalando además que la mujer contará con total protección de esos derechos (OEA, 1994).

En su artículo 7 inciso d, establece que los Estados deben incorporar medidas legales para conminar al agresor de abstenerse de hostigar, intimidar, amenazar o poner en peligro la vida o daño a la integridad o propiedad, adoptar medidas apropiadas. Entre ellas, revisión de la legislación vigentes o de prácticas jurídicas que respalden la tolerancia de la violencia contra la mujer. El inciso “e” dispone la obligación de fijar procedimientos legales justos y eficaces para la mujer que haya sido sometida a violencia, que incluyan medidas de protección, un juicio oportuno, acceso efectivo a esos procedimientos y otros.

En artículo 8 inciso “d” establece que los Estados deben proporcionar a las mujeres víctimas de violencia servicios especializados, refugios, servicios de orientación, custodia y cuidado de los menores afectados. Teniéndose en cuenta su situación de vulnerabilidad como raza, condición étnica, migrante, refugiado o desplazado, embarazada, discapacitada, menor de edad, anciana, o está en situación socioeconómica, etc. (OEA, 1994).

En los siguientes párrafos se hace la descripción de las medidas de protección reconocidas en México tanto en la Legislación Victimal como en la Norma Procesal Penal única, de aplicación en todo el territorio nacional. Cabe hacer la aclaración que pueden ubicarse otras medidas de protección en las legislaciones victimales y sustantivas penales del ámbito local, ya que las entidades federativas tienen libertad para su ampliación. Porque los derechos que la Constitución consagra son el punto de partida, lo mínimo que debe respetarse y atenderse, de ahí el compromiso del legislador secundario de contribuir a su progresividad.

El Código Nacional de Procedimientos Penales, en adelante CNPP, reglamenta los procedimientos y casos en los que debe aplicarse una medida de protección como una facultad del agente del Ministerio Público, quien bajo su más estricta responsabilidad podrá decretarlas en caso de existir riesgo inminente para la seguridad de la víctima (MEXICO, 2017a).

Enunciativamente contempla las medidas siguientes (MEXICO, 2017a):

- prohibición de acercarse o comunicarse con la víctima u ofendido;

- limitación para asistir o acercarse al domicilio de la víctima u ofendido o al lugar donde se encuentre;
- separación inmediata del domicilio;
- entrega inmediata de objetos de uso personal y documentos de identidad de la víctima en posesión del probable responsable;
- prohibición de intimidar o molestar a la víctima u ofendido o a personas relacionados con ellos;
- vigilancia en el domicilio de la víctima u ofendido; protección policial de la víctima u ofendido;
- auxilio inmediato por integrantes de instituciones policiales, al domicilio en donde se encuentre la víctima en el momento de solicitarlo;
- traslado a refugios o albergues temporales, así como de sus descendientes; y
- reingreso de la víctima u ofendido a su domicilio, una vez que se salvaguarde su seguridad.

Tratándose de las tres primeras, éstas deberán revisarse en los cinco días siguientes por el juez de control quien está facultado para cancelarlas, ratificarlas o modificarlas, contenido en el mismo cuerpo normativo, antepenúltimo párrafo, artículo 137, del CNPP. Asimismo, por el carácter urgente y por la importancia de estas medidas en la preservación de los derechos de las víctimas, el Código Nacional faculta al Representante Social para aplicar medidas de apremio como recurso coactivo para conseguir el cumplimiento forzado a los obligados.

Las medidas de protección se encuentran limitadas a una duración máxima de sesenta días naturales, prorrogables hasta por treinta más, o bien quedar sin efecto si desaparece la necesidad que le dio origen. En el último párrafo del artículo 137 CNPP señala que, en los delitos por razón de género se aplicará supletoriamente la Ley General de Acceso de las Mujeres a una vida Libre de Violencia, en lo sucesivo LGAMVLV, en ella se define a las órdenes de protección como “los actos de protección y de urgente aplicación en función del interés superior de la víctima” (MEXICO, 2017b). De urgente aplicación por encontrarse en riesgo la víctima en su integridad física o psicológica, su libertad o seguridad e incluso de las víctimas indirectas, (ACCESO, 2014b), debiendo otorgarse de manera inmediata al conocimiento de los hechos y siempre que impliquen violencia contra la mujer. Se contemplan tres tipos de medidas: de emergencia, preventivas y de naturaleza civil (MEXICO, 2017b).

Las órdenes de emergencia comprenden medidas que en su mayoría tienen por objetivo limitar al generador de la violencia en el ejercicio de sus derechos, cuando ello sea necesario para preservar los de la víctima, en ellos se incluye (MEXICO, 2017b):

- su desocupación del domicilio conyugal o donde habite la víctima, independientemente de su derecho de propiedad o posesión del inmueble, o en casos de arrendamiento;

- prohibición de acercarse al domicilio, lugar de trabajo, de estudios, del domicilio de las y los ascendientes y descendientes o de cualquier otra persona que frecuente a la víctima;
- prohibición de intimidar o molestar a la víctima en su entorno social, así como a cualquier integrante de su familia; y
- reingreso de la víctima al domicilio, una vez que la autoridad se cerciore que no existe ningún peligro, de acuerdo a lo establecido en el artículo 29 de la LGAMVLV.

Las órdenes de protección preventivas serán:

- retención y guarda de armas de fuego propiedad del agresor o de alguna institución privada de seguridad, aunque se encuentren debidamente registradas, así como de aquellas punzocortantes o punzo contundentes que se hayan empleado para amenazar o lesionar a la víctima;
- inventario de los bienes muebles e inmuebles de propiedad común y los implementos de trabajo de la víctima;
- uso y goce de bienes muebles que se encuentren en el inmueble que sirva de domicilio de la víctima;
- acceso al domicilio en común, de autoridades policíacas o de personas que auxilien a la víctima a tomar sus pertenencias personales y las de sus hijas e hijos;
- entrega inmediata de objetos de uso personal y documentos de identidad de la víctima y de sus descendientes;
- auxilio policíaco de reacción inmediata con autorización expresa de ingreso al domicilio donde se encuentre la víctima en el momento de solicitar el auxilio; y
- brindar servicios reeducativos integrales especializados y gratuitos, con perspectiva de género al agresor en instituciones públicas acreditadas.

Las órdenes de protección de naturaleza civil consistirán en:

- suspensión temporal del régimen de visitas y convivencia con sus descendientes;
- prohibición de enajenar o hipotecar bienes de su propiedad en relación al domicilio conyugal;
- y en cualquier caso en caso de la sociedad conyugal;
- posesión exclusiva de la víctima sobre el inmueble que sirvió de domicilio;
- embargo preventivo de bienes del agresor, que deberá inscribirse con carácter temporal en el Registro Público de la Propiedad, a efecto de garantizar las obligaciones alimentarias; y
- obligación alimentaria provisional e inmediata.

Las órdenes emergentes y preventivas deberán otorgarse tomando en cuenta el riesgo o peligro existente; la seguridad de la víctima y demás elementos disponibles, así establecido por el numeral 31 de la LGAMVLV (MEXICO, 2017b). Tanto las órdenes de emergencia como las preventivas tendrán una temporalidad no mayor a 72 horas y deberán expedirse dentro de las 24 horas siguientes al conocimiento de los hechos.

Asimismo, en el artículo 138 CNPP contempla las “providencias precautorias” cuya finalidad estriba en garantizar la restitución de los derechos de la víctima y de la reparación del daño, entre ellos: el embargo de bienes, inmovilización de cuentas o valores, medida susceptible de cancelarse si el imputado otorga garantía que cubra el monto correspondiente (MEXICO, 2017b).

Como antes se indicó, las medidas no solo pueden desprender de ordenamientos federales, sino también en lo local o regional, donde se han instrumentado reglamentaciones tendientes a la protección de la violencia de género, es el caso del Estado de Sonora, que aprobó en octubre de 2009 la Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia de la entidad (SONORA, 2019), en adelante (LAMVLVS) regula dos tipos de medidas de protección: de emergencia y preventivas, sujetas a una temporalidad no mayor a las 96 horas, debiendo expedirse por el Representante Social dentro de las 12 horas siguientes al conocimiento de los hechos que impliquen violencia (artículo 35 LAMVLVS).

El artículo 36 enunciativamente contempla las de emergencia:

- separación o retiro del agresor del domicilio conyugal que habite la víctima;
- separación de la víctima y ascendientes del domicilio conyugal;
- prohibición al probable responsable de acercarse al domicilio, lugar de trabajo, estudios, domicilio de ascendientes o descendientes, distancia que deberá determinarse por el Ministerio Público;
- reingreso de la víctima a su domicilio, una vez que se verifique su seguridad;
- prohibición de intimidar o molestar a la víctima o a un familiar en su entorno social; y
- las demás que se establecen en otras disposiciones.

Por su parte el artículo 37 refiere las medidas preventivas, siendo las siguientes:

- retención o guarda de armas de fuego, incluidas las armas blancas ya referidas;
- inventario de bienes de propiedad común;
- uso y goce de bienes muebles que se encuentren en el domicilio de la víctima;
- acceso en común de autoridades policíacas o de personas que auxilien a la víctima a tomar sus pertenencias;

- entrega inmediata de objetos de uso personal y documentos de identidad de la víctima y descendientes;
- auxilio policiaco de reacción inmediata;
- servicios reeducativos integrales para el agresor; y
- demás que se establezcan en otras disposiciones legales.

Establece que tratándose del ingreso de la víctima a recoger sus pertenencias al domicilio y del auxilio policiaco de reacción inmediata, también podrá decretarse por las autoridades policíacas del lugar. El artículo 44 señala que es obligatorio que el agresor participe en programas de reeducación integral. Asimismo en el numeral 39, establece que las autoridades jurisdiccionales les corresponden valorar y determinar medidas similares en sus resoluciones.

Las autoridades sean estatales o municipales dentro de sus competencias, adoptarán medidas y acciones para la protección, atención médica, psicológica y jurídica, además de otros servicios que requiera la víctima, incluyendo la canalización a refugios cuando requiera más tiempo para su recuperación (artículo 43 LAMVLVS).

Artículo 22 de la LAMVLVS establece, entre otras, la competencia de la Secretaría de Gobierno en el Estado de Sonora para coordinar la prestación de los servicios especializados en materia de protección y asistencia, a través de instituciones tanto públicas como privadas (f. V). Y, para la capacitación del personal de la procuraduría, policías y demás servidores encargados de la aplicación de políticas de atención de la violencia contra la mujer (f. III). Ambas fundamentales para el acceso efectivo de las mujeres víctimas de violencia al apoyo y protección de las instituciones.

La Ley de Prevención y Atención de la Violencia Intrafamiliar de Sonora, en adelante (LPAVIES) (SONORA, 2017), regula en Artículo 14 la competencia del Ministerio Público, en la tramitación de las órdenes de protección, así como de medidas cautelares previstas en el Código de Procedimientos Civiles: otorgar asesoría y orientación jurídica a las personas que resulten víctimas de violencia intrafamiliar; solicitar al medidas provisionales a fin de proteger los derechos de los receptores de violencia intrafamiliar y aplique, en su caso, los medios de apremio que procedan; canalizar a las víctimas a los hospitales o Unidades de Atención de la Secretaría de Salud; entre otros.

El Artículo 14 señala la competencia del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF) en el Estado, para promover la creación y funcionamiento de centros y refugios para la atención y asistencia de víctimas de violencia intrafamiliar. Sin embargo, en este caso el acceso a las víctimas de estos centros para su asistencia y protección solo es un anhelo en diversas regiones del Estado y en el país. Adicionalmente, tiene competencia para tramitar las solicitudes de protección a víctimas, especialmente de víctimas vulnerables como menores de edad, incapaces, personas de la tercera edad a fin de que no sean expuestos y reciban de inmediato atención (SONORA, 2017).

En el Código Penal de Sonora, otro instrumento jurídico que en lo local regula medidas de protección contemplándolas dentro del capítulo del tipo penal de violencia intrafamiliar. Entre ellas:

- el alejamiento del agresor del domicilio de la víctima, de su trabajo o institución educativa en donde aquélla desarrolle sus actividades cotidianas, según las circunstancias del caso;
- el abandono inmediato del domicilio conyugal; y
- la conminación al agente de abstenerse de actos de perturbación o intimidación que afecten a la víctima, a sus bienes o de sus familiares, de acuerdo a lo establecido en el artículo 234 c, segundo párrafo (SONORA, 2018).

Cabe destacar que el referido numeral establece la responsabilidad del agente de Ministerio Público de atender las solicitudes de la víctima, incluso en días y horas inhábiles, ello con la intención de actuar en su protección con la celeridad que resulte necesaria para evitar mayores consecuencias y remite a la Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, ya revisada en páginas anteriores, para determinar las medidas de protección que deberán valorarse por la autoridad persecutora.

5 LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN COMO UNA MODALIDAD DE REPARACIÓN EN SENTENCIA

Como ya se describió en los apartados previos se puede ubicar en varios instrumentos jurídicos el derecho a la protección de la víctima, previstos como providencias cautelares o medidas de urgencia u otras denominaciones, pero en todo caso transitorias, por el tiempo necesario para poner a salvo los derechos esenciales para el pleno desarrollo de su existencia. Sin embargo, el artículo 33 LGAMVLV establece la facultad del juez penal para incluir medidas equivalentes a las anteriores dentro de las sentencias condenatorias al señalar que: “Corresponde a las autoridades jurisdiccionales competentes valorar las órdenes y la determinación de medidas similares en sus resoluciones o sentencias” (MEXICO, 2017b).

El Modelo Integral de Atención a Víctimas (MEXICO, 2015), establece los lineamientos y competencias para el eficaz ejercicio de los derechos de las víctimas en México, se le define en los siguientes términos: “Es un conjunto de procedimientos, acciones y principios fundamentales para proporcionar atención, asistencia, protección y reparación integral de las víctimas del delito y de violaciones a derechos humanos, impulsar su empoderamiento y prevenir revictimización” (MEXICO, 2015).

En el referido instrumento establece un enfoque centrado en la protección de las víctimas, determinando mecanismos de tutela con el fin de garantizar la eficacia en el ejercicio de los derechos de las víctimas, tanto de los que están reconocidos en los estándares internacionales como en la Ley General de Víctimas (MEXICO, 2015). En el apartado 3.2 referido a sus conceptos

básicos, establece que como una directriz de la asistencia a víctimas el concepto de reparación integral que obliga a las autoridades en los ámbitos de su competencia a aplicarlo en los términos siguientes:

Es el derecho de la víctima a ser reparada de manera oportuna, plena, diferenciada, transformadora, integral y efectiva por el daño que ha sufrido como consecuencia del delito o hecho victimizante que la ha afectado, o de las violaciones a derechos humanos que ha sufrido, comprendiendo medidas de restitución, rehabilitación, compensación, satisfacción y de no repetición.

Lo preceptuado, constituye un concepto amplio de reparación y para considerar que se ha satisfecho en favor de la víctima, debe ser integral, esto es, abordando todas las dimensiones del hecho victimizante:

- oportuna, debe cumplirse en un plazo razonable;
- plena, es decir enfocada a la reconstrucción del proyecto de vida de la víctima, al reconocimiento de su dignidad y no limitarse a restituirla en cuanto a lo material y derechos;
- diferencial y especializada, debe ser acorde a las necesidades de la víctima;
- transformadora, debe permitir la modificación de la situación estructural que produjo la victimización; y
- efectiva, traducirse en beneficios reales para la víctima.

El Modelo establece cinco estándares internacionales en materia de reparación del daño, que se encuentran consagrados en la Ley General de Víctimas y en algunos Códigos Penales Mexicanos: la restitución, compensación, rehabilitación, satisfacción y las garantías de no repetición. De estas últimas son las que haremos referencia en los apartados ulteriores, por ser las que se encuentran más relacionadas con el tema que hasta este momento hemos venido desarrollando, las medidas de protección como un derecho fundamental de las víctimas de violencia intrafamiliar.

El Modelo define por garantía de no repetición, las “medidas de carácter particular o general cuyo fin es garantizar, en la medida de lo posible, la no repetición del hecho victimizante” (MEXICO, 2015). Incluye además de otras, el diseño de programas de protección a testigos y personal jurisdiccional; la supervisión de la autoridad a los autores del hecho victimizante; la prohibición a éste último de ir a lugar determinado o de residir en él y; caución de no ofender (MEXICO, 2015).

En los términos de la Ley General de víctimas y el Modelo Integral de atención a víctimas, el derecho de las personas damnificadas por cualquier delito es prioritariamente el acceso a la reparación, no el sentido de restitución sino de manera integral, de tal manera que solo se considera completa cuando se adoptan los estándares antes citados acorde a las necesidades de la víctima. No podemos hablar de una reparación efectiva cuando no hay las condiciones para que la víctima pueda continuar un

proyecto de vida, cuando no ha podido decidir digna y libremente un nuevo rumbo. Esto suele ocurrir con las víctimas de violencia intrafamiliar, en donde el Estado resuelve en definitiva el conflicto, con la individualización de la pena privativa de la libertad y en su caso con la condena al pago de alimentos, pero no se busca la reparación integral de la afectada, en el sentido de establecer medidas de protección que permitan a la víctima condiciones de seguridad para rehacer su proyecto de vida.

En ese sentido la sentencia condenatoria puede propiciar su mayor vulnerabilidad, porque el agresor durante su cautiverio puede generar una serie de frustraciones y conflictos que después, una vez liberado, materialice en feminicidio contra de la denunciante. En el Estado de Sonora, se incorporó en noviembre de 2013 al delito de feminicidio con la pena más alta en relación a todos los demás delitos, en este caso con una penalidad de treinta a sesenta años de prisión, siendo el principal motivo de su inclusión la alta cifra de homicidios que por razón de género se realizaron en este Estado, ya que fue en el período 2014-2015 en el que Ciudad Obregón, un municipio de Sonora ocupó el primer lugar de incidencia en feminicidios en el país (OCFS, 2015). Llama la atención como en las reglas comunes entre los delitos lesiones y homicidio se establece como una facultad discrecional del juzgador podrá declarar a los sentenciados sujetos a vigilancia o prohibirles ir a lugar determinado o residir en él (SONORA, 2018). En este caso, tratándose del homicidio, delito bajo el cual se condena en nuestro estado la violencia contra la mujer cuando no se acreditan las razones de género previstas en los elementos normativos del tipo penal, podrán establecerse las medidas de seguridad antes referidas, no obstante, por ser hechos consumados, carecen de aplicabilidad y la ley por sí misma no es eficaz en la protección de los derechos más elementales de la víctima.

Por otro lado, existen en el catálogo de sanciones en los códigos penales mexicanos una serie de consecuencias punitivas que bien pueden aplicarse con los mismos efectos y motivaciones, que las medidas de protección de emergencia y/o preventivas, para que otorguen la seguridad que la víctima requiere para reorganizar su proyecto de vida con el mínimo de obstáculos y riesgos derivados de su victimario. Se trata, por ejemplo, de la prohibición de ir a lugar determinado; la pérdida de derechos, entre ellos a ejercer la patria potestad de sus descendientes o personas bajo su tutela; y en general la aplicación de una medida de seguridad como son los tratamientos psicológicos y psiquiátricos hasta que exista dictamen del profesional que lo atiende que no representa riesgo alguno para la víctima y de las personas con ella vinculadas.

El grado de afectación psicológica de las víctimas expuestas a violencia intrafamiliar las hace mayormente vulnerables y con ella la responsabilidad no solo para la autoridad de valorar su situación de riesgo desde el primer contacto, sino también para la autoridad jurisdiccional en la conclusión del proceso, por ello debe buscar el interés superior de la mujer, al decidir sobre la condena al generador de la violencia, tomando en consideración las medidas que en definitiva prometan o garanticen condiciones óptimas de supervivencia para la víctima.

Las omisiones en la persecución y prevención de la violencia de género, hacen al Estado cómplice de la misma y por lo tanto también responsable en su perpetuación, obligándolo a la reparación de sus consecuencias, no solo en lo monetario, sino también a través del reconocimiento de sus excesos por lo que toca a la victimización institucional de los servidores públicos que con su negligencia no impiden la muerte de la víctima de violencia en la familia.

6 CONCLUSIONES Y REFLEXIONES FINALES

Primera: es preocupante como el Estado solamente se ocupa del proteger los derechos del delincuente respecto al acceso a un debido proceso, colisionando con el derecho de la víctima a que se le haga justicia y sea resguardada de lesiones a sus bienes más importantes como la salud, libertad, seguridad, entre otros.

Segunda: la sentencia condenatoria no le hace justicia a la víctima en el sentido de que no le otorga importancia a sus derechos o minimiza su seguridad, ello impide detectar de manera oportuna situaciones que después degeneran en feminicidio, por lo que las decisiones judiciales deben traducirse en intervención más activa que otorgue mayor protección a la víctima a través de la reducción de riesgos de nuevas victimizaciones, que se convierta en una eficaz garantía de no repetición para la víctima.

Tercera: debe interpretarse que la reparación del daño no consiste únicamente en la posibilidad de restituir a la víctima en términos de restablecer sus derechos vulnerados con el delito o de compensarla, sino en el amplio concepto de una reparación integral, estableciendo los medios que permitan a la víctima la posibilidad de realizar su proyecto de vida en las condiciones que propicien su máximo desenvolvimiento. Por lo que es deber de la autoridad reducir o eliminar los actos del agresor que impidan su logro en lo personal, familiar, comunitario o profesional.

Cuarta: proporcionar a la víctima alternativas de protección para que se hagan valer y se preserven sus derechos e integridad como la ley o los reglamentos lo marcan y, responsabilizar a los servidores públicos de tales omisiones.

Quinta: que se dimensione el derecho fundamental de la víctima a acceder a medidas de protección efectivas, acordes al peligro que representa para la víctima su agresor. Que las medidas de protección no se sometan a una temporalidad sino se definan a partir de la potencialidad lesiva del agresor, cuántos delitos de feminicidio pueden impedirse si la autoridad establece con toda oportunidad el riesgo que el activo representa para la víctima, no habría necesidad de tipificar el feminicidio por las razones de género que inspiran la privación de la vida de la víctima, sino constituirían un referente objetivo para medir su lesividad y la correspondiente necesidad de salvaguarda a la víctima. Que el Estado haga de las medidas de protección algo permanente y eficaz para conseguir disminuir o tal vez erradicar la violencia generada en el núcleo familiar y así permitir un mayor desarrollo de la víctima en sociedad.

REFERENCIAS

ACCESO de las mujeres a una vida libre de violencia en el Distrito Federal. Los Artículos 62 y 66, fracciones I a III, de la Ley relativa, que prevén respectivamente medidas y órdenes de protección de emergencia, no violan el Artículo 16, Párrafo Tercero, 2005799. 1.^a LXXXVII/2014 (10.^a). Primera Sala. Décima Época. Suprema Corte de Justicia de la Nación 03 de 2014a.

ACCESO de las mujeres a una vida libre de violencia en el distrito federal. Los Artículos 62 y 66, fracciones I a III, de la Ley relativa, Que prevén respectivamente, medidas y órdenes de protección de emergencia, no violan el Artículo 16, Párrafo Tercero, 2005799. Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 03 de 2014b.

FONSECA HERNÁNDEZ, Carlos; QUINTERO SOTO, María Luisa. **Temas emergentes en los estudios de género**. México: Porrúa, 2008.

INEGI - INSTITUTO NACIONAL DE ESTADÍSTICA, GEOGRAFÍA E INFORMÁTICA. Encuesta Nacional sobre la dinámica de las relaciones en los hogares. ENDIREH. México. Obtenido de <http://www.inegi.org.mx/saladeprensa/boletines/2017/endireh/endireh2017_08.pdf>. 2007

MEXICO. Cámara de Diputados. Código Nacional de Procedimientos Penales. Ciudad de México, México: Cámara de Diputados, Junio de 2017a. Obtenido de <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/CNPP_170616.pdf>.

MEXICO. Cámara de Diputados. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Ciudad de México: Cámara de Diputados, 2019. Obtenido de <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150917.pdf>.

MEXICO. Cámara de Diputados. Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de violencia. LGAMVLV. Ciudad de México, México: Cámara de Diputados, 06 de 03 de 2017b.

MEXICO. Cámara de Diputados. Ley General de Víctimas. Ciudad de México: Congreso de la Unión, 2017c. Obtenido de <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGV_030117.pdf>.

MEXICO. Cámara de Diputados. Reglamento a la Ley General de Víctimas. Ciudad de México: Cámara de Diputados, 2014. Obtenido de <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/regley/Reg_LGV.pdf>.

MEXICO. Gobierno de la República. Comisión Ejecutiva de Atención a Víctimas. Modelo Integral de Atención a Víctimas. México: Gobierno de la

República, 2015. Obtenido de <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/83325/MIAV-20150507.pdf>

MEXICO. Secretaría de Salud. NOM-046-SSA2-2005. En Norma Oficial mexicana. México: Gobierno Federal, 2009.

MEXICO. Secretaría de Seguridad Pública. Vidas sin violencia. Ciudad de México: Gobierno Federal México, 2010. Obtenido de <http://vidasinviolencia.inmujeres.gob.mx/sites/default/files/pdfs/sistema_nacional/modelos/atencion/Protocolo%20actuacion%20Policial%20SSP.pdf>.

OEA - ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Brasil: OEA, 1994. Obtenido de <<http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D9.pdf>>.

OCFS - OBSERVATORIO CIUDADANO DEL FEMINICIDIO SONORA. Estadísticas de feminicidio en Sonora. Hermosillo, Sonora, México: OCFS, 2015. Obtenido de <<https://observatoriofeminicidio.files.wordpress.com/2015/02/feminicidio-en-sonora-2014-reporte-preliminar.pdf>>.

OMS - ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Estimaciones mundiales y regionales de violencia contra la mujer: prevalencia y efectos de la violencia conyugal y efectos de la violencia no sexual en la salud. 2015a. Obtenido de <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/85243/1/WHO_RHR_HRP_13.06_spa.pdf>.

OMS - ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Estimaciones mundiales y regionales de violencia contra la mujer: prevalencia y efectos de la violencia conyugal y efectos de la violencia no sexual en la salud. Suiza. 2015b. Obtenido de <http://apps.who.int/iris/bitstream/10665/85243/1/WHO_RHR_HRP_13.0>.

OMS - ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Global Health Observatory. Octubre de 2015c. Obtenido de <http://www.who.int/gho/women_and_health/violence/en/>.

OMS - ORGANIZACIÓN MUNDIAL DE LA SALUD. Global Health Observatory. Violence against women. Suiza: Organización Mundial de la Salud. 2015d. Obtenido de <http://www.who.int/gho/women_and_health/violence/en/>.

SONORA. Congreso del Estado de Sonora. Código Penal del Estado de Sonora. Hermosillo, Sonora: Congreso del Estado de Sonora, 2018. Obtenido de <http://www.congresoson.gob.mx:81/content/doc_leyes/doc_443.pdf>.

SONORA. Congreso del Estado de Sonora. Ley de Acceso de las Mujeres a una vida Libre de Violencia del Estado de Sonora. Sonora, 2013.

SONORA. Congreso del Estado de Sonora. Ley de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia. Hermosillo, Sonora, México: Congreso del Estado de Sonora, 2019. Obtenido de <http://www.congresoson.gob.mx:81/Content/Doc_leyes/doc_124.pdf>.

SONORA. Congreso del Estado de Sonora. Ley de Prevención y Atención a la Violencia Intrafamiliar. Hermosillo, Sonora, México: Congreso del Estado de Sonora, 2017. Obtenido de <http://www.stjsonora.gob.mx/acceso_informacion/marco_normativo/LeyPrevencionYAtencionViolenciaIntrafamiliar.pdf>.

ZAMORA GRANT, José. **Derecho victimal**: a víctima en el nuevo sistema penal mexicano. México: Instituto Nacional de Ciencias Penales, 2013.

Submissão em: 16 outubro 2020

Último Parecer favorável em: 12 de dezembro de 2020.

Como citar este artigo científico

CAMARGO PACHECO, María de Jesús; GAXIOLA SÁNCHEZ, María Teresa; MOLINA GONZÁLEZ, María del Rosario. Protección de la mujer víctima de violencia intrafamiliar: reflexiones de la normativa en México. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, Montes Claros, v. 1, n. 2, p. 149-169, set.-dez. 2020.

**PRISIÓN SAN JUAN DE ULÚA: EL ÚLTIMO SUSPIRO ENTRE LA GLORIA,
EL PURGATORIO Y EL INFIERNO¹**

**SAN JUAN DE ULÚA PRISON: THE LAST BREATH BETWEEN GLORY,
PURGATORY AND HELL**

OMAR HUERTAS DÍAZ²

FILIBERTO EDUARDO R. MANRIQUE MOLINA³

RESUMEN

El propósito de este artículo es exponer los hechos y algunos de los eventos más relevantes de una de las prisiones que guarda dentro de sus paredes importantes pasajes de más de 500 años de historia de México, nos referimos al fuerte de San Juan de Ulúa, la cual se ubica en el puerto de Veracruz-México, un sitio que es considerado patrimonio cultural de la nación. Como prisión, se presentarán las condiciones y la arquitectura al interior de sus entrañas, las cuales fueron suficientes para causar terror, por ello sostenemos que fue el último suspiro entre la gloria, el purgatorio y el infierno, pues solo pocas personas tuvieron la fortuna de superar ese suplicio y contar lo que ocurría al interior de la prisión, muchos otros no pudieron salir vivos de ese infierno.

Palabras clave: Fortaleza, San Juan de Ulúa, Dictadura, Tortura, Prisión.

¹ Artículo resultado de investigación del Grupo de Investigación “Red Internacional de Política Criminal Extrema Ratio UN” Reconocido y Clasificado Minciencias 2018 en A1 en el marco de cooperación con la Universidad Autónoma del Estado de Morelos y el CONACYT- México, durante el Programa de 2.^{do} Año de Continuidad de Estancias Posdoctorales en el Extranjero Vinculadas a la Consolidación de Grupos de Investigación y Fortalecimiento del Posgrado Nacional.

² Posdoctor en derecho por la Universidad Nacional de Colombia, reconocido y clasificado investigador senior MINCIENCIAS. *e-mail:* ohuertasd@unal.edu.co

³ Posdoctor en derecho por la Universidad Nacional de Colombia-CONACYT, reconocido y clasificado SNI CONACYT-México e Investigador Jr. MINCIENCIAS-Colombia 2018. *e-mail:* fmanrique@unal.edu.co

ABSTRACT

The purpose of this article is to expose the facts and some of the most relevant events of one of the prisons that it keeps within its walls, important passages of more than 500 years of Mexican history, we refer to the fort of San Juan de Ulúa, which is located in the port of Veracruz-Mexico, a site that is considered cultural heritage of the nation. As a prison, we present the conditions and architecture inside its guts, which were sufficient to cause terror, so we maintain that it was the last breath between glory, purgatory and hell, since only few people had the fortune of overcome that ordeal and tell what was happening inside the prison, many others could not get out of that hell alive.

Keywords: Fortress, San Juan de Ulúa, Dictatorship, Torture, Prison.

1 INTRODUCCIÓN

Nos encontramos en un momento importante para la memoria histórica no solo de México sino de Latinoamérica, pues se están conmemorando 500 años de la conquista de los pueblos amerindios asentados en Mesoamérica por parte de los españoles. El hablar de la historia de las prisiones en México y América, es conversar desde sus orígenes, que se remonta a la conquista, desde un oscuro pasado que ha heredado características a los centros actuales. Por ello, es importante echar una mirada al pasado para entender el desarrollo y presente de nuestras prisiones.

El investigar la génesis del castigo en América, es desentrañar las vivencias de cientos de personas que han vivido en carne propia el escarmiento y la crueldad que les han impuesto aquellos que administran esos centros; condenas que no solo privan la libertad, sino que son sitios donde los amplios muros generan sombras que devoran lentamente los proyectos de vida, anhelos y los sueños de las personas en reclusión. Sitios que han sido calificados a través de las descripciones como espacios donde es común y normal que se afecte la dignidad del ser humano, pues desde las primeras prisiones o centros de detención ha existido una violencia normalizada, esa que se ha materializado en asesinatos, torturas, secuestros, castigos, intimidaciones y vejaciones de todo tipo.

A pesar de ello, de esos sitios de obscuridad también se logra desprender esperanza (PONIATOWSKA, 2018) la cual se ve materializada con la liberación al momento del cumplimiento de una condena, el reconocimiento de inocencias e injusticias, la transformación de la persona y el poder compartir sus historias de vida en libertad con su familia, amigos y personas cercanas. Por ello, tenemos conocimiento de la serie de tratos inhumanos y degradantes ocasionados a cientos de seres humanos en la Prisión de San Juan de Ulúa, conocida por ser uno de los espacios de castigo más tormentosos en los anales de las prisiones en México.

Para exponer todos los acontecimientos se necesitarían extensos pliegos de papel, en atención a esa situación, dentro del presente artículo vamos a mostrar los hechos y algunos de los acontecimientos más relevantes de una de las prisiones que guarda dentro de sus paredes, especiales pasajes importantes de más de 500 años de historia de México, por ello, es considerado patrimonio cultural de la nación. Su relevancia es tal, que el sitio ha sido testigo fiel.

De la llegada y principal puerta de entrada de los conquistadores a México-Tenochtitlan; brindó protección a la ciudad de Veracruz, pues fue clave en la protección de embarcaciones y galeones de los ataques de temibles piratas, corsarios y filibusteros, quienes eran encerrados en las mazmorras; principal puerta de salida de las mercancías y riquezas patrimoniales del México prehispánico; sitio de ingreso y estancia de esclavos provenientes de África. Fue sitio de prisioneros independentistas, observadora de los últimos esfuerzos y último fortín de atrincheramiento de los españoles para evitar la independencia de México. Asimismo, fue testigo de la derrota y huida de los españoles. Años más tarde fue bastión de ocupación de los ejércitos más imponentes del siglo XIX nos referimos al ejército francés y de las tropas norteamericanas.

Para posterior a la independencia, pasar a ser una de las prisiones más salvajes del siglo XIX en América, el fuerte fue formalmente prisión durante los gobiernos de Antonio López de Santa Anna, Porfirio Díaz y Victoriano Huerta. Ello debido a su arquitectura conformada de paredes de cinco a seis metros de espesor y que se encontrara rodeada de agua, hacía de las más seguras prisiones del país.

Además de las condiciones geográficas y su impacto en el clima, que la hacen ser un lugar de altas temperaturas, acompañadas de una alta humedad de la zona, así como las condiciones infrahumanas y castigos severos que sufrían aquellos que pisaban la prisión, que la hizo ganar el mote de la prisión más temida de todo México. Entre sus galeras y calabozos tuvieron como huéspedes apóstatas, blasfemos y herejes, también fue lugar de castigo de piratas y militares.

Sus paredes albergaron en prisión a personajes importantes de la historia de México, en el año de 1853 por un breve tiempo se apreso en su interior al Licenciado “Benito Juárez García” quien es considerado el mejor presidente de México. Durante ese siglo fue sitio de reclusión de personas ilustres de la época y presos políticos, como los hermanos Flores Magón, Melchor Ocampo, Fray Servando Teresa de Mier y Fray Melchor de Talamantes. Más tarde, la prisión tomo cierta popularidad en el gobierno del dictador Porfirio Díaz, periodo en el que sufrieron de su castigo los más legendarios bandidos de México, como Jesús Arriaga, mejor conocido como “Chucho El Roto”.

Tal fue la importancia del Fuerte de San Juan de Ulúa que, no solo fue un recinto para el cumplimiento de condenas, como datos interesantes sus paredes albergaron paradójicamente el gobierno del presidente Benito Juárez, donde nacen las denominadas “leyes de reforma” y más tarde, ya a principios de siglo XX. Al finalizar su vida como prisión también fue recinto presidencial efímero del Primer Jefe del Ejército Constitucionalista don Venustiano

Carranza, quien fuera además encargado del Poder Ejecutivo de los Estados Unidos Mexicanos.

Derivado de la importancia del Fuerte de San Juan de Ulúa y el ser un especial referente mundial de las prisiones de los siglos XVII y XX, y su relevancia por los acontecimientos históricos que sucedieron en su interior, es que hoy en día se le honra como museo y patrimonio de la nación mexicana, pues es testigo clave y memoria histórica del país, es por ello, que hacemos un estudio sobre los hechos históricos más relevantes, para ello, en el presente artículo se utilizan dos perspectivas metodológicas: el histórico, que emplea datos en una línea de tiempo relevante de los periodos microhistóricos más relevantes y el método analítico.

El método histórico enfocado en periodos microhistóricos permite a través de un proceso de estudio el establecer en una línea de tiempo los hechos y principios generales más relevantes a través de la atención a la cronología y a la evolución del curso histórico de lo que hoy se conoce como Fuerte de San Juan de Ulúa. Mientras que, con el empleo del método analítico, tendremos la capacidad de hacer una distinción y separación de los aspectos cronológicos para determinar los hechos más relevantes. En especial, de aquellos que sucedieron en su faceta como prisión.

Ese proceso de investigación empírica-analítica es comúnmente empleado en las ciencias sociales para el estudio y análisis de los hechos o acontecimientos para generar una mayor comprensión de estos. Si bien, no haremos ese ejercicio laborioso y detallista de Foucault de verificar y recorrer tres siglos de prisión. Lo que pretendemos es analizar la realidad del pasado buscando generar memoria histórica, para evitar que sitios como este y las atrocidades que se cometieron en contra de sus internos se vuelvan a repetir, no solo en este sitio, sino en todas las prisiones de la región.

En atención a la importancia del Fuerte de San Juan de Ulúa para las prisiones, sirva el siguiente recorrido histórico para acercar a los lectores a uno de los centros de detención y castigo más enigmáticos y sitio de gran valor para México. Lo cual, les facilitará un análisis cronológico que permita apreciar su papel en la historia de las prisiones como institución de control social y dominación en los siglos XVII y XX, su arquitectura, características, su normatividad, el régimen disciplinario y el castigo penal irracional.

2 SAN JUAN DE ULÚA, EL ENCUENTRO ENTRE DOS CULTURAS

Una de las primeras expediciones de los españoles a territorio continental de las Américas, fue la que desplegó el 10 de abril de 1518 el conquistador español Juan de Grijalva por órdenes del gobernador de Cuba Don Diego Velázquez de Cuellar. Zarparon de Matanzas en tres navíos y un bergantín (LÓPEZ DE GÓMARA, 2000, p. 11), a la tripulación comandada por Grijalva se le encomendó participar en diversas exploraciones en Cuba y a lo largo de costas mexicanas.

Tales como lo fueron: la península de Yucatán, las costas de Campeche, Tabasco y Veracruz; en este último sitio, el explorador Grijalva dio cuenta del hallazgo

de un territorio de dimensiones desconocidas, al que los nativos se referían con una voz registrada en el texto primero como *Mulua* y después como *Uloa*, en clara alusión a la palabra nahua *Culúa*. Es decir, la costa del Golfo de México extendida desde la Laguna de Términos hasta la región de Pánuco (LEÓN CÁZARES, 2015, p. 53).

Se tiene noticia que el 24 de junio de 1518 la expedición de Juan de Grijalva llegó a un arrecife de coral en las costas de Veracruz, que un año antes habían sido ya descubiertas y documentadas por Francisco Hernández de Córdoba. En el lugar, la tripulación encontró un islote el cual “se encuentra hoy situado frente a Veracruz, o sea frente a las playas caliginosas de *Chalchicueyan* o *Chalchihuecan* como antes las denominaban los nativos” (ROBELO ARENAS; REYES LEDESMA, 1900, p. 6).

El sitio era relevante para los indios de la raza Totonaca, que llamaban *Tecpan Tlayacac*, cuyo significado es “nariz o saliente de la Tierra de/ Palacio” (HERNÁNDEZ; SANZ MOLINA, 2018, p. 1) y en el cual se encontraba un sitio de honra de una de las divinidades mexicas más importantes, el Dios *Tezcatlipoca*. “El espejo que humea, dios guerrero de la oscuridad [...] era el dios supremo, el que estaba en todas partes –cielo, tierra e infierno– el que regalaba bienes y luego los quitaba” (HEYDEN, 1989) de allí que, el lugar era de gran relevancia para la adoración de los dioses de los antiguos pobladores, de acuerdo con la descripción original, en el sitio se hallaba “una casa de adoratorio donde estaba un ídolo muy grande y feo [...] en el cual se hacían sacrificios.” (DÍAZ DEL CASTILLO, 1983, p. 41).

Al llegar al islote, se “tomó posesión de aquella tierra por el Rey en nombre de Diego de Velázquez” (LÓPEZ DE GÓMARA, 2000, p. 25), los expedicionarios lo bautizaron con el nombre de San Juan de Ulúa, pues el capitán se llamaba Juan de Grijalva y su descubrimiento se originó el día de la celebración de San Juan el Bautista, agregando Ulúa, pues uno de los indios que acompañaba la misión respondió que los de *Culúa* hacían los sacrificios. “Y como era torpe de lengua decía: Ulúa, Ulúa” (DÍAZ DEL CASTILLO, 1983, p. 41). Pronto el islote cobró cierta relevancia por la ubicación geográfica en el golfo. Fue parte de los informes de la expedición y punto de referencia para la comunicación de futuras incursiones, “ya que se podía desembarcar con seguridad con navíos gruesos, pues parecía puerto” (LÓPEZ DE GÓMARA, 2000, p. 62).

En 1519, al finalizar la expedición de Juan de Grijalva, se le encomienda la labor de conquista a Hernán Cortés, quien arriba a San Juan de Ulúa el día 21 de abril, un jueves santo. El islote de acuerdo con las narraciones de Bernal Díaz del Castillo fue el testigo de que los indígenas le dieron el saludo y la bienvenida al que consideraban *tlatoani* -el que tiene autoridad- Hernán Cortés, ante la amistosa bienvenida y después de convivir con los

indios mexicanos, Cortés decide hacer el desembarco el viernes santo, con una tripulación de más de 200 hombres de guerra, caballos y artillería.

Ante la bienvenida y el buen recibimiento con objetos preciosos y comida en las costas, Cortés fundó el 22 de abril de 1519 la Villa Rica de la Veracruz (CERVANTES DE SALAZÁR, 2008), siendo el lugar donde el conquistador decide montar un altar, hacer misa y construir su campamento, por lo que el islote comenzó a tomar relevancia no solo por su ubicación geográfica, sino por ser uno de los sitios donde comienza la evangelización en tierras americanas. De acuerdo a los textos “todos se arrodillaron delante de una cruz que teníamos puesta en un médano de arena, el más alto, y delante de aquella cruz decíamos la oración del Ave-María” (DÍAZ DEL CASTILLO, 1983, p. 112).

Pronto, San Juan de Ulúa y el puerto de la Villa Rica de la Veracruz se convirtieron en el principal punto de entrada del ejército español a las tierras mexicanas y continentales. Entre los años de incursión y conquista, el sitio pasó a ser un punto estratégico al que arribaron numerosos naos o navíos y bergantines que apoyaban los trabajos de conquista encabezada por Cortés, punto principal de flujo de mercancías, personas, esclavos, importante medio de información y protección de embarcaciones encargadas de llevar los tesoros a España.

En atención a la

importancia de la situación estratégica, política, económica y comercial radica precisamente la necesidad del desarrollo de su defensa militar. Desde mediados del siglo XVI a fines del XVII, los piratas y los corsarios representaban una constante pesadilla para los puertos y las ciudades costeras virreinales [...] constituyendo una grave amenaza para la dominación española en el Nuevo Continente (CALDERÓN QUIJANO, 1984, p. 225).

Además de las amenazas de Francia e Inglaterra que veían con recelo las actividades de la corona española en el nuevo continente.

Por esas razones es que Hernán Cortes comenzó con los trabajos de elaboración de la fortaleza desde los cimientos. “Cortés comenzó el primero a sacar tierra a cuestras y piedras e ahondar los cimientos, como todos los capitanes y soldados a la contina entendíamos en ello, y trabajábamos por la acabar de presto, los unos en los cimientos, y otros en hacer las tapias” (DÍAZ DEL CASTILLO, 1983, p. 134). Trabajos que se fueron extendiendo al paso de los años para cercar el sitio, pues solo existía una torre vieja en el islote, para pasar a ser el principal mecanismo de defensa ante las amenazas naturales y humanas a la Villa Rica de la Veracruz.

Las labores continuaron no solo hasta cercar el sitio, sino que años más tarde, ante las amenazas a los intereses de la corona española, en el año de 1535 al desembarcar en San Juan de Ulúa el Virrey y Gobernador de la Nueva España Antonio de Mendoza, giró instrucciones al alcalde mayor de la ciudad García de Escalante Alvarado para realizar las mejoras del islote. El alcalde recomendó la construcción de “un proyecto de casa fuerte, que sirva

al mismo tiempo para montar la artillería, y para la defensa del puerto. Hace ver también la conveniencia de erigirla sobre un arrecife, rodeada toda ella de agua, y cuya base debe estar bien cimentada para sufrir el constante embate de las olas.” (CALDERÓN QUIJANO, 1984, p. 7).

De allí que, el Fuerte se edificó con los materiales de la zona, esto es el empleo de diversas especies de coral de arrecife, piedra porosa, arenillas del fondo del mar y argamasa hecha de cal, moluscos, huevos de aves, baba de una cactácea llamada nopal y agua de mar. Pues la región estaba desprovista de material rocoso para su edificación, que se asemeja a otras construcciones de la época que empleaban ese tipo de materiales marinos. Una de las primeras obras relevantes y que se conservan hoy en día, es el denominado muro de las argollas, cuya altura es de 5.50 metros, lugar que servía para anclar los navíos.

Un aspecto que no podemos dejar de señalar es su sistema de defensa. Para cumplir con ese objetivo es que en la Real Cédula emitida por Antonio de Mendoza, virrey de Nueva España, el 30 de abril de 1537, se señala en el punto 2 que “hay abundancia de cobre, haga allí, si hay maestros, la artillería para el puerto de San Juan de Ulúa y la Ciudad de México, y si no avise para que se le envíe” (REAL, 1537).

Pues la defensa natural de arrecife y los muros no bastaban para proteger el islote y el principal puerto comercial de la región, preocupación que no solo se daba en la Villa Rica de la Veracruz, sino que fue parte de una estrategia regional, pues además en esa Real Cedula, se da el visto bueno para que se construya una fortaleza en el puerto de La Habana “si por caso tornaran a aquel paso los franceses y se ha sometido la labor de dicha fortaleza [...] y se han mandado hacer otras en la isla de San Juan y provincias de Tierra Firme y Cartagena” (REAL, 1537).

El fuerte y su proceso de construcción duró más de tres siglos XVI-XVIII, pues se trató de un proyecto que tuvo una serie de intervenciones y mejoras para cumplir con su papel de sistema de defensa ante las amenazas naturales y humanas a la Villa Rica de la Veracruz y la Nueva España, en las cuales se puede constatar el empleo de nuevos materiales y diseños. Para ello, se explotó la mano de obra esclava, principalmente de personas provenientes de África, almas que trabajaron hasta extinguir su vida producto de la explotación. Por ello, el sitio es reconocido como sitio de memoria de la Esclavitud y de las Poblaciones Africanas y Afrodescendientes.

Obras que fueron dirigidas por ingenieros europeos. Dentro de los trabajos destacan los del

alemán Jaime Franck quien en 1689 planeó la forma de recinto cerrado del fuerte de San Juan de Ulúa, asistido por el español Agustín López Cámara, para que proyectaran y construyeran la fortaleza de San Juan de Ulúa complementando las primeras estructuras al recinto, plan que aceptó el Virrey Conde de Monclova (INSTITUTO, 2010).

Y concluyó el 22 de mayo de 1693. De allí que la obra de edificación se fue extendiendo durante más de 300 años en las que el fuerte recibió una

serie de modificaciones a su arquitectura pasando de una simple columna hasta una fortificación que se extiende en 50,000.00 m².

Dentro de sus paredes se pueden observar las placas que señalan algunas de las intervenciones, tales como lo son las ordenadas por Felipe IV en 1633 y Carlos III en 1762. De los Virreyes de la Nueva España, en 1707, se construye el baluarte de Nuestra Señora de la Soledad. Cortina y batería. Y en el año de 1710 se terminó la construcción de la torre de caballero alto, que se le montó artillería. Asimismo, se encuentran dentro de las paredes de la fortificación gravadas algunas fechas relevantes, tales como las del “Baluarte de Santa Catarina. Grabado en la pared sobre una piedra esta fecha: 1779 y en el Baluarte de Nuestra Señora del Pilar 1778. Estas inscripciones que pueden muy bien considerarse como las páginas de un libro abierto a la vista de cuantas personas visiten este lugar” (ROBELO ARENAS; REYES LEDESMA, 1900, p. 14-15).

El fuerte de San Juan de Ulúa, con sus rasgos esenciales de una arquitectura militar, de defensa, fue una construcción que sirvió desde los primeros siglos de la colonia como lugar de detención, presidio y lugar de imposición de penas de carácter militar. No se tiene fecha exacta de su inicio como cárcel y de las primeras personas privadas de la libertad. Pero podemos afirmar con documentos que, desde antes de su fortificación, se tienen indicios que fungió como lugar de castigo y privación de la libertad al inicio del XVII, documentos que obran en poder del archivo general de indias.⁴ Además, por los estudios de la época, se sabe que las formas generales de la práctica penal eran “La muerte, el tormento con reserva de pruebas, las galeras por un tiempo determinado, el látigo, la retractación pública, el destierro” (FOUCAULT, 2003, p. 33).

De allí que, desde sus inicios el fuerte de San Juan de Ulúa ya era utilizado como un presidio y de castigo, pues para la época estos sitios correspondían a esa finalidad, de acuerdo con la Real Academia de la Lengua

Presidio. (Del lat. *praesidium*).4. m. Guarnición de soldados que se ponía en las plazas, castillos y fortalezas para su custodia y defensa. El presidio es una base militar fortificada, similar a las establecidas por los españoles en el norte de África y en Norteamérica entre el siglo XVI y el XIX. Estas fortalezas fueron construidas para la protección contra piratas, en el caso americano, contra los nativos hostiles y otros enemigos de las colonias.

Por ello, la figura del fuerte guardaba distintas funciones, incluidas las de prisión o lugar de confinamiento y castigo de aquellos que se oponían a los intereses de la colonia.

Función que continuó en la época independiente, pues el Fuerte de San Juan de Ulúa por su naturaleza fue considerado como una de las cárceles

⁴ Véase, Archivo General de Indias, documentos varios, años 1604, 1609 y 1612.

más seguras del país, las cuales eran la clásica prisión de la época, “pesada mole de las viejas casas de seguridad, con su arquitectura de fortaleza.” (FOUCAULT, 2003, p. 199). La eficacia del poder, su espectacular arquitectura, la fuerza coactiva que representaba como sitio de castigo, la hicieron pasar como una las más temidas del periodo.

La prisión era comúnmente empleada por gobiernos autoritarios y tiranos. Con justa razón se asegura que “los presidios, son complemento de los tiranos. En la historia de la humanidad, nunca se ha visto que existan tiranos sin verdugos ni presidios.” (MARTÍNEZ NÚÑEZ, 1968). De allí que, el fuerte fue una prisión complemento ideal del autoritarismo del tiempo de la colonia, pues fue pensada como un sitio para sancionar mediante normas draconianas a los delincuentes y aquellos que desarrollaban un activismo político, por sus exigencias de justicia e incitar al cambio.

El fuerte, así como fue la puerta de entrada de la conquista de España, fue su último reducto, sitio de rendición y donde se pactó la salida del ejército español el 23 de noviembre de 1825, después de una batalla con el Ejército Mexicano y Armada de México al mando del general Miguel Barragán, quienes sitiaron y posteriormente tomaron el control de la fortaleza. En los siguientes años fue empleada como espacio de defensa heroica ante las amenazas extranjeras.

Tales como lo fueron “la invasión militar de Francia en el año de 1838, en una incursión conocida como la guerra de los pasteles; asimismo, en este lugar se combatió a los norteamericanos en la primera intervención de 1846.” (MUÑOZ ESPEJO, 1999). También, fue punto de encuentro de la alianza tripartita entre Francia, Inglaterra y España en el año de 1861, cuya finalidad era ocupar fortalezas, puertos militares para obligar al gobierno del presidente Benito Juárez el pago de la deuda externa, que había sido aplazada.

Periodos en los que San Juan de Ulúa ya comenzaba a emplearse como una de las más impresionantes cárceles y presidios de carácter militar no solo de México, sino del continente. Por su estructura y por los malos tratos que recibían las personas en su interior, se llegó a ganar la fama de la prisión más temida del país. Y que hizo crecer el temor entre la población en los siguientes años, pues fue un instrumento de control y represión. En especial en los tiempos de dictadores, tiranos y gobernantes déspotas, crueles e intransigentes. Quienes no buscaban luchar contra el crimen, sino emplear esta como el medio para alcanzar la dominación, nos referimos a los periodos presidenciales de Antonio López de Santa Anna, Porfirio Díaz y Victoriano Huerta.

3 PRISIÓN DE SAN JUAN DE ULÚA, EL PUENTE ENTRE LA GLORIA, EL PURGATORIO Y EL INFIERNO

El hacer un estudio histórico de la prisión de San Juan de Ulúa, es relevante para conocer como la prisión en México nace como un mecanismo de represión y sanción, en la cual, acontecían una serie de violaciones y

afectaciones a la dignidad de las personas, quienes recibían tratos crueles e inhumanos. Para estar en posibilidad de entender los retos actuales del sistema penitenciario, es necesario el conocer de raíz los problemas que se han venido arrastrando a través de su génesis del sistema de prisiones mexicanas. Pues esos modelos a pesar del paso de los siglos y los cambios sociales siguen manteniendo su esencia sin modificarse, pues continúan siendo aquellos sitios de ortopedia social a través de castigo, tal y como lo señala Foucault.

En la época de estudio que nos ocupa, el castigo ya no era público para generar ese espectáculo o el teatro abominable como se narra en vigilar y castigar. Por lo contrario, se muda al interior de las 4 paredes, sigue esas ideas de sanción utilizadas por la iglesia, al tratar las

infracciones religiosas que resultaban desafiantes de la autoridad eclesiástica o que despertaban una cierta alarma social en la comunidad religiosa. Las cuales se inspiran en el rito de la confesión y de la penitencia, pero acompañándola –debido a la índole específica de estas acciones– con otro elemento: la forma pública.

Así nació el castigo de cumplir la penitencia en una celda, hasta que el culpable se enmendara *usque ad correctionem* (MELOSSI; PAVARINI, 1980, p. 21).

San Juan de Ulúa siguió ese modelo de celdas. Albergaron aquellos que se oponían a la evangelización, la colonia y más tarde a los intentos de evitar que dictadores se perpetuaran en el poder, si bien la pena no era pública, esta solo se trasladó a un sitio privado, pero en busca del mismo fin, nos referimos al castigo de la persona.

Nunca dejó de existir al interior la prisión ese tormento físico, pues el empleo de “la prisión, la reclusión, los trabajos forzados, el presidio, la interdicción de residencia, la deportación.” (FOUCAULT, 2003). El castigo corporal fueron la *prima ratio* del sistema, –imposición deliberada del dolor físico y espiritual– se preocuparon en causar en los internos castigos crueles, inhumanos y degradantes, tales como lo son los azotes, tortura, palos, trabajos forzados, encierros permanentes en las galeras, sitios poco higiénicos e insalubres, que les causaban enfermedades que derivaban en la muerte.

San Juan de Ulúa fue una prisión empleada “para encerrar en sus cámaras infernales no sólo a los bandoleros y asesinos, sino a no pocos desdichados, víctimas de monstruosas injusticias, y a toda una pléyade de grandes ciudadanos que luchaban por la causa de la emancipación, de la dignidad y la justicia de la comunidad mexicana.” (MARTÍNEZ NÚÑEZ, 1968, p. 16). Allí, recibían castigos que servían como ejemplo para la sociedad, e infundir cierto temor.

Las condiciones y la arquitectura al interior de la prisión fueron suficientes para causar terror, Carlos Fuentes la describía como “la mole grisácea de Ulúa, que parecía una arquitectura aparte, inserta en el pasado, cargada de contingencias inamovibles [...]” (FUENTES, 2003, p. 29). Esta

contaba con un puente, el cual se le conoce como “puente de los suspiros”, fue el camino que los prisioneros atravesaban para pasar de la gloria de la libertad a conocer el infierno del encierro. El atravesar ese puente tenía un gran significado, pues muchos ya no regresaban con vida y se guardaron su única esperanza de libertad.

De acuerdo con las investigaciones, al cruzar el puente de los suspiros, se ignoraba si los internos “viven; si han sido fusilados detrás de las murallas; si han muerto de enfermedad o hambre; o si todavía están allí y arrastran una miserable existencia [...] desaparecen dentro de los muros grises y eso es todo. Sus amigos nunca saben cómo la pasan, ni cuándo mueren” (KENNETH TURNER, 2015, p. 118). Para el autor, es que para muchos el entrar a San Juan de Ulúa significaba una sentencia de muerte.

En su interior, las bóvedas que en tiempos de la conquista almacenaban riquezas y artillería, siendo prisión pasaron a ser celdas, calabozos o mazmorras que albergaban seres humanos. Estas tenían nombres que hacían alusión a la campaña de terror que se predicaba. Muchas de esas celdas o galeras llevaban nombres como “el infierno, el purgatorio, el limbo, el diablo, el potro, la muerte o el tormento, la gloria, la leona, la cadena, el jardín de las meditaciones”, entre otros.

Llevaban esos nombres,

pues se describe que al momento de abrir la puerta de la celda se siente un tufo infernal, como si este túnel subterráneo fuese en verdad el camino del Averno, el lugar de cita de todos los demonios, este túnel subterráneo del Castillo de San Juan de Ulúa, goteando del techo no sólo agua salada sino sangre licuada [...]. Todo esto era el hondo cementerio marino de Ulúa [...]” (FUENTES, 2003, p. 127).

Eso era el inicio de lo que le esperaba a todo aquel infortunado que llegaba a la prisión.

Las celdas en su mayoría se encontraban húmedas por la filtración y capilaridad del agua, tanto de lluvia como de la marea, las mismas eran sofocantes por la gran cantidad de personas que albergaban, sumado a que carecían de buena ventilación, pues solo una pequeña ventana les proporcionaba oxígeno y luz. Las celdas eran tan oscuras que los internos perdían la noción del tiempo y solo se reconocían por sus quejidos y lamentos entre la sombra eterna. En general, las celdas o galeras se describen como “lugares nauseabundos y mortíferos en las que había muchos procesados, en infecto hacinamiento, víctimas de la insalubridad y los malos tratos” (HERNÁNDEZ, 1943, p. 11).

Las investigaciones de la época señalan que las celdas de la prisión “están bajo el mar; el agua salada se filtra hasta donde se hallan los prisioneros, algunos de los cuales permanecen echados, medio desnudos y medio muertos de hambre, en oscuros calabozos tan pequeños que no permiten a un hombre corpulento acostarse sin quedar encogido.” (KENNETH TURNER, 2015, p. 118). Se dice que en cada galera había un alto hacinamiento, podrían encontrarse

hasta 200 almas en encierro. Sitios que parecían contenedores humanos donde se amontonaban sujetos, que habían perdido sus derechos y dignidad.

Señala Teodoro Hernández que las galeras “eran a manera de catacumbas para sepultar en vida a los reos, y no en vano se ha dicho que la impresión que se recibía al llegar era la misma que se experimenta al descender a una mina: oscuridad completa, complementando lo tenebroso de las galeras, calabozos debajo del agua incrustados en las paredes.” (HERNÁNDEZ, 1943, p. 7). El encierro se debía compartir no solo con otros desdichados, sino con ratas, insectos, parásitos y enfermedades.

Se dice que las galeras eran insalubres, húmedas y fangosas, pues esos calabozos recibían limpieza una vez cada mes, sitios que compartían espacio con las denominadas “cubas”. Eran barricas donde las personas depositaban sus excrementos y orina, los cuales se filtraban constantemente con el piso, haciendo de los sitios insoportables para la vida en encierro y que fueran una potencial amenaza de contagio de enfermedades, sumado a la falta de higiene y limpieza corporal de las personas.

La limpieza de los reos era de infamia, “pues se les obligaba a bañarse, cuando no en la charca inmundada de la playa, donde se arrojaban todos los desperdicios de la fortaleza, en un pozo infecto, debiendo extraer el agua sucia, en latas, y en ocasiones el baño se realizaba, en el preciso momento de arrojar los excrementos humanos a la mar” (HERNÁNDEZ, 1943, p. 9). Hacia de la limpieza corporal una parte del castigo, pues las condiciones y la poca higiene ampliaban las posibilidades de caer en enfermedad.

Las personas que caían en enfermedad no eran separadas del resto que todavía conservaban algún resto de salud (DAVIS ROBINSON, 2003, p. 188), a pesar de las suplicas que eran en vano, mucho menos recibían atención de la enfermería, pues no había recursos para atender a todos los que caían en malestar. Las personas morían encadenadas. “Las mañanas al abrir los calabozos se encontraban muertas las personas encadenadas.” (DAVIS ROBINSON, 2003, p. 188). Solo la muerte era capaz de poner fin y alivio al dolor que les hacía sufrir sus padecimientos.

Otros de los aspectos que hacían parte del terror, era los alimentos, conocido al interior como “rancho”, que se narran no eran de la mejor calidad, pues se recolectaban de las sobras de los restaurantes aledaños al puerto (HERNÁNDEZ, 1943, p. 10). Si les daban carne, esta era de la peor calidad o en descomposición. Las raciones consistían en “cuatro onzas de pan, tres de arroz y tres de frijoles. No obstante, se les reducía con frecuencia, y estaba preparada en una forma tan desagradable, sin sal, que sólo el hambre más extrema podía inducir a los prisioneros a tocar algo que no fuera el pan.” (DAVIS ROBINSON, 2003, p. 188).

Aquí es importante señalar que parte del castigo era no recibir por varios días raciones de alimentos. En el caso del agua, los internos tenían que hacer el acarreo desde los aljibes. Debían de trepar corriendo por escaleras de cerca de cien escalones, con los barriles en los hombros, ya estuvieran llenos o vacíos (MARTÍNEZ NÚÑEZ, 1968, p. 75). Eso significaba un castigo, pues había verdugos dando látigo a quienes bajaban el paso en el cumplimiento de esa tarea.

El grave deterioro de las condiciones mínimas para vivir en San Juan de Ulúa significaba para muchos el permanecer en un purgatorio, pues cientos de personas no perdían la esperanza de superar esas condiciones y poder alcanzar la libertad. Pero también existían aspectos que los hacían perder esas esperanzas, pues las condiciones podrían empeorar, por medio de suplicios más severos, nos referimos a los castigos corporales que hacían de la prisión un auténtico infierno. Para muchos internos era mejor la muerte que continuar viviendo esos tormentos.

Dentro de los castigos corporales que se practicaban con mayor frecuencia en San Juan de Ulúa, encontramos el empleo de la tortura del cuerpo del criminal a través del látigo de la peste. Era comúnmente empleado por verdugos en las actividades y faenas de la prisión. También se cuenta que para mantener la disciplina en el lugar se utilizaba el denominado garrote vil, que podría dejar en malas condiciones a quien sufría el tormento, pues este era empleado hasta dejar moribundo al prisionero.

Uno más de los castigos crueles eran el estiramiento en los potros de tortura (DEL PALACIO, 2012, p. 85). El potro era un instrumento comúnmente utilizado en la inquisición, donde se ataba al prisionero a una especie de tabla o bastidor con una polea. El verdugo al momento de girar la polea tiraba de las extremidades hasta dislocarlas o arrancarlas, fue una de las prácticas inhumadas en la prisión.

De las prácticas que se empleaban para lastimar a las personas era la tortura de la gota de agua. En las mazmorras era común la formación de estalactitas por la humedad del sitio y la forma de bóveda de los calabozos que permitían la filtración del agua que goteaba constantemente. Cada tres o cinco segundos. La práctica consistía en encadenar a la persona bajo la estalactita por un periodo prolongado de tiempo, con el fin de que la gota golpeará el cráneo de la víctima, llegando a lastimar el cuero cabelludo y perforar el cráneo. Era desgarrador el sufrimiento de las víctimas. Dejaba secuelas psicológicas y traumáticas si es que el individuo llegaba a sobrevivir.

Otra de las torturas corporales eran los trabajos forzados bajo el sol. Se debe primordialmente a que a finales del siglo XIX y principios del siglo XX no existían ningún tipo de regulación del trabajo en la prisión. En atención a esas falencias, los capataces y verdugos utilizaban el trabajo como forma de castigo. Pero sobre todo como una manera de exterminar a los huéspedes de San Juan de Ulúa.

Los trabajos forzados como un abuso físico se empleaba hasta acabar con las energías de las personas enfermas, de aquellos que tenían lesiones, sin alimento y sin descanso hasta causarles la muerte.

los trabajos forzados se efectuaban unos en el dique seco, pintando barcos y haciendo verdaderos prodigios de equilibrio en los andamios quienes no estaban avezados a esta clase de labores, pues ya sabían que el que caía al agua ahí se ahogaba, porque no era permitido darle auxilio, puesto que el trabajo que ejecutaban los reclusos era por castigo y no por gusto [...] acarreando hierros y piezas pesadas de más de cien kilos [...] el acarreo de agua potable [...] estibar y desestibar rápidamente

los barcos que llegaban [...] de lo contrario el vergajo estaba listo para caer sobre el cuerpo de los infelices (MARTÍNEZ NÚÑEZ, 1968, p. 75).

Lo peor estaba cerca, esto era la muerte.

Las personas que morían en la prisión. No se sabe la cantidad de víctimas, pues no existe registro. Eran sepultadas en “la puntilla”, cementerio improvisado a menos de un kilómetro de distancia de la prisión. Los cuerpos eran inhumados a flor de tierra (ROBELO ARENAS; REYES LEDESMA, 1900, p. 34), pues si se rascaba a medio metro de profundidad brotaba el agua de mar, eso provocaba que los cuerpos fueran víctimas de la fauna nociva del lugar.

Por lo anterior, podemos afirmar que la prisión de San Juan de Ulúa era el último suspiro entre la gloria, el purgatorio y el infierno. Pocas personas tuvieron la fortuna de superar ese suplicio y contar lo que ocurría al interior de la prisión. Muchos otros no pudieron salir vivos de ese infierno. Sus esperanzas destrozadas se las llevaron con sus cuerpos a la tumba.

4 LOS PRESOS POLÍTICOS DE LA DICTADURA EN SAN JUAN DE ULÚA

Muchos personajes célebres en su carácter de reos políticos pisaron la prisión, especialmente en los tiempos en que dictadores como lo fueron Antonio López de Santa Anna, Porfirio Díaz y Victoriano Huerta querían preservar el poder a toda costa, empleando para ello la represión y el máximo castigo a todos los opositores de sus gobiernos o aquellos que criticaban sus administraciones. Cualquier tipo de subversión, sedición o rebelión era castigada con el encierro en San Juan de Ulúa.

Personas notables de la historia política de México llegaron a pisar las mazmorras de Ulúa, siendo el más notable de ellos quien fuera años después presidente de la república mexicana. Nos referimos a Benito Juárez García, opositor del gobierno Santannista. Fue apresado por sus ideas liberales en el año de 1853 (HERNÁNDEZ; VILLEGAS REVUELTAS; PADILLA, 2008, p. 15) y llevado a la prisión más temida de México. Por fortuna, su paso por el fuerte del benemérito de las Américas fue efímero para su destierro en la Habana, Cuba. Paradójicamente, Antonio López de Santa Anna también fue un huésped de la prisión, por intentar encabezar una rebelión “Incidente de Yucatán de 1867” contra el gobierno de Benito Juárez. Fue detenido el 10 de julio de 1867 y recluido en San Juan de Ulúa, para ser juzgado por traición a la patria.

La dictadura porfirista tampoco fue la excepción, pues fue el periodo en que más reos políticos hubo en el fuerte y en la cárcel de Belem en Ciudad de México. Fueron los espacios perfectos para reprimir a todos aquellos que alzaban la voz contra la dictadura y sus injusticias. Entre los movimientos que se reprimieron fueron los de la huelga de Cananea de 1906, los integrantes del movimiento obrero de Rio Blanco de 1907 y aquellos que eran sorprendidos en el movimiento revolucionario contra Porfirio Díaz, tales

como lo fueron los miembros del partido liberal mexicano (HERNÁNDEZ PADILLA, 1999, p. 30). Incluidos los hermanos Flores Magón, pensadores ilustres opositores a Díaz.

Fueron presos periodistas, obreros, campesinos, suscriptores del periódico regeneración, todos aquellos disidentes que representaban una amenaza de oposición contra el régimen. Fue así como llegaron a la prisión

Juan Sarabia, vicepresidente del Partido Liberal; Margarita Martínez, dirigente de la huelga de Río Blanco; Lázaro Puente, Carlos Humbert, Abraham Salcido, Leonardo Villarreal, Bruno Treviño y Gabriel Rubio, seis caballeros que el gobierno de los Estados Unidos entregó al de México, a solicitud de éste, por considerarlos como “inmigrantes indeseables”; César Canales, Juan de la Torre, Serrano, Ugalde, Márquez y muchos otros dirigentes del movimiento liberal (KENNETH TURNER, 2015, p. 118).

Se dice que

a los reos políticos se les excluía de ciertos trabajos, porque los que se consideraban como temibles permanecían incomunicados rigurosamente en las pequeñas galeras, y los demás, en otra independiente de las de los reos comunes. En cambio, ninguno de ellos escapó a la befa y al escarnio y a los azotes de los verdugos, puesto que eran reos calificados de traidores a don Porfirio Díaz [...] (MARTÍNEZ NÚÑEZ, 1968, p. 76).

Por el serio riesgo que representaban aun en prisión, de allí que en la cárcel de San Juan de Ulúa existían instrucciones presidenciales de apartar y darles mal trato a los presos políticos.

Situación que no mejoró con la llegada de Victoriano Huerta al poder en 1913, a través de un golpe de Estado al gobierno democrático de Francisco I Madero. Hombre acostumbrado a las traiciones y de todas las desconfianzas que, con su obsesión de poder, puso al país al borde de la guerra civil al establecer su dictadura militar, conocida como “el gobierno de la mano dura”, manda asesinar a los miembros del gabinete de Madero, apresar aquellos opositores, incluidos periodistas y líderes de opinión de la época, como lo fue el caso de Juan Malpica Silva, quien emitió opiniones negativas al golpe de estado. Por fortuna el periodo presidencial del dictador dura solo un año.

El 2 de julio de 1915, Don Venustiano Carranza, primer jefe del Ejército Constitucionalista, ordenó cerrar el presidio instalado en la fortaleza, por medio de decreto se señala que:

Los ideales democráticos cuya realización ambiciona el pueblo desde hace tanto tiempo, no toleran la subsistencia de establecimientos penales que carezcan de los más elementales requisitos de higiene que la civilización exige y la humanidad reclama, para no agravar

con sufrimientos inusitados el castigo que las leyes determinan para los delincuentes, como sucedía con el uso para prisión militar del Castillo de San Juan de Ulúa; Que durante largos años esta fortaleza sirvió para alojar en lóbregas, húmedas e insalubres galerías a los reos del orden militar y no pocas veces a los procesados políticos acusados de rebeldía o sedición, exponiéndolos a adquirir, como en efecto sucedía, graves enfermedades y dolencias incurables que con frecuencia ocasionaron la muerte de muchos de ellos (CARRANZA, 1915, p. 1).

Con ese decreto es que el Gobierno Constitucionalista encabezado por Carranza ordena cerrar la prisión, para borrar esa mancha causada por dictadores y déspotas, conservándolo como monumento histórico y haciendo de ella por poco tiempo casa presidencial. Actualmente sus paredes siguen abiertas al público para llenarse de la historia de México, de la cual, la fortaleza prisión de San Juan de Ulúa es testigo y parte, por ello se ha convertido como patrimonio histórico de la nación mexicana.

5 CONCLUSIÓN

Sin lugar a duda, el fuerte-prisión de San Juan de Ulúa es un inmueble de especial relevancia y referente mundial para comprender el modelo de prisiones y de los castigos que se imponían en los siglos que van del XVII al XX. Su importancia es indudable para la historia de México y de América, al ser la principal puerta de entrada al continente en la colonia. Además de todos aquellos acontecimientos que sucedieron en su interior, especialmente el que nos ha ocupado en su periodo como prisión, es por ello, que hoy en día se le honra como museo y patrimonio de la nación. Pues es parte de la memoria histórica del país.

En el artículo se presentaron los acontecimientos más relevantes en sus más de 500 años de historia, pues el sitio ha sido testigo fiel de la llegada de los conquistadores a México en 1518. Pudimos conocer que en sus inicios brindó protección a la ciudad y al puerto de Veracruz, pues fue clave en la protección de embarcaciones y galeones de los ataques de temibles piratas, corsarios y filibusteros.

Tuvo como una de sus funciones el albergar las mercancías y riquezas patrimoniales del México prehispánico, pues era el principal puerto de embarcación autorizado por la corona española en México. Además de ser el sitio de llegada e ingreso de los esclavos provenientes de África, el sitio recientemente ha sido declarado memoria histórica de la esclavitud.

Fue el último fortín, o como indican los historiadores reducto de atrincheramiento de los españoles para evitar la independencia de México, observadora de los últimos esfuerzos para evitar la caída de la Nueva España y su historia de más de tres siglos. Para después ser testigo de la derrota y huida de los españoles en 1825 después de la victoria del Ejército Mexicano y Armada de México al mando del general Miguel Barragán.

Fue bastión de ocupación de los ejércitos más imponentes del siglo XIX, lugar donde se libraron batallas para evitar la invasión a la soberanía nacional por parte de Francia, Inglaterra, Estados Unidos. Para posterior a la independencia, pasar a ser una de las prisiones más salvajes del siglo XIX, el fuerte fue prisión durante los gobiernos dictatoriales de Antonio López de Santa Anna, Porfirio Díaz y Victoriano Huerta.

Sus puertas como prisión fueron cerradas en 1915, quedando el espacio como parte de la memoria histórica y evidencia de que lugares como la prisión de San Juan de Ulúa no se pueden tolerar, pues rompen con los ideales de democracia y humanidad. Ahora con los derechos humanos contenidos en diversos tratados internacionales, lamentablemente en la actualidad muchas personas en prisiones del país y de la región latinoamericana siguen sufriendo. No cabe duda que el modelo nació para el generar castigo y sufrimiento a las personas internas.

Tal y como se pudo apreciar y derivado de las condiciones inhumanas y castigos severos que recibían aquellos que pisaban la prisión, de la arquitectura, su diseño militar, las condiciones geográficas y su clima, que la hacen ser un lugar de altas temperaturas acompañadas de una alta humedad. Por todo eso, es que la prisión de San Juan de Ulúa fue el último suspiro entre la gloria, el purgatorio y el infierno, pues pocas personas tuvieron la fortuna de superar ese suplicio y contar lo que ocurría al interior de la prisión, muchos otros no pudieron salir vivos, pues el infierno, sin lugar a dudas se tragó sus esperanzas.

REFERENCIAS

CALDERÓN QUIJANO, José Antonio. **Historia de las fortificaciones en Nueva España**. Madrid: Escuela de Estudios Hispanoamericanos, 1984.

CARRANZA, Venustiano. Decreto declarando que el Castillo de San Juan de Ulúa dejará de tener el carácter de presidio. H. Veracruz, Mexico: Ejército Constitucionalista, 2 de julio de 1915.

CERVANTES DE SALAZÁR, Francisco. **Crónica de la Nueva España I**. Barcelona: Linkgua, 2008.

DAVIS ROBINSON, William. **Memorias de la revolución mexicana**. México: UNAM, 2003.

DEL PALACIO, Celia. **Las mujeres de la tormenta**. México: Suma, 2012.

DÍAZ DEL CASTILLO, Bernal. **Historia verdadera de la conquista de la Nueva España**. Ciudad de México: Patria, 1983 [1632].

FOUCAULT, Michel. **Vigilar y castigar: nacimiento de la prisión**. Buenos Aires: Siglo XXI, 2003.

- FUENTES, Carlos. **La silla del águila**. México: Alfaguara, 2003.
- HERNÁNDEZ, Jorge F.; VILLEGAS REVUELTAS, Silvestre; PADILLA, Ignacio. **Juárez: visiones del presente**. México: Fundación para las Letras Mexicanas, 2008.
- HERNÁNDEZ, Judith; SANZ MOLINA, Sara Elizabeth. **Breve reseña histórica San Juan de Ulúa**. Veracruz : INAH, 2018.
- HERNÁNDEZ PADILLA, Salvador. **El magonismo: historia de una pasión libertaria 1900/1922**. México: ERA, 1999.
- HERNÁNDEZ, Teodoro. **Las tinajas de Ulúa**. México: Partido Liberal Mexicano, 1943.
- HEYDEN, Doris. Tezcatlipoca en el mundo náhuatl. En: **Estudios de cultura Náhuatl**, Ciudad de México, Ed. Instituto de Investigaciones Históricas (UNAM), v. 19, p. 83-93, 1989.
- INSTITUTO NACIONAL DE ANTROPOLOGÍA E HISTORIA. **Museo del Fuerte de San Juan de Ulúa**. Veracruz, México: INAH, 2010.
- KENNETH TURNER, John. **México bárbaro: ensayo sociopolítico**. México: Porrúa, 2015.
- LEÓN CÁZARES, María del Carmen. Nuevas luces sobre un antiguo testimonio acerca de los mayas: el informe de la expedición comandada por Juan de Grijalva. En: **Estudios de Cultura Maya**, Ciudad de Mexico, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México / Elsevier, v. 45, n. 45, p. 49-89, 2015.
- LÓPEZ DE GÓMARA, Francisco. **La conquista de México**. Madrid: Dastin Historia, 2000 [1552].
- MARTÍNEZ NÚÑEZ, Eugenio. **Los mártires de San Juan de Ulúa**. México: Instituto Nacional de Estudios Hitóricos de la Revolución Mexicana, 1968.
- MELOSSI, Darío; PAVARINI, Massimo. **Cárcel y fábrica: los orígenes del sistema penitenciario (siglos XVI-XIX)**. Traducción de Xavier Massini. México: Siglo XXI, 1980.
- MUÑOZ ESPEJO, Francisco Martín. **San Juan de Ulúa Veracruz**. México: Conaculta, 1999.
- PONIATOWSKA, Elena. **Encierro que arde: Álvaro Mutis desde Lecumberri**. México: Seix Barral, 2018.
- REAL cédula a Antonio de Mendoza, virrey de Nueva España en respuesta a su carta duplicada de 30 de abril de 1537 sobre distintos temas. Ciudad de México, 30 de abril de 1537.

ROBELO ARENAS, Ricardo; REYES LEDESMA, Marco Aurelio. **História general de la fortaleza de San Juan de Ulúa**. Veracruz: Secretaría de Educación Pública, 1900.

Submissão em: 15 de outubro de 2020

Último Parecer favorável em: 7 de dezembro de 2020

Como citar este artigo científico

HUERTAS DÍAZ, Omar; MANRIQUE MOLINA, Filiberto Eduardo R. Prisión San Juan de Ulúa: el último suspiro entre la gloria, el purgatorio y el infierno. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Montes Claros, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, v. 1, n. 2, p. 170-188, set.-dez. 2020.

LSNEMAS OIETH

ACCESO A UNA UNIVERSIDAD PÚBLICA Y GRATUITA COMO DERECHO DERIVADO DE LA CONSTITUCIÓN NACIONAL ARGENTINA: ANÁLISIS DE ETAPAS HISTÓRICAS HASTA EL PRESENTE

ADELA PEREZ DEL VISO¹ (*)

RESÚMEN

En este trabajo se aborda la temática de la educación en la Universidad (particularmente en la carrera de Abogacía) en el Virreinato del Río de la Plata y luego en Argentina, desde 1810 hasta el momento presente. Se parte del concepto de la Educación en la Universidad como un derecho que podría ser considerado como derivado de normas constitucionales de la Constitución Nacional Argentina. Se trabaja con base en la teoría sistémica y el método sistémico, dividiendo cada etapa de estudio en cuatro vectores: dos entradas (realidad mas valores en juego) y dos “salidas del sistema” (normas legales mas “conducta transformadora”). Se realiza una reflexión final conforme la actual coyuntura de Argentina, en 2018.

Palabras clave: Educación superior. Universidad. Derecho a la educación. Constitución Nacional Argentina. Derecho constitucional. Historia Argentina. Emancipación argentina. Virreinato del Río de la Plata.

ABSTRACT

In this document we refer to the possibility to study at University level (particularly as regards the Legal career) in “Virreinato del Río de la Plata” and then in Argentina, from 1810 until present moment. We state

¹ Abogada y Notaria (1986-1988, Universidad Nacional del Litoral, Argentina), Profesora de Inglés (Instituto de Formación Docente continua San Luis, 2014), Diplomada en Derecho de las familias (U. Católica de Cuyo, sede San Luis, 2017), Profesora en la Universidad Católica de Cuyo, sede San Luis (Seminario de Inglés Jurídico I, II y III; Coordinadora de la plataforma virtual del Posgrado en Derecho Procesal Civil, 2019), becaria Yad Vashem, 2008, Especialista en Educación y TIC y Especialista en Educación y Derechos Humanos (Ministerio de Educación de la Nación –conectar igualdad– I.F.D.C. San Luis, 2017). Correo electrónico: adelamperezdelviso@gmail.com

the thesis that Studying at any University is a real “right” which stems from the Constitution of Argentina. We tackle the situation through the systemic theory and method. Therefore, we divide every period into four parts: Facts and Reality; Values; Legislation and “transformational behaviour”. A conclusion is expressed at the final part. It refers to Argentina in 2018.

Key words: Education at Universities. University. Bachelor of Law career. Legal path. Argentinean national Constitution. Argentinean history. Argentinean fight for emancipation. Rio de la Plata.

1 INTRODUCCIÓN²

A través de nuestra historia argentina y sudamericana se observa la implantación de diversas políticas educativas como prácticas sociales, basadas en posiciones ideológicas y coyunturales, y mediadas por su contexto del momento. Estas situaciones son objeto de estudio de la historia social y de la sociología. Sin embargo, también se encuentran atravesadas por el devenir de las normas jurídicas que a través del tiempo estuvieron en vigencia.

Estas políticas educativas influyen en las posibilidades de plasmar en la realidad el derecho a la educación, como también, el derecho de enseñar y aprender; concebidos y protegidos en nuestra Constitución Nacional y en numerosas disposiciones tanto internacionales como nacionales. En esta oportunidad, trataremos de centrarnos particularmente en el derecho de **Enseñar y Aprender en la Universidad**.

En este trabajo, mediante el uso de la llamada “teoría sistémica del derecho”, intentaremos abordar de qué manera se permitió o se ocluyó el acceso al conocimiento y al estudio universitario en nuestro país, a través del tiempo.

2 MÉTODO A UTILIZAR: LA TEORÍA SISTÉMICA DEL DERECHO

Conforme el Dr. Rodolfo Capón Filas³, en los casos en que es necesario estudiar y aplicar **derechos sociales**, se observa que es indispensable superar y **eliminar la distancia entre las declamaciones y la realidad**.

² El presente trabajo es la adaptación de un Trabajo final (tesina) presentado en la materia “Universidad, Sociedad y Estado”, en la Carrera Especialización en Docencia en entornos virtuales, Universidad Nacional de Quilmes, Setiembre 2018.

³ Dr. Capon Filas Rodolfo: renombrado jurista y autor de Derecho Laboral en Argentina, fundador de la corriente interdisciplinaria Equipo Federal de Trabajo. Fue magistrado en la Sala VI de la Cámara Nacional del Trabajo de Buenos Aires hasta su retiro en marzo de 2006.

Para ello, este autor ideó un método basado en la **Teoría general de los sistemas** y en la imaginería de la incipiente informática de los años 70-80. Se denomina “Teoría sistémica del derecho social”.⁴

Así, afirmó Capón Filas que el derecho tiene “entradas y salidas”, como un sistema. “Comparable a un ordenador dependerá de los datos que ingresemos los resultados que nos arroje. Sus entradas son: la Realidad y los Valores Críticos (V) y sus salidas están constituidas por las Normas (N) y por la Conducta Transformadora (T)” (GROSS, 2018).

De esta manera es posible el estudio de un tema o una institución jurídica o social, mediante el análisis de estos **cuatro vectores**:Cuál era la **realidad** que regía, cuáles eran los **valores en juego**, qué **normas** se dictaron para la situación, y cuál **“tendría que ser” la conducta de los actores jurídico sociales** de ese espacio (conducta transformadora).

Este será el método que se utilizará a continuación.

3 ETAPAS A ANALIZAR

Utilizaremos el método sistémico a través de las siguientes etapas históricas:

- antes de la Declaración de independencia argentina. (Antes de 1816);
- desde 1816 a 1860 (hasta la organización nacional a través de una Constitución que rigiera en todo el país);
- desde la organización constitucional hasta el año 1918. (Hasta la “Reforma universitaria”);
- período universitario de la época de la reforma universitaria de 1918;
- período universitario desde 1918 hasta 1983. (Hasta la finalización del gobierno de facto 1976-1983);
- años 1983 hasta el presente.

4 EL ESTUDIO EN LA UNIVERSIDAD ANTES DE LA DECLARACIÓN DE INDEPENDENCIA ARGENTINA

4.1 Vector “Realidad” antes de 1816

4.1.1 Partamos de la base del concepto de “Universidad”

Según el diccionario de la Real Academia Española, este término proviene del latín (Universitas, Universidad, totalidad, colectividad, gremio,

⁴ Teoría general de los sistemas, en la filosofía y sociología alemana, con autores como Ludwig von Bertalanffy.

corporación), y significa “Una institución de enseñanza superior que comprende diversas facultades, y que confiere los grados académicos correspondientes [...] puede comprender colegios, institutos, departamentos centros de investigación y escuelas profesionales.” En una sexta acepción, Universidad es un “Instituto público de enseñanza donde se hacen los estudios mayores de ciencia y letras, con autoridad para la colación de grados en las facultades correspondientes.”⁵

A continuación, observaremos que “Universidades” tomadas con ese sentido, estaban disponibles para alguna persona que viviera en las provincias del Río de la Plata, antes de 1816.

4.1.2 ¿Cuáles eran las “Universidades” que había en nuestra zona y lugares cercanos?

En realidad, la historia de nuestro continente comienza muchísimo antes de la llegada de los españoles al mismo. Sin embargo, en parte porque no había suficientes registros y en parte porque los mismos fueron destruidos, lamentablemente no se cuenta con fuentes fehacientes y completas sobre la historia de la educación en el cono sur, antes del S. XVI.

Una historia de la sociedad argentina debería remontarse a más de diez mil años de poblamiento desde que los primeros pueblos arribaron a estas tierras. Sin embargo, los estudios de antropólogos, arqueólogos e historiadores no han conseguido reconstruir más que parcialmente nuestra prehistoria. En términos generales, ignoramos en lo esencial qué características tenían las sociedades indígenas prehispánicas. Los objetos de diversas culturas que han llegado hasta nosotros apenas si transmiten sus habilidades artesanales, su sentido estético y sus creencias metafísicas, pero no arrojan luz sobre la estructuración de sus comunidades. De modo que debemos prescindir de este requisito de la historia social para pasar a referirnos a lo que llamamos el poblamiento de nuestro territorio, realizado por los españoles en los siglos xvi, xvii y xviii (LUNA, 2018, p. 15).

En este aspecto, cabe destacar que las primeras Universidades que fundó España en el cono sur, fueron entre otras, y por orden de antigüedad:

- a) la Real y pontificia Universidad de San Marcos, en Lima, Perú (desde 1551 y 1571), la cual se considera como la primera universidad de América por haber sido fundada de acuerdo a una normativa jurídica de los reyes españoles. Es también la más antigua del continente por ser la única del siglo XVI en mantener un funcionamiento continuo desde entonces. Actualmente se denomina Universidad Nacional Mayor de San Marcos;

⁵ Real Academia Española, Voz Universidad, disponible online en: <<http://dle.rae.es/?id=b6TOjV2>>.

- b) la Pontificia Universidad de Córdoba, en Argentina, desde 1613. Actualmente denominada Universidad Nacional de Córdoba;
- c) la Pontificia Universidad de San Ignacio de Loyola, en Cuzco, Perú en 1621. Tenía origen Jesuita, y tuvo la oposición de la Universidad de San Marcos, y de diversas fuerzas políticas y eclesiásticas. Fue eliminada en 1767;
- d) la Universidad Pontificia Colegio Máximo de San Miguel, Chile, creada en 1621 por una bula papal. No existe en la actualidad;
- e) la Real y pontificia Universidad de San Francisco Javier, en Sucre, Bolivia, creada en 1624, por una bula papal y un documento real. Actualmente existe y se denomina Universidad Mayor, real y pontificia San Francisco Xavier de Chuquisaca;
- f) la Universidad de San Cristóbal Huamanga en Ayacucho, Perú, creada en 1677, y cerrada en el siglo XIX. Actualmente existe una Universidad Nacional San Cristóbal Huamanga fundada en 1959 (RODRÍGUEZ-SAN PEDRO BÉZARES; POLO RODRÍGUEZ, 2008).

4.1.3 ¿Quiénes podían estudiar en la Universidad?

Refiriéndose a los que ejercían la profesión de “Abogados” en Argentina antes de 1816, Dardo Perez Ghilou narró en un informe que

Al título de abogado, regularmente, lo otorgaban las universidades de prestigio tales como Charcas, Córdoba, San Felipe de Chile y San Marcos de Lima, refiriéndonos a las próximas a Buenos Aires, sin descontar que algunos estudiaron en Salamanca, España. Pero, la habilitación para ejercer la profesión era exigente. Luego de recibidos, los graduados debían practicar, desde la obtención del diploma, cuatro años rigurosamente controlados en el bufete de un letrado y aprobar después un examen ante la Real Audiencia de la Jurisdicción. En Charcas adquirió especial prestigio como ámbito para esta práctica, la Real Audiencia Carolina que funcionaba bajo la dirección de un oidor de la Real Audiencia (PÉREZ GHILOU, 2009, p. 5)

Este mismo autor recalca que el título universitario no era fácil de obtener, y que dependía de que la familia del estudiante fuera de gran fortuna.

El inicio en la profesión no era fácil y generalmente no se adquiría el “status” correspondiente sino luego de un tiempo de ejercicio. Leiva trae una cita de Manuel Moreno, ilustrativa al respecto. Dijo éste que los criollos del Río de la Plata [...] si no eran herederos de una fortuna respetable, no tenían más alternativas que la de abrazar el estado eclesiástico, en que se reunía el honor con la pobreza, o la milicia en que se juntaban la indigencia y la corrupción, o bien el Foro donde se

hallaba un ejercicio provechoso pero difícil de emprender porque a más de ser dispendioso a los principios, no presentaba utilidad sino después de algunos años (LEIVA, 2005, p. 2. Citado en PÉREZ GHILOU, 2009, p. 5).

4.1.4 Ejemplos de abogados de la historia nacional argentina

Para tomar algunos ejemplos con personas muy conocidas de la historia nacional argentina:

- Mariano Moreno⁶ estudió primero en el “Real Colegio de San Carlos”, hoy Colegio Nacional de Buenos Aires. A través de un mentor religioso tuvo acceso a la biblioteca del Convento de San Francisco; luego continuó sus estudios en la Universidad de Chuquisaca, (ubicada en la ciudad hoy llamada de Sucre, Bolivia) gracias al esfuerzo económico de ese mentor y de sus padres. En Chuquisaca se incorporó también a la “Real Academia Carolina de Practicantes Juristas de Charcas”, una especie de Colegio para universitario al que se debía concurrir obligatoriamente, y que proporcionaba práctica y estudio de casos.⁷
- Juan José Castelli⁸ también fue abogado. Era hijo de un médico italiano afincado en Buenos Aires. Concurrió primero al Real Colegio de San Carlos, y luego al Colegio Monserrat de Córdoba (ambos religiosos). Se le ofreció estudiar abogacía en España (en Salamanca) pero rechazó esta propuesta y concurrió a la Universidad de Chuquisaca (la misma en la que estudió Mariano Moreno). Cuando volvió a Buenos Aires estableció su estudio jurídico en la misma casa familiar (Conf. RIVERA, 2013, p. 12).
- Manuel Belgrano⁹ era hijo de un comerciante genovés. Estudió primeramente en el Real Colegio de San Carlos y luego “partió a España, estudiando en las Universidades de Salamanca y Valladolid donde se graduó de bachiller. En 1793 recibió el título de abogado y ese mismo año volvió a Buenos Aires, siendo designado con 23 años como primer secretario del Consulado.”¹⁰

⁶ Mariano Moreno fue un abogado, periodista y político rioplatense, uno de los principales ideólogos e impulsores de la Revolución de Mayo que fue el primer movimiento de emancipación importante en el “Virreynato del río de la plata”. Tuvo gran actuación como uno de los dos secretarios de la Primera Junta, resultante de esa Revolución. Falleció en circunstancias desconocidas y sospechadas, mientras viajaba a Europa, mandado por el gobierno que se formó posteriormente.

⁷ Conf.: Biografías y vidas. Biografía de Mariano Moreno. Disponible en: <https://www.biografiasyvidas.com/biografia/m/moreno_mariano.htm>.

⁸ Juan José Castelli: otro miembro importante del movimiento que originó la Revolución de Mayo en el Virreynato del Río de la Plata.

⁹ Manuel Belgrano fue un patriota del Río de la Plata muy importante; a pesar de ser abogado, se involucró directamente en las luchas por la independencia y lideró diversos ejércitos. Fue también quien creó la Bandera Argentina.

¹⁰ Enciclopedia online Historia Biografías: historia-biografia.com Biografía de Manuel Belgrano. Disponible en: <<https://historia-biografia.com/manuel-belgrano/posteado>>. 18-10-2018. Cons 19-9-2018.

Con todo ello, y tomando nombres conocidos de la historia argentina, queremos significar que, en la Colonia, antes de 1810/1816, los estudios organizados requerían:

- a) que el estudiante fuera un **hombre**. Eran excepcionales los casos en que la educación de cualquier tipo era impartida a la mujer. Por ejemplo, se dice que la madre de Mariano Moreno “sabía leer y escribir”, pero se menciona este detalle como un hecho *extraordinario*;
- b) para que fueran estudios organizados, debía comenzarse al menos en determinadas instituciones educativas **que eran religiosas**, y donde se enseñaba latín y Teología además de otras asignaturas. (v.g. el Real Colegio de San Carlos);
- c) para que se pudiese concurrir a la Universidad había que **tener mentores religiosos** y económicos; una familia pudiente que costeara el viaje del candidato (v.g. eran dos meses de viaje hasta Chuquisaca, en carreta - Conf. RIVERA, 2013, p. 12) y la estadía en la Universidad destino;
- d) la educación universitaria **era paga**. No recibía un mantenimiento por parte del Estado. Menos aún se consideraba que la educación universitaria fuera un derecho de todos. Sólo era la posibilidad (no el derecho) de unos pocos, los que podían afrontar el enorme costo económico.

4.2 Los Valores en Juego en la Época Colonial

Siguiendo con el método sistémico (Realidad + Valores / Normas + conducta transformadora), pasamos a observar cuáles eran los valores en juego en la época colonial y cómo impactaban en las oportunidades de estudio de los pobladores del Río de la Plata.

Al respecto, los historiadores recalcan que

Los españoles que llegaron a estas tierras (el Río de la Plata) no encontraron minas ni riquezas de ninguna clase, y solamente tuvieron la mano de obra gratuita de las encomiendas como compensación. Las familias fundadoras se basaron, entonces, en los valores predominantes en España: el sentido del honor, la fidelidad a la Corona y, sobre todo, un hondo sentido religioso o, más bien, una profunda adhesión a la Iglesia católica [...] (LUNA, 2018, p. 18).

Félix Luna destaca (en la obra aquí citada) que entre los valores había también connotaciones económicas, tales como:

- mantener el derecho de primogenitura (Por tanto, un valor que no es afín al principio de igualdad, sino que contribuye a la acumulación de la riqueza en una familia, favoreciendo a una persona en detrimento de la otra);
- la pureza de sangre y linaje. “[Ello] daba lugar a una serie de pleitos, todo lo cual da idea de una sociedad conservadora, característica que se acentuaba por el aislamiento en que vivían.” (LUNA, 2018, p. 18).

Las universidades latinoamericanas, en el periodo colonial, fueron una réplica del modelo hispánico de enseñanza superior: señorial, escolástica y clerical. Operaron, desde siempre, como instituciones esencialmente políticas y clasistas, de este modo cumplieron con la función social de formar las elites o capas letradas criollas que rigieron la vida colonial. La cultura –y el acceso a la educación– fue un privilegio de clase o casta, de los más pudientes económicamente, a la que el pueblo no tenía acceso (JUARROS, 2018b).

Con estos valores en juego, está claro que sólo tenían acceso a la educación, y más aún a la Universidad, los hijos de familias muy acomodadas del Virreinato del Rio de la Plata, posiblemente el primogénito, y por supuesto, varón, ya que las mujeres se destinarían a contraer matrimonio y tener hijos, para favorecer los enlaces de las distintas familias destacadas de la sociedad.

4.3 Vector “Normas que se Aplicaban”

Las normas vigentes en ese momento en el Virreynato del Rio de la Plata eran “Las 7 Partidas” de Alfonso X El Sabio (normativa del siglo XIII basada en el Derecho romano de la época del emperador Justiniano).

De las 7 partidas, la “Ley 37-1” disponía que

En cada iglesia arzobispal debe haber un maestro que lea de divinidad. Y los clérigos que salen de la provincia a oírla deben tener todos sus beneficios. Que aprendan en sus iglesias buenas maneras. El otro saber es latín, artes, maestría para saber las cosas de raíz, y para entender las Santas Escrituras. En cada iglesia obispal debe haber maestro de gramática, que es el arte de aprender latín, y de Lógica, para saber y conocer distinguir la verdad de la mentira, y aún de retórica, que es la ciencia para ordenar las palabras. Esos tres saberes deben aprender los clérigos, y les muevan a hacer obras de piedad. [...] Más los otros cuatro saberes, que es el uno de ellos la aritmética, que es arte que muestra las maneras de las cuentas, y el otro, geometría, que es para saber cómo se pueden medir y estimar todas las cosas por estimación o por vista, y el tercero, la música que es saber de acordanza de los sonos y de las otras cosas, y el cuarto astronomía, que es para saber el movimiento de los cielos y el curso de los planetas y estrellas, no tuvieron por bien los santos padres que se esforzasen mucho los clérigos en aprenderlo [...] no son convenientes porque no mueven a obras de piedad [...]

Y la “Ley 10” de las partidas disponía lo siguiente:

La Ciencia es don de Dios, y por ello no debe ser vendida, pues, así como aquellos que la tienen la lograron sin precio y por gracia de Dios, así la deben ellos dar a los otros de grado, no tomándoles por ello ninguna

cosa. De donde **cuando algún maestro recibiese beneficio** de alguna iglesia porque tuviese escuela, **no debe después demandar ninguna cosa a los clérigos ni a los otros escolares pobres, pues si lo demandase y lo tomase haría como simonía**. Más los maestros que no recibiesen beneficios de las iglesias, bien **pueden tomar soldada de los escolares a los que enseñaren**, si las rentas que hubieren de otra parte no les cumplieren para vivir honestamente; y si les cumplen, no deben demandar ninguna cosa más deben los enseñar de buena voluntad. [...] Otrosí aquellos que tienen poder de dar licencia a los escolares **para ser maestros no lo deben hacer por precio**" (LAS SIETE, 2018).

Estas normas legales se traducían en modos de ser y en contenidos muy concretos que eran los únicos "normales y autorizados" en las Universidades.

En el caso latinoamericano la filosofía universitaria de la época colonial es la "escolástica" –así llamada–. Sin embargo, es fácil mostrar el sentido muy diverso de una primera escolástica con respecto a una tercera. La primera escolástica fue la filosofía hegemónica en el mundo europeo latino; fue una filosofía creativa y nueva. La segunda escolástica, en cambio, dejó pronto de ser hegemónica –con respecto a la filosofía articulada a la burguesía emergente, y tales fueron la filosofía del ego cogito de Descartes y de la tabula rasa del empirismo inglés–, y decayó hasta ser una filosofía secundaria, no creativa, de puro comentario. Por su parte, la tercera escolástica es ya un fenómeno interno (y por ello externo a la civilización moderna y a la sociedad burguesa triunfante) a la iglesia católica, periférica, de la filosofía contemporánea europea o norte-americana (DUSSEL, 1994, p. 29 y ss.).

En conclusión: según las normas de la época, se fomenta la educación, pero de quienes serán clérigos; educación basada en el latín, retórica y gramática, no fomentando la educación basada en las ciencias tales como la física y la astronomía, por no contribuir a las prácticas religiosas.

Si hay maestros y hay educación impartida, según las Siete Partidas, ello debe considerarse como un beneficio y un sacerdocio (impartir la ciencia que es don de Dios) y no puede exigirse un pago ("soldada") por ello. Si hay educación formal que otorgue un título, la ley 10 de las Siete Partidas manda entregar el título, y no exigir un precio por ello.

4.4 La "Conducta Transformadora" en la Época Colonial en el Rio de la Plata

Cabe preguntarse quién podía o debía producir un cambio en la colonia. ¿Era posible el cambio? ¿Alguien se lo planteó?

Como decía Félix Luna, un importante historiador argentino, ocurre que la sociedad de la época era **profundamente conservadora**. Se aceptaba el

orden existente como un orden “dado por Dios”. El orden permitía a la corona española la perpetuación en el poder. En efecto, este orden incluía la división de la sociedad en castas, donde quien estaba más abajo directamente no podía subir ni uno solo de los peldaños, y menos aún aspirar a educación, aunque no fuera Universitaria.

Podría decirse que era imposible una conducta transformadora de semejante sistema conservador, dado que se trataba realmente de un “saber medieval dominante”, en el sentido del siguiente texto:

El saber medieval dominante, se distinguió fundamentalmente por la racionalidad cristiana, el formalismo verbalista, el criterio de autoridad fundado en el Verbo de Dios (orientación teocéntrica) la palabra escrita –el libro– como única fuente de adquisición del conocimiento que inicia la fuerte tradición libresca de los estudios universitarios y el dogmatismo de sus interpretaciones, y la memorización-repetición como método para aprender dichos conocimientos (MOLLIS, 2005, p. 185).

Por ello fue importante que algunos destacados seres humanos de nuestra historia tuvieran acceso a obras tales como las de Rousseau y Montesquieu (y otros liberales españoles como Jovellanos) en la Universidad de Chuquisaca. (O inclusive, mientras estudiaba en Salamanca, como fue el caso del abogado Manuel Belgrano).

Manuel Belgrano decía:

Escribí varias memorias sobre la planificación de escuelas: la escasez de pilotos y el interés que tocaba tan de cerca a los comerciantes, me presentó circunstancias favorables para el establecimiento de una escuela de matemáticas, que conseguí a condición de exigir la aprobación de la Corte, que nunca se obtuvo y que no paró hasta destruirla; porque aun los españoles, sin embargo de que conociesen la justicia y utilidad de estos establecimientos en América, francamente se oponían a ellos, errados, a mi entender, en los medios de conservar las colonias (BELGRANO, 2018, p. 4).

Para que adviniera una verdadera conducta transformadora, que modificara las normas en vigor y los prejuicios de la realidad social, era indispensable que se produjera la independencia de las provincias unidas del Río de la Plata.

5 EL ESTUDIO UNIVERSITARIO DESDE 1816 HASTA LA ORGANIZACIÓN NACIONAL ARGENTINA (ACAECIDA EN EL PERÍODO 1853/1860)

En esta etapa, 1816 a 1860, nuestras posibilidades de analizar la temática con base en el método sistémico se reducen un tanto, dado que todo el

conjunto de las “Provincias unidas del río de la Plata” estaba inmerso en una lucha por la emancipación (por una parte) y luego por la definición de qué tipo de organización política era la que en definitiva prevalecería; incluyendo en ello batallas fratricidas entre los mismos habitantes del territorio, invasiones de Buenos Aires hacia el interior de lo que luego fue Argentina, o invasión de caudillos de una provincia hacia la otra, emboscadas, asesinatos, etc.

¿Qué oportunidades de estudio universitario podrían tenerse en ese momento?

Una persona que fuera realmente “patriota” ya no concurriría a una universidad de España. Había que recurrir a las instancias educativas a disposición en Sudamérica, las cuales no eran muchas, y se encontraban en situación de crisis, puesto que todo el énfasis se había colocado en las luchas antes mencionadas.

Manuel Belgrano, en 1809, había fundado una Escuela de Náutica (BELGRANO, 2018) y una Escuela de matemáticas, impulsó la creación de academias e incluso habló en favor de la educación formal de las mujeres, lo cual no ocurrió en ese momento histórico.

Desde 1810 hasta 1860 la Universidad de Córdoba pasó a la jurisdicción provincial, aunque regentada por religiosos católicos. Se aranceló la educación universitaria en esta casa de altos estudios, y sólo podía ingresar quien tuviera medios económicos, que además fuera de sexo masculino.

En el año 1821 se funda la importantísima Universidad de Buenos Aires (U.B.A., 1821).

En efecto, la actual U.B.A. fue inaugurada por un decreto del gobernador de la provincia de Buenos Aires, Martín Rodríguez, e impulsada por el Ministro de gobierno, Bernardino Rivadavia (U.B.A., 2018).

En esta apertura de la Universidad de Buenos Aires, todavía se encuentra muy presente la influencia de la Iglesia Católica:

- en acto de inauguración tuvo lugar en la Iglesia de San Ignacio;
- en este acto fue nombrado rector un sacerdote, Antonio Sáenz. El segundo rector fue el presbítero Valentín Gómez;
- una de las facultades, llamadas “Departamentos” era de **Ciencias Sagradas**.

Decimos que el primer rector fue el **Presbítero Antonio Sáenz**. Sin embargo, es de destacar que este sacerdote tenía **ideas progresistas** ya que buscaba que se fundara una casa de altos estudios en Buenos Aires, y que no sólo fuera una enseñanza religiosa, sino que incluyera también ciencias naturales y exactas (U.B.A., 2018).

Hacia 1822 la Universidad de Buenos Aires incluía varios departamentos que en realidad fueron los antecesores de las actuales facultades:

- primeras letras: incorporando dieciséis escuelas primarias. Luego este departamento se separó de la U.B.A.;

- estudios preparatorios de latín, lenguas modernas, filosofía y economía política, y matemáticas;
- ciencias exactas, con dibujo, química, mecánica, etc.;
- medicina;
- “jurisprudencia”, es decir, estudio de Derecho. A partir de 1826 dio clase allí Dalmacio Vélez Sarsfield, prominente jurista que luego (él solo, y sin que existiera máquina de escribir) redactaría el extraordinario Código Civil, en la década de 1860;
- ciencias sagradas o Teología.

5.1 ¿Cómo era el Acceso a esta Universidad?

Para entrar a la universidad había que ser:

- hombre (no se admitían mujeres, a pesar de las ideas originarias de Belgrano);
- persona de buen pasar o con una familia que le proveyera de fondos, ya que al menos desde 1838 se suprimió en la provincia de Buenos Aires la enseñanza gratuita y la provisión de sueldos a los profesores universitarios, pero la U.B.A. mantuvo su actividad por la vía del cobro de aranceles a los estudiantes.

5.2 La Cuestión de la Asignación de Fondos a la Universidad

Durante el gobierno de Juan Manuel de Rosas (1829-1852) la Universidad quedó sujeta al poder político, exigiéndose de sus integrantes demostraciones de adhesión al régimen. La situación política y la reducción presupuestaria que prácticamente dejó sin presupuesto a la UBA, dañaron a la casa de estudios. Los profesores, cuyos salarios quedaron sujetos al pago de los alumnos, migraron. Los estudios de ciencias naturales desaparecieron. Fueron rectores de la UBA durante el período resista los doctores Santiago Figueredo y Paulino Guari (U.B.A., 2018).

Como vemos, ya desde 1829 se plantea una cuestión muy importante y que hace al derecho de acceso a la Universidad, y a la posibilidad misma de que exista y funcione.

Esta cuestión consiste en **la necesidad de proveer de fondos a la Universidad.**

A través del manejo de esta provisión de fondos (abrir el presupuesto o cerrarlo o restringirlo) vemos que la realidad se hace presente y se observa si los buenos deseos que puede declamar un gobierno en relación con “La educación del pueblo” se hacen realidad o son meras afirmaciones idealistas.

Como nota en este concepto, nos permitimos acotar aquí que ya hace bastante tiempo se ha conectado esta falta de **apoyo económico a la Educación superior**, con la idea de “Dominación”. En efecto, se ha dicho:

La dominación es relacional: es una modalidad de vinculación entre sujetos sociales. **Es por definición asimétrica, ya que es una relación de desigualdad.** Esa asimetría surge del control diferencial de los recursos, gracias a los cuales es habitualmente posible lograr el ajuste de los comportamientos y de las abstenciones del “dominado”, a la voluntad expresa, tácita o presunta, de la dominante. No tiene sentido intentar un inventario exhaustivo de estos recursos, pero es útil distinguir algunos muy importantes: el primero es el control de medios de coerción física, movilizables por sí o por un tercero. Otro es el control de recursos económicos. Un tercero es el control de recursos de información en sentido amplio, incluso conocimientos científico tecnológicos. Y luego el control ideológico, mediante el cual el dominado asume como justa y natural la relación asimétrica de la que es parte y por tanto, no la entiende como una cuestión de dominación [...] (O'DONNELL, 2018)

La dominación, como movimiento asimétrico de poder, puede observarse en cuanto a la relación Estado-Universidad, por la vía del control de los recursos económicos que se asignan a esta última. Cabe esta observación dado que la situación de dominación económica entonces se observa como columna vertebral a lo largo de nuestra historia e influye sin dudas en las posibilidades de Enseñar/Aprender en las Universidades y en los restantes niveles educativos.

Veamos entonces cómo prosiguió esta relación de poder y de manejo económico, a través de la historia, hasta el presente.

6 PERÍODO DESDE LA ORGANIZACIÓN CONSTITUCIONAL ARGENTINA (1860) HASTA 1918

Volviendo a nuestros cuatro vectores del método sistémico.

6.1 La Realidad

A partir del dictado de la Constitución Nacional Argentina en 1853 y su adopción también por parte de Buenos Aires en 1860, se produjo en este país una pacificación al menos temporaria de las luchas internas.

Se comenzó por fomentar la escuela primaria, estableciendo una “base” para la educación nacional. Se crearon escuelas normales, y se extendieron a varios lugares del país.

Comenzaron a llegar diversas **corrientes inmigratorias** (al calor de lo manifestado en la misma Constitución Nacional Argentina en su preámbulo, y otras normas, donde se fomentaba tal movimiento inmigratorio... de ser

posible, que fuera “europeo”). Se hacía más que necesario la extensión a todos de la posibilidad de la educación. Al menos, una educación primaria que unificara el idioma y ciertos valores sociales en juego.

En 1912 se sancionó la Ley Sáenz Peña, que instauró el voto universal, secreto y obligatorio, y terminaría en principio, con el “orden conservador”, cimentado en el principio alberdiano de “amplias libertades individuales y restringidas libertades políticas”. [...] El historiador Luis Alberto Romero (2005) ha caracterizado estos años como los de una callada transformación de la sociedad y la cultura, donde el sistema educativo operó efectivamente “nacionalizando” a la población nativa e inmigrante, básicamente a través de la alfabetización del sistema de educación pública y del surgimiento de asociaciones civiles, como las bibliotecas, cooperativas, sociedades de fomento, y de los partidos políticos.” (JUARROS, 2018c, p. 1).

En el caso argentino, la política educativa es la primera gran política del Estado argentino moderno, con alcance nacional y con leyes, reglamentos, procedimientos estandarizados y recursos financieros y organizativos específicos (ISUANI y otros, 1989). El Programa inicial de la política educativa del Estado moderno (fines del s. XIX se estructuró alrededor de las clásicas consignas de obligatoriedad, laicidad y gratuidad (JUARROS, 2018a, p. 6).

6.2 Valores

A partir de 1860 los valores que se trataron de diseminar fueron:

- el respeto de la legalidad y del gobierno nacional recién organizado y pacificado. Este valor era fundamental para la “construcción de una nación”;
- liberalismo individual y económico, respeto a ultranza del “derecho de la propiedad”, todo ello instalado desde la Constitución Nacional (artículos 17, 18 y 19);
- derecho a la igualdad: desde la constitución Nacional se establece que todos son igualmente admitidos en los cargos públicos con el único requisito de la idoneidad;
- se produce en este período una tensión entre los principios o valores de aquéllos que buscan una educación básica y normalista para todo el pueblo, y otros que propugnan una educación superior y universitaria sólo para algunos que serán los dirigentes.

6.3 Normas en Juego en este Período

Entre las normas que rigieron este período encontramos las siguientes:

a) la Constitución Nacional Argentina que establecía la obligatoriedad de la Educación primaria, en su artículo 5, aunque la colocaba como una obligación de las provincias. En efecto, decía:

Art. 5. Cada provincia dictará para sí una Constitución bajo el sistema representativo republicano, de acuerdo con los principios, declaraciones y garantías de la Constitución Nacional; y que asegure su administración de justicia, su régimen municipal, y la educación primaria. Bajo de estas condiciones el Gobierno Federal, garante a cada provincia el goce y ejercicio de sus instituciones.

b) en cuanto a la igualdad de las personas y la necesidad de una cierta idoneidad para cargos públicos, la Constitución Nacional en el Art.16 textualmente decía:

Art. 16. La Nación Argentina no admite prerrogativas de sangre, ni de nacimiento; no hay en ella fueros personales ni títulos de nobleza. Todos sus habitantes son iguales ante la ley, y admisibles en los empleos sin otra condición que la **idoneidad**. La igualdad es la base del impuesto y de las cargas públicas

c) el Código Civil argentino (Vélez Sarsfield): en Setiembre de 1869 se promulgó (y comenzó a regir en todo el país en 1871) un Código Civil redactado íntegramente por Dalmacio Vélez Sarsfield (docente de la Universidad de Córdoba). En este Código Civil en el artículo 264 se disponía que “La patria potestad es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los padres sobre las personas y bienes de los hijos, para su formación y protección integral, desde la concepción de éstos y mientras sean menores de edad y no se hayan emancipado”.

Se consideraba a la patria potestad como un “deber-derecho”. No sólo era para la protección de los hijos del padre o madre, sino también para cumplir una función social, la de la formación integral de los hijos.

La expresión “formación integral” mencionada en el artículo 264 C.C. de Vélez Sarsfield admitía un alcance amplio; en este caso el destinatario no es sólo el hijo menor sino también el prójimo ya que la preparación que aquél reciba se traducirá en el comportamiento familiar y general que el niño asumiera en la sociedad.

Allí vemos entonces que se coloca en cabeza del “páter familia” la obligación de promover y proveer la formación de su hijo. Es decir, la educación.

d) la ley 1420 o de Educación gratuita primaria, obligatoria y Laica.

e) la ley 1597 o primera Ley de Universidades Nacionales. En realidad se refería a las Universidades de Córdoba y de Buenos Aires. Esta ley disponía lo siguiente:

Artículo 1: El Poder Ejecutivo ordenará que los Consejos Superiores de las Universidades de Córdoba y de Buenos Aires, dicten sus estatutos en cada una de estas Universidades, subordinándose a las reglas siguientes:

1 - la Universidad se compondrá de un rector, elegido por la Asamblea Universitaria, el cual durará cuatro años, pudiendo ser reelecto; de un Consejo Superior y de las Facultades que actualmente funcionan, o que fuesen creadas por leyes posteriores. La Asamblea Universitaria es formada por los miembros de todas las Facultades;

2 - el Rector es el representante de la Universidad; preside las sesiones de las Asambleas y del Consejo; y ejecuta sus resoluciones. Corresponde asimismo al Rector el puesto de honor en todos aquellos actos de solemnidad que las Facultades celebren.

3 - el Consejo Superior se compone del Rector, de los decanos de las Facultades y de dos delegados que éstas nombren. Resuelve en la última instancia las cuestiones contenciosas que hayan fallado las facultades, fija los derechos universitarios con la aprobación del Ministerio de Instrucción Pública, y dicta los reglamentos que sean convenientes y necesarios para el régimen común de los estudios y disciplina general de los establecimientos universitarios.

4 - cada Facultad ejercerá la jurisdicción política y disciplinaria dentro de sus institutos respectivos, proyectará los planes de estudios y dará los certificados de exámenes en virtud de los cuales la Universidad expedirá exclusivamente los diplomas de sus respectivas profesiones científicas, aprobará o reformará los programas de estudios presentados por los profesores, dispondrá de los fondos universitarios que le hayan sido designados para sus gastos, rindiendo una cuenta anual al Consejo Superior, y fijará las condiciones de admisibilidad para los estudiantes que ingresen en sus aulas;

5 - en la composición de las Facultades entrará por lo menos una tercera parte de los profesores que dirigen sus aulas correspondiendo a la facultad respectiva el nombramiento de todos los miembros titulares. Todas las Facultades tendrán un número igual de miembros que no podrá exceder de quince.

6 - las cátedras vacantes serán llenadas en la forma siguiente: la Facultad respectiva votará una terna de candidatos que será pasada al Consejo Superior, y si este la aprobase será elevada al Poder Ejecutivo quien designara de ella el profesor que deba ocupar la cátedra.

7 - **los derechos universitarios que se perciban, constituirán el “fondo universitario”, con excepción de la parte que el Consejo Superior asigne, con la aprobación del Ministerio para sus gastos y para los de las Facultades.** Anualmente se dará cuenta al Congreso de la existencia e inversión de los fondos.

Art. 2. Los Estatutos dictados por los Consejos Superiores con arreglo a las bases anteriores serán sometidos a la **aprobación del Poder Ejecutivo.**

Art. 3. La **designación de los profesores se hará por el Poder Ejecutivo**, a propuesta de las Facultades respectivas.

6.4 Conducta Transformadora en Argentina en el Período 1860-1918

Si hablásemos en este momento de la Reforma universitaria, ya estaríamos ubicándonos en el siguiente período (posterior a 1918).

El desafío en este acápite es encontrar “ideas y conductas transformadoras” **antes** de la reforma universitaria de 1918.

En este sentido, investigando en la vida del Dr. **Deodoro Roca**, (quien fue luego autor del **Manifiesto Liminar de la Reforma Universitaria**, Córdoba, 1918), nos encontramos con un escrito (que él no publicó pero que luego se dio a conocer) que data de 1912:

Corría 1912. El Consejo Superior había prohibido una conferencia de Alfredo Palacios, auspiciada por los alumnos del Colegio de Montserrat, y de paso tronó amenazante sobre quienes manifestaran la menor solidaridad con los organizadores del acto vetado. De su puño y letra Deodoro presentó entonces un escrito el 5 de julio de 1912, al consejo superior de la Universidad Nacional de Córdoba, y a la Comisión directiva del Centro de estudiantes de Derecho [...] (SANGUINETTI, 2003, p. 5).

En la nota, Deodoro Roca, que era por entonces Presidente del Centro de Estudiantes de la Facultad de Derecho de la Universidad de Córdoba, protesta porque entiende que el Consejo Superior de la Universidad había proferido una verdadera amenaza de expulsión respecto de los estudiantes universitarios que llegaran a solidarizarse con los hechos ocurridos en el Colegio nacional o hablaran bien de Alfredo Palacios. Le “manifiesta su disconformidad con la medida adoptada y pide su revocación fundado en diversas premisas” (SANGUINETTI, 2003, p. 5).

Por lo que aquí vemos una “idea y conducta transformadora”: un alumno que se anima a conformar y presidir un Centro de Estudiantes en la Universidad, y que se opone a la hegemonía y abuso de poder por parte del Consejo Superior de la Universidad.

Otras ideas expresadas por Deodoro Roca están constituidas por su oposición a un sistema de estudio memorista y basado solamente en un examen del tipo evaluación sumativa, donde el alumno debe responder preguntas que surgen de un bolillero; y, al contrario, las clases eran del tipo expositivo, sin que se admitieran preguntas por parte del alumnado. Un texto atribuido a Deodoro Roca dice así (en referencia al uso de bolillero en el momento de los exámenes):

¡Menos loterías, señores profesores! Las verdaderas pruebas no deben cifrarse en las respuestas del discípulo sino en sus preguntas. De la desnuda y oportuna pregunta del discípulo debe inferirse su curiosidad, su capacidad, su aptitud, la calidad de su espíritu, su grado de saber y su posibilidad. La única relación legítima y fecunda que debe trasuntar un examen que aspire a salvarse, es la de un discípulo que pregunta y la de un “tribunal” que responde. ¡Son ustedes los que deben “rendir”, señores profesores! Mientras eso no ocurra, se seguirán oyendo en escuelas, liceos, colegios y universidades las dramáticas y fatídicas palabras del “croupier” docente: ¡No va más!!! (ROCA, 2012).

7 PERÍODO DE LA “REFORMA UNIVERSITARIA ARGENTINA” DE 1918

Hacia 1918 había tres universidades públicas en Argentina, que pertenecían a la administración del Estado Nacional: U.B.A., Universidad de Córdoba y Universidad de La Plata.

7.1 Vector “Realidad”

La realidad es que “En 1918 se inician una serie de jornadas promovidas por estudiantes de la Universidad de Córdoba, quienes denuncian el carácter aristocrático de la educación superior que se ofrece y tienen como propósito generar un nuevo tipo de universidad. Dichas jornadas culminan con la redacción del denominado “Manifiesto de Córdoba” o “Manifiesto Liminar” (JUARROS, 2018c, p. 2).

Se dice que el autor de este *Manifiesto Liminar* (U. N. C., 1918) es precisamente Deodoro Roca, aunque lo firman miembros del Centro y Federación de estudiantes del momento.

En este “vector realidad” del método sistémico podemos analizar qué es lo que ocurría en ese momento en la Universidad de Córdoba; algo que tuvo tal entidad, que provocó semejante reacción del alumnado y dio lugar a todo un “movimiento revolucionario”:

- el consejo superior de la Universidad debía ser nombrado por el poder Ejecutivo conforme la ley 1597 citada aquí anteriormente;
- el Rector o Consejo superior tenían siempre la potestad de expulsar a los alumnos, en algunos casos basados solamente en su pensamiento o en sus expresiones (v.g. la amenaza en 1912 de expulsar a aquéllos que se manifestaran en favor de Alfredo Palacios);
- los docentes eran elegidos por el Poder ejecutivo, a propuesta de las facultades;
- se limitaba el número de docentes en las facultades;
- el poder ejecutivo nacional tenía voz y voto en el presupuesto de la Universidad y cómo se utilizaría el mismo;
- no existía ningún incentivo a los estudiantes, y, al contrario, debían abonar aranceles;
- los estudiantes no eran reconocidos como protagonistas del estudio universitario;
- los docentes no eran elegidos en base a idoneidad o concursos.

En 1918 se iba a producir una Elección del Rector en la Universidad Nacional de Córdoba. Según se desprende del mismo “Manifiesto liminar”, los votos estaban todos preparados, no se leyeron las boletas de elección, y existía un grupo de personas que impedían la manifestación de los estudiantes (SCHENONE, 2018).

Los estudiantes se reunieron y a viva voz exigieron la interrupción del acto que consideraban nulo. Entraron por la fuerza en el Salón de actos y sacaron a todos los presentes. La Federación Universitaria a continuación sesionó en el propio Salón de Actos, se redactó una “declaración de huelga” de los estudiantes, que fue firmada por **mil alumnos** “sobre el mismo pupitre rectoral”.

Se denunció allí que se levantaban contra un régimen administrativo, contra un método docente, y contra un “concepto de autoridad”, y que nunca se reformaban planes ni reglamentos, por temor de que alguien en los cambios pudiera perder el empleo. Los docentes se manejaban con un método dogmático, apartado de las disciplinas modernas. Las lecciones se basaban en la repetición interminable de viejos textos, y exigencia de rutina y sumisión (U. N. C., 1918).

Ante ello, en 1918 el Centro de estudiantes de Córdoba publica el “*Manifiesto liminar*”. O Manifiesto de la Federación Universitaria de Córdoba.

Se trata de un encendido texto que tiene amplias pretensiones universales y americanistas, ya que: 1) partiendo de “*La juventud argentina de Córdoba*”; 2) está dirigido a “*los hombres libres de Sud América*”.

El Manifiesto describe la situación como de un estallido de rebeldía, violento, en Córdoba. Afirma que

los tiranos se habían ensoberbecido y era necesario borrar para siempre el recuerdo de los contra-revolucionarios de mayo. Las universidades han sido hasta aquí el refugio secular de los mediocres, la renta de los ignorantes, la hospitalización segura de los inválidos y –lo que es peor aún– el lugar en donde todas las formas de tiranizar y de insensibilizar hallaron la cátedra que las dictara (U. N. C., 1918).

El Manifiesto afirma que la sociedad está “decadente” y da un espectáculo de “inmovilidad senil”. Que la Ciencia en estas universidades “pasa silenciosa o entra mutilada y grotesca al servicio burocrático.”

Afirma también que el sistema universitario entonces vigente era “anacrónico y mediocre”. Y “está fundado sobre una especie del derecho divino: el derecho divino del profesorado universitario. Se crea a sí mismo. En él nace y en él muere. Mantiene un alejamiento olímpico”.

Cabe destacar que así cómo más de mil estudiantes irrumpieron en el Salón de Actos y tomaron la Universidad, luego se produjeron diversos encuentros en los que muchos estudiantes resultaron heridos, por parte de un grupo para policial denominado “Comité Pro defensa de la Universidad” (BUSTOS; CARBELO, 2018, p. 252).

7.2 Vector “Valores en Juego” en este Período

- a partir de la Reforma Universitaria argentina de 1918 se buscó reemplazar la inmovilidad en la Universidad, por el avance y la competitividad científicos;
- otro valor en juego fue el de la “igualdad de los estamentos”: que se reconocieran los estamentos de los No docentes/ Docentes/ Alumnos, y que cada uno de ellos tuviera igual peso en las decisiones y elecciones;
- se habló del valor idoneidad y formación del docente: en efecto, en el Manifiesto Liminar se ataca al tipo de docente designado por amiguismo y que permanece de manera decadente en ese puesto de trabajo a pesar de su falta de conocimiento e idoneidad;
- se maneja la idea o arquetipo de que la juventud es una “heroína”: es desinteresada y pura, y no se contamina. Además “no se equivoca en sus elecciones”. Ese *valores* más bien una opinión personal de los jóvenes del Manifiesto Liminar;
- el valor del laicismo: que la universidad sea laica, y alejada de la influencia de los Jesuitas u otras órdenes religiosas;
- se fomenta el americanismo y la idea de que su movimiento trascendía las fronteras de Argentina.

7.3 “Salida” del Sistema en 1918: las Normas que se Dictaron

Como consecuencia del movimiento social y estudiantil antes mencionado, se dictaron las siguientes normas en Argentina:

- la ley 10.861 de creación de la Universidad Nacional del Litoral, (en Santa Fe) promulgada por Hipólito Irigoyen en fecha 17-10-19. Le otorga carácter nacional a la “Universidad provincial de Santa Fe” (que existía desde 1889). Por ello se considera a la U.N.L. una “hija de la reforma” (U.N.L. 2018). La U.N.L. sería la primera en tener co-gobierno estudiantil;
- estatuto del rector José Salinas en la Universidad Nacional de Córdoba. Este estatuto se llamó “el estatuto de la reforma”, e incluyó, entre otras cosas, cambios administrativos básicos como la eliminación de los cargos vitalicios y la creación de los Consejos Directivos. No incluía el concurso docente (SCHENONE, 2018);
- nuevos estatutos de la Universidad Nacional de Córdoba en 1923 y 1915, a manos de un interventor del P.E.N. Y del Consejo superior universitario de la U.N.C. respectivamente, los cuales modificaron y “atemperaron” las reformas del Estatuto de José Salinas (SCHENONE, 2018, p. 2). En realidad, implicaron un retroceso respecto de los avances obtenidos luego del movimiento estudiantil de 1918;

- a nivel nacional, en Julio de 1916 se aprobó una reforma a la ley 1420, reforma propugnada por el ministro de Justicia y Gobierno Carlos Saavedra Lamas, que sintéticamente disponía la reducción de la escuela primaria a cuatro años, y la instauración de un sistema intermedio donde según la situación del alumno sería destinado a la formación manual y profesional (en algunos casos) o bien a la formación como preparación para un estudio secundario y universitario (en otros casos.). Esto se denominó “Reforma Saavedra Lamas”, y estuvo en vigencia desde 1916 a 1917.

“La reforma Saavedra Lamas de 1916 es el primer intento de vinculación entre Educación y Trabajo. Se piensa así en ‘escuelas intermedias’, con saberes útiles y políticamente neutros” (BEAIN DOMÍNGUEZ, 2014).

Yrigoyen, como flamante presidente de la Nación en 1917, derogó la “Reforma Saavedra Lamas”. Es de destacar que, previamente al dictado de esa ley,

dentro del debate parlamentario que provocó su tratamiento el sector del radicalismo realmente se había opuesto a su aprobación en tanto señalaba el desplazamiento de la formación preparatoria para la universidad y se procuraba un reemplazo por formaciones técnicas meramente laborales y con muy poca posibilidad de ascenso social. En esta oposición se había sumado la voz del socialismo considerando la desvalorización que entendían se hacía del trabajador con este tipo de educación segmentada (LESCANO GALARDI, 2015, p. 8).

8 ETAPA DE LOS AÑOS 1918-1983 EN ARGENTINA

Los sesenta y cinco años posteriores a la “Reforma del 18” en Argentina son un largo período, muy variado en sus hechos históricos, pero caracterizado por una circunstancia que lo unifica: una sucesión de golpes de Estado y gobiernos de facto, interrumpida por la etapa de las dos presidencias de Juan Domingo Perón. Cabe preguntarse entonces si durante esta etapa mejoró o tuvo un retroceso, el derecho o acceso a la educación superior, de los habitantes de nuestro país.

8.1 Vector “Realidad” en este Período

8.1.1 Desde 1918 a 1943

En el período 1918-1943 se observa el golpe de estado cívico-militar que derroca a Hipólito Yrigoyen.

Todos los factores adversos al gobierno coincidieron y desencadenaron un levantamiento militar [...] (Con) penetración del ideario fascista entre algunos de los conjurados [...] encabezaba el movimiento el general José F. Uriburu, antiguo diputado conservador convertido luego en defensor del corporativismo. El 6 de septiembre de 1930 llegó “la hora de la espada” que había profetizado el poeta Leopoldo Lugones (ROMERO, 2013, p. 88).

En particular desde 1930 a 1943: en este período se cristaliza un fenómeno que en realidad ya venía desarrollándose desde la época del gobierno de Yrigoyen, y consiste en el cambio de la fisonomía social de Argentina. Se fue constituyendo

una vigorosa clase media de empleados, de pequeños propietarios y comerciantes, de profesionales que, concentrada en las ciudades, imponía cada vez más al país su propio carácter ignorando a las nostálgicas minorías tradicionales. Esa clase media era la que había ascendido al poder con el radicalismo y, tímidamente, proponía una nueva orientación para la vida argentina. Precisamente contra ella se dirigió la política de los sectores conservadores de viejo y nuevo cuño, que se apoderaron del gobierno en septiembre de 1930, en pleno desarrollo de la crisis mundial que había estallado el año anterior (ROMERO, 2013, p. 90).

Este período de 1930 a 1943 fue también llamado “la década infame”. Comienza con el derrocamiento de Hipólito Yrigoyen y terminó el 4 de junio de 1943 con el derrocamiento del presidente Ramón Castillo.¹¹

Durante esta etapa comienza la migración del campo a la ciudad y de las provincias del Norte hacia las zonas más desarrolladas, como Buenos Aires y Rosario.

En esta época se llevó a cabo el IV Congreso de Sociedades populares de Educación, convocado por la Liga Nacional de Educación, al que concurren librepensadores, anarquistas, socialistas, partidarios de la escuela activa, vecinos, trabajadores y sindicalistas docentes. Se acordó promover la lucha contra el analfabetismo, promover el cooperativismo escolar, las escuelas populares de puertas abiertas, “la acción de las instituciones culturales en la vida deportiva, la educación de los adultos en los buques que traían inmigrantes y la capacitación laboral” [...] Aquel congreso fue una muestra del desarrollo de proyectos de cooperación social en plena crisis de 1930; al mismo tiempo florecía un fuerte individualismo que sólo buscaba el ascenso social (PUIGGROS, 2002, p. 118).

¹¹ La denominó “Década infame” el periodista José Luis Torres en su libro publicado en 1945, precisamente llamado “La Década infame”. Antes de ello, había publicado otro libro con título sugestivo: “Algunas maneras de vender la patria”, en 1940. (Fuente: JARA, Juan Carlos, **José Luis Torres contra la oligarquía maléfica**. publicado por el Centro Felipe Varela. Disp. En: <http://www.centrofelipevarela.com.ar/img/material/jos_luis_torres_contra_la_oligarqu_a_mal_fica.pdf>. Cons. 21-9-2018. página 2).

8.1.2 De 1943 a 1955 – Gobierno de Perón

El 4 de junio de 1943 en Argentina un movimiento militar pone fin a la sucesión de gobiernos conservadores que se habían sucedido desde la presidencia de Agustín Justo hasta Ramón Castillo. Este nuevo movimiento impulsó una definición nacionalista y autoritaria del orden social.

A nivel instrucción pública escolar, se produjeron reformas curriculares (entre ellas, nuevamente la enseñanza religiosa en las escuelas oficiales).

En el ámbito universitario se **intervinieron universidades nacionales**, lo cual llevó a una gran resistencia de los claustros, que finalizó con la separación de la cátedra de numerosos docentes, y la expulsión de estudiantes de militancia política opositora.

En las universidades se decidió que volvieran a regir los estatutos universitarios previos a 1943 y se produjera una “normalización”.

Argentina como país se dividió en dos grandes polos, los que apoyaban al gobierno y los que lo denostaban –y hasta aborrecían– absolutamente (JUARROS, 2018b, p. 2).

Y, sin embargo, entre los historiadores se alzan ahora algunas voces que intentan desbrozar tanta inquina y división y **analizar qué ocurrió realmente con la Universidad en la época de las dos presidencias de Juan D. Perón**.

Por ejemplo, la Dra. Lucía Lionetti, en una publicación de 2012 en la Universidad Nacional del Centro de Provincia de Buenos Aires (UNICEN), enfatiza cómo algunas expresiones fueron “sacadas de contexto”, tales como la famosa frase “Alpargatas sí, libros no”, supuestamente una consigna enunciada por trabajadores el día del 17 de octubre de 1945. Así, afirma Lionetti (2012): “Queda a los investigadores desandar esos lugares comunes.”.

En lo que aquí más nos interesa, es decir, **analizar el Acceso a la Educación Universitaria**, se observó que

bajo el prisma de la justicia social, la política del régimen consiguió ampliar la capacidad de extensión y cobertura del sistema educativo. Según el Departamento de Estadística Educativa, en el caso específico de la matrícula universitaria, pasó de 40.284 alumnos en 1945 a 138.871 en 1955 (cabe aclarar que este crecimiento sostenido se continuó en la próxima década ya que en 1965 concurrían 206.032 alumnos a las universidades, según la misma fuente). Similares índices de crecimiento se observan tanto en lo que hace al presupuesto de las Universidades Nacionales como en la cantidad de profesores (LIONETTI, 2012).

8.1.3 Años 1955 a 1966 en Argentina

En 1955 se produjo un golpe de Estado, por una coalición cívico-militar-religiosa, que se autodenominó “Revolución Libertadora”.

Los sectores más liberales de las Fuerzas Armadas junto a los partidos políticos integrados en la denominada Junta Consultiva que presidía el vicepresidente Isaac Rojas, sellaron un “pacto de proscripción” (ROMERO, 2006, p. 149) que buscaba “desperonizar” el país, reduciendo las pautas político culturales de lo que se designaba entonces como el “régimen depuesto”. Las Universidades públicas fueron un campo propicio para ensayar esta fórmula política. Totalmente enfrentada al peronismo, la tradición de la Reforma Universitaria volvió a imponer su impronta (JUARROS, 2018d, p. 2).

- se “restableció la autonomía universitaria”, aunque con la proscripción de todo lo que significara Peronismo, Justicialismo, y hasta la simple mención de esos nombres o los de Juan D. Perón o Eva Perón;
- se intervienen casas de estudio y se “normalizan instituciones”;
- se separaron de sus cargos a académicos que hubiese participado de la experiencia peronista;
- se ponen “en comisión” a todos los profesores;
- se convocan nuevos concursos de oposición y antecedentes en las cátedras; concursos que en realidad estaban teñidos de parcialidad ya que ningún profesor que hubiese participado de alguna manera en las ideas del anterior gobierno podría ser designado;
- asume Arturo Frondizi, con su idea de “desarrollismo”. En algún punto, ello implica que se debe llevar a cabo “un nuevo acuerdo social que se exprese políticamente superando los partidos políticos tradicionales” (JUARROS, 2018d, p. 7);
- se crea EUDEBA, Editorial de la Universidad de Buenos Aires.

8.1.4 Las Universidades privadas en Argentina

En esta época comienzan a operar las Universidades privadas. Sin embargo, el Estado tiene el poder de dar la habilitación profesional de los títulos. Se crea la Inspección General de Enseñanza universitaria privada.

Al calor de estas reformas en 1958 se crean la Universidad Católica Argentina (U.C.A.) y la Universidad del Salvador. También se crea la Universidad Católica de Cuyo (San Juan), la Universidad Católica de Santa Fe y de Córdoba; y la Universidad Argentina de la Empresa.

En 1962 se crea el Consejo de Rectores de Universidades Privadas (JUARROS, 2018d, p. 8).

8.1.5 La llamada “época de oro” de la Universidad argentina

Para la época de Frondizi, se habla de una “época de oro” de la Universidad. Sin embargo, este progreso va a perder fuerzas y a ser

amenazado por las pujas al interior de las Casas de Estudio y por la inestabilidad de la política argentina pos peronista, que no logra gobernabilidad. En 1962 se produce un nuevo golpe de Estado y los militares reemplazan a Frondizi por quien era entonces el presidente provisional del Senado, José María Guido.

Desde el año 1966 a 1976: en junio de 1966 en Argentina es depuesto el presidente Illia por el General Juan C. Onganía. Se rompe directamente el orden constitucional. Se instaura un “modelo burocrático autoritario”, mientras que en la sociedad se daba una movilización revolucionaria en el que convergieron amplios sectores del peronismo leal a Perón, sectores radicalizados de izquierda, e incipientes organizaciones político militares.

El debate universitario en ese contexto se cerrará abruptamente y buena parte de sus figuras representativas directamente emigran. La política universitaria del gobierno militar es inaugurada con la intervención militar a las casas de estudio. Se produce la “Noche de los bastones largos” (29 de junio de 1966), producido luego de que el rector de la Universidad de Buenos Aires, Hilario Fernández Long, pronunciara públicamente su repudio al golpe de estado.

Los militares consideran que deben producir (en una analogía con las actividades del nazismo en la década del 40) el “fin de la cuestión universitaria”.

Así, el gobierno dispone la pérdida del principio de autonomía y la imposibilidad de desplegar en el marco del cogobierno las funciones sustantivas de la universidad.

El general Onganía, presidente de facto, declaró “suprimida por tiempo indefinido” la actividad político-partidaria. Suprimió el Parlamento y anunció un largo proceso de cambios en tres tiempos: un tiempo económico, un tiempo social, y finalmente un tiempo político, sin fechas, pues, indicaba para la “Revolución Argentina, no hay tiempos, sino tareas”.

Año 1976 a 1983: acerca de esta época podemos hablar en primera persona y por experiencia propia, sobre la vida universitaria.

Las autoridades que gobernaban la Facultad de Derecho en la Universidad Nacional del Litoral, donde quien suscribe estudió abogacía (desde 1982 a 1986) eran militares.

El profesor de Derecho Constitucional era un aviador de la Fuerza, alto y con aspecto anglosajón, que había estudiado abogacía. En vez de enseñar la Constitución, en esa materia (Derecho Constitucional) se enseñaba el “Estatuto del Proceso de reorganización nacional”, un cuadernillo de normas surgido de una comisión legal asesora de la Junta militar. Este “Estatuto” para ellos tenía más valor que la carta magna argentina.

No se podía poner carteles en la Facultad ni participar en “partidos” o facciones.

Hasta fines de 1983 no hubo centro de estudiantes ni reclamo posible por parte de éstos hacia las autoridades.

Las fechas de exámenes eran sólo en tres momentos del año. Los programas estaban “dados”, “pre aprobados” (había algunos que tenían más de diez años), y el docente no podía tener en ellos ninguna injerencia creativa.

El ingreso a la universidad era muy restringido y controlado: en 1982 había que cursar todo el verano y aprobar, para entrar en la carrera de abogacía, dos materias, Historia y Filosofía. El cupo de ingreso era de sólo trescientas personas, y quedaban afuera innumerables aspirantes a estudiar abogacía. Se pagaba un arancel mensual –aunque moderado– por concurrir a la universidad pública.

8.2 Vector “Valores” en este Período

Observamos que este aspecto de los valores en juego, fue variando a través del tiempo, en el largo período 1918-1983.

Sin embargo, a partir del año 1930 vemos que es preponderante la idea liberal de que cada uno debe “aprovechar las oportunidades”, y que la educación “depende de cada uno”.

Son pocas las instancias en que se observa un valor “Solidaridad”, o “fomento al que menos tiene para que vea impulsada su educación”.

Este individualismo se observa claramente en la época de los diversos gobiernos militares.

En cambio, en las dos presidencias de Perón, se impulsó que los sectores populares recibieran becas e incentivos, y posibilidades de estudiar en las escuelas técnicas y en la Universidad. Sólo que, en este caso, existía otro “valor” en juego, cual era, la necesidad de que el candidato participara ideológica y prácticamente en el alineamiento del Gobierno.

Luego del derrocamiento del Presidente Perón, la ideología del individualismo y de la no participación recrudesció.

Se prohibió la participación activa en un determinado partido (ni la mención siquiera de sus líderes). Y se promovió la “desperonización”. Provocando así una enorme escisión en la sociedad argentina ya que a la mitad de sus habitantes por lo menos se les impedía pensar y expresarse.

Esto continuó y se profundizó durante la década de 1976 a 1983, donde rigieron valores individualistas tales como afirmar que a la Universidad se va para estudiar y no para hacer ningún tipo de política; o valores tales como afirmar que “no hay que meterse” en lo que el otro lleva a cabo. (“No te metas”).

8.3 Vector “Normas” en esta Etapa

Se observan las siguientes normas que impactaron en la vida universitaria argentina:

- la ley n.º 13.031, en 1947, denominada ley Guardo, en honor al diputado justicialista creador de su articulado. Esta legislación puso punto final a la larga vigencia de los cuatro artículos de la reducida Ley n.º 1.597, de 1885, “Ley Avellaneda” - Dispone: designación de los docentes queda en manos de los Consejos Directivos de las Facultades, y el Consejo Universitario (equivalente al Consejo Superior actual) actúa de órgano de alzada. La designación de profesores y el pago de sus sueldos siguen a cargo del P.E.N.;
- Decretos de intervención (año 1946) a las seis universidades existentes en ese momento (Córdoba, UBA, La Plata, UNL, Tucumán y UN Cuyo) para “adaptarlas al primer plan quinquenal”;
- Constitución de 1949: disponía en el art. 37 que **el Trabajador tenía derecho a capacitarse**. Y en el artículo 37 punto IV disponía:

De la educación y la cultura. Se establece a la familia como la entidad responsable. El Estado y las instituciones de enseñanza colaboran.

- Enseñanza primaria obligatoria y gratuita. Creación de escuelas rurales. Servicio de orientación profesional.

- Autonomía universitaria. Ubicación de la universidad como centro del desarrollo de las regiones.

- Protección estatal para la ciencia y el arte. La investigación a cargo de las academias.

- Becas para todos los niveles.

- Protección estatal del patrimonio cultural de la Nación.

- año 1954: ley 14.297. Se incorporan algunos otros postulados de la Reforma Universitaria, como la definición de la **extensión universitaria**; y la **participación directa de los estudiantes**. El primer caso, se desprende de la voluntad de que las universidades se ligan directamente a las necesidades sociales y económicas concretas del país y resulta una consecuencia del texto de la Constitución de 1949, que además divide al país en Regiones Universitarias. Además, y a diferencia de la ley de 1947, esta ley profundiza la participación estudiantil en el gobierno de las Facultades, otorgándoles el derecho al voto (A.D.U.M., 2015);
- Decreto de Juan D. Perón 29.337, de **Gratuidad de la enseñanza universitaria** y de **Ingreso irrestricto**. Tal como lo sostuvieron algunos protagonistas de ese acontecimiento en materia de educación, se esperaba que con aquella iniciativa se consiguiera avanzar en la formación de la “conciencia nacional de la juventud”. La Universidad sería un ámbito de encuentro donde la juventud antiperonista conocería los dramas de la población real al convivir con los hijos de los trabajadores (LIONETTI, 2012);
- paso de la idea de “Universidad de elites” a la “Universidad de masas” (Idea expresada por KROTSCH, 2002, p. 19, citado por JUARROS, 2018d). El artículo 28 del Decreto 6403 habilitó a la iniciativa privada para crear “universidades libres con capacidad para expedir diplomas y títulos habilitantes”;

- Decreto-Ley 477/55 que restituye por un breve lapso la Ley Avellaneda;
- Decreto 6403/56 que, reemplazando al anterior, amplía los márgenes de la autonomía: supuestamente ahora las autoridades universitarias designarían a los docentes, se darían sus propias estructuras de organización, aprobarían sus planes de estudio, y administrarían sus patrimonios y recursos. De esta manera se introducía en la legislación universitaria, junto a la idea de autonomía, la de autarquía administrativa;
- luego de 1955: Constitución re-instaurada luego de la Revolución que derrocó a Perón: la Constitución de 1853 que sólo disponía el “derecho de enseñar y aprender” y eliminaba todo lo anteriormente expuesto de la C.N. de 1949;
- ley 14.557 Régimen de universidades privadas (B. O. 24/X/58). Dispone que la iniciativa privada podrá crear universidades con capacidad para expedir títulos y/o diplomas académicos. La habilitación para el ejercicio profesional será otorgada por el Estado Nacional. Los exámenes que habiliten para el ejercicio de las distintas profesiones serán públicos y estarán a cargo de los organismos que designe el Estado Nacional. Dichas universidades no podrán recibir recursos estatales y deberán someter sus estatutos, programas y planes de estudio a la aprobación previa de la autoridad administrativa, la que reglamentará las de más condiciones para su funcionamiento;
- ley 17245. Ley orgánica de Universidades nacionales, 1967;
- ley 20.654 o Ley Orgánica de Universidades. Deroga la anterior. Sancionada en marzo de 1974 que imaginaba a las Universidades al “servicio del proceso de liberación nacional”. La responsabilidad en la designación de los profesores quedaba totalmente en manos de los Consejos Superiores mientras que los salarios continuaban fijándose desde el Poder Ejecutivo Nacional. Sin embargo, las sucesivas intervenciones de las universidades volvieron prácticamente impracticable la aplicación de esta ley (A.D.U.M., 2015);
- durante el gobierno militar de 1976 a 1983 el gobierno impuso nuevamente la ley previa, 17245 A.D.U.M., 2015, p. 19);
- durante 1976-1983, rigió por la fuerza el “Estatuto de Reorganización nacional” que ponía en suspenso los derechos establecidos en la Constitución Nacional vigente. (Texto de 1853-1860);
- Decreto ley 22.207 que establecía que los Rectores serían designados por el Poder Ejecutivo a partir de la propuesta del Ministerio de Educación, mientras que los Decanos serían designados por el Ministerio de Educación a partir de la propuesta de los Rectores. Restablecía las Asambleas Universitarias, Consejos Superiores y Consejos Académicos, con representación de las autoridades y del claustro de profesores. Al mismo tiempo, la norma establecía la convocatoria a concursos docentes prohibiendo la participación de los mismos en agrupaciones políticas o sindicales (JUARROS, 2018e, p. 3).

8.4 Vector “Conducta Transformadora” en el Período 1918-1983

En la época de Perón (1943-1955), con los derechos a acceso irrestricto de la Universidad contenidos en la C.N. de 1949, (luego eliminada con el golpe de estado de 1955 y nunca más repuesta en vigor) ello implicó por sí mismo una **conducta radicalmente transformadora**.

El artículo 37 de la Constitución Nacional de 1949 apartado IV establecía:

Art. 37. [...]

IV - El Estado encomienda a las universidades la enseñanza en el grado superior, que prepare a la juventud para el cultivo de las ciencias al servicio de los fines espirituales y del engrandecimiento de la Nación y para el ejercicio de las profesiones y de las artes técnicas, en función del bien de la colectividad. Las universidades tienen el derecho de gobernarse con autonomía, dentro de los límites establecidos por una ley especial que reglamentará su organización y funcionamiento. Una ley dividirá el territorio nacional en regiones universitarias, dentro de cada una de las cuales ejercerá sus funciones la respectiva universidad. Cada una de las universidades, además de organizar los conocimientos universales cuya enseñanza le incumbe, tenderá a profundizar el estudio de la literatura, historia y folklore de su zona de influencia cultural, así como a promover las artes técnicas y las ciencias aplicadas, con vistas a la explotación de las riquezas y al incremento de las actividades económicas regionales. Las universidades establecerán cursos obligatorios y comunes destinados a los estudiantes de todas las facultades para su formación política, con el propósito de que cada alumno conozca la esencia de lo argentino, la realidad espiritual, económica, social y política de su país, la evolución y la misión histórica de la República Argentina, y para que adquiera conciencia de la responsabilidad que debe asumir en la empresa de lograr y afianzar los fines reconocidos y fijados en esta Constitución.

Asimismo, en la Constitución de 1949 se disponía **becas** para los estudiantes, lo cual implicaba fomentar la idea de la necesidad de dar más oportunidades reales (menos declamadas) a las personas de menores recursos, y, sobre todo, personas que en la terminología de Pierre Félix Bourdieu, carecían de **suficiente capital cultural**. (CATTANEO, 2013). Personas que necesitaban ese apoyo extra, que no debe provenir de la “caridad”, sino del esfuerzo sostenido y organizado del Estado.

Por otra parte, era muy positiva la idea de pasar “de la universidad de Elites a la Universidad de Masas” (Idea expresada por KROTSCH, 2002, p. 19, citado por JUARROS, 2018d), dando la posibilidad de estudio también a los sectores populares y trabajadores, que forman parte importantísima de nuestro entramado social.

En la época de Frondizi existió una cierta actitud de “conducta transformadora” en tanto se buscó la excelencia científica de las universidades.

Aquí también cabe decir que ello se tiñó de persecución ideológica dado que se buscó despolitizar a las Universidades y se prohibió la participación política de sus actores.

La universidad pública transita un fuerte proceso de debate que impulsa una modernización no sólo de sus estructuras edilicias, sino, fundamentalmente, las académicas. Se institucionaliza la figura del docente investigador y se materializan, básicamente en la Universidad de Buenos Aires, innumerables programas de extensión universitaria. Uno de los proyectos de mayor impacto público en la industria cultural argentina es la creación de la EUDEBA, la editorial de la Universidad de Buenos Aires (JUARROS, 2018e, p. 8).

Los años 1976-1983 directamente fueron años de resistencia de quienes tenían “ideas y conducta transformadora”. La resistencia en determinado punto consistía en seguir vivo para guardar y transmitir esa conducta transformadora para un futuro cercano, dado que nadie podía participar en política y fueron innumerables los desaparecidos, perseguidos, asesinados, exiliados, por el solo hecho de pensar diferente. O a veces sólo por el hecho de que su nombre apareciera aunque de casualidad en la agenda de otra persona que era considerada “sospechada” a juzgar por las autoridades policiales o militares.

9 AÑOS 1983 HASTA EL PRESENTE

9.1 Vector Realidad

Luego de la derrota en la corta, sangrienta y traumática guerra de Malvinas, en 1982, nuevos aires de cambio comienzan a producirse en el país. Se forma la llamada “multipartidaria” y las personas “se animan” a manifestarse. Muchos que estaban exiliados (incluidos profesores universitarios) vuelven al país.

Finalmente se llevan a cabo Elecciones Nacionales en Argentina, que dan origen a nuestra nueva y definitiva era democrática, que comienza el 10 de diciembre de 1983 con la asunción de Raúl Ricardo Alfonsín como presidente.

En 1989 se produce una gran hiperinflación. Asume Carlos Saúl Menem, con el voto popular, dando a toda la promesa de un **salariazó** y **un cambio en pos de los intereses populares**; sin embargo, su gobierno haría todo lo contrario: llevaría adelante una política liberal, y de flexibilización laboral e ideológica.

Se dicta la **Ley de Educación Superior**, basada en las llamadas **Políticas de evaluación**, y de alguna manera en el **Cuestionamiento de la legitimidad de las instituciones**. Se discute la equidad del arancelamiento o el no arancelamiento de la educación de grado y el modelo de acceso.

9.2 Vector Valores

Existe una nueva valorización de lo que significa Democracia y República, participación del Pueblo.

Sin embargo, puede decirse que desde la violenta represión de la década 70/80, ha quedado introducido en el imaginario popular, que “lo político” está teñido de malo, interesado y corrupto. (Nuevo disvalor, introducido a fuerza de torturas y persecución a quienes participaron de un ideario anteriormente).

Otro valor que sigue en pie es la idea liberal de que cada uno debe labrar su propio destino (y que el país “te da las oportunidades” bastando con ello que la educación sea pública), sin necesidad de apoyo de ninguna naturaleza. Cuando, como hemos dicho antes, no todos nacen y se hacen con el mismo “Capital cultural” (en la terminología de Bourdieu).

9.3 Vector Normas

- diciembre de 1983: Decreto 154/83. Las Universidades Nacionales fueron intervenidas y los delegados normalizadores que en cada caso designó el Poder Ejecutivo tenían el mandato de normalizar las instituciones. Debía existir una amplia convocatoria a concursos docentes públicos de oposición y antecedentes, los cuales, habiendo alcanzado un porcentaje superior al 50% en las respectivas universidades, procederían a elegir a las autoridades que reemplazarían a los delegados normalizadores mediante el mecanismo de Asamblea Universitaria. Las universidades cuyos Estatutos hubieran sido aprobados con anterioridad a 1966 se regirían por los mismos, en tanto que allí donde no se diera esta situación, los delegados normalizadores debían proceder a dictar los Estatutos correspondientes;
- en el mismo Decreto se dejaron sin efecto gran parte de los concursos sustanciados a finales del Proceso, se eliminó el arancel, los cupos, y en la mayoría de las universidades se reimplantó el ingreso irrestricto;
- ley 23068: Normalización de Universidades Nacionales. 13 de junio de 1984;
- ley 23.151 y 23 569: nuevo régimen económico financiero para las Casas de Estudio. La nueva norma se propuso descentralizar la política de compras y contrataciones de cada universidad y eliminar lastrabas que se consideraban burocráticas para la asignación y distribución presupuestaria, al igual que para la generación de nuevos recursos de las Instituciones Universitarias;
- año 1994: Se produce la reforma de la Constitución Nacional: se introduce en la Constitución la cláusula del artículo 75 inc. 19, a veces llamada “nueva cláusula del progreso”. Este inciso dispone:

Corresponde al Congreso: [...] Proveer lo conducente al desarrollo humano, al progreso económico con justicia social, a la productividad de la economía nacional, a la generación del empleo, **a la formación profesional de los trabajadores, [...] a la investigación y al desarrollo científico y tecnológico, su difusión y aprovechamiento.** [...] Sancionar leyes de organización y de base de la educación que consoliden la unidad nacional respetando las particularidades provinciales y locales: que aseguren la responsabilidad indelegable del Estado, la participación de la familia y la sociedad, la promoción de los valores democráticos y la igualdad de oportunidades y posibilidades sin discriminación alguna; y que garanticen los principios de gratuidad y equidad de la educación pública estatal y **la autonomía y autarquía de las universidades nacionales.**

- año 1995: ley 24521 Ley de educación superior, haciendo hincapié en la Evaluación de los alumnos, y Evaluación de la Calidad educativa; como también en asegurar la legitimidad de las autoridades universitarias. Se genera la comisión nacional de evaluación y acreditación universitaria CONEAU –y se perfecciona, liberaliza y promueve con mayor énfasis que en 1958 el sistema privado de educación superior;
- año 1995: Creación de la CONEAU: conforme el artículo 46 de la ley 24521 de Educación superior;
- año 1995: Ley 24521 artículo 43: La Coneau tiene por función acreditar carreras de grado, como también carreras de posgrado en cualquier ámbito, y conf. Los estándares del Ministerio de Cultura y Educación en consulta con el Consejo de Universidades.

En este sentido en el surgimiento de las distintas leyes de educación superior se manifiestan las tensiones entre lo nuevo y lo viejo, lo tradicional y lo renovador, las continuidades y rupturas, procesadas a partir de nuevos clivajes y oposiciones, que expresaban algo más complejo: la lucha política y social que desde sus orígenes se articularon en torno a la Universidad y que culminaran en el orden neoliberal que por definición también es provisorio, inestable y transitorio (SANLLORENTI; ANDRIOTTI ROMANIN, 2005, p. 32).

9.4 Conducta Transformadora

Las “conductas transformadoras” que observamos en este período se dieron sobre todo desde 1983 a 1990 en tanto buscaron democratizar a la Universidad, disponer la existencia de autonomía universitaria, de designación de profesores por concurso, y de libertad de cátedra.

Posteriormente, y esto es lamentable, se ha producido una baja en la estima y consideración de la educación universitaria; se la cuestiona a través de los medios masivos de comunicación, instalando la discusión acerca de si no sería mejor restringir el ingreso, introducir cupos, permitir que sólo entren los “más calificados” o los “que estudien”, como también hasta existen voces

que buscan que se excluya a los no tan numerosos estudiantes que sí residen en Argentina, pero no son nacidos en nuestro territorio.

10 CONCLUSIÓN

En la actualidad se podría decir que en Argentina existe una gran paradoja entre un Estado que está en retirada y por otro lado la búsqueda, para la Universidad, de un verdadero protagonismo en la sociedad.

Ello está relacionado con la redistribución de funciones de poder, prestigio y legitimidad que genera todo el tiempo el proceso de reestructuración por el que atravesaba el país.

En este momento¹² (2018) no se aumentan los presupuestos de las universidades y menos aun suficientemente los salarios de los profesores universitarios. Mientras existe una gran inflación que afecta gravemente el valor de la moneda.

Se han dejado sin efecto becas e incentivos docentes. Se habla de restringir o cerrar casas de estudio. Se cuestiona los Institutos de Formación docente continúa. No se fomenta la investigación en las Universidades, y en cambio se permite la proliferación de todo tipo de universidades privadas, es decir, pagas.

Este es entonces un tiempo en que es indispensable una verdadera “conducta y actitud transformadora” de defensa de la Universidad y la formación terciaria pública y gratuita.

Es necesario sostener un tipo de formación y estudio que ha permitido que durante un siglo las personas mejoren su situación social y económica, y que se acorte en una gran medida la brecha entre los pobres y los poderosos en nuestro país.

Existe un Informe sobre el Presupuesto 2018 (antes Informe sobre Proyecto de ley presupuesto 2018) que se denomina “avanza el ajuste a las universidades públicas” (CONADU, 2018).

En este informe, el Instituto de Estudios y Capacitación IEC CONADU analizó los aspectos macroeconómicos y presupuestarios del ámbito universitario.

Allí se confirma la política de ajuste y achicamiento tanto de la universidad como del sistema científico y tecnológico:

Se reduce el presupuesto en forma nominal pero también real, porque está prevista una inflación que, a todas luces, va a ser mayor a la que anunció el gobierno. Eso va a generar un desfinanciamiento del sistema universitario, afectando áreas que tienen que ver con la

¹² Nota do Editor: a pesquisa é do fim de 2018. Portanto, “neste momento” merece um contexto.

articulación de la universidad con el territorio, la caída de programas y el desarrollo de nuevas carreras o de las creadas recientemente. Por otro lado, puesto en contexto, este ajuste afecta centralmente una premisa fundamental que es el derecho a la universidad para los jóvenes —que hoy ven limitadas sus posibilidades de ingreso— y para el conjunto de la sociedad de beneficiarse con el conocimiento que se produce en las universidades (CONADU, 2018).

Es indispensable luchar (no sólo en Argentina sino en toda Latinoamérica) contra este ajuste y achicamiento, y a la vez lograr proseguir con la calidad educativa, el empoderamiento y formación adecuados de los profesores, las oportunidades de acceso a la educación de todos los sectores de la población, y la verdadera y adecuada calidad de vida de profesores y alumnos, todos los cuales forman el entramado de nuestra Nación.

Estas serán las conductas transformadoras indispensables de los tiempos futuros, para todos los miembros de la sociedad argentina y de Latinoamérica; las únicas conductas capaces de asegurar y mantener el acceso irrestricto a la Educación (y educación universitaria) para todos nuestros habitantes, y hacer cumplir así la ambiciosa “cláusula del progreso” contenida en la Constitución Nacional argentina en el artículo 75 inc. 19.

Después de todo, como dijera el gran líder sudafricano Nelson Mandela, “la educación [...] (en Sudáfrica, en Brasil, en Argentina) es el arma más poderosa que puedes usar para cambiar el mundo.”.

REFERENCIAS

A.D.UM. Agrregiación Docente Universitaria Marplatense. Cuadernos de investigación: cuaderno número 5: leyes universitarias argentinas: un recorrido histórico. 2015. Disponible en: <http://blogs.ffyh.unc.edu.ar/escueladehistoria/files/2015/04/Rev_05_Leyes_UniversitariasADUM.pdf>. Cons. 21-9-2018.

ARGENTINA. Presidencia de la Nación. Ministerio de Justicia y Derechos Humanos. Información Legislativa (InfoLeg). Disponible en: <<http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/verNorma.do%3Bjsessionid=AE69DE250570AA0CC4B29E5B6A33A23D?id=189246>>.

BEAIN DOMÍNGUEZ, Alejandro. Trabajo para fundamentos psicopedagógicos de la educación. 2014. Disponible en: <<https://www.youtube.com/watch?v=u8F0RaNrlqA>>. Cons. 21-9-2018.

BELGRANO, Manuel. Autobiografía. Biblioteca Virtual Universal. Disponible en: <<http://www.biblioteca.org.ar/libros/656206.pdf>>. Cons. 19-9-2018.

BUSTOS, Claudio; CARBELO, Leandro. **Reforma universitaria**: la voz de los estudiantes. Córdoba: UNC, 2018.

CATTANEO, Gloria. La teoría social de Pierre Bourdieu. En: **Revista de la Universidad de Catamarca, Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales**, San Fernando del Valle de Catamarca, 2013.

CONADU. FERERACIÓN NACIONAL DE DOCENTES UNIVERSITARIOS. Informe sobre el proyecto de ley de presupuesto 2018: avanza el ajuste a las universidades públicas. 23 de Octubre de 2018. Disponible en: <<https://conadu.org.ar/informe-sobre-el-proyecto-de-ley-de-presupuesto-2018-avanza-el-ajuste-a-las-universidades-publicas/>>. Cons. 21-2-2019.

DUSSEL, Enrique. **Historia de la filosofía y filosofía de la liberación**. Bogotá: Nueva América, 1994.

GROSS, Reinaldo Emilio. La teoría sistémica de los derechos sociales: en homenaje a Rodolfo Capón Filas. En: Revista Vista de Causa. 3. ed. 2018. Disponible en: <<https://www.vistadecausa.com.ar/novedades/item/1064-la-teoria-sistemica-de-los-derechos-sociales>>.

JUARROS, María Fernanda. Clase 1. La política educacional como política pública. Carrera de especialización en docencia en entornos virtuales. Seminario Universidad Sociedad y Estado. Universidad Nacional de Quilmes, Buenos Aires, 2018a.

JUARROS, María Fernanda. Clase 2 en el Seminario Universidad Sociedad y Estado, de la Carrera de Especialización en Docencia en Entornos Virtuales. Clase sobre La orígenes medievales de la Universidad y sus transformaciones en la modernidad. Universidad Nacional de Quilmes, Buenos Aires, 2018b.

JUARROS, María Fernanda. Clase 3. El rol político de la Universidad. Punto 3.1. de la Ley Avellaneda a la Reforma del 18. Carrera de Especialización en Docencia en Entornos Virtuales. Seminario: Universidad, Sociedad y Estado. Universidad Nacional de Quilmes, Buenos Aires, 2018c

JUARROS, María Fernanda. Clase 4. Republica de masas, pacto proscriptivo y restauración. En la Carrera de Especialización en Docencia en Entornos Virtuales. Seminario: Universidad, Sociedad y Estado. Universidad Nacional de Quilmes, Buenos Aires, 2018d.

JUARROS, María Fernanda. Clase 6. Carrera de Especialización en Docencia en Entornos Virtuales. Seminario: Universidad, Sociedad y Estado. Universidad Nacional de Quilmes, Buenos Aires, 2018e.

KROTSCH, Pedro. Los universitarios como actores de reformas en América Latina: ¿han muerto los movimientos estudiantiles? En: **Revista Espacios en Blanco** (Revista de Educación de la UNICEN), Buenos Aires, Ed. UNICEN, número 12, Junio 2002. Serie Indagaciones.

LAS SIETE partidas de Alfonso El Sabio. En: Pensamiento Penal (pensamiento-penal.com.ar). Disponible en: <<http://ficus.pntic.mec.es/jals0026/documentos/textos/7partidas.pdf>>. Cons. 19-9-2018.

LEIVA, David. **Historia del foro de Buenos Aires**. Buenos Aires: Ad Hoc, 2005.

LESCANO GALARDI, Verónica. **Algunas propuestas de transformaciones educativas en Argentina**: reforma educativa de Saavedra Lamas. Primera parte. Buenos Aires: Ed. Facultad de Ciencias Sociales de la U.B.A., 2015.

LIONETTI, Lucia. La universidad en los tiempos del peronismo: gratuidad y acceso irrestricto. En: Universidad Nacional del Centro de Provincia de Buenos Aires (UNICEN). 22-11-2012. Disponible en: <<https://www.unicen.edu.ar/content/la-universidad-en-los-tiempos-del-primer-peronismo-gratuidad-y-acceso-irrestricto>>. Cons. 21-9-2018.

LUNA, Félix. Breve historia de la sociedad argentina. 2. ed. Buenos Aires: El Ateneo, 2015. Disponible en: <[http://editorialelateneo.com.ar/descargas/BREVE%20HISTORIA%20SOCIEDAD%20ARG%20\(2%20ed%20-%201er%20cap\).pdf](http://editorialelateneo.com.ar/descargas/BREVE%20HISTORIA%20SOCIEDAD%20ARG%20(2%20ed%20-%201er%20cap).pdf)>. Acceso en: 19-09-2018.

MOLLIS, Marcela. La medievalización de las universidades actuales y la actualidad de las universidades medievales. En: **Revista Electrónica: Actas y Comunicaciones**, Buenos Aires, Ed. Instituto de Historia Antigua y Medieval, Facultad de Filosofía y Letras UBA, vol. I, 2005.

O'DONNELL, Guillermo. Apuntes para una teoría del Estado. Documento CEDES/ G E CLACSO n. 9 – para ser presentado en el Congreso Latinoamericano de Sociología, Quito, Ecuador, Noviembre de 1977. Bibliografía del Seminario Universidad Sociedad y Estado, de la carrera Especialización en Educación en entornos virtuales, Universidad Nacional de Quilmes, 2018.

PÉREZ GHILOU, Dardo. Los abogados y la revolución de mayo: chiclana y la burocracia gremial. Informe en sesión privada de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, el 12 de agosto de 2009. Disponible en: <<https://www.ancmyp.org.ar/user/FILES/19-Perez-Guilhou.pdf>>.

PUIGGROS, Adriana. **Que pasó en la educación argentina**: breve historia desde la conquista hasta el presente. Buenos Aires: Galerna, 2002.

PUIGGRÓS, Adriana. **Que pasó en la educación argentina**: desde la conquista hasta lo menemismo. Buenos Aires: Kapelusz, 1984.

RIVERA, Andrés. La revolución es un sueño eterno. En: Lectulandia. 7-12-2013. Disponible en: <<http://sablazo.com/wp-content/uploads/2016/06/La-revolucion-es-un-sueno-eterno-Andres-Rivera.pdf>>. Cons. 19-9-2018.

ROCA, Deodoro. Palabras sobre los exámenes. En: Revista Cultural Asterión XXI. 19-01-2012. Disponible en: <<https://web.archive.org/web/20070430002810/http://www.asterionxxi.com.ar/numero4/deodororoca.htm>>. Cons. 12-2-2019.

RODRÍGUEZ-SAN PEDRO BÉZARES, Luís Enrique; POLO RODRÍGUEZ, Juan Luís (Ed.). Universidades hispánicas: colegios y conventos

universitarios en la edad moderna. Salamanca: Universidad Salamanca, 2008. Disponible en: <https://books.google.es/books?id=ucMsQuXJVS8C&printsec=frontcover&dq=inauthor:%22Luis+Enrique+Rodr%C3%ADguez-San+Pedro+Bezares%22&hl=es&sa=X&ei=kTmyUOLJLYbPtAbO_4DAAg&ved=0CDYQ6AEwAg#v=onepage&q&f=false>.

ROMERO, José Luis. **Breve historia de la Argentina**. Buenos Aires: Fondo de Cultura Económica, 2013.

SANGUINETTI, Horacio. Presentación a la Academia de Ciencias Morales y Políticas, “Deodoro Roca, ideas y acción cívica”, año 2003. Disponible en: <https://www.ancmyp.org.ar/user/files/Deodoro_Roca-Sanguinetti-2003.pdf>. Cons. 20-9-2018.

SANLLORENTI, Pedro; ANDRIOTTI ROMANIN, Enrique. **Leyes universitarias**. Mar del Plata: ADUM, 2005.

SCHENONE, Gabriela Alejandra. La reforma universitaria en sus estatutos, avances y retrocesos, 1918-1925. Disponible en: <<http://www.reformadel18.unc.edu.ar/privates/la%20ref%20univ%20en%20sus%20estatutos%201918-1925%20SCHENONE.pdf>>. Cons. 19-1-2019.

U.B.A. UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES. Breve historia de la U.B.A. 2018. Disponible en: <<http://www.uba.ar/institucional/contenidos.php?id=91#1821>>.

U.B.A. UNIVERSIDAD DE BUENOS AIRES. Edicto de Ereccion de la Universidad de Buenos-Ayres. 1821. Disponible en: <<http://www.uba.ar/download/institucional/edicto.jpg>>.

U.N.C. UNIVERSIDAD NACIONAL DE CÓRDOBA. Manifiesto Liminar de la Reforma Universitaria. 1918. Disponible en: <<https://www.unc.edu.ar/sobre-la-unc/manifiesto-liminar>>. Cons. 20-9-2018.

U.N.L. UNIVERSIDAD NACIONAL DEL LITORAL. En: <<https://www.unl.edu.ar/la-institucion/unl-hija-de-la-reforma/>>. Cons. 21-2-2019.

Submissão em: 21 julho 2019

Último Parecer favorável em: 22 de setembro de 2020.

Como citar este artigo científico

PEREZ DEL VISO, Adela. Acceso a una universidad pública y gratuita como derecho derivado de la constitución nacional argentina: análisis de etapas históricas hasta el presente. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, Montes Claros, v. 1, n. 2, p. 190-226, set.-dez. 2020.

**DIREITO INTERNACIONAL ESPACIAL:
A LACUNA JURÍDICA DA LEGÍTIMA DEFESA**

GIOWANA NUNES DE PINHO VELOSO¹

RESUMO

O objetivo deste trabalho é analisar a aplicação da legítima defesa na exploração espacial, traçando um paralelo entre o art. 51 da Carta das Nações Unidas (1945), e o Tratado do Espaço (1967). A primeira permite a luta armada para fins de legítima defesa, e a segunda se baseia em princípios de exploração para fins pacíficos. Para a pesquisa, foram utilizadas doutrinas de Direito Internacional Público, e as especializadas em Direito Internacional Espacial, artigos científicos, Resoluções, Acordos e Tratados internacionais. Como resultado, evidencia-se que, por ainda apresentar lacunas jurídicas, o Tratado do Espaço permite a utilização do direito consuetudinário.

Palavras-chave: Direito Espacial Internacional. Legítima defesa. Exploração espacial. Lacuna jurídica.

ABSTRACT

This essay has the objective to analyze the application of the self-defense in the space exploration, developing a parallel between the article 51 of the United Nations Charter (1945), and the Outer Space Treaty (1967). The first one allows the armed combat as for the means to self-defense, and the second rule is based by principles of exploration for peaceful purposes. For the research, doctrines of Public International Law, and the ones specialized in International Space Law, scientific papers, international resolutions, agreements and treaties were used. As a result, as it still presents legal gaps, the Outer Space Treaty allows the use of consuetudinary law.

Keywords: International Space Law. Self-defense. Space exploration. Legal gaps.

¹ Graduada em Direito. Escritora do livro “Coisa de Adolescente”. Professora de Inglês. Endereço eletrônico: giowanaveloso@gmail.com

1 INTRODUÇÃO

O presente artigo busca analisar a possibilidade de aplicação da legítima defesa internacional no Direito Espacial Internacional, tendo em vista normas que prezam pelos fins pacíficos da exploração espacial. Logo, as principais legislações estudadas são a Carta das Nações Unidas e o Tratado sobre Princípios Reguladores das Atividades dos Estados e na Exploração e Uso do Espaço Cósmico, inclusive a Lua e demais Corpos Celestes.

Os apontamentos registram a ocorrência de uma lacuna jurídica sobre o caso em destaque. Assim, com base no contexto histórico, em redações de outras normas internacionais, nas previsões das duas normas mencionadas, em seus princípios e no ordenamento jurídico do Direito Internacional, é discutida uma possível hipótese para a problemática da lacuna jurídica.

Também é constado o recorrente uso militar do espaço cósmico, devido aos próprios costumes que se firmaram entre os Estados, e também devido às falhas legislativas que permitiram interpretações aos moldes dos interesses dos Estados. Algumas vezes, sem objetivar um bem-comum.

Os estudos se basearam em fontes bibliográficas, como leis, Tratados, Convenções Internacionais, Resoluções, doutrina e artigos científicos.

2 HISTÓRICO GEOPOLÍTICO DA EXPLORAÇÃO ESPACIAL E OS FINS PACÍFICOS NO DIREITO ESPACIAL INTERNACIONAL

Considerando que o Direito, mesmo tentando prevenir situações novas, normalmente surge de um conflito, um problema prévio, pode-se dizer que isso também acontece no ramo do Direito Internacional em estudo: o Direito Espacial Internacional (DEI).

Com o fim da Segunda Guerra Mundial, em 1945, os países almejam a manutenção de sua supremacia, pela incerteza de uma paz duradoura. Assim, ocorre a divisão ideológica entre o bloco socialista e o capitalista, ambos buscando sobreposição militar e tecnológica, iniciando um período conhecido como Guerra Fria (COSTA FILHO, 2002).

A busca pelo desenvolvimento tecnológico foi estratégica para que os países ganhassem força militar. O cenário instável de fim de guerra era propício a uma corrida armamentista, com grandes investimentos estatais. Neste contexto que a exploração espacial surge com o objetivo de fomentar o crescimento bélico (COSTA FILHO, 2002).

Realizando um retrospecto sobre a corrida espacial, pode-se afirmar que, diante da competição intercontinental, o marco do DEI e da Era Espacial foi no século XX, no âmbito do espaço exterior, a partir do Sputnik I, o satélite artificial lançado pela ex-União Soviética, no dia 4 de outubro de 1957, juntamente com o foguete R-7. Com isso, especialmente com o lançamento deste foguete, o primeiro míssil balístico intercontinental, os Estados Unidos

também poderiam ser considerados vulneráveis a ataques, até mesmo nucleares, ainda sendo uma potência mundial (MONSERRAT FILHO, 2007).

Os Estados Unidos, em sua primeira tentativa de lançamento, na busca de uma equiparação política à União das Repúblicas Socialistas Soviéticas, fracassaram quando o Vanguard I, o satélite artificial, pegou fogo a poucos metros do solo. O prejuízo de milhões de dólares e o olhar da mídia internacional reforçaram o aparente atraso dos estadunidenses na área tecnológica (BITTENCOURT NETO, 2011). Contudo, ainda neste período, os Estados Unidos lançaram seu primeiro satélite com sucesso, o Explorer 1, em 31 de janeiro de 1958. Ainda assim, a ameaça do foguete R-7 não tinha sido esquecida (MONSERRAT FILHO, 2007).

Assim, a questão da conquista espacial foi alvo de debates e, diante de uma possível reivindicação do espaço pelos países com alta tecnologia, a necessidade da criação de normas que atendessem essa nova era se tornou cada vez mais intransponível (BITTENCOURT NETO, 2011). Afinal, analisando o contexto da corrida armamentista e disputas ideológicas, a conquista territorial se mostraria como diferencial entre os países, podendo ser considerado como sinônimo de poder.

Justamente quando a Guerra Fria atingia seu ápice, os polos decidiram discutir sobre “a exploração pacífica do espaço, de comum acordo, e com notável velocidade, num típico exemplo do momento histórico de distensão entre URSS e EUA conhecido como ‘*détente*’².” (BITTENCOURT NETO, 2011, p. 31) (grifo do autor).

E no ano de 1969, houve o programa Apollo, o qual levou os primeiros homens, norte-americanos, à Lua. Cada conquista tecnológica significava um avanço e uma vantagem de uma superpotência sobre a outra. A partir disso, na década de 1970 até metade da de 1980, há uma mudança nos motivos para as atividades espaciais, que já não eram somente militares. Duas razões podem ser identificadas: a URSS não se dedicaria a desenvolver novo objeto de lançamento que se equiparasse à tecnologia norte-americana, e o corte de gastos com exploração espacial, considerando que a ideologia comunista não parecia ameaçar tanto quanto antes (COSTA FILHO, 2002).

Pode-se dizer, portanto, que o DEI possui um lado “claro” e um “obscuro”. Pela sua criação através das Nações Unidas, surge o Comitê para o Uso Pacífico do Espaço Exterior (COPUOS)³, em 1959, com princípios e normas definidos. Entretanto, há ainda várias lacunas, como a legítima defesa, que causam insegurança jurídica e necessitam ser resolvidas. Assim, o lado escuro se mostra aqui, quando os Estados não regulamentam essas questões por interesses políticos (MONSERRAT FILHO, 2007).

O COPUOS, portanto, surge com fins de evitar uma militarização do espaço exterior. Foram criados dois subcomitês: o tecnológico-científico, para estruturar o diálogo científico necessário para a exploração pacífica do espaço,

² *Détente*, palavra francesa, significa “gatilho” (FLOREZANO, [s. d.], p. 104).

³ Cujá sigla em inglês é COPUOS, por significar The United Nations Committee on the Peaceful Uses of Outer Space.

e o jurídico, para firmação de acordos e sitiar debates sobre o DEI. Como produto deste último subcomitê, a Resolução 1.962, chamada de Declaração dos Princípios Jurídicos Regulamentadores das Atividades dos Estados na Exploração e Uso do Espaço Cósmico é um marco na normatização da exploração espacial (BITTENCOURT NETO, 2011).

O teste de armas nucleares tanto na atmosfera como no espaço sideral e no mar fora banido pelos assinantes de nova norma, o Tratado de Proscrição das Experiências com Armas Nucleares na Atmosfera, no Espaço Cósmico e sob a Água (1963). O espaço exterior não pode ser base de lançamento de armas nucleares ou de armas em destruição em massa, pelo potencial estratégico evidente (BITTENCOURT NETO, 2011), podendo ser vantagem desproporcional de países com alta tecnologia. Além disso, um conflito espacial poderia destruir por completo a Terra, pela ofensividade inédita dos aparelhos e localização diferenciada (BITTENCOURT NETO, 2011).

Como principal documento do DEI pode ser citado o Tratado sobre Princípios Reguladores das Atividades dos Estados e na Exploração e Uso do Espaço Cósmico, inclusive a Lua e demais Corpos Celestes, de 1967, ou também chamado de Tratado do Espaço (MONSERRAT FILHO, 1998). Ratificada por 104 países até a presente data, e assinada por 25 outros (MONSERRAT FILHO, 2016), esta norma é fundamental para os estudos referentes ao DEI. Conseqüentemente, esta pesquisa se remeterá a princípios trazidos no Tratado.

A Carta das Nações Unidas, de 1945, por sua vez, já surge pouco antes do Tratado do Espaço. Como reflexo dos medos e erros da Segunda Guerra Mundial, ambos os dispositivos procuram a solução de conflitos e desenvolvimento do ser humano. Já no preâmbulo da Carta da ONU há a ideia de manter a paz e a segurança nas relações internacionais, e que os povos tenham progresso econômico e social.

E no art. 1 da Carta é previsto que os Estados-partes devem atingir os propósitos de manter a paz e segurança internacionais. Sendo que, para que se cumpra esse objetivo, devem utilizar meios efetivos de combate às ameaças à paz, e reprimirem atos de agressão, além de solucionarem questões que possam trazer uma perturbação da paz. Também haverá de ter relações amistosas entre as nações, e buscarem a paz universal.

Assemelham-se essas ideias àquelas trazidas no preâmbulo do Tratado do Espaço, quais são: o programa de exploração espacial pacífica é de interesse de todos; tal atividade deve ser pelo bem de todos os povos, independentemente do estágio de desenvolvimento econômico e pacífico; privilegia-se a cooperação internacional nos aspectos científicos e jurídicos da exploração do espaço exterior de fins pacíficos; e firma-se que tal cooperação ajuda na compreensão entre Estados e suas relações de amizade.

Além disso, o art. 1.º do Tratado do Espaço reflete alguns preceitos da Carta da ONU, especialmente ao se dirigir à humanidade e manter a observância ao bem comum, como na nota de transcrição seguinte:

Art. 1.º A exploração e o uso do espaço cósmico, inclusive da Lua e demais corpos celestes, só deverão ter em mira o bem e interesse de

todos os países, qualquer que seja o estágio de seu desenvolvimento econômico e científico, e são incumbência de toda a humanidade (TRATADO, 1967).

Assim, a exploração espacial fica condicionada à satisfação do bem comum de todos. Esta é a chamada “cláusula do bem comum”, que objetiva que os resultados do uso do espaço tragam benefícios à humanidade (ANDRADE, 2016). Concomitantemente, ainda no art. 3.º do mesmo Tratado, há a previsão de que seus objetivos são de “manter a paz e a segurança internacional e de favorecer a cooperação e a compreensão internacionais” (TRATADO, 1967).

Pode-se entender que há reiterada preocupação pela paz e segurança dos países e seus povos, para além de relações intercontinentais, atingindo o cosmos. Afinal, as normas em questão vieram como uma tentativa de cooperação entre os Estados para evitar novos conflitos históricos que ferem direitos básicos, considerando o avanço tecnológico e militar crescente.

Contudo, há a divergência no entendimento do preâmbulo do Tratado do Espaço, que diz que a exploração e uso do espaço cósmico se destinam a fins pacíficos. Uma parte da doutrina entende que “pacíficos” se remetem a fins não-militares; já outra parte diz que a interpretação seria não-agressivos ou não-hostis. O entendimento estadunidense é que os fins pacíficos incluem atividades de defesa e de inteligência (SCHMITT, 2006). Isso mostra o interesse militar dos Estados Unidos na exploração espacial, que não cessou com a assinatura dos Tratados, ainda que tenha ocorrido desaceleração nas atividades. É uma consequência de redações jurídicas não suficientemente coesas.

O uso militar do espaço, portanto, é frequente entre os Estados. Sendo para capturar imagens ou até comunicação, esse costume é utilizado mesmo por Forças Armadas menos resistentes, as quais usam telefones celulares e localizadores de GPS (*Global Positioning System*) (SCHMITT, 2006).

Todavia, deve-se retomar que os Estados entendem como “cláusula do bem comum” a utilização do espaço para o bem e interesse de todos os países, independentemente de nível econômico e científico, para beneficiar a humanidade (MONSERRAT FILHO, 2007).

No final, considerar-se-ia o uso militar no estágio atual como uma consequência das lacunas legislativas. Todavia, entende-se que os princípios que a todo momento reforçam os fins pacíficos hão de ser observados, para haver uma exploração espacial que realmente atinja o bem comum.

3 A UTILIZAÇÃO MAIS QUE ANALÓGICA DA CARTA DAS NAÇÕES UNIDAS

Há uma relação próxima entre a Carta da ONU e o Tratado do Espaço, mesmo que com 22 anos de diferença entre suas aprovações. Ambos surgem em contextos de conflitos entre Estados, sendo no fim da Segunda Guerra (a Carta em 1945), ou o meio da Guerra Fria (o Tratado em 1967). Além de o

próprio Tratado incorporar em seu texto o dever legal de cumprir os princípios e propósitos da Carta, como será explicado neste tópico.

Já abordando o tema da paz no Direito, seu conceito não deve ser restritivo, aplicável em alguns casos, e sim visto como objetivo do Direito Internacional, para garantir até mesmo a sobrevivência humana. Porém, há sua devida relevância em regular uma possível guerra (ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2017).

Se a paz não deve ser restritiva, a guerra também tem seu conceito como “um ato de violência cujo fim é forçar o adversário a executar a nossa vontade” (CLAUSEWITZ *apud* ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2017, p. 877). Complementando, há também o conceito de guerra tendo em vista cenário internacional, qual seja, a presença de armas num conflito entre dois ou mais Estados, comandados pelos respectivos governos, os quais desejam soberanamente impor seus anseios um sobre o outro (MAZZUOLI, 2013).

Estes entendimentos amplos permitem que qualquer conflito, entre países e seus governos, que se enquadre nas breves palavras apresentadas, já configure uma ameaça à humanidade.

Com a advinda da Carta da ONU, a abrangência da vedação aos conflitos armados, e não somente à guerra em si, deu-se com a previsão do art. 2, item 4 (AMARAL JÚNIOR, 2015), o qual diz:

Art. 2 [...]

4. Todos os Membros deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a dependência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1945).

Neste sentido, a Carta menciona a guerra com outros nomes, mantendo a abrangência de seu significado, como “perturbação da paz”, “ruptura da paz” e “ameaça à segurança internacional” (ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2017). Com a mínima utilização da palavra “guerra”, foi possível entender que esta não seria considerada um direito de nenhum Estado, e sim um ilícito internacional (MAZZUOLI, 2013).

Em seu preâmbulo, a Carta inicia com as justificativas que ensejaram sua criação. Seus primeiros dizeres são:

Nós, os povos das Nações Unidas, resolvidos a **preservar as gerações vindouras do flagelo da guerra**, que por duas vezes, no espaço da nossa vida, trouxe sofrimentos indizíveis à humanidade [...] e para tais fins, **praticar a tolerância e viver em paz**, uns com os outros, como bons vizinhos, e unir as nossas forças para **manter a paz e a segurança internacionais, e a garantir, pela aceitação de princípios e a instituição dos métodos, que a força armada não será usada a não ser no interesse comum**, a empregar um mecanismo internacional para promover o progresso econômico e social de todos os povos. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1945) (grifo nosso).

Mesmo apenas mencionando o artigo “guerra” uma vez, a Carta repudia expressamente as agressões entre países (ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2017). O Capítulo VI já traz como título “Solução Pacífica de Controvérsias”, e contém ferramentas jurídicas para o caso de um conflito entre países, com destaque às ações do Conselho de Segurança.

É exatamente no Capítulo VII da Carta, intitulado “Ação Relativa a Ameaças à Paz, Ruptura da Paz e Atos de Agressão”, que ficam evidentes os comandos da Carta diante de um conflito bélico, não apenas uma controvérsia entre Estados. E a recorrente remissão ao Conselho de Segurança confere-lhe legitimidade que permite a este órgão, diante de um ataque armado, tomar as seguintes ações: “determinará a existência de qualquer ameaça à paz, ruptura da paz ou ato de agressão, e fará recomendações ou decidirá que medidas deverão ser tomadas”, como diz o art. 39; poderá “convidar as partes interessadas a que aceitem as medidas provisórias que lhe pareçam necessárias ou aconselháveis”, de acordo com o art. 40; “decidirá sobre as medidas que, sem envolver o emprego de forças armadas, deverão ser tomadas para tornar efetivas suas decisões e poderá convidar os Membros das Nações Unidas a aplicarem tais medidas”, segundo o art. 41; e “poderá levar a efeito, por meio de forças aéreas, navais ou terrestres, a ação que julgar necessária para manter ou restabelecer a paz e a segurança internacionais”, como finaliza o art. 42 (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1945).

Além disso, o Conselho de Segurança poderá determinar a intervenção de forças armadas em um Estado, segundo os arts. 44 ao 46 da Carta, e o emprego de medidas preventivas ou coercitivas para que se evite a guerra, pelos arts. 47 a 50.

Todas essas medidas refletem os fins pacíficos da Carta. Assim, é possível utilizar dessas ferramentas jurídicas para concretizar os princípios trazidos no art. 2 do mesmo instrumento legal. E, dos sete elencados no artigo, há de se destacar três.

Art. 2 [...]

1. A Organização é baseada no princípio da igualdade de todos os seus Membros.

[...]

3. Todos os Membros deverão resolver suas controvérsias internacionais por meios pacíficos, de modo que não sejam ameaçadas a paz, a segurança e a justiça internacionais.

4. Todos os Membros deverão evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força contra a integridade territorial ou a dependência política de qualquer Estado, ou qualquer outra ação incompatível com os Propósitos das Nações Unidas.

[...]

6. A Organização fará com que os Estados que não são Membros das Nações Unidas ajam de acordo com esses Princípios em tudo quanto for necessário à manutenção da paz e da segurança internacionais.

[...] (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1945).

Primeiramente, o princípio da igualdade, relacionado ao da soberania, impede que haja uma dominação de um país sobre outro, especialmente se

for por invasão. O terceiro princípio se materializa no Capítulo VI, que determina que as partes envolvidas em uma controvérsia podem tentar solucioná-la usando os meios pacíficos elencados no art. 33 da Carta, quais são “negociação, inquérito, mediação, conciliação, arbitragem, solução judicial, recurso a entidades ou acordos regionais, ou a qualquer outro meio pacífico à sua escolha.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1945). O quarto traz a situação da cooperação internacional que, se frustrada, o Conselho de Segurança agirá de acordo com o Capítulo VII; e o sexto princípio estende o alcance da Carta até aos Estados não assinantes, objetivando a paz e segurança mundiais.

E ressaltando a essência da Carta, há o art. 1 que prevê que os propósitos da ONU são:

Art. 1 [...]

1. Manter a paz e a segurança internacionais e, para esse fim: tomar, coletivamente, medidas efetivas para evitar ameaças à paz e reprimir os atos de agressão ou outra qualquer ruptura da paz e chegar, por meios pacíficos e de conformidade com os princípios da justiça e do direito internacional, a um ajuste ou solução das controvérsias ou situações que possam levar a uma perturbação da paz;
2. Desenvolver relações amistosas entre as nações, baseadas no respeito ao princípio de igualdade de direitos e de autodeterminação dos povos, e tomar outras medidas apropriadas ao fortalecimento da paz universal;
3. Conseguir uma cooperação internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e estimular o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião; e
4. Ser um centro destinado a harmonizar a ação das nações para a consecução desses objetivos comuns (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1945).

Logo, pode-se relacionar os objetivos da Carta da ONU à criação do DEI, pois os Estados, no momento em que se formava o DEI, entenderam que as atividades espaciais deveriam ser juridicamente amparadas, de modo a beneficiar aos países e à humanidade (MONSERRAT FILHO, 1998). Não obstante, a própria natureza jurídica do espaço exterior é de *res communis omnium*, denotando a exploração apenas pacífica e lícita deste bem comum da humanidade (MAZZUOLI, 2013).

Assim, todos os propósitos e princípios da Carta e do Tratado do Espaço abordam a mesma ideia de fins pacíficos, em prol do bem comum, e da segurança internacional. Isso permite uma aplicação mais que analógica da Carta da ONU.

Em contrapartida à resolução somente pacífica de conflitos, apesar de não ser ilícita, há a permissão do uso da legítima defesa individual ou coletiva, em caso de ataque pelo Estado adversário.

A legítima defesa, como gênero, pode ser conceituada da seguinte forma:

Causa de exclusão da ilicitude que consiste em repelir injusta agressão, atual ou iminente, a direito próprio ou alheio, usando moderadamente dos meios necessários. Não há, aqui, uma situação de perigo pondo em conflito dois ou mais bens, na qual um deles deverá ser sacrificado. Ao contrário, ocorre um efetivo ataque ilícito contra o agente ou terceiro, legitimando a repulsa (CAPEZ, 2011, p. 305).

Portanto, são destacados como requisitos da legítima defesa: “a) a reação a uma agressão atual ou iminente e injusta; b) a defesa de um direito próprio ou alheio; c) a moderação no emprego dos meios necessários à repulsa; e d) o elemento subjetivo” (MIRABETE; FABBRINI, 2014, p. 168). Este último requisito pode ser definido como o *animus* necessário àquele que pratica a defesa, de modo que ele tenha consciência de que está sendo agredido e deseje apenas se proteger (BITTENCOURT, 2017). E os demais requisitos e as características que o conceito da legítima defesa trazem podem ser resumidos nos princípios da iminência, atualidade, efetividade e proporcionalidade, os quais também são aplicados no âmbito externo. Princípios estes presentes nas modalidades de legítima defesa internacional a seguir.

Sobre a modalidade individual, até por se saber que o Estado dispõe de prerrogativas para garantir sua soberania, vê-se que não vai de encontro com o que traz o art. 2, item 4, da Carta, que prevê que os Estados-membros devem “evitar em suas relações internacionais a ameaça ou o uso da força” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1945) e sim é uma exceção do uso da força (AMARAL JÚNIOR, 2015).

Destaca-se que a soberania estatal, que é resguardada na legítima defesa individual, é um dos elementos conceituais de um Estado, juntamente com território, população e governo. A presente característica significa que determinado governo não reconhece outro Estado como superior, para que não lhe sejam impostas vontades alheias; como consequência, deve também identificar os demais Estados com igual soberania (REZEK, 2014).

Já no que tange a legítima defesa coletiva, esta é firmada por Tratados internacionais, dos quais seus assinantes têm a intenção de se proteger mutuamente; se um for atacado, os demais também podem se valer da legítima defesa para acabar com a agressão (SALOMÃO, 2011). Ambas as defesas são possíveis e lícitas dentro do cenário internacional.

O art. 51 da Carta é o que traz a previsão da legítima defesa, ao dizer:

Art. 51. Nada na presente Carta prejudicará o direito inerente de legítima defesa individual ou coletiva no caso de ocorrer um ataque armado contra um Membro das Nações Unidas, até que o Conselho de Segurança tenha tomado as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais. As medidas tomadas pelos Membros no exercício desse direito de legítima defesa serão comunicadas imediatamente ao Conselho de Segurança e não deverão,

de modo algum, atingir a autoridade e a responsabilidade que a presente Carta atribui ao Conselho para levar a efeito, em qualquer tempo, a ação que julgar necessária à manutenção ou ao restabelecimento da paz e da segurança internacionais (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1945).

Logo, aceita-se a legítima defesa internacional em caso de ataque agressivo contra um Estado-membro, evidentemente ilícito e, ampliando o conceito de ataque armado, “qualquer operação ou ato com o efeito de infligir um prejuízo ou dano no Estado e nos seus elementos fundamentais” (GOUVEIA, 2013, p. 181). Porém, há a aplicação do princípio da proporcionalidade, de modo que o Estado que se defende só responda à agressão até na mesma medida em que foi recebida (SILVA; ROSA, 2018). Além disso, o Estado deve identificar a agressão como iminente ou atual (GOUVEIA, 2013), para que se evite um abuso ou simulação por parte do outro Estado.

Além disso, a Resolução 3.314 (XXIX) da Assembleia Geral da ONU trouxe o conceito ampliado de agressão, em seu art. 1.º, dizendo que “é o uso da força armada por um Estado contra a soberania, integridade, territorial ou a independência política de outro Estado, ou de qualquer outro modo incompatível com a Carta das Nações Unidas.” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1974). Não se limitando ao conceito, a Resolução trouxe uma lista exemplificativa (GOUVEIA, 2013) das práticas consideradas ilegais e perturbadoras da paz no cenário internacional, a saber:

Art. 3.º [...]

- a) a invasão ou o ataque do território de um Estado pelas forças armadas de outro Estado, ou qualquer ocupação militar, ainda que temporária, que resulte dessa invasão ou ataque, ou qualquer anexação mediante o uso da força do território ou de parte do território de outro Estado;
- b) o bombardeamento pelas forças armadas de um Estado, ou o uso de quaisquer armas por um Estado, contra o território de outro Estado;
- c) o bloqueio dos portos ou da costa de um Estado pelas forças armadas de outro Estado;
- d) o ataque pelas forças armadas de um Estado contra as forças armadas terrestres, navais ou aéreas, ou a marinha e aviação civis de outro Estado;
- e) a utilização das forças armadas de um Estado, estacionadas no território de outro com o assentimento do Estado receptor, com violação das condições previstas no acordo, ou o prolongamento da sua presença no território em questão após o termo do acordo;
- f) o fato de um Estado aceitar que o seu território, posto à disposição de outro Estado, seja utilizado por este para perpetrar um ato de agressão contra um terceiro Estado;
- g) o envio por um Estado, ou em seu nome, de bandos ou de grupos armados, de forças irregulares ou de mercenários que pratiquem atos de força armada contra outro Estado de uma gravidade tal que sejam equiparáveis aos atos acima enumerados, ou o fato de participar de uma forma substancial numa tal ação. (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1974).

Contudo, o recurso à legítima defesa é o último a ser utilizado, para que se evite, a todo custo, que um Estado se justifique nisso para iniciar uma guerra (ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2017). Sobre isso, faz-se a seguinte afirmação:

A necessidade de legítima defesa deve ser instantânea, avassaladora, não deixando nenhuma outra escolha quanto aos meios (de repulsar a agressão) e nenhum momento de deliberação, e a ação deve ser razoável, não excessiva, limitada àquela necessidade e se manter claramente dentro desse limite (WEBSTER *apud* SILVA; ROSA, 2018, p. 12).

Ainda assim, há divergência entre as doutrinas sobre a existência de uma legítima defesa preventiva, a qual um Estado não precisa se basear em uma agressão concreta para atacar outro Estado. Analisando a corrente doutrinária que defende esta ideia, há de apontar que essa situação poderia ensejar conflitos armados voláteis, pois os critérios da legítima defesa seriam relativizados (AMARAL JÚNIOR, 2015). E, se houvesse um cenário de tensão política, a exemplo da Guerra Fria, se um Estado entender que há ameaça que o corrompa, este agiria pela sua defesa, porém, revestido de uma guerra de agressão.

Há práticas, entretanto, que buscam justificativas na legítima defesa preventiva, ainda que não sejam revestidas de legalidade. É o caso do ataque dos Estados Unidos ao Iraque, pois não houve ataque fático deste contra aquele que autorizaria o uso da legítima defesa individual nos termos do art. 51 da Carta (SALOMÃO, 2011). Não obstante a guerra de 2003, ao invés de uma ação rápida, como alegada pelos Estados Unidos, perdurou por anos, desencadeando consequências como a instabilidade política e surgimento e crescimento de grupos extremistas. Iniciou-se com o entendimento de que o governo de Saddam Hussein configuraria uma futura ameaça à paz de seu país e à estadunidense, e terminou com 288 mil mortes e a retirada das tropas americanas apenas em 2011 (BRITISH BROADCASTING CORPORATION, 2018). Este é um exemplo de como uma lacuna jurídica pode ser usada em benefício de um país, ao mesmo tempo que a usa em detrimento de outro.

É importante ressaltar ainda que o art. 51 traz a determinação de que a legítima defesa pode ser exercida até o limite de o Conselho de Segurança tome “as medidas necessárias para a manutenção da paz e da segurança internacionais” (art. 51 da Carta da ONU, 1945). Dessa forma, quando este órgão da ONU der início às suas ações para manutenção da paz, não há mais a necessidade de se valer da legítima defesa que permita a proteção individual do país atacado.

Dessa forma, surge a dúvida de se a legítima defesa internacional tem aplicação ainda na exploração espacial, por constituir uma exceção da Carta e esta ter relação direta com o Tratado do Espaço.

Oportuno discorrer, portanto, sobre o fenômeno da lacuna jurídica.

De antemão, uma lacuna importa um vazio; logo, aplicado ao Direito, é uma omissão legislativa. Diante de um fato específico em que não há nenhuma menção que se aplique diretamente a ele, é identificada uma lacuna jurídica (SILVA, 2014). Porém, entende-se que o Direito apresenta lacunas como forma natural, devido às constantes evoluções sociais que proporcionam novos fatos a serem abrangidos posteriormente pela norma (DINIZ, 1998).

É possível ainda dividir a lacuna jurídica em três espécies. A primeira é a normativa, que é a própria falta da norma para um caso concreto. A segunda é a ontológica, quando há sim a norma, porém, devido à dinâmica social, o conteúdo normativo se tornou obsoleto. E a terceira, a axiológica, caracterizada pela presença de norma que, aplicada ao caso concreto, se demonstra injusta ou não resolve por completo o problema (DINIZ, 1998). A partir dos próximos apontamentos, será proposta uma identificação para o tipo de lacuna jurídica para o caso da legítima defesa na exploração espacial.

Pela sua competência trazida no art. 13, §1.º, alínea “a”, da Carta, a Assembleia Geral da ONU pode “incentivar o desenvolvimento progressivo do direito internacional e a sua codificação” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1945). Dessa forma, permitiu-se que Tratados envolvendo o espaço fossem elaborados pela Organização, já que a exploração espacial indica desenvolvimento do Direito Internacional, além de proporcionar avanços tecnológicos aproveitados pela humanidade.

O preâmbulo do Tratado do Espaço afirma que:

Os Estados-Partes do presente Tratado:

[...]

- convencidos de que o Tratado sobre os princípios que regem as atividades dos Estados na exploração e uso do espaço cósmico, inclusive a Lua e demais corpos celestes, contribuirá para a realização dos propósitos e princípios da Carta das Nações Unidas, convieram no seguinte [...] (TRATADO, 1967).

Como visto, ainda que seja uma norma separada da Carta, tem suas inspirações originadas nesta. Pode-se afirmar, assim, que a Carta da ONU é uma base jurídica, uma norma geral, que serve para promover outras normas internacionais de caráter específico, para que cumpram os princípios e propósitos dessa. Não basta o Tratado do Espaço trazer de forma explícita em seus artigos os mesmos fins que se apresentam na Carta, como no caso do art. 3.º do Tratado, que diz que a exploração espacial tem “finalidade de manter a paz e a segurança internacional e de favorecer a cooperação e a compreensão internacionais” (TRATADO, 1967); mas, também, remete ao compromisso de realizar os fins da Carta, por ser esta a sua base normativa.

Portanto, levando-se em conta que na falta de uma norma específica ou assunto específico abordado em uma norma, recorre-se àquela de caráter geral, quando há lacunas no Tratado do Espaço sem solução, há de se aplicar a Carta da ONU. Aplica-se, neste caso, a analogia que é definida como “paralelo entre coisas diferentes levando-se em conta o seu aspecto geral

[...] *Raciocínio por analogia* é uma inferência fundada na definição de características comuns” (JAPIASSÚ; MARCONDES, 2001, p. 9) (grifo do autor). Também é possível dizer que a analogia permite

estender a um caso particular semelhante as conclusões postas pela observação de um caso correlato ou afim, em um raciocínio por similitude. [...] implica sempre algo de criador por parte do sujeito, exigindo certa contribuição positiva do intérprete, ao estender a um caso o visto em outro (REALE, 1999, p. 141-142).

Deste modo, pode-se utilizar o método analógico para solucionar um problema em que, pela lacuna jurídica, não haveria resposta imediata. Assim, a Carta é fonte do Direito a ser recorrida se o Tratado não oferecer instrumento jurídico próprio, porém, como se viu, não é somente esta a função da Carta na exploração espacial.

De fato, a Carta da ONU deve ser aplicada ao Tratado do Espaço de forma mais que analógica, considerando que no preâmbulo deste há o seguinte tratamento: o Tratado do Espaço “contribuirá para a realização dos propósitos e princípios da Carta das Nações Unidas” (TRATADO, 1967). Há a incorporação dos fins da Carta no principal Tratado sobre DEI, implicando o cumprimento, pelos Estados, do princípio da igualdade, do dever de cumprir de boa-fé o que se comprometeu a realizar pela Carta, da prática da cooperação internacional, evitar conflitos que ameacem a paz e segurança internacionais, do dever de prestar assistência aos Estados e de não auxiliá-los se a ONU estiver aplicando medidas preventivas ou coercitivas, e a não interferência da ONU nos casos de jurisdição interna, além da aplicação da norma até nos países não assinantes que ameacem a paz e a segurança (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1945).

Também todos os propósitos da Carta são resguardados, trazidos no art. 1 desta, no que se refere a preservar a paz e segurança internacionais, promover a cooperação internacional, respeitar os direitos humanos e liberdades fundamentais, e contribuir para que a ONU seja capaz de trazer a harmonia entre os Estados (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1945).

Isso implica, portanto, que até mesmo a exceção trazida no sétimo princípio da Carta seja incorporado no Tratado do Espaço: a ONU, em primeiro momento, não pode interferir nas nações, nem para obrigá-las a solucionar seus conflitos, salvo as situações e medidas coercitivas trazidas no Capítulo VII, “Ação Relativa a Ameaças à Paz, Ruptura da Paz e Atos de Agressão”. Neste sentido, o art. 51, presente no mesmo Capítulo, por afirmar que o direito da legítima defesa é garantido, poderia denominar o tema como uma norma-princípio da Carta, o que geraria a sua aplicação até mesmo no Tratado do Espaço.

Com isso, surge o embate entre os princípios do Tratado do Espaço que procuram evitar a guerra e o direito que os Estados-membros da ONU possuem de exercer a legítima defesa, por vezes motivo encontrado pelos países para legalizar uma guerra (MONSERRAT FILHO, 2016).

Neste sentido, por mais que haja a aplicação mais que analógica da Carta no Tratado do Espaço, este possui novos princípios e objetivos que reforçam, a todo momento, a busca pela paz e segurança, em prol do bem comum. Não retira, portanto, o caráter de lacuna jurídica.

4 A POSSIBILIDADE DE SE INVOCAR O ART. 51 DA CARTA DA ONU

É possível verificar, diante das recorrentes atividades militares, que a falta de uma regulamentação da espécie *Hard Law*, permite tais práticas. Esta espécie, por sua vez, atribui à norma o caráter de rigidez, e que deve ser respeitada, sob pena de punições previstas no seu texto (HUSEK, 2017). É o caso dos Tratados internacionais, como o Tratado do Espaço e o Tratado da Lua.

Ademais, não somente a questão armamentista, mas também outras questões que não são profundamente abordadas nos Tratados firmados no DEI, como o seguinte trecho afirma:

A última vez que o COPUOS, através de seu subcomitê jurídico, produziu um projeto de tratado a ser submetido à Assembleia-Geral foi há 35 anos, quando da aprovação do Acordo da Lua (*Moon Agreement*). Por todos estes anos o cenário político, econômico e jurídico mudou substancialmente: [...] Todas as mudanças [...] provocaram, inevitavelmente, o surgimento de novos desafios técnicos e legais, não previstos nos tratados do espaço sem que, contudo, a comunidade internacional apresentasse, em termos de produção normativa-internacional, uma resposta adequada (VIANA, 2016, p. 2-3) (grifo do autor).

Com base no dito, pode-se notar que, ainda que a produção de normas vinculantes tenha sido limitada, há a presença do *Soft Law* para preencher algumas lacunas. Esta fonte de Direito é menos rígida, ligada a uma situação fática específica, e sem a obrigatoriedade de um Tratado, como é o caso das Resoluções da Assembleia Geral da ONU (HUSEK, 2017). E é por causa dessas características que os Estados, por vezes, valorizam normas flexíveis de *Soft Law* em vez daquelas vinculantes que os restringem e podem até mesmo interferir na soberania de cada um (BLOUNT, 2011). Não somente, mas entende-se que “uma grande parte do Tratado do Espaço usa linguagem ambígua e cria obrigações imprecisas ou [até mesmo] não obrigatórias, e são abertas à interpretação dos Estados” (BLOUNT, 2011, p. 525) (tradução nossa).

Seriam as Resoluções, exemplo de *Soft Law*, resultantes de *opinio juris*, logo, um posicionamento estatal que se torna crença de obrigatoriedade, apesar de não regida por norma cogente, a princípio. As práticas estatais se tornam objeto das normas de *Soft Law* (HUSEK, 2017), ou também as Resoluções podem provocar comportamentos nos Estados que geram costumes para o Direito Internacional (ACCIOLY; SILVA; CASELLA, 2017).

Pode-se citar a Resolução 37/92, dos *Principles Governing the Use by States of Artificial Earth Satellites for International Direct Television Broadcasting*⁴, que em seu art. 7 prevê que qualquer conflito sobre o assunto deveria ser uma solução pacífica nos moldes do que apresenta a Carta da ONU (UNITED NATIONS, 1992). E ainda que seja uma norma não-vinculada, é razoável que se recorra à Carta da ONU para um eventual conflito decorrente da transmissão televisiva direta internacional por satélites artificiais terrestres. Assim, oportuniza-se a solução pacífica da disputa, já que a própria norma de *Soft Law* se remete à Carta da ONU.

Pode-se dizer que o reconhecimento das Resoluções da Assembleia Geral como Direito Consuetudinário contribui para o uso pacífico do espaço, pois tal direito cria um elo entre os Estados, até mesmo aqueles que não integram as Nações Unidas, em prol de um objetivo em comum (GOH, 2006).

Com destaque, “no ramo do Direito Internacional Público, os Estados produzem normas através de tratados e do costume” (GOH, 2006, p. 134) (tradução nossa). Os costumes, considerados fonte de Direito Internacional, são abrangidos pelo Estatuto da Corte Internacional de Justiça, a dizer, no seu art. 38: “1. A Corte, cuja função é decidir de acordo com o direito internacional as controvérsias que lhe forem submetidas, aplicará: [...] b. o costume internacional, como prova de uma prática geral aceita como sendo o direito” (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1945). Além disso, são os sujeitos internacionais que praticam reiteradamente um ato, na certeza de que este é correto, que irão gerar um costume internacional (HUSEK, 2017). Como, por exemplo, o resgate de astronautas em apuros, previsto no Acordo sobre o Salvamento de Astronautas e Restituição de Astronautas e de Objetos Lançados ao Espaço Cósmico.

Como consequência, os Estados são os principais atores no DEI (GOH, 2006), considerando que, por vezes, este se completa pelo Direito Consuetudinário, que pode partir das normas já feitas para novas interpretações e práticas sejam atualizadas, conforme o contexto político e social dos Estados.

Em contrapartida, a Assembleia Geral da ONU também já aprovou pelo *Soft Law* a Resolução 47/68, dos *Principles Relevant to the Use of Nuclear Power Sources In Outer Space*⁵, que permite o uso de tal recurso de origem militar para a tecnologia espacial. Isso, pois, na justificativa de seu preâmbulo, entende que para algumas atividades seria adequada a energia nuclear, pela sua longevidade, por ser compacto e outros atributos (UNITED NATIONS, 1968). Assim, reconhece-se a conectividade entre atividades militares e espaciais, mesmo que os princípios das Resoluções costumem se remeter à pacificidade de resolução de conflitos.

Até mesmo os princípios do Tratado do Espaço são usados como bases para costumes com viés militar. O art. 1.º desta norma legitima a livre

⁴ Princípios que Governam o Uso dos Estados dos Satélites Artificiais Terrestres para Transmissão Televisiva Direta Internacional (tradução nossa).

⁵ Princípios Relevantes para o Uso de Fontes de Energia Nuclear no Espaço Exterior (tradução nossa).

exploração espacial, além do uso por qualquer Estado, sem discriminação, de forma isonômica, com acesso a todas as áreas dos corpos celestes, de acordo com o Direito Internacional. Dessa forma, uma interpretação deste artigo permite que satélites espaciais sejam usados em comunicações e vigilância, operações militares, mesmo em tempos de paz. E o art. 2.º do mesmo Tratado ainda apresenta o princípio que configura costume, que é o da não apropriação do espaço, incluindo a Lua e demais corpos celestes (SCHMITT, 2006). Com isso, evitam-se conflitos sobre soberania e dominação do espaço, limitando a corrida espacial iniciada desde o surgimento do DEI.

Torna-se coerente, porém, afirmar que, ainda que haja um recorrente uso do Direito Consuetudinário para suprir necessidades do DEI, somente isto não é suficiente para manter um Direito e suas legislações.

Diante disso, observa-se que as lacunas jurídicas são questões a se temer, pois até mesmo os princípios constantes em normas podem ser relativizados. Isso se agrava especialmente quando há um sistema global unipolar, que valoriza uma potência de tal modo que seus interesses se legitimam sobre outros de nações em desenvolvimento, ou sobre os de seus inimigos (MONSERRAT; SALIN, 2003). É o fenômeno de sobrepor o Direito Privado, com seu viés comercial, sobre o público (AGÊNCIA ESPACIAL BRASILEIRA, 2018). Diferentemente de um globo dividido em duas potências, como o foi na Guerra Fria, que estimula a procura por acordos que interessem a ambos os lados, e que proporcionaram a criação não de um Direito Consuetudinário, mas de Acordos e Tratados vinculados, almejando a paz. E de maneira preferencial, por conta do desejo de se evitar uma guerra, ainda se estima um sistema multipolar, que é oportunidade para discussões democráticas e diversificadas, de modo que o debate seja estimulado, e criam-se normas internacionais em busca da paz e do bem comum, objetivos da cláusula do bem comum, do Tratado do Espaço (MONSERRAT; SALIN, 2003). Como exemplo, o debate sobre os limites do espaço aéreo e ultraterrestre permite a exposição de interesses e argumentos que por vezes se mostram contrários, porém, na busca de um resultado que pode se iniciar no costume e, quando pacificado, em Tratado internacional.

Assim se pode reconhecer que, apesar de ser norma vinculada, o art. 4.º do Tratado do Espaço, por sua redação limitada, legitima interpretações que formam costumes internacionais. Afinal, há a permissão de uso de pessoal militar para pesquisas científicas ou outra atividade pacífica. Como exemplos, têm-se a inteligência de imagens e as comunicações, além de localizadores como GPS. E, fazendo uma associação, a Convenção das Nações Unidas sobre o Direito do Mar, de 1982, também afirma que os mares deverão ser usados para fins pacíficos. Porém, a Marinha é uma força militar recorrente nos Estados, e tal prática não foi banida pela Convenção, apesar de trazer como princípio o uso pacífico. Do mesmo modo, pelo Direito Consuetudinário, há atividades militares envolvendo o espaço exterior, ligados até mesmo ao cotidiano das pessoas, como o uso do GPS nos telefones celulares (SCHMITT, 2006).

Contudo, os Estados também apoiam tentativas de desmilitarização. Em 1995, foi criado o *Comprehensive Nuclear-Test-Ban Treaty* (CTBT)⁶ (UNITED NATIONS OF DISARMAMENT AFFAIRS, s/a). Este Tratado busca retirar totalmente o uso de armas nucleares, em âmbito internacional. E para isso haveria um Regime Global de Verificação, com um Sistema Internacional de Monitoramento, um Centro Internacional de Dados e Inspeções *In Situ* (SAMPAIO, 2012).

Este Tratado, porém, ainda não possui as 44 ratificações dos Estados elencados no seu Anexo 2, previsto no art. XIV, faltando, até a presente data, China, República Democrática da Coreia, Egito, Índia, República Islâmica do Irã, Israel, Paquistão e Estados Unidos da América. Logo, não entrou em vigor (UNITED NATIONS OF DISARMAMENT AFFAIRS, [s. d]).

Outras normas também procuram limitar o alcance das atividades militares, de modo a diminuir possíveis inícios de guerra. Destacam-se as a seguir.

O Tratado de Proscrição das Experiências com Armas Nucleares na Atmosfera, no Espaço Cósmico e sob a Água, de 1963, que fora assinado primeiramente pelos EUA, Reino Unido da Grã-Bretanha e Irlanda do Norte, e URSS, e depois outros países também concordaram em participar. Esta norma internacional prevê o definitivo encerramento à corrida armamentista e aos incentivos de produção de armas. Porém, é posto que cabe a um Acordo futuro trazer esta conclusão, para o desarmamento por completo (BRASIL, 1964). E este Tratado não possui prazo para a fixação de tal Acordo, de modo que até o atual momento não foi firmado.

O *Anti-Ballistic Missile Treaty*⁷ também trouxe a iniciativa de poucos países, no caso, os EUA e a URSS. Ambos reconhecem que uma guerra nuclear traria consequências avassaladoras para a humanidade (UNITED STATES, 1972). Porém, em 2002 os EUA se retiraram do Tratado, e apesar de terem firmado novo acordo, chamado de Tratado de Forças Nucleares de Alcance Intermediário (*Intermediate-Range Nuclear Forces*) em 1987, o Governo atual dos EUA afirma que também sairá deste Acordo, alegando violação por parte da Rússia, o outro Estado-parte (EUA ANUCIAM, 2019).

Portanto, é notável o frequente uso do Direito Consuetudinário entre os Estados para legitimar seus interesses espaciais, inclusive os de cunho militar. Porém, até que se legisle em caráter de *Hard Law*, haverá tanto tentativas de desmilitarização como de militarização, com reflexos visíveis até nas tecnologias usadas cotidianamente.

Com base nas explicações de algumas fontes do Direito Internacional, e na evidente recorrência das atividades militares na exploração espacial, oportuniza-se propor a forma de aplicação analógica que comporta a legítima defesa no Tratado do Espaço, de modo a tentar suprir o vazio legislativo.

⁶ Tratado de Proibição Completa dos Testes Nucleares (tradução nossa).

⁷ Tratado sobre Limitação dos Sistemas de Defesa Antimíssil (tradução nossa).

Primeiramente, destaca-se o contraste que é a analogia que recorre à Carta, para preencher lacunas jurídicas, e a prática do Direito Consuetudinário: por ser norma geral, a Carta pode não responder de forma incisiva a demandas internacionais específicas, como, por exemplo, a delimitação do espaço aéreo e do ultraterrestre. O *Soft Law* e o costume internacional permitem a inovação jurídica, que se desenvolve a todo o tempo. Apesar de que se há a possibilidade de se usar a norma geral, tal atitude se reveste de segurança jurídica, pois há a presença do *Hard Law*.

Além disso, a própria Carta dispõe no seu art. 103, Capítulo XVI, que, diante de um conflito de obrigações constantes na Carta e outras de outro acordo internacional, as que prevalecem são da primeira (ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS, 1945). Isso posiciona a Carta da ONU em patamar de destaque, devendo ser observada na aplicação de qualquer acordo internacional. Consonante a isto, o Tratado do Espaço e várias Resoluções da Assembleia Geral, como dito anteriormente, apresentam em seu texto o compromisso firmado em cumprir os propósitos e princípios da Carta – tamanha a importância deste documento internacional.

Diante, portanto, do preâmbulo do Tratado, que reforça a necessidade de se recorrer à paz e à tolerância, que os Estados utilizem a cooperação internacional (TRATADO, 1967), e considerando que a paz comporta conceito amplo, assim como a guerra, com vias de limitar o alcance das possibilidades de um conflito internacional, deste modo deve ser o alcance da legítima defesa do art. 51 da Carta na exploração espacial: restritivo.

Da mesma maneira que a esta norma estimula a resolução pacífica de conflitos, o Tratado do Espaço também faz isso, e ainda a primeira prevê a legítima defesa. E a omissão dessa exceção normativa pode ser interpretada como o entendimento de que não seria necessário trazer novamente um dispositivo que já é previsto na norma geral. Sendo que esta, a Carta, já tem aplicação mais que analógica no Tratado, pelo argumento aqui já estudado. Porém, deve-se reservar o uso da legítima defesa ao caráter restritivo, logo, à luz do art. 4.º do Tratado.

A partir dos conceitos aqui postos, convém entender que o caso da legítima defesa é de lacuna jurídica axiológica, pois, apesar da previsão da legítima defesa na Carta da ONU, sua aplicação sem ponderações e limites, através do art. 4.º Tratado do Espaço, pode ser considerada injusta.

Deste modo, resgatando o que diz este artigo quanto à proibição de atividades militares no espaço, a legítima defesa aplicada na exploração espacial é defesa para dispor em órbita objeto portador de armas nucleares ou qualquer outra de destruição em massa; instalar essas armas nos corpos celestes ou no espaço cósmico em geral; estabelecer bases, instalações, fortificações militares e realizar ensaios de qualquer arma; e executar manobras militares (TRATADO, 1967). Assim, pela interpretação também restritiva do dispositivo do Tratado, tudo aquilo que não for proibido pela literalidade de sua redação, é passível de adoção para a legítima defesa.

Nesse sentido, há a proibição apenas dos estabelecimentos militares, teste de armas e exercícios militares em corpos celestes, incluindo a Lua.

Não há essa restrição para instalar armas convencionais ou estações militares espaciais, e praticar atividades espaciais e teste de armas em órbita (não nos corpos celestes). A única hipótese da norma que abrange tanto o espaço como o todo e os corpos celestes é a disposição e instalação das armas de destruição em massa ou nucleares (SCHMITT, 2006). Permite-se, porém, a simples passagem de mísseis balísticos, ainda que haja quaisquer armas neles, por não ser uma hipótese abrangida pela norma (MONSERRAT FILHO; SALIN, 2003). E outras armas como “satélites assassinos, bloqueadores de sinais, diferentes métodos de interferência em espaçonaves ‘inimigas’ e armas de energia dirigida (laser)” não são abrangidas pela norma (MONSERRAT FILHO, 2016).

O COPUOS também deve se atentar que a falta de legislação própria para os casos omissos do Tratado do Espaço, incluindo a legítima defesa, podem basear justificativas para o início de uma guerra (MONSERRAT FILHO, 2016). E para suprir a falta do legislador, são feitas as Resoluções, porém sem a obrigatoriedade necessária, e também a prática do Direito Consuetudinário, que demonstrará o interesse dos Estados ao criarem costumes. E, como visto, vários destes têm viés de militarizar o espaço cósmico.

Por fim, é cabível concluir que o Tratado sempre reforça o intuito de atingir o bem comum e a pacificidade das atividades no espaço. Complementarmente, também comporta interpretar restritivamente o alcance da legítima defesa no espaço, por ser reação que, na medida de sua proporcionalidade, utilizará de violência e armas para ser executada, nas limitações impostas pelo art. 4.º. Seria esta uma orientação para suprir a lacuna jurídica axiológica da legítima defesa na exploração espacial.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

É fato que o art. 51 da Carta da ONU prevê a luta armada apenas justificável e legal através do direito inerente da legítima defesa, tanto individual como coletiva. Em paralelo, o Tratado do Espaço propõe ser um instrumento que valoriza os fins pacíficos da exploração espacial no cenário internacional, para efeitos de realizar os propósitos e princípios da Carta.

Assim, é identificada uma lacuna jurídica no ordenamento do Direito Internacional, que por mais que prevê a legítima defesa na Carta da ONU, os fins pacíficos da exploração espacial formam princípios, apontados pelo Tratado e outras normas de DEI, que devem ser observados.

Se o Tratado comporta aplicação da Carta, por esta ser norma geral, verifica-se a necessidade de definir este alcance. E, portanto, há de se entender que tal aplicação é mais que apenas analógica, pois a Carta não só é usada para preencher eventuais lacunas legislativas da norma específica, mas também o Tratado se vale de cumprir os princípios e propósitos da Carta, como diz seu preâmbulo.

Por sua redação incompleta, a principal norma na exploração espacial não foi suficiente para acompanhar a intensa exploração do cosmos, sendo

necessário, e com frequência, a busca pelo suporte do Direito Consuetudinário. Este, como mostrado, por ser composto de costumes dos Estados, autoriza novas interpretações de normas que, por vezes, não condizem com os princípios do Tratado do Espaço.

E ainda que haja Resoluções e Acordos bilaterais ou alguns multilaterais que limitem os fins militares nas atividades espaciais, estas não são dotadas da obrigatoriedade necessária para vincular os Estados, em conjunto, aos seus preceitos.

Dessa forma, atendendo à literalidade do art. 4.º do Tratado, por ser esta uma norma vinculada para todos os Estados, há de se fazer uma interpretação restritiva do dispositivo. A legítima defesa é possível, respeitando as limitações do Tratado do Espaço e eventuais alterações jurídicas vinculantes que se sucederem. Apenas Resoluções, fontes de *Soft Law*, e uso do Direito Consuetudinário, apesar de serem legítimas fontes de Direito Internacional, não apresentam uma solução definitiva para o conflito entre as os fins militares da exploração espacial, incluindo a legítima defesa, e os princípios do Tratado: a lacuna jurídica identificada com axiológica, pois há a previsão normativa. Porém, sua aplicação literal fere a justiça do Direito.

REFERÊNCIAS

ACCIOLY, Hildebrando; SILVA, G. E. do Nascimento e; CASELLA, Paulo Borba. **Manual de direito internacional público**. 23. ed. São Paulo: Saraiva, 2017.

AGÊNCIA ESPACIAL BRASILEIRA. Especialista em direito espacial apresenta os perigos que ameaçam o espaço exterior. 2018. Disponível em: <<http://www.aeb.gov.br/especialista-em-direito-espacial-apresenta-os-perigos-que-ameacam-o-espaco-exterior/>>. Acesso em: 30 mar. 2019.

AMARAL JÚNIOR, Alberto do. **Curso de direito internacional público**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2015.

ANDRADE, Jonathan Percivalle de. Tratado do Espaço de 1967: legado e desafios para o direito espacial. 2016. Disponível em: <<http://biblioteca.unisantos.br:8181/bitstream/tede/2941/2/Jonathan%20Percivalle%20de%20Andrade.pdf/>>. Acesso em: 31 maio 2018.

BITTENCOURT, Cezar Roberto. **Tratado de direito penal**: parte geral. 23. ed. rev., ampl. e atual. São Paulo: Saraiva, 2017.

BITTENCOURT NETO, Olavo de Oliveira. **Direito espacial contemporâneo**: responsabilidade internacional. Curitiba: Juruá, 2011.

_____. Limite vertical à soberania dos Estados: fronteira entre espaço aéreo e ultraterrestre. 2011. Tese (Doutorado em Direito Internacional)–

Universidade de São Paulo, Faculdade de Direito do Largo São Francisco, São Paulo, maio 2011.

BLOUNT, P. J. Renovating space: the future of international space law. J. Int'l L. & Pol'y, 2011. Disponível em: <<https://www.law.upenn.edu/live/files/7830-blountrnvtspcdnvrjintlawpolpdf>>. Acesso em: 12 mar. 2019.

BRASIL. Congresso Nacional. Decreto legislativo n.º 30, de 1964. Aprova o Tratado de Prescrição das Experiências com Armas Nucleares na Atmosfera, no Espaço Cósmico e sob a Água, firmado pelo Brasil, em Moscou a 9 de agosto de 1963. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 7 ago. 1964, Seção 1, página 7.044.

BRITISH BROADCASTING CORPORATION. Guerra do Iraque, 15 anos depois: as frases-chave que justificaram o conflito. Disponível em: <<https://www.bbc.com/portuguese/internacional-43479249>>. Acesso em: 28 out. 2018.

CAPEZ, Fernando. **Curso de direito penal**: parte geral. v. 1. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 2011.

COSTA FILHO, Edmilson Jesus. **Política espacial brasileira**: a política científica e tecnológica no setor aeroespacial brasileiro. Rio de Janeiro: Revan, 2002.

DINIZ, Maria Helena. **Dicionário jurídico**. vol. 3. São Paulo: Saraiva, 1998.

FLOREZANO, Éverton. **Dicionário de ouro**. Francês-Português – Português-Francês. Rio de Janeiro: Tecnoprint, [s.d.].

GOH, Gérardine Meishan. Dispute Settlement in international space law: a multi-door courthouse for outer space. 2006. Disponível em: <<https://openaccess.leidenuniv.nl/bitstream/handle/1887/11860/thesis.pdf?sequence=1>>. Acesso em: 14 mar. 2019.

GOUVEIA, Jorge Bacelar. O uso da força no direito internacional público. In: **Revista Brasileira de Estudos Políticos**, Belo Horizonte, n. 107. p. 149-200, jul./dez. 2013.

HUSEK, Carlos Roberto. **Curso de direito internacional público**. 14. ed. São Paulo: LTr, 2017.

JAPIASSÚ, Hilton; MARCONDES, Danilo. **Dicionário básico de filosofia**. 3. ed. Rio de Janeiro: Jorge Zahar, 2001.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. **Curso de direito internacional público**. 7. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2013.

MIRABETE, Julio Fabbrini; FABBRINI, Renato N. **Manual de direito penal**: parte geral, arts. 1.º a 120 do CP. 10. ed. rev. e atual. São Paulo: Atlas, 2014.

MONSERRAT FILHO, José. **Direito e política na era espacial**: podemos ser mais jutos no espaço do que na Terra? Rio de Janeiro: Vieira & Lent, 2007.

_____. **Introdução ao direito espacial**. Rio de Janeiro: Sociedade Brasileira de Direito Aeroespacial, 1998.

_____. A política espacial e o Tratado do Espaço. Disponível em: <<https://www.sul21.com.br/opiniaopublica/2016/10/a-politica-espacial-e-o-tratado-do-espaco-por-jose-monserrat-filho/>>. 2016. Acesso em: 31 maio 2018.

MONSERRAT FILHO, José; SALIN, A. Patrício. O direito espacial e as hegemonias mundiais. In: **Estudos avançados**. v.17, n. 47, p. 261-271, 2003.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. Carta das Nações Unidas: estatuto da Corte Internacional de Justiça, de 26 de junho de 1945. São Francisco (Califórnia, Estados Unidos da América), 26 jun. 1945.

_____. Resolução 3.314, de 14 de dezembro de 1974. Definição de agressão. Nova Iorque (Estados Unidos da América), 14 dez. 1974.

REALE, Miguel. **Filosofia do direito**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 1999.

REZEK, Francisco. **Direito internacional público**: curso elementar. 15. ed. rev. e atual. São Paulo: Saraiva, 2014.

SALOMÃO, Wiliander França. O uso da força e a legítima defesa permitidos pelos regulamentos da Carta das Nações Unidas. 2011. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-4862, Teresina, ano 16, n. 2.956, 5 ago. 2011. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/19706>>. Acesso em: 28 out. 2018.

SAMPAIO, Maria Feliciano Nunes Ortigão de. O tratado de proibição completa dos testes nucleares (CTBT): perspectivas para sua entrada em vigor e para a atuação diplomática brasileira. Brasília: Fundação Alexandre de Gusmão, 2012. Disponível em: <http://funag.gov.br/loja/download/934-Tratado_de_Proibicao_Completa_dos_Testes_Nucleares_CTBT.pdf>. Acesso em: 19 mar. 2019.

SCHMITT, Michael N. International law and military operations in space. In: VON BOGDANDY, A.; WOLFRUM, R. (Ed.). Max Planck yearbook of United Nations law. v. 10, 2006, p. 89-125. Disponível em: <http://www.mpil.de/files/pdf3/04_schmitti1.pdf>. Acesso em: 30 maio 2018.

SILVA, Carla Ribeiro Volpini; ROSA, Patricia Rodrigues. O uso da força em direito internacional – legítima defesa preemptiva. Disponível em: <<http://www.publicadireito.com.br/artigos/?cod=a08c938c1e7c76d8>>. Acesso em: 28 out. 2018.

SILVA, De Plácido e. **Vocabulário jurídico**. 31. ed. Atualizadores: Nagib Slaibi Filho e Priscila Pereira Vasques Gomes. Rio de Janeiro: Forense, 2014.

TRATADO sobre Princípios Reguladores das Atividades dos Estados e na Exploração e Uso do espaço cósmico, inclusive a lua e demais corpos celestes (1967). Universidade Federal de Ouro Preto. **Núcleo de Estudos sobre Cooperação e Conflitos Internacionais**. Ouro Preto: UFOP, 2011.

UNITED NATIONS. Comprehensive Nuclear-Test-Ban Treaty. Disponível em: <https://www.ctbto.org/fileadmin/content/treaty/treaty_text.pdf>. Acesso em: 27 abr. 2019.

_____. Resolution adopted by the General Assembly 37/92. Principles governing the use by states of artificial earth satellites for international direct television broadcasting. Disponível em: <<http://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/spacelaw/principles/dbs-principles.html>>. Acesso em: 31 mar. 2019.

_____. Resolution adopted by the General Assembly 47/68. Principles relevant to the use of nuclear power sources in outer space. Disponível em: <<http://www.unoosa.org/oosa/en/ourwork/spacelaw/principles/nps-principles.html>>. Acesso em: 31 mar. 2019.

UNITED NATIONS OF DISARMAMENT AFFAIRS (UNODA). Comprehensive Nuclear-Test-Ban Treaty (CTBT). Disponível em: <<https://www.un.org/disarmament/wmd/nuclear/ctbt/>>. Acesso em: 19 mar. 2019.

UNITED STATES. U.S. Department of State. Treaty between the United States of America and the Union of Soviet Socialist Republics on the limitation of anti-ballistic missile systems. Disponível em: <<https://www.state.gov/t/isn/trty/16332.htm>>. Acesso em: 2 abr. 2019.

VIANA, Tatiana Ribeiro. Transição do direito espacial, da *rules of law* à *soft law*: análise e perspectivas. In: **Revista Brasileira de Direito Aeronáutico e Espacial**. n. 97, p. 2-6. set. 2016.

Submissão em: 21 de janeiro de 2020

Último Parecer favorável em: 17 de julho de 2020

Como citar este artigo científico

VELOSO, Giowana Nunes de Pinho. Direito internacional espacial: a lacuna jurídica da legítima defesa. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, Montes Claros, v. 1, n. 2, p. 227-249, set.-dez. 2020.

Áframhaldandi Rannsóknir
Astudiaethau Parhaus
Continued Studies
Devam Eden Çalışmalar
Estudios Continuados
Estudis Continuats
Études Continues
Folytató Vizsgálatok
Fortsat Studier
Fortsatte Studier
Fortsättningsstudier
Fortsetzung der Studien
Jätkuðpingud
Jatkuvat Tutkimukset
Континуиране студије
Континуирани студији
Kontinuéierter Studien
Kontynuowane Badania
Nadaljevanje Študij
Nastavak Studija
Nastavne Studije
Оқытуға Арналған Оқу
Оқуды Жалғастыру
Pokračovanie Štúdie
Pokračující Študia
Pokračujúce Štúdie
Sgrùdaidhean Leantainneach
Staidéar Leanúnach
Studi Continua
Studii Continue
Studimet e Vazhdueshme
Studji Kkontinuti
Studji Kontinwi
Tęstiniai Tyrimai
Turpinājumi
Turpinot Studijas
Vervolgstudies
Voortgezette Studies
Продължава Проучвания
Продовження Навчання
Продолжени Студии
Продолжение Обучения
Продукты
Συνεχισμενες Μελετες

ESTUDIOS
CONTINUADOS

RESPONSABILIDADE CRIMINAL PELO MEDICAMENTO OPIOIDE LETAL: PURPLE RAIN

CRIMINAL RESPONSIBILITY FOR LETHAL OPIOID DRUG: PURPLE RAIN

GONÇALO S. DE MELO BANDEIRA¹

RESUMO

O consumo de analgésicos com ópio nos EUA atingiu níveis inumanos. O consumo está associado à morte precoce de cerca de 400.000 pessoas. Já em Portugal, esse consumo, em termos relativos, não é tão elevado, mas também tem atingido nos últimos anos níveis de relevo que justificam uma mais do que natural nova preocupação. Há responsabilidade pelo produto. Nomeadamente responsabilidade criminal e civil.

Palavras-chave: responsabilidade criminal; produto; medicamento farmacêutico; opióide; saúde;

ABSTRACT

Opium analgesic use in the US has reached inhuman levels. Consumption is associated with the early death of about 400,000 people. Already in Portugal, this consumption, in relative terms, is not so high, but it has also reached in recent years levels of relief that justify a more than natural new concern. There is responsibility for the product. Namely criminal and civil liability.

Keywords: criminal liability; product; pharmaceutical medicine; opioid; health.

¹ Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Melo Bandeira é Doutor em Ciências Jurídico-Criminais pela Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra. Prof. das Ciências Jurídico-Fundamentais na Escola (Estatal) Superior de Gestão do IPCA (Portugal). Professor Convidado no Mestrado na Universidade do Minho. Investigador Integrado no JusGov-Research Centre for Justice and Governance-Universidade do Minho. Professor e Investigador Convidado em diversas instituições e em diferentes Estados do Brasil. Membro da Comissão de Fiscalização e Disciplina do Sindicato Nacional do Ensino Superior. Tem publicações nas Editoras Juruá (Brasil), Almedina, Coimbra Editora (Portugal), IGI Global (EUA), Téknhe (Portugal), entre outras. Endereço eletrónico: gsopasdemelobandeira@ipca.pt; gsopasdemelobandeira@hotmail.com.

1 INTRODUÇÃO

A título de exemplo paradigmático, o consumo de analgésicos com ópio nos Estados Unidos da América (EUA) atingiu níveis demasiado elevados quando comparados com o resto do mundo. E a gravidade do problema é que esse consumo está associado à morte evitável e precoce de centenas de milhares de seres humanos.² Já em Portugal, esse consumo não é tão elevado, mas também tem atingido nos últimos anos níveis de relevo que justificam uma nova preocupação.

Nos EUA se fala de epidemia: cerca de 130 pessoas morrem por dia. Em Portugal, nos últimos 8 anos, o consumo destes medicamentos analgésicos com opióides mais do que duplicou (BENTO; GONÇALVES, 2019). Está a se notar um crescimento geral da prescrição de medicamentos com opióides que apresenta sinais de falta de necessidade, adequação e proporcionalidade. I.e., o chamado Estado-Regulador deveria intervir para manter o equilíbrio propugnado pelo art. 18º/2 da Constituição para o Estado de Direito social democrático, livre e verdadeiro.

O presidente do Serviço de Intervenção nos Comportamentos Aditivos e nas Dependências (SICAD), João Goulão, mudando de permeio de opinião, declarou nos tempos mais recentes motivos de preocupação face aos próximos anos em função do respectivo aumento de prescrições de medicamentos com opióides em prejuízo doutros sem dependência. Portugal começa a estar em pânico, quando o Infarmed-Autoridade Nacional do Medicamento e Produtos de Saúde, apresentou dados: “o consumo de analgésicos mais do que duplicou em 8 anos”. Repare-se que o número de vítimas mortais nos EUA já ultrapassou as cerca de 400 mil: 1999-2019. O coordenador do Plano Nacional para a Prevenção e Controlo da Dor da Direção-Geral de Saúde, José Romão, considera “alarmante” esta comparação entre Portugal (11 milhões) e os EUA (327 m.). A portuguesa ANM-Autoridade Nacional do Medicamento informou o jornal Expresso que “foram consumidos através do Serviço Nacional de Saúde 3.685 milhões de embalagens destes fármacos em 2018, um aumento de 141% em comparação com os 1.532 milhões de embalagens vendidas em 2010” (BENTO; GONÇALVES, 2019).

José Romão considera que “Portugal partiu dum nível muito baixo de prescrições deste tipo de medicamentos, pelo que era recomendável uma subida de modo a tratar a dor”. Uma médica oncologista que participa no Grupo de Trabalho de Cuidados de Suporte e Paliativos da Sociedade Portuguesa de Oncologistas, Teresa Sarmiento, corrobora tais afirmações referindo que “Portugal está abaixo da média europeia, sendo usados anti-inflamatórios” em situações de dor mais aguda, pelo que se requer uma subida natural. Já a médica Dalila Veiga, vogal da Ordem dos Médicos e anestesiologista, explica o aumento do consumo de analgésicos com opióides,

² Morriam até 2016/2017, cerca de 90 pessoas por dia nos EUA por causa de problemas de saúde relacionados com o excesso de consumo de analgésicos e afins com opioides (PHILLIPS; FORD; BONNIE, 2017).

pelo facto de existir mais sensibilidade por parte dos profissionais da saúde, bem como dos próprios doentes, quanto ao tratamento da dor aguda. Não sendo todavia de rechaçar uma maior agressividade da publicidade comercial. Como exemplo temos a morfina ou o fentanil como os opióides mais fortes (SIMONSEN 2019, p. 5)³, ao contrário do tramadol que é mais fraco. Mas será?⁴

E se no início eram praticamente uma exclusividade da dor oncológica, já nos tempos actuais, os analgésicos com opióides, são aplicados na dor pós-cirúrgica, também em situações “menos radicais” como a lombalgia ou em doenças degenerativas como nos ombros ou na anca ou na artrose no joelho. Entretanto, como “prova-dos-nove”, José Romão informou que foi requerido ao Infarmed que relatasse a totalidade dos dados sobre opióides por forma a monitorizar as prescrições. José Romão admite aliás “prescrições menos adequadas”, mas “muito longe de serem estas últimas de modo generalizado”.

A dependência radical dos analgésicos com opióides não parece ter sido assumida pelas grandes empresas farmacêuticas dos EUA. E, não por acaso, já começaram a existir, entretanto, uma série de processos judiciais contra elas. Assim como poderão estar na forja, em alguns casos, acordos multibilionários com muitos dos queixosos e/ou vítimas (ELMORE, 2019). A pressão é também fruto de mais de 2,5 mil processos interpostos por condados e estados norte-americanos contra os gigantes da indústria farmacêutica (SACKLER, 2019).⁵

De acordo com o jornal português Expresso, as orientações técnicas da DGS-Direcção Geral de Saúde, já datam de 2008 e eram bastantes optimistas: “Embora ainda não existam dados suficientes, parecem não se confirmar os receios de tolerância e da adição induzidos por estes medicamentos, que muito contribuíram para restringir o seu uso aos doentes oncológicos” (BENTO; GONÇALVES, 2019). Mas, José Romão afirma igualmente que agora o risco é maior: “a DGS fará outra circular, mas que não irá alterar nada de substancial salvo o facto de virem a ser criados mecanismos de controlo das prescrições por parte dos médicos, os quais irão passar a saber se o doente já antes fez tratamentos destes”.

Para a médica e investigadora Dalila Mora, na sua tese de doutoramento com o título de “Comparative effectiveness of opioid therapy for the long term

³ Em termos de ciências jurídico-criminais nos EUA, *rectius* criminologia, direito penal e política criminal, as 3 prioridades dos Estados norte-americanos no presente momento, entre 32 respostas, são as seguintes: acesso a saúde mental ou o uso de substâncias para o tratamento de desordens no contexto das populações prisionais (19); distribuição e uso de fentanyl (12) e utilização da heroína e sua distribuição.

⁴ Veja-se todavia o caso de William Horley, 17 anos, que morreu depois de tomar ingenuamente Tramadol com um amigo. Hoje, sua mãe, Kim Webster leciona palestras nas escolas para prevenir o uso de drogas, “legais ou ilegais”. Somente em 2018 “ocorreram 220 mortes” com a utilização de Tramadol. Como refere Kim Webster, “muitos jovens pensam que o Tramadol ou o Xanax são drogas seguras porque prescritas pelos médicos”. Disponível em: <bbc.com/news/uk-england-kent>. 22 nov. 2019. Acedido em: 23 nov. 2019.

⁵ A família Sackler é uma das donas das principais indústrias farmacêuticas nos EUA... Repare-se p.e., com a nossa tradução livre: “Purdue e três executivos se declararam culpados em 2007 por enganar o público sobre os riscos do vício em um poderoso analgésico opioide OxyContin”.

management of chronic non cancer pain” (MORA, 2019), são importantes as seguintes conclusões:

Na minha tese de doutoramento analisei doentes seguidos nas unidades de dor em Portugal durante dois anos e, de modo global, a resposta a estes fármacos é muito variável: a maioria dos doentes a longo prazo acaba por não ter uma grande efetividade na utilização. No entanto, existe um subgrupo de doentes que realmente responde e tem benefícios quer em termos de intensidade da dor quer na melhoria da qualidade de vida (BENTO; GONÇALVES, 2019).

“Tem um perfil de risco associado e, se a sua utilização não se traduz realmente na melhoria quer em termos de intensidade da dor quer em termos de qualidade de vida dos doentes, não faz sentido”. A médica Dalila Mora defende a utilização dos analgésicos com opióides como última ratio. Além disso deverá ser a menor dose possível. Existe também o risco dos opióides desencadearem ainda mais dor, a “hiperalgesia por opióides”, além do “risco real de desenvolver situações de abuso e adição”.

Muito curioso é o facto de em 2008 terem sido feitas alterações legislativas para que o Estado Português passasse duma comparticipação de 37% (escalação C) para uma comparticipação de 95% (escalação A). Repare-se entretanto no art. 1.º da Portaria 329/2016, de 20 de dezembro de 2016:⁶ “Os medicamentos destinados ao tratamento da dor crónica não oncológica moderada a forte são comparticipados pelo escalação A (90%), nos termos da presente portaria”.

I.e., o Estado português foi convencido da absoluta necessidade de prescrição destes analgésicos com opióides sem, ao mesmo tempo, cuidar de legislar um concreto modelo de prevenção e fiscalização de eventuais efeitos secundários, entre os quais a morte.

É caso para dizer se não estamos perante um problema de omissão legislativa com consequências constitucionais e que poderá gerar uma não menos concreta responsabilidade em indemnizar os cidadãos vítimas?

Outros factores importantes são o facto dos medicamentos analgésicos com opióides se terem tornado muito mais baratos e acessíveis aos consumidores. Além de ser mais fácil a prescrição por parte dos médicos desde que cumpridas as duas Portarias referidas. Ao contrário do anterior regime que limitava muito essa prescrição. O crescimento das equipas de cuidados paliativos também parece ter ajudado o aumento da prescrição.

Já na nossa opinião, e se olharmos de novo para o caso dos EUA – tantas vezes mais à frente –, podemos constatar uma força mais voltada para uma cultura não do fim da dor apenas, mas do próprio fim da vida. Fruto duma publicidade exagerada para a venda massificada de analgésicos com opióides, os quais, além do mais, provocam o vício e adição orgânicos.

⁶ *Mutatis mutandis*, a Portaria 331/2016, de 22/12, publicada *idem ibidem* em 22/12/2019.

Tanto J. Romão, como T. Sarmiento (BENTO; GONÇALVES, 2019), afirmam que “a prescrição é muito mais controlada em Portugal do que nos EUA”. Não esquecendo que nos EUA foi detectado que grandes indústrias farmacêuticas, num contexto de agressiva publicidade, chegaram inclusive a pagar a investigadores, professores e revistas científicas para que ampliassem ao máximo, nos seus escritos, os benefícios dos analgésicos com opióides. Veja-se p.e. o “New England Journal of Medicine”: “Addiction rare in patients treated with narcotics”. Lembre-se aqui que v.g. o “fentanil” já provocou milhares de mortos quando tomado apenas em uma dose. Ou não fosse considerado 100 vezes mais poderoso do que a morfina.

E o problema é que começou a ser produzido e distribuído de modo clandestino, sobretudo nos EUA. Ou seja, há quem o use como “recriação” (!). Veja-se esta impressionante reportagem da BBC, na qual se faz um resumo de como os medicamentos analgésicos com opióides ultrapassaram as drogas clássicas em termos de vítimas nos EUA: “On Americas Trail of Destruction”. (ON AMERICAS, 2019).

Teresa Sarmiento refere que em Portugal é necessário que a receita siga de perto as já referidas Portarias. Sendo que o doente também é obrigado a ter consultas de acompanhamento pelas consultas de dor. Já nos EUA pode existir uma renovação da receita por qualquer médico. Assim, a adição está mais facilitada nos EUA. E a prova disso são os cerca de 400 mil mortos. Entre os quais o famoso artista da música mundial, Prince, o qual “morreu com overdose accidental de opióide fentanil” (ELLIS; SIDNER, 2019). *Purple rain*. Ou o “rei da pop” Michael Jackson ou ainda Tom Petty, entre outros (MITCHELL; LEDGER, 2018). No caso de Michael Jackson também muito falado nos últimos tempos por ser, por suposição, um “perigoso abusador sexual de crianças” e forte consumidor de diferentes tipos de drogas (ORTH, 2019).

Em Portugal, os médicos de família podem prescrever opióides, mas estão sujeitos ao encaminhamento para as consultas de dor, bem como aos alertas do Infarmed quando os limites razoáveis começam a ser ultrapassados. Sendo certo que nenhuma lei impede a infracção a 100% sobretudo perante a corrupção deontológica e ética.

2 RESULTADOS

Os resultados constam da introdução e dos desenvolvimentos. O exemplo concreto ocorrido nos EUA das 400.000 mortes nos últimos cerca de 20 anos por uso (in)devido dos medicamentos analgésicos opióides viciantes demonstra de modo paradigmático que se trata dum grave problema de saúde mundial.

3 DISCUSSÃO

A discussão centra essencialmente no facto de saber se aquilo que aconteceu nos EUA já aconteceu noutros países – p.e. Portugal ou algum

país da União Europeia ou o “*Brexit*” Reino Unido – ou pode vir a acontecer. Não em termos absolutos, mas em termos relativos. Haverá responsabilidade criminal, e nomeadamente civil, pelo produto? Repare-se que recentemente, quatro empresas farmacêuticas chegaram a um acordo de \$260 milhões de dólares com dois Condados de Ohio pelo seu papel em alimentar a crise dos opióides nos EUA (DRUGS, 2019).

4 CONCLUSÕES

Países como Portugal ou qualquer país da União Europeia, ou como o país irmão Brasil ou outro de língua e expressão portuguesas, deverão desde já tomar medidas preventivas, e se necessário curativas, para que nada de parecido com os EUA venha também a suceder. A ambição desmedida da indústria farmacêutica pelos lucros cegos está, aqui e ali, por demais comprovada ao longo da sua própria história. Tudo indica, do ponto de vista técnico-jurídico que também aqui existe responsabilidade criminal e nomeadamente civil pelo produto.

REFERÊNCIAS

BANDEIRA, Gonçalo N. C. S. de Melo. **Responsabilidade pelo produto no contexto mundial**: os pesticidas e o caso do glifosato, desenvolvimentos. Goiânia, Goiás, Brasil: Espaço Acadêmico, 2019.

BENTO, Helena; GONÇALVES, Marta. Consumo de analgésicos com ópio em Portugal é “incomparável” ao dos EUA, mas há prescrições “menos adequadas”. In: *Jornal Expresso*. 7 nov. 2019. Disponível em: <expresso.pt>. Acesso em: 5 dez. 2019.

DRUGS firms reach \$260m US Opioid settlement. Disponível em: <bbc.com>. 21 out. 2019. Acedido em: 11 nov. 2019.

ELLIS, Ralph; SIDNER, Sara. Prince died of accidental overdose of opioid fentanyl, medical examiner says. In: *CNN*, Junho, 2016. Disponível em: <edition.cnn.com>. Acedido em: 12 dez. 2019.

ELMORE, Edward. US opioide epidemic: multibillion-dollar deal may be near in lawsuits. In: *New York and Agencies*. 18 out. 2019. Disponível em: <theguardian.com>. Acedido em: 1.º nov. 2019.

MITCHELL, Jerry; LEDGER, Clarion. Disponível em: <https://eu.clarionledger.com/story/news/2018/01/26/dr-drew-star-treatment-may-have-killed-tom-petty-michael-jackson-and-prince/1066653001/>. 26 jan. 2018. Acedido em: 13 nov. 2019.

MORA, Dalila Maria Rodrigues Gonçalves Veiga. Faculdade de Medicina da Universidade do Porto. 4 out. 2019. Disponível em: <<https://repositorio-aberto.up.pt/handle/10216/123127>>. Acedido em: 11 nov. 2019.

ON AMERICAS trail of destruction. Disponível em: <<https://www.bbc.com/news/av/world-us-canada-45968955>>. 22 dez. 2019. Acedido em: 23 dez. 2019.

ORTH, Maureen. Disponível em: <<https://www.vanityfair.com/hollywood/2019/03/10-undeniable-facts-about-the-michael-jackson-sexual-abuse-allegations>>. 10 mar. 2019. Acedido em: 13 nov. 2019.

PHILLIPS, Jonathan K.; FORD, Morgan A.; BONNIE, Richard J. National Academies of Sciences / Engineering, and Medicine / Health and Medicine Division / Board on Health Sciences Policy / Committee on Pain Management and Regulatory Strategies to Address Prescription Opioid Abuse. Washington D.C.: National Academies Press, 2017.

REPÚBLICA PORTUGUESA. Ministério da Saúde. Serviço Nacional da Saúde. Infarmed-Autoridade Nacional do Medicamento e Produtos de Saúde I.P.

REPÚBLICA PORTUGUESA. Secretaria de Estado da Saúde. Portaria 329/2016. **Diário da República n.º 242/2016**, Lisboa, Série I, 20 dez. 2016.

SACKLERS withdrew \$10bn from Purdue, audit shows. Disponível em: <[bbc.com](https://www.bbc.com)>. 17 dez. 2019. Acedido em: 18 dez. 2019.

SIMONSEN, Elise T. Criminal justice remains a priority for governors and states. In: **The Criminologist**, Columbus (EAD), Ed. American Society of Criminology (ASC), vol. 44, n. 5, September/October, 2019.

Submissão em: 14 de setembro de 2020

Último Parecer favorável em: 27 de novembro de 2020

Como citar este artigo científico

BANDEIRA, Gonçalo Nicolau Cerqueira Sopas de Melo. Responsabilidade criminal pelo medicamento opioide letal: purple rain. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, Montes Claros, v. 1, n. 2, p. 252-258, set.-dez. 2020.

DA COMPATIBILIZAÇÃO DO PRINCÍPIO DA INAFSTABILIDADE DA JURISDIÇÃO COM A EXIGÊNCIA DA DEMONSTRAÇÃO DA NECESSIDADE DE IR A JUÍZO

JULIANO CARNEIRO VEIGA¹

1 INTRODUÇÃO

No atual cenário normativo, é crescente a discussão acerca da necessidade de adequação e racionalização do exercício do direito de ação. Desde a Constituição da República de 1988, vislumbrou-se o alargamento das vias de acesso ao Poder Judiciário e uma conseqüente escalada anual no número de feitos em tramitação, suscitando o questionamento sobre a excessiva judicialização das relações sociais.

Com o advento do Código de Processo Civil de 2015 e da Lei de Mediação (Lei n. 13.140, de 26-06-2015), incorporando elementos da Resolução n. 125, de 29-11-2010, do Conselho Nacional de Justiça, reforçou-se o debate em torno do uso adequado dos métodos disponíveis para o tratamento e a resolução dos conflitos de interesses.

Contemporaneamente, revela-se de fundamental importância ressignificar o princípio da inafastabilidade da jurisdição, com a adequação do exercício do direito da ação. No presente ensaio, pretende-se demonstrar a compatibilidade da garantia de acesso à Justiça com a demonstração da necessidade de ir a juízo (interesse processual), reforçando o caráter subsidiário da resolução adjudicada dos conflitos.

¹ Juiz de Direito do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais. Possui graduação em Direito e em Filosofia, com pós-graduação em Direito Processual e em Gestão de Negócios. Professor de Filosofia do Direito, Introdução ao Estudo do Direito e Teoria Geral do Processo. Instrutor de cursos de capacitação de servidores, juizes e demais colaboradores pela Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes – EJEJ/TJMG. Formador capacitado pela Escola Nacional de Formação e Aperfeiçoamento de Magistrados – ENFAM. Coordenador de Centro Judiciário de Solução de Conflitos e Cidadania – CEJUSC. *E-mail* para contato: julianocarneiroveiga@hotmail.com

2 O PRINCÍPIO DA INAFASTABILIDADE DA JURISDIÇÃO

O princípio da inafastabilidade da Jurisdição está positivado como norma de direito fundamental na Constituição da República de 1988, estabelecendo que “a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito” (art. 5.º, inciso XXXV). Para a doutrina e a jurisprudência, referido dispositivo consagra o direito de ação ou de acesso à Justiça, impedindo que sejam criados obstáculos legais ou restringidas as matérias que podem ser levadas ao Poder Judiciário, bem como proibindo a exigência de prévio exaurimento da via administrativa para o ingresso em juízo.

Cabe ressaltar que o art. 3.º, *caput*, do Código de Processo Civil de 2015 (CPC) reproduziu a referida previsão constitucional, dispondo que “não se excluirá da apreciação jurisdicional ameaça ou lesão a direito”. Inobstante sua aparente clonagem normativa, a previsão do diploma processual inovou ao substituir “poder judiciário” por “apreciação jurisdicional”, enfatizando que a prestação jurisdicional pode se dar fora do Poder Judiciário, como ocorre, por exemplo, na resolução de conflitos pela arbitragem (art. 3.º, § 1.º, CPC), em que os próprios envolvidos, no exercício do poder de autorregramento da vontade, escolhem e se submetem a um órgão julgador não estatal.

Ademais, destaca-se que o direito de ação não está vinculado à efetiva procedência da alegação de ameaça ou lesão a direito, porquanto se caracteriza como um direito abstrato que pode ser exercido, em face de sua autonomia, sem qualquer vinculação à existência do direito subjetivo material deduzido em juízo.

3 DA ADEQUAÇÃO DO EXERCÍCIO DO DIREITO DE AÇÃO

Inobstante a garantia incondicional de movimentar a atividade jurisdicional, o próprio CPC inovou ao positivizar o princípio da Promoção pelo Estado da Autocomposição, disposto que “o Estado promoverá, sempre que possível, a solução consensual dos conflitos” (art. 3.º, § 2.º, CPC/2015). Assim, o atual diploma processual reforçou o caráter subsidiário da solução adjudicada dos conflitos, impondo que seja incentivada a prévia tentativa de resolução consensual do conflito, exceto nos casos em que não for admissível a autocomposição².

Ademais, urge salientar que o Conselho Nacional de Justiça instituiu a Política Judiciária Nacional de Tratamento Adequado dos Conflitos de Interesses (Resolução n. 125, de 29-11-2010), “tendente a assegurar a todos o direito à solução dos conflitos por meios adequados à sua natureza e

² A propósito, cabe destacar que a Lei 13.140/2015 (Lei de Mediação) prevê em seu art. 3.º a possibilidade de utilização da resolução consensual de conflitos mesmo em se tratando de direitos indisponíveis, desde que sejam transigíveis, estabelecendo, apenas, que o acordo deve ser homologado judicialmente após a manifestação do Ministério Público.

peculiaridade”, estabelecendo que “aos órgãos judiciários incumbe [...], antes da solução adjudicada mediante sentença, oferecer outros mecanismos de soluções de controvérsias, em especial os chamados meios consensuais” (art. 1.º).

Desse modo, no atual panorama normativo, a compreensão acerca da inafastabilidade da jurisdição e do direito de acesso à justiça deve ser ressignificada, no intuito de que tal garantia não seja interpretada restritivamente como um direito de mero acesso ao Poder Judiciário para a obtenção de uma solução adjudicada do conflito. Com efeito, entende-se que o princípio do acesso à justiça não assegura apenas o acesso formal aos órgãos judiciários, mas, sim, o acesso a uma ordem jurídica justa (WATANABE, 2011), entendida como acesso qualificado a um tratamento efetivo, tempestivo e adequado do conflito vivenciado, independentemente do método adotado.

Ademais, não há razão para a reprodução do discurso de que a judicialização seja a melhor, a primeira ou a única forma de resolução dos conflitos. Ora, no atual cenário, a solução heterocompositiva estatal convive ao lado de outros métodos de resolução de conflitos, sendo de rigor a racionalização do acesso ao Judiciário para que sejam prestigiados outros métodos, especialmente os consensuais, que em muitos casos se revelam os mais adequados para uma efetiva resolução dos conflitos de interesses.

4 DA NECESSIDADE DE PRÉVIA TENTATIVA DE RESOLUÇÃO DO CONFLITO PARA A CONFIGURAÇÃO DO INTERESSE PROCESSUAL

Urge destacar que a incondicionalidade do direito de ação não afasta a exigência de que a parte demonstre a presença dos pressupostos processuais para postular em juízo, como, por exemplo, a legitimidade e o interesse processual (art. 17 do CPC).

No que diz respeito ao interesse processual, entende-se que somente estará presente se houver necessidade da parte ir a juízo para a satisfação de sua pretensão, bem como se valha do meio adequado para a resolução da questão, demonstrando que a prestação jurisdicional trará alguma utilidade ao demandante.

Ora, somente haverá necessidade de ir a juízo se a parte demonstrar a existência de uma lide, assim entendida, na concepção carnelluttiana, como pretensão resistida ou não satisfeita pela outra parte, porquanto tal exigência é que confirmará a existência de uma lesão ou ameaça de lesão a direito, sendo “abusiva a provocação desnecessária da atividade jurisdicional, que deve ser encarada com o *ultima ratio* para a solução do conflito.” (DIDIER JÚNIOR, 2015, p. 179-180).

Nos últimos anos, diversas foram as portas de acesso a meios e plataformas para a resolução prévia e negociada dos conflitos, com grande

efetividade e celeridade no tratamento das questões³. Assim, considerando o custo do processo judicial, não há razão para a admissão de uma demanda em juízo sem que a parte tenha feito uso de algum desses métodos prévios de resolução consensual, demonstrando que a movimentação da máquina judiciária é imprescindível para a solução de sua questão.

A propósito, o Supremo Tribunal Federal no julgamento do Recurso Extraordinário n. 631.240/MG, com repercussão geral reconhecida, já sedimentou o entendimento de que a exigência do prévio requerimento administrativo em causas previdenciárias não ofende o princípio da inafastabilidade da jurisdição, destacando que “a instituição de condições para o regular exercício do direito de ação é compatível com o art. 5.º, XXXV, da Constituição. Para se caracterizar a presença de interesse em agir, é preciso haver necessidade de ir a juízo.” (RE 631240/MG, Rel. Min. Roberto Barroso, DJE 10-11-2014)⁴.

Por sua vez, sendo o interesse de agir um pressuposto processual, não bastará à parte a simples alegação de que há resistência da parte adversa, porquanto tal elemento deverá ser comprovado nos autos⁵. Com efeito, hodiernamente, faz-se necessário rever a adoção da já ultrapassada “teoria da asserção”, porquanto o atual CPC não faz mais referência às denominadas “condições da ação”, que passaram a ser tratadas como pressupostos processuais a serem analisados no juízo de admissibilidade da demanda.

Por fim, destaca-se que tal exigência não implica restrição ou negativa ao exercício do direito de ação, porquanto a atividade jurisdicional restará devidamente prestada com a atuação do direito processual mesmo nos casos em que a petição inicial é indeferida (art. 330 do CPC) ou o processo é extinto sem resolução do mérito (art. 485 do CPC) por falta de interesse processual.

5 CONCLUSÃO

Nessa breve exposição, procurou-se demonstrar a compatibilidade do princípio da inafastabilidade da jurisdição com a exigência de prévia tentativa de resolução do conflito para a configuração do interesse processual.

³ Uma dessas plataformas disponíveis é a do consumidor.gov.br, que permite a interlocução direta entre consumidores e empresas para solução de conflitos de consumo pela internet, com 80% de resolutividade das reclamações submetidas à referida plataforma.

⁴ O mesmo entendimento foi adotado em relação às ações de indenização do seguro obrigatório DPVAT, exigindo-se a demonstração de prévio requerimento administrativo dirigido à seguradora responsável pelo pagamento para restar configurado o interesse processual (cf. RE n.º 839.314/MA, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe 16-10-2014).

⁵ Se a parte não demonstrar a prévia tentativa de resolução do conflito, em observância ao princípio da primazia da decisão de mérito (art. 4.º do CPC), o juiz poderá suspender o curso do feito e conceder prazo à parte para fazê-lo, sob pena de indeferimento da inicial ou extinção do feito sem resolução do mérito, salvo se restar evidenciado o perigo da demora em se tentar a solução extrajudicial ou for conhecido o posicionamento contrário da parte adversa à postulação do demandante.

Com efeito, tal exigência não implica na criação de uma nova condição da ação, na restrição de acesso à Justiça ou na negativa de prestação jurisdicional, porquanto objetivam apenas racionalizar a utilização do Poder Judiciário em observância ao princípio da adequação na escolha do método disponível para a resolução do conflito.

Outrossim, o atual Código de Processo Civil enfatizou a necessidade de se buscar resolver previamente os conflitos de interesses, especialmente com a utilização dos métodos consensuais, reforçando a subsidiariedade da solução adjudicada. Assim, inexistindo a demonstração da prévia tentativa de resolução do conflito, não há que se falar em pretensão resistida, em lesão ou ameaça de lesão a direito a justificar a necessidade de ir a juízo.

REFERÊNCIAS

AZEVEDO, André Gomma de (Org.). **Manual de mediação judicial**. Brasília/DF: Ministério da Justiça e Programa das Nações Unidas para o Desenvolvimento – PNUD, 2015.

BRASIL. Conselho Nacional de Justiça. Resolução 125, de 29 de novembro de 2010. Dispõe sobre a Política Judiciária Nacional de tratamento adequado dos conflitos de interesses no âmbito do Poder Judiciário e dá outras providências. **Diário da Justiça Eletrônico 219/2010**, Brasília, DF, 1.º dez. 2010, p. 2-14. Republicação no **Diário da Justiça Eletrônico 39/2011**, Brasília, DF, 1.º mar. 2011, p. 2-15.

BRASIL. Constituição (1988). Constituição da República Federativa do Brasil de 1988. Brasília, DF: Senado, 1988.

BRASIL. Lei 13.105, de 16 de março de 2015. Código de Processo Civil. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 17 mar. 2015.

BRASIL. Lei 13.140, de 26 de junho de 2015. Dispõe sobre a mediação entre particulares como meio de solução de controvérsias e sobre a autocomposição de conflitos no âmbito da administração pública. **Diário Oficial [da] República Federativa do Brasil**, Brasília, DF, 29 jun. 2015.

CÂMARA, Alexandre Freitas. **O novo processo civil brasileiro**. 2. ed. São Paulo: Atlas, 2016.

CARVALHO, José Orlando Rocha de. **Teoria dos pressupostos e dos requisitos processuais**. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2005.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. **Curso de direito processual civil**: introdução ao direito processual civil, parte geral e processo de conhecimento. Salvador: JusPodivm, 2015.

DIDIER JÚNIOR, Fredie. Um réquiem às condições da ação: Estudo analítico sobre a existência do instituto. Revista Jus Navigandi, ISSN 1518-

4862, Teresina, ano 7, n. 56, 1.º abr. 2002. Disponível em: <<https://jus.com.br/artigos/2918>>. Acesso em: 24 jul. 2020.

MARINONI, Luiz Guilherme. O direito de ação como direito fundamental (consequências teóricas e práticas). In: **Revista dos Tribunais**, São Paulo, Ed. Revista dos Tribunais, ano 97, v. 873, julho 2008.

MARINONI, Luiz Guilherme; ARENHART, Sérgio Cruz; MITIDIERO, Daniel. **Novo código de processo civil comentado**. 2. ed. rev. atual. e ampl. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

OLIVEIRA, Carlos Alberto Álvaro de; MITIDIERO, Daniel. **Curso de processo civil**. São Paulo: Atlas, 2012.

PELUSO, Antônio César; RICHA, Morgana de Almeida (Coord.). **Conciliação e mediação**: estruturação da política judiciária nacional. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

ROQUE, André Vasconcelos; GAJARDONI, Fernando da Fonseca; DELLORE, Luiz; MACHADO, Marcelo Pacheco; OLIVEIRA JÚNIOR, Zulmar Duarte de. Releitura do princípio do acesso à Justiça: a necessidade de prévio requerimento e o uso da plataforma consumidor.gov.br. Disponível em: <<https://migalhas.uol.com.br/coluna/tendencias-do-processo-civil/304544/releitura-do-principio-do-acesso-a-justica—a-necessidade-de-previo-requerimento-e-o-uso-da-plataforma-consumidor-gov-br>>. Acesso em: 8 maio 2020.

THEODORO JÚNIOR, Humberto; NUNES, Dierle; BAHIA, Alexandre Melo Franco; PEDRON, Flávio Quinaud. **Novo CPC**: fundamentos e sistematização. 3. ed. rev., atual. e amp. Rio de Janeiro: Forense 2016.

WATANABE, Kazuo. Política pública do poder judiciário nacional para tratamento adequado dos conflitos de interesses. In: PELUSO, Antônio César; RICHA, Morgana de Almeida (Coord.). **Conciliação e mediação**: estruturação da política judiciária nacional. Rio de Janeiro: Forense, 2011.

Submissão em: 7 de dezembro de 2020

Último Parecer favorável em: 19 de dezembro de 2020.

Como citar este artigo científico

VEIGA, Juliano Carneiro. Da compatibilização do princípio da inafastabilidade da jurisdição com a exigência da demonstração da necessidade de ir a juízo. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, Montes Claros, v. 1, n. 2, p. 259-264, set.-dez. 2020.

AUDIÊNCIA DE CUSTÓDIA COMO DIREITO FUNDAMENTAL

RICHARDSON XAVIER BRANT¹

Montes Claros, 10 de agosto de 2020

A Sua Excelência, o Senhor
Desembargador Júlio Cezar Gutierrez Vieira Batista
Supervisor do GMF
Belo Horizonte (MG)

A Sua Excelência, o Senhor
Juiz Evaldo Elias Penna Gavazza
Coordenador do GMF
Belo Horizonte (MG)

A Suas Excelências, os Senhores
Colegas magistrados e demais Integrantes do GMF
Estado de Minas Gerais

Processo SEI 0045279-74.2020.8.13.0000
Ofício n.º 11944/2020 – PRESIDÊNCIA/SUP-ADM (evento 3680097)

Cumprimentando-os, cordial e fraternalmente, manifesto-me em cumprimento à incumbência feita pelo Desembargador Supervisor do Grupo de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário (GMF) (evento 4128278), após honrosa indicação do Juiz Coordenador, para examinar a proposição/solicitação do então ilustre Superintendente Adjunto do TJMG,

¹ Juiz de Direito (no Estado de Minas Gerais) da Vara de Execuções Penais e Inquéritos, Sexta Região do Grupo de Monitoramento e Fiscalização do Sistema Carcerário (GMF). Mestre em Desenvolvimento Social pela Universidade Estadual de Montes Claros (Unimontes). Doutorando em Desenvolvimento Social. Professor na Universidade Estadual de Montes Claros (Unimontes). *e-mail*: richardson_brant@unimontes.br

Desembargador Gilson Soares Lemes, agora elevado por eleição à Presidência do TJMG. A proposição/solicitação foi no sentido de que seja verificada a conveniência de supressão da recomendação constante no art. 2.º da Resolução Conjunta n.º 930/PR/2020, do seguinte teor:

Art. 2.º Efetuada a prisão cautelar ou condenatória, deverá a autoridade que a admitir comunicar o fato ao juízo que a ordenou, em até 24 horas, para averiguar a necessidade de manutenção da custódia, sua revogação ou seu relaxamento.

Explicito, de início, as razões e argumentos postos na solicitação: a) pertinência do referido dispositivo; b) sobrecarga de trabalho nas Varas Criminais, com a necessidade de realização da audiência de custódia; c) consideração de que uma decisão cautelar ou condenatória de prisão já passou pelo crivo da autoridade judiciária que antes a determinara, d) a ponderação de que a realização da audiência de custódia poderia se configurar como excesso de zelo.

A matéria, objeto da questão, está em estrita conformidade com a previsão de atribuições do GMF, constante no inciso XII da Resolução n.º 214/2015, do Conselho Nacional de Justiça, a saber: “fiscalizar e monitorar a regularidade e funcionamento das audiências de custódia mantendo atualizado o preenchimento do sistema correspondente”.

E passo a fazê-lo atendendo, com fundamento na aludida Resolução, ao disposto no inciso XIX, que estimula e preconiza: “propor a elaboração de notas técnicas destinadas a orientar o exercício da atividade jurisdicional criminal, de execução penal e socioeducativa [...]”.

Antes de abordar o ponto específico do tema, visando melhor compreensão do contexto e análise mais adequada dos fundamentos, procuro situar o surgimento, implantação e consolidação do caráter de direito público subjetivo da audiência de custódia no Brasil. O propósito é de destacar sua relevância e alcance, por ser sempre desejável a ampliação do direito fundamental à tutela da liberdade e da integridade física e psicológica das pessoas. E por servir como instrumento de humanização do sistema penal e carcerário.

No itinerário adotado, passo pela previsão nos Pactos Internacionais, da ratificação e internalização no Brasil, da apreciação no âmbito do Supremo Tribunal Federal (STF). Depois, percorro a disciplina preconizada no âmbito do Conselho Nacional de Justiça, para, ao fim, chegar a uma abordagem mais pontual e direta da questão posta.

Surgimento e Implantação das Audiências de Custódia

O aparecimento, entre nós, do instituto da audiência de custódia acontece nos anos de 1966 e 1969, portanto há mais de cinco décadas, em período histórico ainda ditatorial, no qual registrou-se uma atuação mais forte dos agentes de Segurança Pública.

Atuação histórica ocorrida em clima político conturbado, prenhe de conflitos e manifestações – algumas violentas – contra a assunção de poder pelos militares, sem o resguardo da legitimidade democrática, diante da ausência de eleições livres, prejudicado o republicano exercício do direito de sufrágio.

Nesse aspecto, confira-se a posição do Min. Celso de Mello, decano do STF, na ADI 5240, em comentário sobre o período em que foram assinados o Pacto e a Convenção, e as razões da demora para a ratificação e internalização que se deram em 1992:

[...] o País se achava, naquele momento histórico, sob a égide de um regime cujos curadores notabilizaram-se pela supressão das liberdades públicas e pela intensificação do modelo despótico que asfixiou os direitos e garantias fundamentais dos cidadãos.

Encontra-se a previsão do instituto da audiência de custódia na Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica), precisamente em seu art. 7.º, item 5, com o seguinte enunciado:

Toda pessoa detida ou retida deve ser conduzida, **sem demora**, à presença de um juiz ou outra autoridade autorizada por lei a exercer funções judiciais e tem direito a ser julgada dentro de um prazo razoável ou a ser posta em liberdade, sem prejuízo de que prossiga o processo. Sua liberdade pode ser condicionada a garantias que assegurem o seu comparecimento em juízo. (grifo nosso).

Há previsão, também, no art. 9.º, item 3, do Pacto Internacional dos Direitos Civis e Políticos das Nações Unidas, de 1966, deste teor:

Qualquer pessoa presa ou encarcerada em virtude de infração penal deverá ser conduzida, **sem demora**, à presença do Juiz ou de outra autoridade habilitada por lei a exercer funções judiciais e terá o direito de ser julgada em prazo razoável ou de ser posta em liberdade. A prisão preventiva de pessoas que aguardam julgamento não deverá constituir a regra geral, mas a soltura poderá estar condicionada a garantias que assegurem o comparecimento da pessoa em questão à audiência, a todos os atos do processo e, se necessário for, para a execução da sentença. (grifo nosso)

Considere-se que, depois de participar como signatário do Pacto e da Convenção referidos, não se cuidou de promover a ratificação e internalização para a devida aplicação do instituto por largo tempo, até a edição dos Decretos 592 e 678. Aludidos diplomas legais somente entraram em vigor no ano de 1992. Tornaram-se célebres, no Brasil, os debates sobre as limitações das hipóteses de prisão civil decorrentes da aplicação do Pacto de San José da Costa Rica, conforme RE 466.343, Rel. Min. Cezar Peluzo, DJE 104, de 5-6-

2009, Tema 60. Reconhecido, desde então, o caráter supralegal dos Tratados e Convenções, culminando na edição da Súmula Vinculante 25.

Apenas em 2015, quando do término do julgamento da ADPF 347/MC/DF, houve determinação de observância pelos juizes da garantia da realização de audiência de custódia (STF, ADPF 347, Rel. Ministro Marco Aurélio, Julgamento em 9-9-2015, Acórdão publicado DJ 19-2-2016).

Desde então ficou estabelecida a obrigatoriedade, em decisão do Pleno do Supremo Tribunal Federal, da audiência de custódia. Destaca-se o trecho seguinte:

Estão obrigados juizes e tribunais observados os artigos 9.3 do Pacto dos Direitos Civis e Políticos e 7.5 da Convenção Interamericana de Direitos Humanos, a realizarem, em até noventa dias, a audiência de custódia, viabilizando o comparecimento do preso perante a autoridade judiciária no prazo máximo de 24 horas, contado do momento da prisão.

Houve a edição, no mesmo ano de 2015, pelo Conselho Nacional de Justiça, da Resolução 213, com a seguinte ementa: “Dispõe sobre a **apresentação de toda pessoa presa** à autoridade judicial no prazo de 24 horas” (grifo nosso). Depois, em posterior explicitação no ano de 2018, o mesmo Conselho Nacional de Justiça editou a Resolução n.º 268, para alterar a redação da Resolução CNJ 213, de 15-12-2015, com o fito de orientar a obrigatoriedade da audiência de custódia também na Justiça Militar, suprimindo omissão da Resolução anterior. O monitoramento do funcionamento das audiências passou a ser feito em todo o País. Houve polêmicas sobre sua aplicação e constitucionalidade.

Registre-se, quanto à constitucionalidade, que houve a propositura da ADI 5240/SP, contra Provimento Conjunto n.º 3/2015 do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo e da Corregedoria-Geral de Justiça do Estado de São Paulo, quando a Associação dos Delegados de Polícia do Brasil – ADEPOL alegou ser inconstitucional a determinação de realização da audiência de custódia, ao fundamento de usurpação de competência da União para legislar sobre Direito Processual. E também argumentou a inconstitucionalidade da regulamentação pelos Tribunais, asseverando que se trata de matéria disposta em Pactos Internacionais, de caráter supralegal, e que haveria de ser resguardado o princípio da reserva de lei estrita. Atento ao que interessa mais de perto na questão em debate, permito-me resumir outros argumentos deduzidos no citado controle direto.

Destacam-se os principais argumentos, adequados ao objeto da análise neste procedimento, quando do julgamento da ADI 5240/SP: a) a ressalva da posição hierárquica dos Tratados e Convenções Internacionais internalizados que é de norma supralegal, abaixo da Constituição e acima do corpo legislativo ordinário, consolidando-se interpretação do art. 5.º, §§ 2.º e 3.º, da Constituição da República, posição já reiterada em vários precedentes do STF; b) de que é legítima e conforme a Constituição a regulamentação de convenção ou Tratado Internacional pelos Tribunais pátrios, no exercício da autonomia conferida

pela Constituição da República, precisamente no art. 96, inciso I; c) a consideração de que a audiência de custódia significa prática salutar do sistema criminal e da segurança pública brasileira, por possibilitar tratamento humanizado ao preso, em perfeita conformidade com a metanorma da dignidade do ser humano; d) que a determinação cumpre compromisso antigo do país, até hoje não honrado pelas instituições do sistema de Justiça; e) consta a informação do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo (TJSP) de que houve redução de prisões cautelares no Tribunal de Justiça do Estado do Espírito Santo (TJES) e no TJSP, na ordem de 50 e 40% respectivamente, e a estimativa, em outro aspecto, de economia de 75 milhões de reais por ano com gastos no sistema penitenciário do Estado do Paraná, e de 27 milhões de reais por ano no Amazonas; f) que a atribuição de autogestão dos Tribunais pode sofrer controle, para verificação de compatibilidade de conteúdos com a Constituição da República e para a verificação da existência de previsão expressa no texto constitucional de que a matéria está adstrita à reserva legal, conforme precedentes do STF (ADI 2.970, Rel. Min. Ellen Gracie, Pleno, DJ de 12-5-2006; e ADI 4.015 MC, Rel. Min. Celso de Mello, Pleno, DJe de 6-12-2014).

Para finalizar, colaciono ainda trechos do voto de relatoria do Ministro Fux, quando do julgamento do ADI 5240/SP, que tornam clara a relevância do tema:

A essência do *Habeas Corpus*, portanto, está justamente no contato direto do Juiz com o preso para que o julgador possa, assim, saber do próprio detido a razão pela qual foi preso e em que condições se encontra o encarcerado.

Não é por acaso, portanto, que o Código de Processo Penal brasileiro consagra regra de pouco uso na prática forense, mas ainda assim fundamental, o seu art. 656, segundo a qual: “recebida a petição de *habeas corpus*, o juiz, se julgar necessário, e estiver preso o paciente mandará que este lhe seja imediatamente apresentado em dia e hora que designar: de todos os dispositivos processuais que regulam o *habeas corpus*, talvez este seja o único que não pode faltar, eis que dá o nome ao instituto [...]”.

Em outras palavras, o direito convencional a uma audiência de custódia deflagra o procedimento legal do *habeas corpus* perante a autoridade judicial. [...] **uma primeira constatação parece inarredável: se é direito subjetivo do preso ser apresentado ao Juiz sem demora, também é evidente que nessa ocasião o preso poderá pedir sua liberdade** [...] esse pedido de liberdade nada mais é que um pedido de *habeas corpus*. (grifo nosso).

Em apertadíssimo resumo, à guisa de conclusão deste tópico, poderiam ser destacados os seguintes argumentos em prol da audiência em questão: a) ampliação e efetividade da garantia constitucional de apreciação das condições da prisão, superando a mera comunicação escrita, que esteve por muito tempo fadada à superficialidade de um exame formal, como regra; b) a audição da pessoa detida ou retida, para verificação de sua integridade física e psicológica, e da estrita necessidade de manutenção da prisão; c) o fortalecimento do comando de que a prisão antes da condenação somente

pode ser decretada nos casos em que se manifeste a estrita necessidade, presentes os requisitos determinados pela tutela cautelar (ADC's 43, 44 e 54); d) garantia de isonomia, pois nos casos de pessoas favorecidas economicamente o pedido chega ao Fórum muitas vezes antes da comunicação da autoridade policial. (Quanto a esse ponto confira-se o Protocolo I da Resolução CNJ n.º 213/2015, Número 2, X, com o título “Não penalização da pobreza”); e) por fim, convém repetir, torna viável e promissor o enfrentamento do desafio de humanização do sistema penal e carcerário.

Previsão Expressa da Necessidade de Apresentação nas Prisões Cautelares e Decorrentes de Condenação no Texto do Pacto, da Convenção e na Resolução n.º 213

Depois do detido exame das posições do STF, sobretudo na ADI 5240, para realce da relevância da audiência de custódia (apresentação), cumpre mostrar que o texto expresso da garantia não restringe a audiência apenas aos casos de prisão em flagrante, mas que se estende também às prisões cautelares e definitivas.

Basta leitura aos textos – tanto da Convenção Americana Sobre Direitos Humanos (Pacto de San José da Costa Rica) quanto do Pacto Internacional Sobre Direitos Civis e Políticos – para a confirmação de que não existe a distinção da modalidade de prisão que exige a audiência de custódia.

Verifica-se do art. 13 da Resolução n.º 213/2015, do Conselho Nacional de Justiça, a determinação, de modo expresso, do poder-dever de realização da audiência:

A apresentação à autoridade judicial no prazo de 24 horas também será assegurada às pessoas presas em decorrência de **cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitiva**, aplicando-se, no que couber, os procedimentos previstos nesta Resolução. (grifo nosso).

E a hipótese, ponto chave da questão em tela, ainda é ressaltada no parágrafo único do art. 13 da Resolução 213/2015:

Paragrafo único. Todos os mandados de prisão deverão conter, expressamente, a determinação para que, no momento de seu cumprimento, a pessoa presa seja imediatamente apresentada à autoridade judicial que determinou a expedição da ordem de custódia ou, nos casos em que forem cumpridos mandados fora da jurisdição do juiz processante, à autoridade judicial competente, conforme lei de organização judiciária local. (grifo nosso).

O tema já foi objeto de apreciação, no âmbito da Reclamação n.º 34360 – Rio de Janeiro, ao Supremo Tribunal Federal, para assegurar o cumprimento

da decisão na ADPF 347/MC/DF, colhendo-se – a propósito do debate – o trecho seguinte:

Importante consignar, ainda, que a Resolução n.º 213/2015 do Conselho Nacional de Justiça, ao dispor sobre a apresentação do cidadão preso à autoridade judicial no prazo de 24 (vinte e quatro) horas, **estendeu essa garantia igualmente às pessoas presas em decorrência de cumprimento de mandados de prisão cautelar ou definitivo.** (grifo nosso).

Transcreve-se, para finalizar essa parte, o escólio doutrinário de Konrad Hesse, trecho da ADI 5240, e posição reiterada em muitos precedentes do STF:

Os Tratados e Convenções internacionais com conteúdo de direitos humanos, uma vez ratificados e internalizados, ao mesmo tempo em que criam diretamente direitos para os indivíduos operam a supressão de efeitos de outros atos estatais infraconstitucionais que se contrapõem à sua plena efetivação.

Pontua-se que as decisões em sede de controle direto, ADI e ADPF, têm caráter vinculante e efeitos contra todos, nos precisos termos do art. 103, § 2.º, da Constituição da República, alterado pela EC n.º 45/2004 (hipóteses de ADI e ADC) e do art. 10, § 3.º, da Lei n.º 9.882/1999 (ADPF).

Pertinente ressaltar, em outro esforço, que “As normas definidoras dos direitos e garantias fundamentais têm aplicação imediata”, como se confirma do enunciado do § 1.º do art. 5.º da Constituição da República.

E, nesse diapasão, trago à colação trecho de Acórdão do TJMG, da fecunda lavra do Desembargador Nelson Missias de Moraes, Apelação Criminal 1.0079.16.001942-2/001, publicada em 26-10-2017:

O Supremo Tribunal Federal reconheceu, no emblemático julgamento do RE 466.343/SP, com sua composição máxima, o *status* de norma supralegal aos tratados internacionais sobre direitos humanos que não ingressaram no ordenamento jurídico com as formalidades descritas no art. 5.º, § 3.º, da CR/88. Como consequência direta desta decisão, as normas infraconstitucionais devem ser submetidas a uma necessária dupla compatibilidade vertical, uma vez que devem buscar seu fundamento de validade não apenas na Constituição Federal, mas também nos tratados de direitos humanos ao qual o Estado fez adesão.

Neste passo, considere-se – em atenção à preciosa lição que se extrai do trecho acima transcrito – que a edição de lei ordinária não poderia contrariar a legislação específica sobre a audiência de custódia, tendo em conta o princípio de hierarquia das normas. Isso, porquanto os comandos previstos nos Pactos Internacionais de Direitos Humanos moldam a interpretação da lei ordinária; e, não, o contrário.

E a edição da Lei n.º 13.964/2019 (conhecida como Pacote Anticrime) veio tão somente consagrar sua disciplina na legislação ordinária. Os artigos 287 e 310 do Código de Processo Penal confirmam esta assertiva. E, mais do que isso, o § 3.º do artigo 310 ainda tem previsão expressa de que “A autoridade que deu causa, **sem motivação idônea**, à não realização de audiência de custódia no prazo estabelecido no **caput** deste artigo responderá administrativa, civil e penalmente pela omissão” (grifo nosso).

A necessidade de realização da audiência, quando ordenada pelo Judiciário, não se prende apenas à verificação de seu cabimento ou de sua manutenção depois de ouvir a pessoa presa. Também serve às seguintes verificações: das condições da pessoa depois de efetuada a prisão, do tratamento recebido em todos os locais, e de questionar sobre a existência de tortura, maus tratos, etc. Tudo isso consta expressa e claramente do art. 8.º da Resolução 213/2015.

Conveniente consignar que não há, nessas considerações, posição alguma que favoreça ou alimente descrédito da atuação da Polícia Judiciária ou da gloriosa Polícia Militar de Minas Gerais, por reconhecimento de que seus integrantes são, em sua esmagadora maioria, probos e zelosos cumpridores da lei. Todavia, não se pode olvidar que, ainda que sejam exceções, não são raras as ocorrências de situações de violação de direitos fundamentais.

Mas, o que releva firmar – e reafirmar – é a compreensão de que, no sistema de freios e contrapesos posto pela Constituição da República, o Judiciário tem um papel relevante, marcadamente decisivo, no combate à prática da tortura, da violência, aos tratamentos cruéis, desumanos e/ou degradantes, e à discriminação. Essas situações – infelizmente – são denunciadas em vários relatórios oficiais, com expressivo destaque na ADPF 347/MC/DF, quando se afirmou a existência de um “estado de coisas inconstitucional”, e mais que “desde a abolição do trabalho escravo no Brasil, o cotidiano das unidades prisionais brasileiras representa a maior violação de direitos humanos na história do Brasil” (Petição Inicial na citada ADPF, subscrita pelo constitucionalista Daniel Sarmento).

Conclusão e Parecer

Considere-se primeiro que houve suspensão da realização das audiências de custódia, conforme Resoluções n.º 313 e 322, respectivamente datadas de 13-3-2020 e de 1.º-6-2020, em razão da declaração de pandemia. Houve, naquele ato normativo, determinação de que seja retomada sua obrigatoriedade passada a situação extraordinária causada pela pandemia, como preceitua o art. 4.º, parágrafo único, da Resolução n.º 322/2020.

Em resposta ao questionamento posto na solicitação:

- 1) não se discute o argumento de que a carga de trabalho dos Juízes responsáveis pelas audiências de custódia teve significativo incremento. O número de audiências de custódias deverá exigir, em Comarcas de maior movimento, a necessária adequação das atribuições e competências, para que se evitem prejuízos ao seu exercício consistente e regular;

- 2) a pertinência de sua manutenção parece-me, no entanto, razoável. Nem se trata, acredito, de excesso de zelo. Isso porque a disciplina interna pelos Tribunais, a par de zelo institucional no exercício de competência constitucional, também serve como incentivo de uma atuação conforme as orientações de uma política de humanização, pretendida ainda como aperfeiçoamento da gestão da Justiça criminal, e para a garantia de direitos fundamentais, ambos Macrodesafios 2021-2026, já definidos na Estratégia Nacional do Poder Judiciário para o referido período;
- 3) ainda que fosse determinada a supressão, se houver o reconhecimento de que se tornou despicienda, há que se considerar que isso não tem o condão de retirar seu caráter obrigatório, em razão de previsão nos aludidos Pactos Internacionais de que o Brasil é signatário, devidamente ratificados e internalizados, e reconhecidos em decisões do Supremo Tribunal Federal com efeitos vinculantes;
- 4) não se ignora que também poderia ser considerada inútil a previsão na Resolução em tela por constar em norma idêntica no Código de Processo Penal, nos dispositivos alterados pela Lei 13.964/2019, precisamente nos artigos 287 e 310. Isso também não afetaria o dever legal de promover sua realização quando for retomada a situação de normalidade, antes significa corroboração de seu caráter compulsório.

Em face dos motivos e fundamentos acima alinhavados, opino pela manutenção da recomendação da realização das audiências de custódia em todas as modalidades de prisão, como consta da Resolução Conjunta 930/PR/2020, em razão – sobretudo – de constituir garantia de direito fundamental e direito subjetivo do cidadão submetido à prisão, sem qualquer distinção.

É o singelo parecer que submeto, *sub censura*, à devida consideração.

Richardson Xavier Brant
Juiz de Direito da Vara de Execuções Penais e Inquéritos
Sexta Região do Grupo de Monitoramento e Fiscalização do Sistema
Carcerário (GMF)

Submissão em: 21 de agosto de 2020

Último Parecer favorável em: 26 de novembro de 2020

Como citar este artigo científico

BRANT, Richardson Xavier. Parecer. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, Montes Claros, v. 1, n. 2, p. 265-273, set.-dez. 2020.

APLICAÇÃO DA COTA DE GÊNERO E DA COTA PARA NEGROS NAS ELEIÇÕES 2020

VITOR LUÍS DE ALMEIDA¹

Adoutrina tradicional defende que a democracia consiste no “governo do povo, pelo povo e para o povo”, sendo baseada em três elementos fundantes, quais sejam, a supremacia da vontade popular, a preservação da liberdade e da igualdade entre os indivíduos.

Nessa seara, uma das grandes dificuldades na realização efetiva do princípio democrático no Brasil se funda na garantia da igualdade em seu viés material. Ou seja, no tratamento igual àqueles que estejam em situação de igualdade; e desigual, para aqueles que não estejam, na medida de sua desigualdade.

As desigualdades aplicadas em razão do gênero ou do “racismo” ao longo de nossa história democrática, levaram o Legislador pátrio e os Tribunais e desenvolverem alterações e interpretações que gerassem uma maior igualdade entre os candidatos, na disputa pelos cargos públicos eletivos.

A regra prevista no artigo 10, parágrafo 3.º, da Lei 9.504, de 30-09-1997 (Lei das Eleições), com a redação dada pela Lei 12.034, de 2009, ao dispor sobre o número de vagas disponível a cada partido ou coligação no registro de candidaturas das eleições proporcionais, estabelece um preenchimento mínimo de 30% e máximo de 70% para candidaturas de cada sexo.

É cediço que a Emenda Constitucional 97/2019 acabou com as coligações para as eleições proporcionais, norma aplicável a partir das eleições de 2020.

Nesse íterim, um dos principais reflexos da mudança se deu no ato do pedido de registro de candidaturas à Justiça Eleitoral, especialmente porque,

¹ Juiz Diretor do Foro Eleitoral de Montes Claros. Juiz de Direito do Estado de Minas Gerais; Doutorando em Ciências Jurídico-Processuais na Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra/PT; Mestre em Ciências Jurídicas pela Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa/PT; Especialista em Direito Público Municipal e Graduado em Direito pela Universidade Estadual de Montes Claros - UMIMONTES/MG; Professor em cursos de graduação e pós-graduação em Direito. Colaborador na Escola Judicial Desembargador Edésio Fernandes – EJEJF/TJMG. Endereço eletrônico: vitordnta@hotmail.com

com o fim das coligações, cada partido foi obrigado, individualmente, a solicitar os registros respeitando-se o percentual mínimo de 30% e o máximo de 70% para candidaturas de cada sexo.

A evolução do ordenamento jurídico, no entanto, não se mostrava suficiente para garantia de maior igualdade entre os gêneros, na disputa dos cargos inerentes ao Poder Legislativo, no pleito eleitoral, tendo em vista que, apesar da obrigatoriedade do registro em percentuais mínimos e máximos, por vezes, não existia o devido investimento nas candidaturas, especialmente de mulheres, as quais, ainda na atualidade, representam uma menor participação política passiva, em que pese representarem um maior percentual em termos de população e eleitorado.

Em razão da manutenção dessa desigualdade, em sede de apreciação da Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 5.617/2018, julgada em 15-03-2018, o Supremo Tribunal Federal (STF) determinou a destinação de pelo menos 30% dos recursos do Fundo Partidário às campanhas de candidatas, devendo esse percentual ser idêntico ao percentual de candidaturas femininas. Assim, caso existam 40% de candidaturas femininas, deverá ser efetivamente aplicado o percentual de 40% dos recursos nas campanhas das integrantes desse gênero.

Importante ressaltar que, em que pese algumas divergências iniciais, firmou-se o entendimento de que o referido percentual deve ser considerado não apenas com relação ao Fundo Partidário, como também, ao Fundo Especial de Financiamento de Campanhas, tendo em vista que ambos então insertos no financiamento público de candidaturas.

Não obstante a decisão do Supremo Tribunal Federal, passou-se a discutir os efeitos do descumprimento das normas, especialmente no caso de candidaturas fictícias, bem como a quem seriam aplicadas as sanções decorrentes.

Em setembro de 2019, o Tribunal Superior Eleitoral, por maioria de votos, ao julgar o Recurso Especial Eleitoral 193-92/PI (número completo: 193-92.2016.6.18.0018/PI), Relator Min. Jorge Mussi (17.09.2019), decidiu em manter a cassação de seis vereadores eleitos em 2016, na cidade de Valença do Piauí, no Estado do Piauí. Os políticos foram acusados de se favorecerem de candidaturas fictícias de mulheres que não chegaram a fazer campanha eleitoral. A procedência do pedido em Ação de Investigação Judicial Eleitoral (AIJE) por fraude na cota de gênero acarretou, então, na cassação de todos os candidatos registrados pela legenda/coligação.

Em continuidade à apreciação da questão, em 06-02-2020, nos autos do Recurso Especial Eleitoral 40.989 (Ação Cautelar 0600489-52), Relator Min. Sérgio Banhos, o plenário do Tribunal Superior Eleitoral, desta vez à unanimidade, reafirmou o posicionamento, cassando o diploma de vinte candidatos a vereador (eleitos e suplentes) no município de Cafelândia, no Estado de São Paulo, também em razão da comprovação de fraude quanto à cota de gênero.

A discussão sobre o tema, nas prestações de contas referentes às eleições de 2020, provavelmente serão efetivas e poderão abranger não

somente a fraude devidamente demonstrada, mas também a análise de despesas comuns entre candidatos e candidatas, com fins a evitar novas fraudes, no sentido de os recursos das candidaturas femininas serem utilizados para fomentar candidaturas masculinas, em razão de investimentos em propagandas comuns. Nesse caso, será necessário, ainda, analisar em cada processo, qual o possível interesse da candidata no investimento comum, uma vez que, talvez, isso possa lhe trazer prováveis benefícios, especialmente com a promoção de sua imagem ao lado de um candidato do sexo masculino detentor de reconhecida “força política”.

Outra discussão proposta seria sobre a necessidade de respeito estrito aos percentuais de investimento fixados no caso de propaganda eleitoral no rádio e televisão, com fins à manutenção da almejada igualdade para disputa dos cargos, a ser garantida, também, dentro do partido.

Discute-se, ainda, qual o procedimento a ser utilizado para aplicação da sanção inerente à possível cassação de diplomas. Respeitando-se os posicionamentos em contrário, entende-se que o julgamento das prestações de contas dos partidos deve ocorrer nos termos da lei, apenas desaprovando (ou quiçá aprovando com ressalvas, a depender do entendimento jurisdicional) as contas. Deve-se, então, determinar o encaminhamento das informações ao Ministério Público Eleitoral para eventual ajuizamento da ação eleitoral adequada (inicialmente, uma Ação de Investigação Judicial Eleitoral - AIJE), a qual deverá ser proposta em desfavor de todos os candidatos eleitos e suplentes do partido, com fins à garantia dos princípios constitucionais do contraditório e ampla defesa.

De outra senda, mas ainda na seara das discussões sobre cotas, envolvendo o pleito eleitoral, temos uma recente decisão do Supremo Tribunal Federal, decorrente de julgamento realizado em outubro de 2020, mas aplicável ao pleito eleitoral de novembro desse mesmo ano, a qual determinou a imediata aplicação de incentivos às candidaturas de negros. Trata-se da Arguição de Descumprimento de Preceito Fundamental (ADPF) 738 MC DF (Distrito Federal), na qual, em sede liminar, decidiu-se no sentido de “determinar a imediata aplicação dos incentivos às candidaturas de pessoas negras, nos exatos termos da resposta do TSE à Consulta 600306-47, ainda nas eleições de 2020.”.

Na referida decisão, o Supremo Tribunal Federal ressaltou a necessidade de aplicação de políticas públicas de caráter afirmativo para determinar o incentivo a candidaturas de pessoas negras para os cargos eletivos. Baseando-se nos valores constitucionais da cidadania, dignidade da pessoa humana e igualdade em sentido material, entendeu o Supremo Tribunal Federal que o Tribunal Superior Eleitoral (TSE) “não promoveu qualquer inovação nas normas relativas ao processo eleitoral, concebido em sua acepção estrita, porquanto não modificou a disciplina das convenções partidárias, nem os coeficientes eleitorais e tampouco a extensão do sufrágio universal” tendo apenas introduzido “aperfeiçoamento nas regras relativas à propaganda, ao financiamento das campanhas e à prestação de contas, todas com caráter eminentemente procedimental, com o elevado propósito de ampliar a participação de cidadãos negros no embate democrático pela conquista de cargos políticos”.

A discussão proposta passará então a abranger a forma de cálculo deste percentual de candidaturas. Impende ressaltar que o Supremo Tribunal Federal não estipulou um percentual mínimo de candidaturas de negros, ao contrário do que ocorre com a cota de gênero (fixada em lei). Deve-se, portanto, verificar o percentual de tais candidaturas dentro de cada partido, para estipulação do *quantum* de investimento no mesmo patamar.

Mas, para além disso, tem-se defendido que a análise do percentual deve ser aferida dentro de cada gênero, ou seja, identificação do percentual de candidaturas de negros, dentro o percentual de candidaturas masculinas e femininas, para aplicação efetiva dos recursos.

Muitas questões fáticas e jurídicas surgirão em torno das prestações de contas que serão apreciadas pelo Judiciário, relativas às inovações que permearam essa atípica eleição, realizada em meio a uma pandemia. Não obstante, a Justiça Eleitoral se encontra devidamente preparada para análise de todas elas, de forma imparcial e efetiva, com fins a atingir seus objetivos basilares, diretamente ligados à garantia de regularidade do pleito eleitoral, de igualdade de concorrência entre os candidatos e de liberdade na formação do convencimento de cada eleitor.

Enfim, essa é a missão constitucional da Justiça Eleitoral, sendo esse o anseio da sociedade, na manutenção de um sistema democrático no qual as eleições se desenvolvam com lisura, honestidade, moralidade e transparência, objetivando o benefício comum em nosso Estado Democrático de Direito.

Submissão em: 4 de dezembro de 2020

Último Parecer favorável em: 21 de dezembro de 2020.

Como citar este artigo científico

ALMEIDA, Vitor Luís. Aplicação da cota de gênero e da cota para negros nas eleições 2020. In: **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, Ed. Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros, Montes Claros, v. 1, n. 2, p. 274-277, set.-dez. 2020.

A Benyújtás Feltételei
Amodau Cyflwyno
Başvuru Koşulları
Bedingungen für die Einreichung
Betingelser for Indsendelse
Betingelser for Innsending
Coinníollacha Maidir le hAighneacht
Condiciones de Envío
Condições para o Envío
Condicions per a L'enviament
Condiții de Depunere
Conditions de Soumission
Conditions for Submission
Condizioni per la Presentazione
Cumhachan Airson Tagradh
Esitamise Tingimused
Esityksen Ehdot
Iesniegšanas Nosacījumi
Konditioune fir d'Soumissioun
Kundizzjonijiet għas - Sottomissjoni
Kushtet e Paraqitjes
Pateikimo Sąlygos
Podmienky Predkladania
Podmínky pro Předkládání
Pogoji za Oddajo
Skilyrði fyrir Framlagningu
Ташпыру Шарттары
Uslovi za Podnošenje
Uvjeti za Podnošenje
Villkor för Inlämning
Voorwaarden voor Inzending
Warunki Przedłożenia
Услови за поднесување
Услови за подношење
Условия подачи
Условия за Подаване
Умовы для Прадстаўлення
Умови подання
Προϋποθέσεις για Υποβολή

CONDITIONES PARVA SUBMISSIO

CONDIÇÕES PARA SUBMISSÃO

CAPÍTULO I DAS DISPOSIÇÕES INICIAIS

Art. 1.º As regras para a recepção e publicação de textos científicos, pela **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** são as descritas no presente Regulamento, respeitadas as condições fixadas no art. 26 deste Regulamento.

Art. 2.º Para o presente Regulamento, entende-se por textos científicos os artigos científicos, e outras manifestações jurídicas, descritos com as formalidades e padrões da norma culta e observância das normas fixadas pela Associação Brasileira de Normas Técnicas, especialmente a ABNT 6023.

Art. 3.º A **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** é um periódico de divulgação científica da **Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros**, tem periodicidade quadrimestral e não tem fins lucrativos.

Art. 4.º A **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** não cobra qualquer valor pela publicação de textos de cunho científico e, em contrapartida, não paga aos autores quaisquer valores a título de direitos autorais.

Parágrafo único. A **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** divulgará sem custo para os destinatários, e sem fins lucrativos, os exemplares publicados.

Art. 5.º A **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** tem por objetivo a divulgação científica do segmento do Direito, constituída de:

- I – artigos científicos;
- II – diálogos que a Academia Jurídica tem para com os seus membros;
- III – resenhas ou críticas de livros da área do Direito;
- IV – Sentenças, Acórdãos ou Pareceres, na íntegra, com temas inovadores e que não sejam segredo de Justiça.

Parágrafo único. Em se tratando de Sentenças ou Acórdãos, os nomes das pessoas envolvidas com qualidades de partes ou procuradores deverão ser, em regra, omitidos ou apresentados de forma abreviada ou fictícia, impossibilitando a identificação direta.

Art. 6.º A **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** publica textos científicos escritos em:

- I – Idioma Espanhol;
- II – Idioma Francês;
- III – Idioma Inglês;
- IV – Idioma Italiano;
- V – Idioma Português;
- VI – demais Idiomas da Europa.

Art. 7.º Os textos científicos submetidos à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** são de inteira responsabilidade dos seus autores não somente quanto à autoria e isenção de plágio, quanto a conceitos, opiniões e desenvolvimento de teses doutrinárias e acadêmicas.

Art. 8.º A submissão de textos de cunho científico à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** significa imediata e incondicional aceitação das presentes regras e a cessão de direitos autorais à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**.

Parágrafo único. Após a publicação de um texto científico na **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, uma republicação em qualquer parte do Brasil, em qualquer época, somente poderá acontecer com autorização prévia da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** e a necessidade de a ela ser feita referência, alternativamente, de forma:

- I – direta, indicando nome completa da Revista, número do volume, número da edição, e páginas iniciais e finais da publicação; ou
- II – indireta, mediante referência simplificada indicativa da publicação, como “Agradecimentos especiais à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, pela divulgação deste trabalho científico”.

Art. 9.º Toda a digitação, incluindo citações e referências, deve obedecer às regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

§ 1.º Os tipos ou fonte da digitação serão Times New Roman, tamanho 12 para o texto, e este digitado com espaço 1,5 entre as linhas.

§ 2.º O sistema de citação será no próprio corpo do texto, incluindo o nome do autor, a data da publicação e o número da página em que há a citação.

§ 3.º As notas de rodapé poderão ser utilizadas apenas para identificação dos autores e para as demais informações complementares do texto.

§ 4.º As referências serão inseridas ao fim do texto, com:

- I – espaço simples entre linhas;
- II – o texto das referências alinhadas à esquerda;
- III – o título da obra em letras com efeito negro;
- IV – o subtítulo “Referências”, em letras maiúsculas, em negrito e centralizado;
- V – uma só linha de distância entre uma entrada e outra.

§ 5.º O Resumo, em Língua Portuguesa, e correspondentes em Língua original do autor do artigo científico, deverão ser digitados em espaço simples entre as linhas.

§ 6.º As publicações mais atuais da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** serão os modelos e exemplos das regras contidas no presente artigo.

Art. 10. Em atenção aos autores de outros países, para os quais as regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) são de difícil entendimento, até mesmo pela inexistência de traduções para todos os Idiomas, será admitida a recepção de textos científicos segundo outras normas, respeitadas as condições expressas no art. 24 deste Regulamento.

Art. 11. Os nomes e endereços dos autores que têm textos científicos publicados ou, simplesmente, submetidos à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, são por ela usados com exclusividade, e não serão disponibilizados a pessoas, naturais ou jurídicas, fora do âmbito da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**.

Parágrafo único. Excetuam, quanto à divulgação, a inserção do endereço eletrônico do(s) autor(es) na qualificação junto ao texto publicado, em atendimento às normas da Coordenação de Aperfeiçoamento de Pessoal de Nível Superior (CAPES), órgão do Ministério da Educação, quanto aos dados mínimos para efeitos de classificação do periódico.

CAPÍTULO II

ARTIGOS CIENTÍFICOS

Art. 12. Os artigos científicos devem ser de autoria de, no máximo, três pessoas, sendo preferência que pelo menos um deles tenha título Acadêmico de Doutor.

Art. 13. Para os artigos científicos que contenham resultados de pesquisas patrocinadas por órgão de fomento, serão admitidos o máximo de quatro autores, sendo pelo menos um deles obrigatoriamente com título Acadêmico

de Doutor, desde que identificado o órgão de fomento junto à qualificação e à filiação acadêmica.

Art. 14. Os artigos científicos que sejam resultado de pesquisas de campo, com aplicação de entrevistas ou questionários, devem ser acompanhados de comprovante de registro da correspondente pesquisa na Plataforma Brasil.

Art. 15. Os artigos científicos devem:

I – conter, no mínimo, dez laudas, com observância, quanto à digitação, ao contido no art. 9.º deste Regulamento;

II – ser inéditos no Brasil.

CAPÍTULO III

DIÁLOGOS, RESENHAS, SENTENÇAS OU ACÓRDÃOS

Art. 16. Para efeitos da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, entende-se por:

I – Acórdãos ou Sentenças: peças jurídicas de autoria de Juízes e Desembargadores, com temas ou decisões inovadoras, oriundas de processos judiciais, e que possam ser divulgadas em razão do teor;

II – diálogos que a Academia tem para com seus membros:

- a) estudos especiais envolvendo o Direito;
- b) falas em aulas inaugurais de Curso de Direito;
- c) falas em Bancas Examinadora de candidatos a títulos acadêmicos;
- d) textos de cunho científico, ligados ao Direito, mas não sendo o foco principal no Direito;

III – Pareceres: peças jurídicas de autoria de Juízes, Desembargadores e integrantes do Ministério Público, com temas inovadores, que possam ser divulgadas em razão do teor, e que possam vir a servir de base para futuras decisões no segmento jurídico;

IV – resenhas ou críticas de livros da área do Direito:

- a) análise de livros da área do conhecimento do Direito;
- b) considerações comparativas de um livro de Direito com outro livro ou de Direito ou de disciplina afim ao Direito;
- c) crítica, equiparada à crítica literária, em relação a livros de Direito.

Art. 17. Os textos científicos submetidos à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, para as seções “Estudos Continuados”, “Acórdãos, Pareceres e Sentenças” ou outra que venha a ser criada na forma do presente Capítulo III deste Regulamento, deverão:

I – conter, no mínimo, cinco laudas, com observância quanto à digitação, ao contido no art. 9.º deste Regulamento;

II – ser inéditos no Brasil;

III – ter autoria individual ou, em casos excepcionais e especiais, dois autores.

CAPÍTULO IV **A SUBMISSÃO**

Art. 18. A submissão de texto científico à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** é ato de decisão unilateral do autor ou dos autores e não correspondente a uma responsabilidade da Revista para que haja publicação.

Parágrafo único. O caráter de ato unilateral e responsabilidade única do autor ou dos autores acontecerá ainda que o autor ou os autores tenham recebido comunicação da Revista, ou do seu Editor, ou de membro da **Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros**, quanto à abertura de Edital ou outra forma de divulgação da existência do periódico e da possibilidade de submissão de textos científicos.

Art. 19. A submissão representa a declaração do autor ou dos autores de que o texto científico:

I – é inédito;

II – não contém plágio ou qualquer apropriação de textos de terceiros;

III – não contém sistemas de identificação, por via oblíqua, que possa prejudicar a análise pelo sistema cego de avaliação;

IV – não foi submetido, no todo ou em parte, à avaliação de outro periódico, embora ainda não publicado.

§ 1.º Considera-se inédito o texto científico que foi apenas:

I – objeto de apresentação de resumo oral em evento científico, sem divulgação impressa do seu texto propriamente dito;

II – publicado em Anais em forma de resumo, sem divulgação impressa do seu texto propriamente dito;

III – resultado de trabalho de curso – Monografia, Tese, Dissertação – cuja divulgação foi apenas quanto à apresentação oral e/ou encadernação para depósito junto à Instituição de Ensino.

§ 2.º Até que a **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** altere a redação do presente artigo deste Regulamento, especialmente em seu inciso III, a identificação do nome do autor, com sua qualificação e filiação a uma Instituição de Ensino Superior não são itens considerados como forma de identificação que prejudica o sistema cego de avaliação, porque esses dados serão retirados, pelo Editor, quando da remessa para a análise dos membros do Conselho de Pareceristas.

Art. 20. Ao submeter um texto científico à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, o autor ou os autores se responsabilizam quanto às informações referentes à titulação, ao vínculo com Instituição de Ensino ou de Pesquisa e outros dados que forem insertos na qualificação.

Art. 21. A submissão representa a declaração de certeza e conhecimento de que não haverá pagamento ou retribuição ao autor, nem a título de *pro labore*, bem como não há outra prevista vantagem como compensação pelos direitos autorais automaticamente cedidos.

Art. 22. Ao submeter um texto científico à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, os autores de textos com autoria coletiva se declaram cientes de que, ainda que o texto seja remetido indicado autoria em outra ordem, aparecerão na **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica** como autores os nomes na seguinte ordem e prioridade:

I – quem tiver título Acadêmico de Doutor, se único entre os coautores;

II – os coautores que tenham título Acadêmico de Doutor, na ordem constante do texto científico recebido;

III – quem tiver título Acadêmico de Mestre, se único entre os coautores;

IV – os coautores que tenham título Acadêmico de Mestre, na ordem constante do texto científico recebido;

V – quem tiver título Acadêmico de Especialista ou Pós-Graduado *Lato Sensu*, se único entre os coautores;

VI – os coautores que tenham título Acadêmico de Especialista ou Pós-Graduado *Lato Sensu*, na ordem constante do texto científico recebido;

VII – quem for apenas graduado, sem títulos Acadêmicos, na ordem constante do texto científico recebido.

Parágrafo único. Quando um autor fizer a submissão de texto científico de autoria coletiva, torna-se o responsável pelas informações também referentes aos coautores.

Art. 23. Ao submeter um texto científico à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, o(s) autor(es) declara(m) saber que o texto poderá sofrer adaptações quanto à formatação, para seja adaptado à padronização do material publicado.

Art. 24. Especialmente quanto aos autores não brasileiros, para os quais as regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT) são de difícil entendimento, até mesmo pela inexistência de traduções para todos os Idiomas, a submissão de texto científico fora das regras da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT), conforme art. 10 deste Regulamento, significa a imediata e incondicional autorização para que o Editor faça as transformações e padronizações segundo as normas da **Revista**

Ultracontinental de Literatura Jurídica e da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT).

Art. 25. Uma vez submetidos à **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, os artigos científicos serão analisados por avaliadores pelo sistema cego de análise (*double blind review*), sendo obedecidas as seguintes condições:

- I – dois pareceres positivos representam aprovação para publicação;
- II – dois pareceres negativos representam reprovação e não aceitação;
- III – um parecer positivo e um parecer negativo representará a necessidade de submissão a um terceiro avaliador, cujo voto decidirá como o segundo voto de uma das categorias que levarão à aprovação ou à reprovação.

CAPÍTULO V

DISPOSIÇÕES FINAIS

Art. 26. As condições omissas no presente Regulamento serão decididas pelo Editor da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**, que considerará:

- I – a decisão para o caso concreto, com solução especial e válida somente para a dúvida ou proposta apresentadas;
- II – a possibilidade de submissão da dúvida ou proposta apresentadas à Diretoria da **Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros**, para inserção no presente Regulamento e passar a ser regra geral do momento em diante.

Art. 27. O presente Regulamento poderá ser modificado por decisões da Diretoria da **Associação de Letras Jurídicas de Montes Claros**.

Parágrafo único. As alterações entrarão em vigor no quadrimestre que se seguir ao quadrimestre em que ocorrer a alteração, ainda que não tenha ainda sido publicada a Revista contendo o Regulamento com o texto alterado.

Art. 28. O presente Regulamento entrará em vigor com a publicação do volume 1, número 1, da **Revista Ultracontinental de Literatura Jurídica**.

Montes Claros (Minas Gerais, Brasil), 21 de maio de 2020.

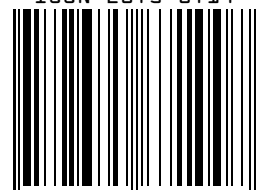
Professor Mestre Richardson Xavier Brant
Professor Mestre Waldir de Pinho Veloso

ASSOCIAÇÃO DE LETRAS JURÍDICAS DE MONTES CLAROS

Endereço: R. Francisco Versiane Ataíde, 389/703, Bairro Cândida
Câmara, Montes Claros, Minas Gerais, Brasil, CEP 39401-039.



ISSN 2675-6714



9 772675 671007